

Partsprosessen og fornærmede

Professor Anne Robberstad

ANNE ROBBERSTAD er professor ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, hvor hun er ansvarlig for faget sivilprosess. Hun er dr. juris fra UiO i 1999 med avhandlingen «Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling». Hun har også utgitt bøkene *Rettskraft* (2006), *Bistandsadvokaten* (2014) og *Sivilprosess* (2015).

1 Innledning¹

Straffeprosessutvalget leverte sin utredning i november 2016, om lag to år og fire måneder etter oppnevningen. Dette er alt for kort tid til å utarbeide et forsvarlig grunnlag for en helt ny straffeprosesslov. Den forrige lovkomiteen brukte over 12 år på å avgi sin innstilling, i 1969. Denne gang var det i mandatet fastsatt en urimelig knapp tidsramme, til 1. november 2016.

I stedet for å overholde tidsrammen, burde utvalget ha meldt fra om at det ikke var mulig å levere et godt nok utkast på denne knappe tiden. En god straffeprosesslov er viktig både for samfunnet og for enkeltindividene. Det haster slett ikke med å få en ny lov, både jursaken og opptak i rettsmøter kan løses uavhengig av dette. Tidsnøden for oppdraget kan ikke avhjelpest ved et sekretariat bestående av hele fire personer. Spesielt slående er mangelen på kompetanse i sivilprosess, for et arbeid der tvisteloven på flere punkter skulle tjene som mønster.

Resultatet er blitt et lovutkast som lider av vesentlige svakheter. Her vil jeg konsentrere meg om feil og mangler som særlig rammer fornærmede og etterlatte i straffesaker. Men først noen bemerkninger om enkelte andre trekk ved lovforslaget (pkt 2-5).

2 Partsprosess og «straffekrav»

Utvalget viderefører den partskonstruksjonen som 1887-loven og nåværende lov bygger på. Den dualistiske tvekampmodellen tas ikke opp til diskusjon. Den tyske 1800-tallsmodellen tas for gitt, selv om nyere tysk teori fordømmer bruken av partsbegrepet i straffesaker. Den tyske Strafprozessordnung (StPO) taler om Beteiligten – deltagerne. En slik nøytral betegnelse er bedre egnet til å fremheve de fundamentale forskjellene fra sivilprosessen, der to antatt likeverdige motstandere slåss mot hverandre. Jeg skrev i 1999 at «grunnlinjene i vår

¹ En kortere versjon av denne artikkelen er publisert på Regjeringen.no, som «Høringsuttalelse fra professor dr juris Anne Robberstad, Det juridiske fakultet, UiO, til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov».

straffeprosess ikke har vært gjenstand for noen gjennomtenkning i dette århundret».²

Straffeprosessutvalget legger opp til at det heller ikke skal skje på 2000-tallet.

Straffeprosessutvalget vil i stedet rendyrke partsprosessen, Fornærmede skal selvfølgelig ikke være part eller fullverdig deltager i prosessen (s. 226).³ Fornærmede skal også fratas de formelle partsrettighetene hun har i dag (se nedenfor i pkt 7).

Den manglende gjennomtenkning av grunnproblemer viser seg også ved utvalgets hyppige bruk av ordet «straffekrav». Lovutkastets hoveddel 7 har tittelen «Tingrettens behandling av straffekravet». I dagens lov finner vi ordet bare i § 264 a annet ledd, i det nye lovutkastet opptrer det en rekke steder. Men hva består dette såkalte straffekravet av? Grunnloven § 96 forbyr jo at noen straffes uten etter dom. Det eksisterer altså ikke et straffekrav på statens hånd før dommen, slik vi tenker oss at saksøkeren i en sivil sak forfølger et krav som allerede finnes, som følge av de materielle rettsreglene. Det er først dommen i straffesaken som skaper et krav for staten på å ilegge domfelte sanksjoner. Innholdet i «straffekravet» er helt ubestemt før dommen, og det tillates (normalt) ikke oppfylt frivillig. Forskjellen fra sivile krav er slående. I stedet for «straffekrav» kan vi i en straffesak tale om det straffbare forholdet, påtalemyndighetens påstand om straff eller generelt om «straffespørsmålet».⁴

I lovutkastet støter vi første gang på «straffekravet» i § 4-5 (2) d, der det heter at bistandsadvokaten kan «foreslå supplerende bevisføring om straffekravet etter § 34-5». Sistnevnte gjelder bistandsadvokatens mulige tilsvær. Om forsvarerens tilsvær fremgår av § 34-4 at det bør omfatte omtvistede deler av sakens faktiske og rettslige sider, bevis, etterforskningskritt og saksbehandlingen. I denne sammenheng omfatter altså «straffekravet» hele den strafferettslige behandlingen. Et annet sted, i § 32-3 (1), har det tydeligvis en snevrere betydning, men hvilken er uvisst. Paragrafen har overskriften «Rettens forhold til partenes krav og påstander mv.». Den er tydeligvis inspirert av tvisteloven § 11-2 første ledd om rettens forhold til partenes prosesshandlinger i form av krav, påstander og påstandsgrunnlag. Lovutkastet starter med å slå fast at retten bare kan avgjøre «krav som er reist av partene». Da neste setning angår partenes påstander, er «krav» tydeligvis noe annet enn påstander. Det er nærliggende å forstå det som «det forhold tiltalen gjelder», da paragrafen skal erstatte § 38 i dagens lov. I § 43-16 (1) tales det om «gjenåpning av straffekravet», som om et krav kan åpnes! I tvistelovens kapittel 31 og i dagens

² Se Robberstad *Mellom tvekamp og inkvisisjon* (1999) s. 326-328 med henvisninger og s. 329.

³ Henvisninger til NOU 2016: 24 «Ny straffeprosesslov» gjøres i teksten i form av sidetall i parenteser.

⁴ Synspunktene er utdypet i Robberstad (1999) s. 326-332 jfr 233-239.

straffeprosesslov fremgår at det er saker og avgjørelser som kan være gjenstand for gjenåpning.

3 Styrking av påtalemyndigheten på bekostning av retten

Rendyrkingen av partsprosessen viser seg først og fremst ved en svekkelse av dommernes stilling. Dagens regel om at retten våker over sakens fulle opplysning (§ 294) erstattes av vasne byråkratiske formuleringer (§§ 7-4 jfr § 7-1). Dagens § 38 blir i den nye utformingen (§ 32-3) nokså lik innholdsmessig, men mye vanskeligere tilgjengelig. Nøkkelbestemmelsen § 32-3 bærer preg av avskrift av tvisteloven § 11-2 på en måte som bare er egnet til å forvirre. En viktig realitetsendring er at retten ikke skal kunne dømme etter et annet straffebud enn tiltalen gjelder, dersom påtalemyndigheten motsetter seg det.⁵ Påtalemyndigheten får altså vetorett mot rettens endring av subsumsjonen. I den kjente Hemsedalsaken⁶ kunne retten dømt for grovt uaktsom voldtekt av eget tiltak, nå skal dette bli forbudt. En svak statsadvokat kan hindre at saker blir pådømt riktig.

Det legges opp til at påtalemyndigheten skal bli en mye mektigere aktør enn i dag. Straffeprosessutvalget vil endog grunnlovfeste påtalemyndigheten som en slags fjerde statsmakt, ved å ta inn i Grunnloven § 96 et tillegg om uavhengig anklage: «På denne måten kommer det tydelig frem at alle statsmaktene [sic] må ta del i forfølgningen før noen kan straffes» (s. 202).

På ett enkelt punkt legger utvalget opp til at påtalemyndigheten skal få en domstolsrolle, se nedenfor i pkt 12.

4 Amerikanisering

Rendyrking av partsprosessen kan ses som at utvalget legger opp til en større grad av amerikanisering av vår straffeprosess. Et tydelig utslag av dette er forslaget om en helt ny bevisavskjæringsregel, utkastets § 8-5. «Når det er grunn til det», skal retten forby bevis som er innhentet på rettsstridig måte. Selv om det i fortsettelsen ramses opp noen momenter som det særlig skal legges vekt på, innebærer forslaget en stor grad av uforutsigbarhet. Formuleringen er som en innbydelse til forsvarere til krangler og uthaling i hver eneste sak. Her burde en i stedet tatt mønster av tvisteloven § 22-7, hvis regel ifølge Høyesterett gjelder også for straffesaker i dag (Rt 2009 s 1526).

⁵ Høyesterett advarer i sitt høringssvar mot forslagene om «grunnleggende endringer i kompetansefordelingen mellom domstolene og anklagemyndigheten».

⁶ Se lagmannsrettsdommen av 7. juli 2016 i LB-2015-85818.

5 Utredningens forhold til sitt mandat

På bakgrunn av den alt for korte tidsfristen utvalget hadde, er det påfallende at utvalget har brukt tid på å behandle store temaer som det ikke var særskilt pekt på i mandatet.

Det var ikke meningen at Straffeprosessutvalget skulle behandle fornærmedes og etterlattes rettsstilling, som ble reformert i 2008. Fra mandatet hitsettes (s. 97):

«Ved lov 7. mars 2008 nr. 5 ble fornærmedes og etterlattes rettsstilling styrket. Det vises for øvrig til Ot.prp. nr. 11 (2007–2008) og NOU 2006: 10. Siden fornærmedes og etterlattes rettsstilling relativt nylig er vurdert, legger departementet til grunn at behovet for revisjon av disse reglene ikke er stort. Utvalget kan likevel foreslå endringer.»

Jeg oppfatter disse formuleringene som et overordnet direktiv om ikke å svekke fornærmedes og etterlattes rettigheter. Slik er det tydeligvis også blitt oppfattet, for utvalget skriver om fornærmedes og etterlattes rettigheter (s. 103): «Rettighetene videreføres i all hovedsak som i dag.»

Dette er ikke riktig, noe fremstillingen nedenfor vil vise. Lovutkastet innebærer *svekkelse på en rekke punkter*. Flere av disse er ikke en gang gjort til gjenstand for diskusjon i utredningen. Vi står overfor et delvis skjult angrep på fornærmedes og etterlattes rettslige stilling.

Utvalget går dessuten utenfor temaene nevnt i mandatet ved å foreslå *avskaffelse av private straffesaker*. Dette er både et angrep på fornærmedes stilling og en svekkelse av muligheten for kontroll med svikt i påtalemyndighetens myndighetsutøvelse. Muligheten for kontroll svekkes ytterligere ved forslaget om at påtalemyndighetens uavhengighet skal grunnlovfestes.

Utvalget går også ut over mandatet ved å foreslå «*ensretting*», det vil si ta bort muligheten for pådømmelse av erstatningskrav etter frifinnelse i straffespørsmålet. Dette vil bety en kraftig svekkelse av fornærmedes mulighet for oppreisning gjennom straffesaken. Utvalget går her inn for et alternativ som er i strid med EMK art 6 og dermed også med Grunnloven § 95.

For å forenkle fremstillingen nevnes ikke de etterlatte særskilt i det følgende, selv om de på mange punkter har samme stilling som fornærmede og vil rammes tilsvarende.

6 Kort om modellen 1981- og 1887-straffeprosesslovene bygger på

Vår gjeldende straffeprosesslov av 1981 bygger på samme modell som den forrige loven, både når det gjelder private straffesaker og behandlingen av sivile krav i offentlig straffesak. Det kan være grunn til kort å rekapitulere hva slags ordning dette er:

I vår første moderne straffeprosesslov av 1887 ble den offentlige påtaleretten supplert av en subsidiær påtalerett for fornærmede. Loven fikk et eget kapittel om private straffesaker og et kapittel om behandlingen av sivile («borgerlige») krav i forbindelse med straffesaken. For de private straffesakene ble det gitt en del særlige regler. Men hovedregelen var at saksøkeren i den private saken fikk samme stilling som påtalemyndigheten i en offentlig sak, og at en ellers skulle følge reglene for offentlige saker (1887-loven § 423).

For behandlingen av sivile krav, typisk erstatningskrav, fikk vi den såkalte *adhesjonsprosessen*, etter kontinentalt mønster. Den innebærer at skadelidte gis mulighet for å få pådømt et rent sivilt krav inne i straffesaken. Siden sivilprosessuell lovgivning ikke gjelder i straffesaker, måtte det gis egne regler i straffeprosessloven om hvorledes det sivile kravet skal behandles. Dette løste man i 1887-loven ved å bestemme at saksøkeren (skadelidte) kunne *slutte seg til* den strafferettslige forfølgningen for de sivile kravenes vedkommende (1887-loven § 438). Den som slik hadde sluttet seg til straffesaken, fikk de samme partsrettighetene som en saksøker i en privat straffesak. Samme ordning ble innført i 1981-loven, med litt andre ord. Dette er fortsatt ordningen i dag, se neste punkt om strpl 1981 §§ 428, 404 og 409. Gjennom denne modellen får man et fullstendig regelsett for behandlingen av sivile krav i straffesaken. Det er en del supplerende regler i 1981-lovens Kap. 29 Sivile krav.

Lovens ordning er altså i dag at fornærmede som selv fremmer sivile krav, får formelle partsrettigheter for disse kravenes vedkommende.⁷ Den formelle partsstatusen gir opphav til en rekke enkeltrettigheter. Disse partsrettighetene vil Straffeprosessutvalget avskaffe, uten at det foreslås noen fullgod erstatning.

Dagens modell, som altså er gammel, er nokså komplisert. Det er umulig å forstå den uten å kjenne til lovgivningshistorien og de kontinentaleuropeiske mønstrene. For å forenkle, kan en si at fornærmede i dag har to ulike slags rettigheter, som delvis bygger på forskjellige begrunnelser. En gruppe kan kalles *straffesaksrettigheter*, for eksempel retten til dokumentinnsyn (§ 242), denne gruppen ble vesentlig utvidet ved fornærmede-reformen i 2008. Den andre gruppen kan kalles *erstatningsrettigheter*, og består i de formelle partsrettighetene som er nevnt ovenfor. For begge grupperes vedkommende foreslår Straffeprosessutvalget vesentlige reduksjoner av rettighetene, se nærmere nedenfor.

7 Partsrettighetene som følger av å reise sivilt krav foreslås avskaffet

⁷ Se f eks Fornærmedeutvalget i NOU 2006: 10 s. 65 og 204.

Dette er en følge av at ordningen med privat straffesak foreslås avskaffet (se nedenfor i pkt 11). Etter dagens lov har fornærmede som fremmer erstatningskrav, de samme partsrettigheter som en saksøker i en privat straffesak (strpl § 428 jfr § 404 og § 409). Straffeprosessutvalget mener at det ikke er behov for disse formelle partsrettighetene (s. 503). – For påtalemyndigheten er det kanskje ikke noe behov, og det kan være besværlig for aktor å forholde seg til en fornærmet med formelle partsrettigheter. For fornærmede er rettighetene et gode.

Fornærmedes *initiativrettigheter* – muligheten til å sette i gang eller stanse en straffesak – består i dag av rett til å klage over henleggelse og å reise privat straffesak. Videre har fornærmede *tilslutningsrettigheter* vedrørende straffespørsmålet, som ikke brukes,⁸ og tilslutningsrettigheter for sivile rettskrav, som er mye i bruk. Begge disse tilslutningsrettighetene vil forsvinne dersom utvalgets forslag skulle bli lovtekst.

Alene klageretten over henleggelse vil da stå tilbake. Ordningen med påtalebegjæring som vilkår for straffesak ble avskaffet da straffeloven av 2005 trådte i kraft i 2015. Summen av de foreslåtte endringene blir at fornærmedes innflytelse over straffeforfølgningen blir vesentlig redusert. Utvalgets uttalelse om at det har «vært viktig å ivareta prinsippet om fornærmedes deltakelse ved å videreføre og tilpasse dagens ordninger» (s. 144) blir tomme ord, bare egnet til å dekke over den svekkelse av rettsstillingen som foreslås.

Fornærmedes tilslutningsrettigheter for sivile rettskrav har ikke bare betydning som et virkemiddel for å påvirke den strafferettslige behandlingen. De har først og fremst betydning som virkemiddel for å sikre en fullgod behandling av det sivile kravet, typisk et erstatningskrav.⁹

En av ulempene med modellen fra 1887 er at fornærmedes rettigheter ikke nevnes i loven på de stadiene i saksforløpet der de naturlig hører hjemme, men i stedet fremgår av en finurlig henvisningsrekke: Når fornærmede selv fremmer sitt krav (hvilket alle med bistandsadvokat i dag må gjøre), «får reglene i § 404 tilsvarende anvendelse» (§ 428). Paragraf 404 sier at «fornærmede [kan] slutte seg til forfølgningen. Fornærmede har i så fall de samme partsrettigheter som en saksøker i en privat straffesak». Hvilke rettigheter dette er, fremgår av § 409, som starter med:

⁸ Se nærmere Robberstad *Mellom tvekamp og inkvisisjon* (1999) s. 228-229 og Robberstad *Kontradiksjon og verdighet* (2002) s. 64 og 75-77.

⁹ Heretter skriver jeg stort sett «erstatningskrav» i stedet for «sivile krav», da dette er det mest praktiske.

«I privat straffesak får reglene om påtalemyndigheten i kap 19 og 21-24 og 26-27 anvendelse på saksøkeren. For øvrig følges de regler som gjelder om offentlige straffesaker så langt det er mulig og ikke noe annet er bestemt.»

De nevnte kapitlene omfatter blant annet forberedelse til og gjennomføring av hovedforhandling for tingrett og lagmannsrett.

Det sier seg selv at dette rettsgrunnlaget er vanskelig håndterbart og at det kan være uenighet om hvor langt bestemmelsene rekker.¹⁰ Fornærmedeutvalget søkte i 2006 å avhjelpe situasjonen ved å vurdere fornærmedes stilling gjennom hele saksforløpet og å sette inn de rettighetene i loven som utvalget mente at fornærmede bør ha.¹¹ Fornærmedeutvalget nøyde seg med å gi en rekke nye straffesaksrettigheter, uten å gå inn i partsrettighetene for det sivile kravet (erstatningsrettighetene). Man mente at dette lå utenfor utvalgets mandat. Samtidig som Fornærmedeutvalget tillå erstatningsrettighetene stor betydning, gjorde man intet forsøk på å tydeliggjøre hva disse går ut på.¹²

Det gjør heller ikke Straffeprosessutvalget, som med et pennestrøk vil fjerne et omfattende sett av rettigheter, med den begrunnelse at det ikke er behov for dem (s. 503).

I et avsnitt nederst på s. 503 annen spalte gjengis innholdet i lovens § 409 ikke som lovtekst, men som «Robberstads resonnement». Utvalget mener (s. 504) at «det ikke er grunnlag for å konstatere en slik rettighetskatalog etter gjeldende rett». Det er loven selv som sier dette, ikke jeg.

Ifølge Straffeprosessutvalget består partsrettighetene for det sivile kravet *i dag* av følgende som listes opp: holde innledningsforedrag, føre bevis, stille spørsmål, prosedere og nedlegge påstand (s. 503 og s. 492). Derimot er det flere rettigheter som etter utvalgets mening ikke følger av loven: få oppnevnt sakkyndig og «benytte tvangsmidler [...] etter begjæring for retten». Argumentasjonen for at fornærmede i dag ikke kan få oppnevnt en sakkyndig er slik (s. 504):

«Det er vanskelig å se at det har vært lovgivers mening at fornærmede skal kunne benytte straffesaksapparatet til utredning av sine krav i andre tilfeller enn det som følger av spesialregelen i straffeprosessloven § 237 annet ledd, som i så fall ville vært overflødig.»

Resonnementet avslører en urovekkende mangel på kunnskap om den straffeprosesslov som utvalgets utredning er ment å erstatte. Regelen i dagens strpl § 237 annet ledd ble vedtatt i

¹⁰ Min forståelse av reglene står i Robberstad *Bistandsadvokaten* (2014), særlig kap 7 og 8.

¹¹ NOU 2006: 10 «Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter» s. 131.

¹² NOU 2006: 10 s. 204 og 151, jfr Robberstad *Bistandsadvokaten* (2014) s. 234.

2008 og handler om utredning av fornærmedes helseskader.¹³ Den regelen som følger av strpl § 409 annet punktum jfr kap 11 om sakkyndige, stammer derimot fra 1887, og den er generell.¹⁴ Hvorledes skal lovgivers mening i 1887 og 1981 kunne utledes fra en lovendring i 2008, der forarbeidene ikke forholder seg til spørsmålet? Også muligheten for å begjære rettens avgjørelse om tvangsmidler avfeies med at (s. 504) «det [er] vanskelig å se at straffesaksapparatet skal stå til disposisjon ...». Utvalget opererer tydeligvis med en presumsjon for at lovgiver til alle tider har villet gi fornærmede færrest mulig rettigheter.

Utvalget har nok selv vært usikker på sin egen lovforståelse, for drøftelsen avsluttes med (s. 504, min utheving):

«Uansett hvordan gjeldende lov er å forstå, mener utvalget at inngripende tiltak etter en ny straffeprosesslov kun bør benyttes med sikte på behandling av straffekravet og spørsmål om straff eller andre strafferettslige reaksjoner.»

Straffeprosessutvalget mener at fornærmedes generelle og formelle partsrettigheter for det sivile kravet skal avskaffes. I stedet skal rettighetene fremgå klart av enkeltbestemmelsene i lovforslaget (s. 503). Det kan se ut som om utvalget ikke forstår betydningen av sitt eget forslag, når det innledningsvis sies at (s. 224) «lovforslaget innebærer ikke noe prinsipielt avvik fra gjeldende rettstilstand».

Straffeprosessutvalgets teknikk er altså å fjerne alle partsrettighetene for sivilt krav. Dette skjer uten noen drøftelse av om det er ønskelig å svekke fornærmedes stilling på de enkelte punkter, og i strid med føringen i mandatet om ikke å revidere fornærmedes stilling. At det skjer en forringelse av fornærmedes og etterlattes stilling, forties i utredningen.

Lovutkastet har, i likhet med dagens lov, et eget kapittel om «Sivile krav». Her bestemmes det at tvistelovens regler gjelder for spørsmål som endring av krav, rettens forhold til krav og påstand, oppfylingsfrist, litispensens og rettskraft (§ 43-3). For øvrig «gis reglene i denne lov anvendelse så langt de passer», altså samme regel som i dagens strpl § 409 gjengitt ovenfor. En forskjell fra dagens lov er at lovkastet ikke gir reglene om påtalemyndighetens stilling i bestemte kapitler anvendelse for fornærmede («saksøkeren»).

Konsekvensen av lovforslaget blir at flere rettigheter fornærmede har i dag blir svekket eller fremstår som diskutabile. Å si at noen andre regler skal gjelde så langt de passer, er en formulering som skaper uklarhet og grobunn for konflikter. Fornærmedes generelt svake

¹³ Se NOU 2006: 10 s. 139, jfr Robberstad 2014 s. 112 og 189.

¹⁴ Jfr Salomonsen *Den norske straffeproseslov II* (1925) s. 174 om 1887-lovens kap 16 om sakkyndige og Bjerke/Keiserud/Sæther *Straffeprosessloven II* (2011) s. 1376 om dagens kap 11.

stilling i norsk straffeprosess gjør at det blir vanskelig å hevde rettigheter som ikke fremgår i klartekst i lovens ord.

Utvalget har muligens hatt en ambisjon om å gi fullstendige regler for behandlingen av det sivile kravet, men har ikke lyktes med dette. Følgende passus gir grunn til å tro at utvalget er klar over at rettigheter forsvinner (s. 492, mine uthevninger):

«I den grad reguleringen som følger av gjeldende § 409, videreføres, skjer det ved direkte henvisninger i kapitlet om sivile krav til aktuelle bestemmelser i straffeprosessloven og tvisteloven, jf. utkastet § 43-3.»

Denne uttalelsen vil bli brukt som argument for at regler som det ikke er henvist direkte til, ikke får anvendelse. Den står i direkte motsetning til en uttalelse i spesialkommentarene til § 43-3 (s. 670):

«Den som fremmer et sivilt krav, kan for så vidt gjelder dette kravet, holde innledningsforedrag, føre bevis, stille spørsmål, prosedere og nedlegge påstand. Bevisføring og prosedyre som bare har betydning for straffekravet, skal ikke skje.»

Det er ikke godt å si hvilke av disse motstridende uttalelsene som vil bli tillagt mest vekt i praksis.

Utkastet innebærer at det verste trekket fra 1887- modellen beholdes, formuleringen om å gi straffesaksreglene anvendelse så langt de passer (eller «så langt det er mulig og ikke noe annet er bestemt»). Det beste trekket ved dagens lov, som i stor grad skyldes Fornærmedeutvalget, fjernes: synlige regler der de passer inn i saksforløpet. For eksempel har dagens lov om forberedelse til hovedforhandling for tingrett bestemmelser i § 264 b om fornærmedes fremme av sivilt krav, noe utkastets kap 34 mangler.¹⁵ Dermed løsrives sivile krav fra den naturlige plasseringen i lovens bestemmelser om saksbehandlingens gang.

Svekkelsen av rettigheter gjelder blant annet:

- Retten å være til stede (pkt 8)
- Retten til å føre og å kommentere bevis (pkt 9)
- Sluttbemerkning etter prosedyren (pkt 10)

8 Retten til å være til stede

Den grunnleggende rettigheten i en rettssak, og forutsetningen for utøvelse av andre rettigheter, er retten til å være til stede under forhandlingene. Fornærmedeutvalget sørget for

¹⁵ Kap 34 står i utkastets del 7: «Tingrettens behandling av straffekravet.»

en egen bestemmelse om dette, vedtatt som strpl § 93 c.¹⁶ Denne foreslås erstattet av ny § 4-2 (1) e, hvoretter fornærmede har rett til å «ta del i rettsmøter, med mindre annet er bestemt». Slik bestemmelse er gitt i utkastets § 31-5 for alle fornærmede og i § 43-10 (1) for dem som fremmer sivile krav.

Ifølge § 31-5 (1) «skal» fornærmede utelukkes fra rettsmøtet bare «når andre fornærmede forklarer seg, eller hensynet til sakens opplysning for øvrig tilsier det». I samme paragrafs annet ledd d nevnes muligheten for at noen forklarer seg forbeholdent.

Forslaget innebærer en svekkelse av fornærmedes rett til tilstedeværelse, både som straffesaksrettighet og som erstatningsrettighet.

Som straffesaksrettighet er tilstedeværelse som nevnt lovfestet i strpl § 93 c, første ledd. Her vises det til unntakene som følger av §§ 245 (under etterforskning) og 284 (under hovedforhandling). Begge gjelder der tilstedeværelsen kan fryktes å føre til at noen ikke gir en uforbeholden forklaring. Så langt er rettstilstanden i utkastet lik. Men som vi så, skal fornærmede etter utkastets § 31-5 utelukkes også når «hensynet til sakens opplysning for øvrig tilsier det». Dette innebærer en utvidelse av utelukkelsesgrunnene for fornærmedes del. Med et vagt påskudd om at «hensynet til sakens opplysning tilsier det» kan fornærmede utelukkes fra vesentlige deler av forhandlingene.

Etter dagens strpl § 289 a bør ikke fornærmede høre på andre fornærmedes forklaringer før de selv har forklart seg. Den krysses av § 129, hvoretter fornærmede *kan* høre på forhandling i saken før de selv er avhørt. Bestemmelsen i § 289 a står tilsynelatende i konflikt med partsrettighetene for sivilt krav, som sikrer full rett til tilstedeværelse, og må derfor vike for disse: Fornærmede som fremmer erstatningskrav, har rett til å høre på andre fornærmedes forklaringer.¹⁷ Etter utvalgets lovforslag synes det som om de mister denne ubetingede retten. Utkastets § 43-3 om saksbehandlingen av sivile krav har ingen henvisning til bestemmelser om tilstedeværelse. Riktignok heter det i spesialkommentarene til § 43-3 at den som fremmer sivilt krav har rett til å være til stede (s. 670), men med forbehold om at sakens opplysning kan tale mot det, jfr § 31-5 nevnt ovenfor her.

9 Retten til å føre og å kommentere bevis

Som straffesaksrettighet har fornærmede i dag bare en rett til «å foreslå supplerende bevisførsel om straffekravet», strpl § 264 a annet ledd. Denne forslagsretten foreslås

¹⁶ Jeg behandler ikke her det nye annet ledd om fjernmøte mv som ble tilføyd i 2012.

¹⁷ Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s. 172, jfr Robberstad *Bistandsadvokaten* (2014) s. 193-194.

oppretholdt i utkastets § 34-5 (2): «forslag til ytterligere bevisføring om straffekravet skal rettes til påtalemyndigheten».

Som formell part for erstatningskravet har imidlertid fornærmede full rett til å føre egne bevis. Denne retten fremgår tydelig av dagens § 264 b, hvoretter «Fornærmede skal angi kravets størrelse, dets faktiske og rettslige grunnlag samt hvilke bevis som vil bli ført». Bestemmelsen er (som nevnt) plassert i loven på det sted den hører hjemme, i kap 21 Forberedelse til hovedforhandlingen.

I lovutkastets kapittel om forberedelse til hovedforhandlingen finner vi bare ovennevnte § 34-5 (2), forslagsretten. Alle regler om sivile krav er samlet i kapittel 43. Her heter det at begjæring om pådømmelse skal angi «eventuelle bevis som ønskes ført», § 43-6 (1) c. Formuleringen tilslører at det her dreier seg om en ubetinget rett til å føre bevis, men er kanskje reelt sett like god som dagens regel. Om regelen vil bli oppfattet av fornærmede som ikke har advokat, beror på hvordan påtalemyndigheten informerer om den, jfr utkastets § 43-4 og § 43-7 (3). Dagens formulering i § 264 b annet ledd synes bedre egnet til å formidle at fornærmede har *rett* til å føre egne bevis, ikke bare til å foreslå nye bevis.

I nær sammenheng med retten til å føre bevis, står *retten til å kommentere bevisførselen* underveis. Straffeprosessloven § 303 i kapitlet om hovedforhandling for tingrett lyder:

«Etter avhør av hvert enkelt vitne og etter opplesing av hvert skriftlig bevis bør tiltalte få anledning til å uttale seg. Det samme gjelder fornærmede og etterlatte med bistandsadvokat. De bør også få uttale seg etter tiltaltes forklaring.»

Denne retten er i utkastet fjernet for fornærmedes og etterlattes del: I utkastets kap 35 om hovedforhandlingen får de ingen rett til å uttale seg underveis i bevisførselen. Bare tiltalte skal ha en slik rett, utkastets § 35-4 (5). En eventuell bistandsadvokat kan få stille spørsmål, § 35-4 (3), men altså ikke fornærmede og etterlatte.

I stedet gis disse bare en rett til sluttbemerkning før prosedyren: «Fornærmede og etterlatte gis anledning til å komme med avsluttende bemerkninger etter den øvrige bevisføringen ...», utkastets § 35-4 (4).

Forslaget innebærer en svekkelse av fornærmedes rett til kontradiksjon som straffesaksrettighet. Om forholdet til dagens § 303 heter det i spesialkommentarene bare at (s. 647-648): «Bestemmelsen viderefører dessuten det som synes å være praksis etter straffeprosessloven § 303 annet og tredje punktum.» Slik kan det jo også uttrykkes når en fjerner en rettighet! Noen begrunnelse er det imidlertid ikke.

10 Sluttbemerkning etter prosedyren

En annen straffesaksrettighet som foreslås fjernet, følger i dag av strpl § 304 for fornærmede som har bistandsadvokat. Den gir rett til sluttbemerkning etter advokatenes prosedyre. I utkastet er det bare tiltalte som har rett til avsluttende bemerkninger, se § 35-5. Endringen begrunnes ikke.

Heller ikke i utkastets kap 43 om sivile krav finner vi noen regel om å kommentere bevisførselen eller ha sluttbemerkning etter prosedyren. Også på dette punkt fører forslaget om avskaffelse av formelle partsrettigheter til en svekkelse av fornærmedes rettsstilling.

Som en sammenfatning av pkt 8 til 10 ovenfor peker jeg på at Straffeprosessutvalgets forslag innebærer en klar svekkelse av fornærmedes og etterlattes rett til å være til stede, delta og å hevde et standpunkt. Den manglende integreringen av straffesaksrettigheter og erstatningsrettigheter fører til at rettstilstanden blir enda vanskeligere tilgjengelig enn den er i dag.

Lovutkastet innebærer svekkelse også på andre punkter enn dem jeg her har gjennomgått, se for eksempel den økte adgangen til å nekte behandling av sivile krav, utkastets § 43-8 (s. 500). Jeg går ikke her inn på disse andre tilfellene.

Et gjennomgående trekk er at utvalget ikke vedstår seg flere av forslagene om å svekke fornærmedes stilling, men på ymse vis søker å dekke over at det er dette som foreslås.

11 Muligheten for privat straffesak

For første gang i historien skal fornærmedes mulighet til å reise straffesak avskaffes, hvis Straffeprosessutvalget får sin vilje igjennom: Den prinsipielt viktige adgangen til subsidiært privat straffesak foreslås avskaffet. Avskaffelsen foreslås endog grunnlovfestet, ved den nye formuleringen i § 96 om «uavhengig anklage».

Det er ikke første gang et slikt forslag fremmes. Denne gangen forankres det i en anbefaling fra Domstoladministrasjonenes regelutvalg, som har mottatt et innspill fra Oslo tingrett om at private straffesaker «stort sett bare imøtekommer kverulanter behov» (s. 487). Og henvendelser fra flere dommere som ønsker seg at ordningen avvikes, ifølge rapporter fra 2009 og 2010.

Straffeprosessutvalget har ikke undersøkt hvordan virkeligheten ser ut på dette området. Behandlingen av spørsmålet er gjennomsyret av de hundre år gamle anklagene om kverulanter, utpressing og sjikane, belagt med rene spekulasjoner fra professor Jo Hov (s. 487

med videre henvisning). I tillegg angis at (s. 487) «Regelutvalget mener det er en økt tendens til at det reises privat straffesak mot staten og enkeltdommere ...».

Med straffeloven av 2005 ble ærekrenkelser avkriminalisert, den delen av de private straffesakene som angikk ærekrenkelser forsvant derfor i 2015. Og i 2008 trådte tvisteloven i kraft, med sin regel i § 2-2 (5) om at:

«Saken kan avvises dersom den utvilsomt ikke kan ha et fornuftig formål og er anlagt av en person som misbruker rettsapparatet ved gjentatte ganger å ha anlagt slike saker.»

Ved å innarbeide en lignende regel i straffeprosessloven, og gjerne skarpere, er det ikke noe problem å bli kvitt eventuelle kverulanter som måtte dukke opp. Hvor mange slike kverulanter som belaster domstolene, opplyses det ikke om i utredningen. Kanskje dreier det seg om 5-10 personer hvert år?¹⁸ Straffeprosessutvalget er tydeligvis ukjent med tvl § 2-2 (5), siden utvalget kan hevde at (s. 489): «Uansett lar det seg vanskelig utforme kriterier som vil kunne demme opp for kverulanter bruk av ordningen.» Tvistelovens regel er jo nettopp utformet for å demme opp for kverulanter.¹⁹

Ordningen med subsidiært privat straffesak må vurderes på en helt annen bakgrunn enn dette. Straffeprosessutvalgets tunnelsyn, fiksert på kverulanter, gjør at utvalget ikke tar på alvor begrunnelsen for at vi har denne ordningen i dag, og har hatt den siden 1887 (s. 488-489).

For 1887-lovens forfattere var den private påtalen et korrektiv til påtalemyndighetens pliktstridige unnlattelse av å påtale:²⁰

«Dette Middel er den subsidiære Paatale, som i dette Tilfælde kan reises af den Fornærmede i den offentlige Paatalemyndigheds Sted.»

Kontroll med myndighetsmisbruk i form av unnlattelse var altså stikkordet her. Som Francis Hagerup uttrykte det i sin lærebok i straffeprosess:²¹

«I straffeprosesloven fremtræder den subsidiære privatklage væsentlig som et korrektiv ligeoverfor manglende energi og pligtiver fra paatalemyndighetens side, i hvilken henseende den virker ved paatalerettens blotte tilværelse, selv om den sjelden eller aldrig bliver benyttet.»

¹⁸ På side 488 sies at det i 2014 innkom 24 stevninger i private straffesaker, men intet om hvor mange av disse som kan anses som kverulanter.

¹⁹ Se NOU 2001: 32 Rett på sak, s. 658 og 661.

²⁰ Jurykommisjonen i 1885 s. 479, jfr Robberstad *Mellom tvekamp og inkvisisjon* (1999) s. 89.

²¹ Francis Hagerup *Den norske straffeproses* I (1904) s. 61.

Språket er gammelmodig, men argumentene har full gyldighet i dag. Også i 1887-lovens tid hadde fornærmede mulighet til å klage over påtalemyndighetens henleggelsesvedtak.

Begrunnelsen var den samme som for private straffesaker: en garanti mot påtalemyndighetens misbruk av sin myndighet.²² Klagerett innen påtalemyndigheten er altså ikke et virkemiddel som kan erstatte subsidiært privat påtale, slik utvalget synes å tro (s. 488), de to virkemidlene er begge nødvendige og supplerer hverandre.

Straffeprosesslovkomiteen som laget dagens lov, gjennomgikk alle de subsidiært private straffesakene som ble reist i årene 1961-1965, i alt 9 saker.²³ Komiteens flertall gikk inn for å avskaffe subsidiært privat påtale. Mindretallet ville beholde den, særlig fordi den har betydning for tilliten til strafferettspleien.²⁴ Regjeringens proposisjon fulgte mindretallets syn, av hensyn til «sakens prinsipielle side og på å opprettholde tilliten til strafferettspleien i størst mulig utstrekning».²⁵ Tillitsargumentet har ikke mindre vekt i dag, kanskje større.

I stedet for å basere seg på fordommer og skrivebordsbetraktninger, kunne Straffeprosessutvalget ha undersøkt den norske virkeligheten på 2000-tallet. Utvalget kunne med letthet ha analysert dommene i de få private straffesakene som er avgjort for eksempel de siste 10-20 årene. Da ville utvalget ha funnet denne voldtektssaken fra 2006:

En kvinne politianmeldte voldtekt. En fremmed mann hadde trengt seg inn i hjemmet hennes og drapstruet henne til samleier. Etter å ha holdt på i fire timer, ringte mannen til en bekjent og spurte: «Har du lyst på negerfitte, er det bare å komme». Tilbudet ble avslått, så det ble ikke noen gruppevoldtekt i den saken.

Syv måneder senere ble saken henlagt. Kvinnens advokat klaget til Riksadvokaten, som bestemte at tiltale skulle reises. Ved en feil hos statsadvokaten fikk siktede melding om dette for sent, slik at saken måtte henlegges på grunn av tre-måneders-fristen for omgjøring (strpl § 59 a, 4. ledd 2. pkt).

Det offentlige hadde altså forspilt sin rett til straffeforfølgning. Kvinnen reiste så privat straffesak mot mannen, som ble dømt for voldtekt til tre års fengsel. Retten la vekt på at forbrytelsen førte til at kvinnen måtte flytte fra sitt hjem og falt ut av arbeidslivet.

Som nevnt var lovgiver i 1887 opptatt av at det måtte finnes et korrektiv til påtalemyndighetens avgjørelser. Denne saken alene viser at det er behov for det korrektivet som ligger i subsidiært private straffesaker. Den viser også at det ikke holder å vise til at det er klageadgang til høyere påtalemyndighet eller Sivilombudsmannen (s. 488). Kvinnen hadde

²² Robberstad *Mellom tvekamp og inkvisisjon* (1999) s. 227 med henvisning til Departementskomiteen 1886.

²³ Straffeprosesslovkomiteens innstilling av juni 1969 s. 117.

²⁴ Straffeprosesslovkomiteens innstilling av juni 1969 s. 119.

²⁵ Ot.prp. nr. 35 (1978-79) s. 86.

jo klaget, og Riksadvokaten var enig i at det her burde bli rettssak. Statsadvokaten gjorde så en feil som førte til at offentlig straffesak allikevel ikke kunne reises.

Denne type saker får vi ikke høre om i utvalgets utredning, de underslås. Utvalget har ikke undersøkt praksis, i stedet skrives det om kverulanter. Utvalget preges av en selvrettferdig holdning, som ser bort fra feil og mangler hos påtalemyndigheten. (En fjerdedel av utvalgets medlemmer tilhører selv påtalemyndigheten.)

En mer jordnær innstilling til dagens realiteter skulle tilsi at vi ikke kan gi avkall på en eneste kontrollmekanisme. Det er ingen grunn til å tro at påtalemyndigheten gjør færre feil enn den gjorde tidligere. Feilene spenner over et vidt spekter fra alvorlige vurderingsfeil til rene rutinefeil, saken ovenfor hadde begge deler. I rettssakssammenheng er formaliteter viktige, noen ganger kan de være avgjørende. Påtalemyndighetens jurister har en stor arbeidsbelastning. Det er ikke rart at de gjør feil, og ofte kan den enkelte være lite å klandre for feilen. For den som rammes av feilen, som kvinnen i saken ovenfor, kan den være katastrofal. Men hun hadde et verktøy til å reparere feilen, som Straffeprosessutvalget nå vil ta fra henne. Det er slike saker lovgiver bør ha i tankene når en vurderer virkemidlet privat straffesak.

12 «Ensretting er et gode»

Straffeprosessutvalget vil avskaffe muligheten for erstatningsdom etter frifinnelse i straffesaken, og innføre noe utvalget kaller «ensrettingsprinsippet», ordet er endog brukt i overskriften på utkastets § 43-11.²⁶

Argumentene for forslaget er at det er så vanskelig å begrunne erstatningsdommen og at den svekker «renvaskingsvirkningen» av straffedommen (s. 113-114, s. 492-497).²⁷ Begge deler er uriktig.

Argumentasjonen om at det er så vanskelig å begrunne, bygger på et *selektivt og utdatert* materiale. Utredningen nevner (s. 493) at Norge ble dømt i Y-saken (Karmøy), men ikke at Norge ble frifunnet i Ringvold-saken samme dag.²⁸ Se også den foreløpig siste saken mot Norge vedrørende dette tema: N. A. mot Norge fra 2014, der det heller ikke forelå krenkelse.²⁹ I den forutgående avgjørelse i samme sak, LB-2010-30302, klarte Borgarting

²⁶ Ordlyden i § 43-11 (3) tyder på at bare uberettigede krav skal gis medhold, men det er neppe meningen.

²⁷ Dette ordet er kanskje hentet fra Jon T. Johnsen's utredning i NOU 2000: 33. Johnsen konkluderte imidlertid med at dagens ordning er god og at det er lite renvasking å oppnå ved å ta bort muligheten for erstatningsdom etter frifinnelse, se hans s. 146.

²⁸ Ringvold v. Norway, 34964/97, dom av 11.2.2003. For Y. v. Norway, 56568/00, dom av 11.2.2003, er domsåret feilaktig oppgitt til 2013.

²⁹ N. A. v. Norway, 27473/11, dom av 18.12.2014.

lagmannsrett utmerket godt å begrunne erstatningsdommen (oppreisning 300.000 kr og 100.000 kr) på en måte som ikke krenker uskyldspresumsjonen. Det er derfor ikke riktig at dette er så vanskelig å begrunne, og det er slett ikke slik at EMD fordømmer den norske praksisen.

Se også Jon Petter Rui: «Uskyldspresumsjonens vern mot omtale av straffesaker før straffedom og etter frifinnelse», i Tidsskrift for Strafferett nr 2/2014 s. 119-143, om *Allen v. the United Kingdom* fra 2013 som endret rettstilstanden i forhold til den i *Y. v. Norway*: EMD stiller ikke lenger så strenge krav til begrunnelsen som i 2003. Rui skriver: «Etter min oppfatning ville resultatet i *Orr* klart ha blitt et annet med den rettsoppfatning som oppstilles i foreliggende sak [*Allen*].» *N. A. v. Norway* fra sent i 2014 er naturlig nok ikke med i Ruis artikkel. En burde imidlertid kunne forvente at Straffeprosessutvalget hadde oppdatert seg på rettstilstanden, særlig siden Rui var et av dets medlemmer.

Utvalgets forslag vil medføre at de siste over 30 års praksis for å gi erstatning ikke kan videreføres. Utvalget har ikke brydd seg om å kartlegge hvor mange saker det gis erstatning i etter frifinnelse i straffesaken, selv om dette ville vært enkelt. Man bare regner med at det er få (s. 494), og bruker dette som et argument mot ordningen. Mangelen på empirisk kunnskap dekkes over med løse spekulasjoner om at domstolene tar utenforliggende hensyn i slike saker, basert på «egne erfaringer og samtaler med andre» (s. 493-494). En del av disse samtalene har tydeligvis vært med dommere som ikke har kjennskap til nyere EMD-praksis på området.

Det finnes nok av eksempler i praksis på erstatningsdommer etter frifinnelse for «straffekravet», inntatt i domsbasene og endog omtalt i media. Vi har Hemsedalsaken fra 2016: I tingrettens fellende dom ble de tre mennene dømt til å betale jenta oppreisning med kr 300.000. I lagmannsrettens frifinnende dom ble oppreisningsbeløpet stadfestet.³⁰ Så ble det i hvert fall tydelig for alle at en krenkelse hadde funnet sted, og jenta slapp en ny rettssak om oppreisning. Tilsvarende ble tre menn frifunnet for gruppevoldtekt i mai i år i Oslo tingrett, men samtidig dømt til å betale nærmere 700.000 kr i erstatning, ifølge Aftenposten 12.5.2017.³¹

Argumentene for vår nåværende ordning, som ble innført ved straffeprosessloven av 1981, er mange. Straffeprosessutvalget refererer enkelte av dem (s. 492-493), men finner dem tydeligvis ikke tungtveiende.

³⁰ Se foran i note 6.

³¹ TOSLO-2016-183834-2.

Fornærmedes behov for å få pådømt sitt erstatningskrav i straffesaken, og samfunnets behov for å få saken ut av verden gjennom én rettsbehandling, bør være det avgjørende i dette spørsmålet. Ikke syensing, spekulasjoner og feilaktig bruk av EMK-argumentet.

Dersom erstatningskravet ikke blir pådømt som i dag, er det mest sannsynlige utfallet at det aldri vil bli pådømt. Dette innebærer at den materielle erstatningslovgivningen ikke blir realisert: skadelidte får ingen ting, og skadevolder slipper unna sitt ansvar. Den enkelte får ikke håndhevet sine rettigheter og samfunnet får ikke respektert rettsreglene, for å si det med tvistelovens § 1-1 første ledd. Til tross for retthjelpordningen, er det svært få fornærmede som vil ha krefter til å føre en egen sivil rettssak etter straffesaken.

Hvis vi tenker oss at det blir reist en egen sivil sak, må begge parter gjennomgå hele prosessen med deltagelse og bevisførsel på ny. Fra et domstolssynspunkt er dette sløsing med knappe ressurser. Også fra den tidligere tiltaltes synspunkt er dette en ulempe. Han risikerer ny medieomtale lenge etter den forrige, og erstatningsdommen vil antagelig bli den samme som den ville blitt i straffesaken.

Utvalgets svekkelse av fornærmedes rettsstilling forsvares med at det tenkes etablert en statlig garantiordning, der tiltalen i seg selv skal gi erstatning, påtalemyndigheten gis altså en dommerfunksjon (s. 495-497). Utvalget mener endog at erstatningskrav som faller inn under denne ordningen, ikke skal kunne prøves rettslig i sivil sak (s. 496), uten å ta inn over seg at dette er i strid med «access to court»-regelen i EMK art 6 og dermed også med Grunnloven § 95: «Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol ...». Dette spørsmålet nevnes ikke en gang. Forholdet til fornærmedes rett til domstolsbehandling av erstatningskravet er behandlet i den foran nevnte Ringvold v. Norway, som utvalget altså fortier også på dette punkt.

Den antydede garantiordningen er helt i det blå, det fremmes intet lovforslag om den, og den er dypt problematisk av flere grunner. Dette føyer seg inn i rekken av temaer der Straffeprosessutvalget tar bort en viktig rettighet for fornærmede og etterlatte, uten å sørge for at noe annet kommer i stedet.

Konklusjonen på min gjennomgang må bli at dette lovforslaget ikke er egnet som grunnlag for en ny straffeprosesslov. Det må arbeides adskillig mer med saken. Et minstekrav må være at fornærmedes og etterlattes stilling ikke svekkes, og at loven tydelig angir hva som skal gjelde.