



RIKSADVOKATEN

Samtlige statsadvokatembeter og politimestre

DERES REF.:

VÅR REF.:

2016/01689-001 AGR/ggr
331.1

DATO:

27.10.2016

GJENOPPTAKELSE AV STRAFFEFORFØLGING ETTER STRAFFEPROSESSLOVEN § 74

1. Innledning

Riksadvokaten har nylig behandlet flere saker hvor det har oppstått spørsmål om fortolkning av straffeprosessloven § 74, bl.a. om det kan foretas rettslig etterforskning og om det kan meddeles en fristavbrytende siktelse uten at vilkårene for gjenopptakelse er oppfylt.

For ordens skyld understrekes at § 74 kun omhandler gjenopptakelse av saker mot en som har vært siktet i saken. Påtalemyndigheten står fritt til å iverksette etterforskning frem til saken er foreldet dersom ingen har vært siktet eller ved etterforskning mot andre enn den som var siktet. Bestemmelsen suppleres dessuten av omgjøringsreglene i straffeprosessloven § 75 annet ledd jf § 59a, som gir overordnet påtalemyndighet adgang til å omgjøre en henleggelsesbeslutning innen tre måneder selv om det ikke foreligger nye bevis, jf § 74 sjette ledd. Etter omgjøringsfristens utløp reguleres spørsmålet om gjenopptakelse av en henlagt sak mot en siktet av straffeprosessloven § 74 første ledd første punktum, som krever at det foreligger nye bevis av vekt. Vurderingstemaet ved nye bevis av vekt er om slike nye bevis, alene eller sammen med de bevis som forelå tidligere, anses tilstrekkelig til domfellelse.

2. Er rettslig etterforskning omfattet av straffeprosessloven § 74?

2.1 *Problemstillingen*

Det er på det rene at *tiltalebeslutninger og andre positive påtalevedtak* er beslutninger om å gjenoppta forfølgningen etter § 74. Likeledes er det bred enighet om at *utenrettslig etterforskning*, som f.eks. politiavhør, ikke omfattes av bestemmelsen. Slike etterforskingsskritt kan derfor gjennomføres i en henlagt sak uten at vilkårene etter § 74 er oppfylt for å avklare om det foreligger nye bevis som kan gi grunnlag for gjenopptakelse. Derimot er det uenighet i teorien om det kan gjennomføres *rettslig etterforskning* uten at vilkårene for gjenopptakelse er oppfylt. Med rettslig etterforskning menes her etterforskingsskritt som utføres av retten eller etter rettens

beslutning, som eksempelvis rettslig avhør, varetektsfengsling, kommunikasjonskontroll og ransaking (der tvangsmiddelet besluttes av retten).

2.2 Rettskildesituasjonen – oversikt

Straffeprosessloven § 74 første ledd første punktum lyder:

"Er forfølgning mot en siktet innstilt på grunn av bevisets stilling, kan den tas opp på ny dersom det senere blir oppdaget bevis av vekt."

Det fremgår ikke nærmere hva som ligger i begrepet "forfølgning (...) kan (...) tas opp på ny". Begrepet "forfølgning" synes å ha et noe ulikt innhold i de ulike kapitlene i straffeprosessloven avhengig av bestemmelsenes anvendelsesområde og formål. Begrepet er f.eks. brukt om tiltalestadiet i kapittel 3, om påtalestadiet i eksempelvis §§ 72 og 75, og om alle sakens stadier fra etterforskning til soning i § 171 nr. 2. Hensynene bak reglene er ulike, og lovgiver har neppe ment å utvikle en felles forståelse av begrepet. Ordlyden alene gir derfor begrenset veiledning om den nærmere forståelsen av begrepet.

Bestemmelsen viderefører straffeprosessloven av 1887 § 87 som hadde en innholdsmessig lik ordlyd på dette punktet.¹

Av forarbeidene til straffeprosessloven § 74 fremgår at bestemmelsen samsvarer med komitéutkastet, og det er vist til komiteens motiver s. 178-179 (Ot.prp. nr. 35 (1978-1979)). Her fremgår at bestemmelsen i det vesentlige er i overensstemmelse med "nåværende § 87 og gjeldende praksis, jfr. Andenæs s. 287-289" (NUT 1969:3 s. 178).

Fra Andenæs *Straffeprosessen* (1962) s. 288, som det er vist til i lovforarbeidene, hitsettes:

"At forfølgningen ikke kan gjenopptas, betyr først og fremst at det ikke kan reises tiltale. Men det må også bety at rettslige etterforskningskritt som er rettet mot den tidligere siktede, er avskåret (se dog Rt. 1907 s. 331). Derimot må utenrettslig etterforskning kunne foretas; likeså en rettslig etterforskning som er nøytral eller rettet mot en tredjemann. Det vil jo normalt være ved en slik utenrettslig eller rettslig etterforskning at påtalemyndigheten kan oppdage nye bevis som kan berettigg til å gjenoppta forfølgningen."

Dette er gjentatt i senere utgaver av boken, sist i Andenæs/Myhrer *Norsk Straffeprosess* (2008) s. 372. Tilsvarende skilles det mellom rettslig og utenrettslig etterforskning i Bjerke, Keiserud og Sæther *Straffeprosessloven Kommentartutgave* (2011) s. 317:

"Den praktiske betydningen av bestemmelsen i første ledd første punktum er at saken ikke kan tas opp til ny *rettslig behandling* mot siktede, med mindre bevis av vekt blir oppdaget. Tiltale kan ikke utferdiges, og det vil heller ikke være adgang til å foreta rettslige etterforskningskritt mot siktede. Heller ikke kan det senere utferdiges forelegg om inndragning basert på at siktede er skyldig i det straffbare forhold som henleggelsen gjaldt, jf. Rt. 1987 s. 1259. Men bestemmelsen vil ikke være til hinder for at politiet tar opp den *utenrettslige* etterforskningen på ny dersom det finner grunn til det, eventuelt ved at det blir begjært rettslige etterforskningskritt som er rettet mot tredjemann eller som er "nøytrale"."

¹ § 87 første ledd lød: "Er en mod en sigtet rettet Forfølgning indstillet, kan den udenfor det i § 91, første Afsnit, omhandlede Tilfælde kun gjenoptages i Henhold til Reglerne i § 415, eller naar den er indstillet af Mangel paa Bevis, og Beviser af Vægt senere opdages."

Førstestatsadvokat Runar Torgersen har forfektet et annet syn i en artikkel i *Kritisk Juss* 2012 s. 204-222:

"En henleggelsesbeslutning begrenser bare adgangen til å treffe positivt påtalevedtak, og er i utgangspunktet ikke til hinder for å gjenoppta *etterforskningen*, heller ikke i form av rettslige etterforskningskritt som f.eks. dommeravhør.²

I straffeprosesslovkommentaren inntas det motsatte standpunkt når det heter om begrensningen i adgangen til å gjenoppta forfølgningen som følger av straffeprosessloven § 74: «Tiltale kan ikke utferdiges, og det vil heller ikke være adgang til å foreta rettslige etterforskningskritt.» Det siste kan ikke være riktig. Straffeprosessloven § 74 står i kapittel 7 om «Påtalen», og det kan ikke være tvil om at henvisningen til at en innstilt forfølgning «tas opp på ny», sikter til omgjøring av påtalevedtaket. En annen sak er at det lett kan tenkes at vilkårene for ulike rettslige etterforskningskritt ikke vil være oppfylt i en henlagt sak der det ikke har fremkommet nye opplysninger, bl.a. som følge av forholdsmessighetsprinsippet."

Heller ikke Jo Hov skiller mellom rettslig og utenrettslig etterforskning:

Hov *Rettergang II* (2010) s. 164: "At det gjelder begrensninger i adgangen til å ta en henlagt sak opp igjen, betyr at en ikke uten videre kan endre avgjørelsen av påtalespørsmålet til skade for siktede. Men selv om saken er henlagt, er det ingen begrensninger i adgangen til å iverksette etterforskning. Formålet med ny etterforskning kan nettopp være å skaffe slike "bevis av vekt" at det vil være adgang til å gjenåpne forfølgningen."

Hov i *Festskrift til Per Stavang* (1998) s. 613-629: "De begrensninger i omgjøringsadgangen som følger av strprl. § 74 (1) og (6) og § 75, gjelder for det første bare adgangen til å gjenoppta «forfølgningen», dvs. å treffe beslutning om å utferdige tiltale, forelegg, fremsette begjæring om forhørsrettspådommelse, eller beslutte påtaleunntatelse eller konfliktrådsbehandling.

Derimot innebærer en henleggelsesbeslutning ingen begrensning i adgangen til å iverksette ny etterforskning, verken for det organ som har truffet henleggelsesvedtaket, eller for overordnet organ. Formålet med slik etterforskning kan være å skaffe til veie nye bevis, som i sin tur kan gi grunnlag for gjenåpning av forfølgningen."

Salomonsen legger til grunn at bestemmelsen omfatter rettslig etterforskning og annen etterforskning som innebærer status som siktet, men at det gjelder en betydelig lavere terskel for å gjenoppta forfølgningen for å utføre slik etterforskning enn for å ta ut tiltale; Salomonsen *Straffeproseslov med kommentar I* (1925) s. 89:

"Forbudet gjelder gjenoptagelse av forfølgningen, altsaa ikke blot tiltale, men ogsaa aapningen av retslig forundersøkelse og andre skridt, hvorved vedkommende paany sigtes. Er forfølgningen indstillet paa grund av manglende bevis, skal der imidlertid mindre til, for at gjenoptagelsen skal være lovlig i de sidste tilfælder, end naar der spørres om tiltale. Naar hensigten med den retslige forundersøkelse eller andre forberedende skridt netop er at supplere de fremskaffede nye beviser eller at styrke dem ved at de fremkommer under retslige former, maa saadan gjenoptagelse kunne finde sted, selv om det er paa det rene, at de nye beviser i sin nuværende form ikke er av den vegt, at de kunde berettigge til gjenoptagelse gjennom tiltale. I kjæremaalskjendelse, Rt. 1907 s. 331, er det saaledes antat, at begjæring om aapning av retslig forundersøkelse kun kan avslaes, naar det paa forhaand med bestemthet kan siges, at de paaepkte nye bevisligheter er værdiløse som grundlag for gjenoptagelse".

Rt. 1907 s. 331, som det er vist til i litteraturen, gjaldt spørsmålet om det kunne tas rettslige avhør i en henlagt sak uten at vilkårene for gjenopptakelse var oppfylt etter den tilsvarende

² Etter lovendring 4. september 2015 er ordningen med dommeravhør avskaffet og erstattet med tilrettelagte avhør. Tilrettelagte avhør tas ikke av en dommer, og er nå et utenrettslig etterforskningskritt.

bestemmelsen i straffeprosessloven av 1887 § 87. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at rettslige avhør ikke kunne avskjæres med mindre det på forhånd kunne fastslås at de nye bevisene ville være uten betydning som grunnlag for gjenopptakelse. Det fremgår ikke klart av avgjørelsen om kjæremålsutvalget la til grunn at rettslige avhør ikke omfattes av § 87, eller om det ble lagt til grunn at rettslige avhør faller inn under bestemmelsen, men at det gjelder en lavere terskel for å gjenoppta forfølgningen for å ta slike avhør. Så vidt riksadvokaten kjenner til er dette den eneste høyesterettsavgjørelsen som uttrykkelig tar stilling til spørsmålet om det kan gjennomføres rettslig etterforskning i en henlagt sak.

Rt. 2015 s. 935 gjaldt varetektsfengsling i den såkalte "Lågendal-saken", før det var besluttet eller begjært gjenåpning av saken mot siktede, som tidligere var frifunnet for drapet. Høyesteretts ankeutvalg forkastet under dissens 2-1 siktedes anke over fengslingskjennelsen. Det faktum at han var frifunnet var en sentral del av vurderingen av om det var grunnlag for fengsling, men ble ikke drøftet særskilt om det er rettslig adgang til å sikte og fengsle siktede på ny i en sak hvor han er frifunnet uten at det er avgjort at vilkårene for gjenopptakelse er oppfylt.

Rt. 2014 s. 34 gjaldt utenrettslig etterforskning som var foretatt i en henlagt voldssak. Høyesteretts ankeutvalg viste til at "§ 74 er begrenset til å gjelde den rettslige behandlingen - «forfølgningen» - mot siktede, jf. Bjerke, Keiserud, Sæther, Straffeprosessloven kommentarutgave (4. utgave) side 317. Bestemmelsen er ikke til hinder for at en tjenestemann i politiet som ikke har påtalekompetanse tar opp igjen den utenrettslige etterforskningen dersom det er grunn til det." Avgjørelsen kan leses slik at den forutsetningsvis gir sin tilslutning til sondringen mellom rettslig og utenrettslig etterforskning. Men siden det kun var utenrettslig etterforskning som var utført, ga saken ikke foranledning for ankeutvalget til å ta stilling til om vilkårene etter § 74 må være oppfylt for å utføre rettslig etterforskning. Avgjørelsen gir derfor begrenset veiledning for dette spørsmålet.

2.3 Riksadvokatens vurdering

Etter riksadvokatens syn er det neppe grunnlag for å operere med et skille mellom rettslig og utenrettslig etterforskning etter straffeprosessloven § 74. Skillet reflekteres ikke i lovens ordlyd og har heller ingen direkte støtte i forarbeidene, selv om komitéutkastet har en generell henvisning til Andenæs' bok, som opererte med et slikt skille. Som Torgersen fremhever står bestemmelsen i lovens kapittel 7 om påtalen, som tilsier at regelen kun omfatter påtaleavgjørelsen, og ikke etterforskningen – uavhengig av om den er rettslig eller utenrettslig. Rettspraksis gir dessuten en viss støtte for at det er adgang til å foreta rettslig etterforskning i henlagte saker, selv om det ikke synes å foreligge nyere avgjørelser som drøfter spørsmålet særskilt.

Hensynet til sakens oppklaring tilsier at det ikke bør være generelle begrensninger i hvilke etterforskningsskritt som kan utføres for å avklare om det er grunnlag for gjenopptakelse, såfremt vilkårene for øvrig er oppfylt for å utføre etterforskningen. Når det fremkommer nye opplysninger i en henlagt sak, vil det i noen tilfeller være behov for å utføre ulike etterforskningsskritt, også rettslige, for å avdekke om det foreligger nye bevis av vekt. På den annen side tilsier hensynet til siktede at adgangen til å utføre ny etterforskning bør begrenses, særlig hvis det er tale om inngripende etterforskningsskritt. Det er ikke opplagt at siktedes vern skal bero på om den nye etterforskningen er rettslig eller utenrettslig. Dette vil i seg selv ikke reflektere hvor inngripende etterforskningsskrittet er. For de mest inngripende etterforskningsskrittene – tvangsmidlene – vil det faktum at saken er henlagt dessuten være et tungtveiende moment ved forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170a, slik at det kreves sterkere grunner for å beslutte tvangsmidler i en henlagt sak enn man ville kreve i en tilsvarende ny sak. Forholdsmessighetsprinsippet ivaretar i noen grad siktedes beskyttelsesverdige behov for at det ikke unødig rippes opp i gamle saker. De samme hensyn tilsier at terskelen for å iverksette ny etterforskning – også om det ikke er tale om tvangsmidler eller rettslig etterforskning – i

utgangspunktet bør være noe høyere i henlagte saker enn terskelen er for å iverksette etterforskning i nye saker etter straffeprosessloven § 224.

Riksadvokatens konklusjon er at etterforskning, så vel utenrettslig som rettslig, kan gjennomføres i henlagte saker selv om vilkåret for gjenopptakelse ikke er oppfylt etter § 74, når det er saklig grunn til å etterforske med de begrensninger som er påpekt ovenfor. For ordens skyld nevnes at dette standpunkt tidligere er meddelt statsadvokatene med utgangspunkt i riksadvokatens avgjørelse i en enkeltsak, jf. brev herfra av 17. september 2009.

Dersom en underordnet domstol finner at det ikke er adgang til å gjennomføre et rettslig etterforskningskritt uten at vilkårene er oppfylt etter straffeprosessloven § 74, er det ønskelig at avgjørelsen påankes slik at spørsmålet kan avklares av en høyere rettsinstans.

3. Siktelsens fristavbrytende virkning

Et spørsmål som i begrenset grad er berørt i teorien, og som så vidt en kan se ikke har vært avgjort av Høyesterett, er om vilkårene må være oppfylt etter straffeprosessloven § 74 for å meddele en siktelse for å avbryte foreldelsesfristen etter straffeloven § 88 (jf den tilsvarende bestemmelsen i tidligere straffelov (1902) § 69). Spørsmålet er særlig aktuelt der politiet kort tid før foreldelsesfristens utløp får nye opplysninger som er relevante, men som ikke inneholder nye bevis av vekt etter § 74. Det kan da være ønskelig å utføre ny etterforskning for å avkrefte eller bekrefte opplysningene før en tar stilling til om det er grunnlag for å gjenoppta forfølgningen.

En siktelse kan ikke likestilles med en tiltale eller et annet positivt påtalevedtak etter straffeprosessloven § 74, og det er neppe omtvistet at det i alle fall i forbindelse med utenrettslig etterforskning kan utferdiges siktelser uten at vilkårene i § 74 for gjenopptakelse trenger å være oppfylt. Spørsmålet er imidlertid om slike siktelser får fristavbrytende virkning dersom vilkårene etter § 74 ikke er oppfylt. Etter riksadvokatens vurdering kan det i denne sammenheng neppe sondres mellom siktelser avhengig av om formålet er å avbryte foreldelsesfristen eller om formålet er å gjennomføre et etterforskningskritt som innebærer at det utferdiges en siktelse.

Spørsmålet har ingen sikker løsning i dagens praksis og teori. Det kan på den ene side argumenteres med at en ny siktelse får de virkninger som følger av ordlyden i straffeloven § 88, og at bestemmelsen ikke oppstiller noe uttrykkelig krav om at vilkårene i § 74 må være oppfylt for at en ny siktelse skal få fristavbrytende virkning. På den annen side er det en så nær sammenheng mellom den fristavbrytende virkningen og spørsmålet om å gjenoppta forfølgningen at mye tyder på at vilkårene bør være oppfylt etter § 74 for at siktelsen skal virke fristavbrytende. Dette synes å samsvare best med straffeloven § 88 annet ledd. Etter denne bestemmelsen mister fristavbrytelsen (dvs. den opprinnelige siktelsen) sin virkning når saken henlegges, hvis ikke henleggelsen omgjøres. Det synes forutsatt i forarbeidene at vilkårene for gjenopptakelse av forfølgningen må være oppfylt for å kunne avbryte foreldelsesfristen på nytt etter omgjøringsfristens utløp (Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 477):

"Annet ledd angir flere begivenheter som medfører at fristavbrytelsen taper sin virkning. Etter første punktum gjelder dette når forfølgningen innstilles av kompetent påtalemyndighet. Bestemmelsen omfatter blant annet at en sak henlegges. Er foreldelsesfristen utløpt når henleggelsen skjer, bortfaller straffansvaret samtidig med henleggelsen. Dersom en sak henlegges før foreldelsesfristen er utløpt, vil den kunne gjenopptas i løpet av den tiden som gjenstår før foreldelse inntreffer."

Riksadvokaten gjør ved gjenpart av dette brev departementet kjent med problemstillingen, og at det er behov for å få spørsmålet avklart, primært gjennom en lovendring. Spørsmålet bør også gis

oppmerksomhet i departementets arbeid med ny straffeprosesslov. Inntil spørsmålet er avklart må påtalemyndigheten ta høyde for at det er usikkert om en ny siktelse vil ha fristavbrytende virkning dersom vilkårene ikke er oppfylt for gjenopptakelse etter straffeprosessloven § 74.

4. Beslutningen om forfølgningen skal gjenopptas og beslutning om ny etterforskning

Beslutningen om å gjenoppta etterforskningen i henlagte saker besluttes av politiet, selv om henleggelsen er besluttet av statsadvokat eller riksadvokat. I slike tilfeller bør overordnet påtalemyndighet som traff den opprinnelige avgjørelse, underrettes om at etterforskningen er gjenopptatt.

En beslutning om å gjenoppta straffeforfølgningen etter straffeprosessloven § 74 treffes av samme nivå innen påtalemyndigheten som i sin tid henla saken. Hvis f.eks. saken ble henlagt av politiet og henleggelsen etter klage ble opprettholdt av statsadvokaten, skal også beslutningen om å gjenoppta straffeforfølgningen treffes av statsadvokaten.

Dersom den nye etterforskningen ikke gir grunnlag for en positiv påtaleavgjørelse, skal saken ikke henlegges på ny, men avgjøres med en beslutning om at det ikke er grunnlag for å gjenoppta etterforskningen. Saken forblir da henlagt etter det opprinnelige henleggingsgrunnlaget. Beslutningen om ikke å gjenoppta etterforskningen kan treffes av påtalemyndigheten i politiet, selv om saken i sin tid ble henlagt av statsadvokaten eller riksadvokaten. Har imidlertid overordnet påtalemyndighet truffet beslutning om at det skal utføres ny etterforskning, må en slik avgjørelse om at vilkårene i § 74 ikke foreligger treffes på samme nivå. Videre bør saken forelegges for den instans som henla saken hvis det er tvil om forfølgningen kan gjenopptas. Det skal gis underretning om avgjørelsen etter samme rutiner som for henleggelse.

Tor-Aksel Busch

Anne Grøstad
førstestatsadvokat

Gjenpart: 1. Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling
2. Advokatforeningen, Juristenes Hus, Kristian Augusts gate 9, 0164 Oslo