

---

**Fra:** Postmottak JD  
**Sendt:** torsdag 30. november 2017 15.07  
**Til:** Lov-Arkiv  
**Emne:** VS: Uttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov  
**Vedlegg:** 2 2017-11-23 Tfs Iver sakskostnader antatt.docx; 1 2017-11-29 Iver uttalelse final.docx

**Fra:** Iver Huitfeldt [mailto:iver.huitfeldt@gmail.com]  
**Sendt:** torsdag 30. november 2017 11.07  
**Til:** Postmottak JD <postmottak@jd.dep.no>  
**Kopi:** Fredrik Bøckman Finstad <fredrik.finstad@jd.dep.no>  
**Emne:** Uttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Til Justisdepartementet

Denne uttalelsen til Straffeprosessutvalgets forslag til «Ny straffeprosesslov» i NOU 2016: 24 kommer etter høringsfristen, men jeg regner med at det ikke er noen frist for 'fornuftige synspunkter'! Vedlegg 1 er selve uttalelsen, mens vedlegg 2 er en artikkel antatt til trykking i Tidsskrift for strafferett om sakskostnader, og som er en del av uttalelsen.

Uttalelsen gjelder noen få spørsmål:

- «Sannsynlighetsovervekt for» bør erstatte «nærliggende fare for» som vilkår for fengsling ved bevisforspillelsesfare
- Noen få bemerkninger om tilgang til sakens dokumenter
- Anke over beslutninger om gebyr bør kunne siles
- Ankeinstansen bør ha adgang til å prøve bevisene under skyldspørsmålet ved begrenset anke over lovanvendelsen
- Statens krav på dekning av sakskostnader

Hilsen

Iver Huitfeldt

Sendt fra [E-post](#) for Windows 10



## NOTAT

**Til:** Justisdepartementet  
**Fra:** Iver Huitfeldt, pensjonert lagdommer  
**Sted og tid:** Oslo, 2017-11-29

### UTTALELSE TIL NOU 2016: 24 NY STRAFFEPROSESSLOV

Denne uttalelsen til Straffeprosessutvalgets forslag til «Ny straffeprosesslov» kommer etter høringsfristen. Justisdepartementet får avgjøre om den kan regnes som en høringsuttalelse eller ikke, men jeg regner med at det ikke er noen frist for 'fornuftige synspunkter'!

Jeg skal begrense meg til noen få spørsmål i den rekkefølge de er behandlet i NOU-en:

- «Sannsynlighetsovervekt for» bør erstatte «nærliggende fare for» som vilkår for fengsling ved bevisforspillelsesfare
- Noen få bemerkninger om tilgang til sakens dokumenter
- Anke over beslutninger om gebyr bør kunne siles
- Ankeinstansen bør ha adgang til å prøve bevisene under skyldspørsmålet ved begrenset anke over lovanvendelsen
- Statens krav på dekning av sakskostnader

#### **1 «Sannsynlighetsovervekt for» bør erstatte «nærliggende fare for» som vilkår ved fengsling ved bevisforspillelsesfare, forslaget § 15-2 (1) side 48, punkt 14.4.5.5 side 323 og merknadene til § 15-2 side 60**

*Ordlyden bør være dekkende for den materielle realiteten*

Straffeprosessutvalget foreslår en del endringer når det gjelder bruken av tvangsmidler som jeg ikke skal kommentere. Jeg har ikke noen synspunkter på realiteten, men synes tiden er inne til å endre på ordbruken i forslaget § 15-2 om bevisforspillelsesfare, der det på side 601 heter:

*«Første ledd åpner for tiltak som angitt i § 15-1 når det er «nærliggende fare» for bevisforspillelse. Vilkåret skal forstås som etter gjeldende rett og innebærer et krav til sannsynlighetsovervekt for at mistenktes reelle mulighet til å forspille bevis vil bli benyttet.»*

I stedet for å videreføre en ordbruk som bryter med vanlig språkbruk, bør vilkåret «nærliggende fare for», som ikke er dekkende for den materielle realiteten, erstattes med «sannsynlighetsovervekt for».

Forståelsen av ordbruken i straffeprosessloven har opp gjennom tiden utvilsomt vært dynamisk. Historisk har det nok – fordi synet på varetekt er endret – skjedd en glidning i forståelsen fra et ‘risiko/fare’- kriterium til et vilkår om sannsynlighetsovervekt, men uten at det er gjenspeilet i ordlyden.

Hverken i daglig eller faglig tale forstås «fare» som en situasjon der det er sannsynlighetsovervekt for at en uønsket hendelse skal inntre. Et raskt oppslag i Store norske leksikon – lett bearbeidet, sitatet forekommer ikke i sammenheng på nettet – gir dette:

«**Fare** er en risikokilde som er knyttet til fysisk eller psykologisk skade eller tap. Et stoff som gir stråling utgjør en fare, og en brann på et sykehjem representerer en stor fare for de som bor der. I dagligtalen er det vanlig å bruke **risiko** i betydningen fare og som et potensial eller mulighet for uønskede hendelser og tap. **Sannsynlighet** brukes for å uttrykke hvor trolig en hendelse er og som et uttrykk for hvor ofte en hendelse opptrer. **Sjans** brukes i samme betydning. En sannsynlighet representerer eller uttrykker usikkerhet, trolighet eller variasjon, og følger regnereglene for sannsynlighet. Eksempel: Ved kast av to normale terninger er sannsynligheten for få et resultat der summen er minst 11, lik  $3/36 = 1/12$ , da det i alt er  $6 \times 6 = 36$  mulige utfall og tre av dem er gunstige, nemlig 5 og 6, 6 og 5 og 6 og 6.»

En ‘risiko/fare’-situasjon peker altså mot en *mulighet* og favner langt videre enn når det er *mest* sannsynlig med et uønsket utfall. Det gjelder også i det man kan kalle «juridisk dagligtale». Selv om sannsynligheten angis som ‘stor’, betyr ikke det nødvendigvis at den uønskede hendelsen *mest* sannsynlig vil inntre. Russisk rulett med en patron i et dobbeltløpet haglegevær gir 50/50 risiko for fatal utgang, men er likevel ikke det mest sannsynlige utfallet.

I norsk rett er det ofte et avgjørende skille når et beviskrav overstiger terskelen for *mest* sannsynlig. Ordbruken «nærliggende fare for» tilsier at vi – fremdeles – er på ‘risiko/fare’-stadiet og er ikke nok til å krysse grensen til *mest* sannsynlig.



*Kvalifiseringen «nærliggende fare for» bør ikke ha forskjellig materielt innhold i straffeloven og straffeprosessloven*

Det er ikke bare av språklige grunner uheldig om «nærliggende fare for» i gjeldende straffeprosesslov føres videre i den nye. Det viktigste er at straffelovene av 1902 og 2005 brukte/bruker «nærliggende fare for» som vilkår for forvaring i henholdsvis § 39 c. og § 40, men klart nok uten at vilkåret er «sannsynlighetsovervekt» for en nytt (slikt) lovbrudd. Det fremgår av Rt-2002-889 hvor det om «nærliggende fare for» heter:

«Kravet om nærliggende fare for tilbakefall innebærer at faren «må være kvalifisert og på domstidspunktet vurderes som reell», jf. Ot.prp.nr.87 (1993-94) side 111. Dette vil i praksis være det samme vilkår som tidligere ble stilt for dom på sikring.»

På side 111 i proposisjonen er det ikke spor av sannsynlighetsovervekt:

At tilbakefallsfaren må være «nærliggende», betyr at den må være kvalifisert og på domstidspunktet vurderes som reell. Kravet til faregraden kan nok variere etter hvor alvorlig den begåtte handlingen er, og etter hvor alvorlige handlinger det er fare for. Det nærmere innholdet av kravet til tilbakefallsfare må klarlegges nærmere gjennom rettspraksis. Faren må referere seg til ny alvorlig forbrytelse som nevnt i nr 1, og retten må vurdere sammenhengen mellom den tidligere begåtte alvorlige forbrytelsen og den som lovbrysteren nå står tiltalt for.

Momentene i denne vurderingen vil for det første være lovbrysterens atferd og sosiale og personlige utvikling i de senere år. Videre må prognosen for lovbrysterens sosiale situasjon vurderes. Vedkommendes miljøtilhørighet, hans forhold til alkohol og narkotika og hans seksualitet vil også være forhold som inngår i vurderingen. Rettens vurdering må i første rekke baseres på opplysninger fra personundersøkelsen eller fra en rettspsykiatrisk undersøkelse.

I Magnus Matningsdals kommentar til straffeloven § 40 side 365 er det ikke spor av et *mest* sannsynlig-vilkår.

Når Rt-2002-889 dessuten bruker «det samme vilkår som tidligere ble stilt for dom på sikring», hvor det utvilsomt ikke var noe krav om sannsynlighetsovervekt, er det klart at straffeloven bruker «nærliggende fare for» i samsvar med daglig og vanlig faglig språkbruk. Slik bør det også være i den nye straffeprosessloven. Det er uholdbart om vilkåret «nærliggende fare

for» fortsatt skal ha forskjellig materielt innhold i straffeloven og i straffeprosessloven!

En historisk gjennomgang viser at den glidning fra et 'risiko/fare'-vilkår til «sannsynlighetsovervekt» ikke skyldes den ulike ordlyden opp gjennom tidene eller uttalelser i forarbeidene, men først er å finne i Bjerke/Keiseruds kommentarutgave til 1981-loven i Bind I 1986 side 465-466.

*Ordlyden «frygt/frykte for» i straffeprosessloven av 1887 var et 'risiko/fare' - kriterium*

Straffeprosessloven av 1887 satte i § 228 første ledd nr. 3 som vilkår for pågrepelse og fengsling i relasjon til bevisforspillelse:

«naar hans Forhold giver særlig Føie til at frygte for, at han ved Tilintetgjørelse af Gjerningens Spor eller ved Aftale med Vidner eller medskyldige eller paa anden Maade vil forspilde Beviset».

I *Salomonsens* 1925 kommentar til denne opprinnelige ordlyden heter det at «De under nr. 1 – 4 fastsatte særlige betingelser tiltrænger formentlig ingen forklaring». Nei, ordlyden var nok, og i vanlig norsk er det som sagt mye man kan frykte uten at det er sannsynlighetsovervekt for at risikoen skal materialisere seg.

*Skeie* i *Den norske straffeprosess*, 1939, problematiserer ikke vilkårene, men gjengir bare lovens ord og anser tydeligvis at ordlyden er selvforklarende og mener derfor opplagt at sannsynlighetsovervekt ikke kreves.

Ved LOV-1963-02-08 ble § 228 første ledd nr. 3 endret; vilkåret «særlig Føie» ble fjernet, slik at «grunn til å frykte for» nå sto alene uten noen kvalifisering:

«når det er grunn til å frykte for at han ved å fjerne spor, påvirke vitner eller medskyldige eller på annen måte vil forspille bevis i saken»

Om forhistorien til denne endringen viser Ot.prp.nr. 39 (1961-1962) side 7-8 uten egne kommentarer til *Innstilling fra Straffeprosesslovkomitéen* av 5. juni 1961 side 9 andre spalte, der begrunnelsen var:

«Selv om bestemmelsen nok i praksis de fleste steder er gitt en videre slagvidde enn etter sin ordlyd, antar man at denne bør omformuleres slik

at det er tilstrekkelig for pågripelse at det er grunn til å frykte for at den siktede vil forspille bevis i saken.»

Den nye ordlyden og begrunnelsen «tilstrekkelig for» må sees som en viss lemping, og at terskelen faktisk ble senket i samsvar med praksis, at bestemmelsen «de fleste steder er gitt en videre slagvidde enn etter sin ordlyd». Vi befinner oss utvilsomt fremdeles på 'risiko/fare'-stadiet. (Det viktigste ved lovrevisjonen var en lemping av hvem faren for bevisforspillelse måtte være knyttet til; frykten måtte ikke lenger være begrenset til siktedes eget forhold.)

*Ordlyden «nærliggende fare for» i straffeprosessloven av 1981 fremtrer i forarbeidene fremdeles som et 'risiko/fare' -kriterium*

Ved straffeprosessloven av 1981 fikk § 171 første ledd 2) sin nåværende ordlyd:

«(når) det er nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken, f.eks. ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige»

Endringen fra «grunn til å frykte for» til «nærliggende fare for» var i NUT 1969: 4 *Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomitéen*, forslaget § 174 nr. 2, begrunnet slik på side 239:

«I nr. 2 er brukt uttrykket «nærliggende fare for» i stedet for det nåværende «grunn til å frykte for». Endringen betyr en viss innsnevring av adgangen til pågripelse.»

Ordvalget i begrunnelsen – 'en viss innsnevring' – tilsier at endringen ikke var ment å være stor. Vi kan faktisk si at komitéen vendte tilbake til den opprinnelige 1887 § 228; «nærliggende fare for» var neppe ment som noe annet enn en modernisering av «særlig Føie til at frygte for». Og tatt i betraktning hvor viktig skillet er, skulle man ha ventet en presisering av nettopp det: Beviskravet skal nå overskride terskelen for mest sannsynlig!

Før 1981-loven ble vedtatt hadde det såkalte *Varetekstutvalget* kommet med sin innstilling i NOU 1980: 28 *Varetekstfengsling*. Utvalget var flere ganger delt i et flertall bestående av utvalgets leder Charles Philipsson, Tønnes Skår, Bjørn Vesterdal og Håkon Wiker og et mindretall bestående av Tor Erling Staff, Brit Denstad og Arild Kjerschow.

Utvalget sto sammen om disse bemerkningene til Straffeprosesslovkomitéens innstilling fra side 47, mindretallet hadde noen særmerknader:

«Det som særlig har vært diskutert er hvilken grad av fare som må foreligge for at bevis skal bli forspilt. Mens Getz i en avhandling inntatt i Norsk Retstidende 1878 gikk inn for at siktede gjennom positiv handling måtte ha vist at det forelå bevisforspillelsesfare, stilte straffeprosessloven av 1887 opp som vilkår at siktedes forhold måtte gi «særlig Føie til at frykte for at han ved Tilintetgjørelse af Gjerningens Spor eller ved Aftale med Vidner eller Medskyldige eller paa anden Maade vil forspilde Beviset». Som nevnt ble vilkårene i straffeprosesslovens § 228 nr. 3 lempet på ved lovrevisjon av 8. februar 1963. Man nøyde seg med å stille opp som betingelse at det må foreligge grunn til å frykte at siktede vil forspille bevis og man sløyfet kravet om at frykten må være begrunnet i siktedes eget forhold.

Straffeprosesslovkomitéen foreslår i sin innstilling en viss innsnevring i adgangen til å fengsle på grunn av bevisforspillelse. I komitéens utkast til § 174 nr. 2 er det stilt opp som vilkår at det må foreligge en nærliggende fare for at mistenkte vil forspille bevis i saken. Uttrykket «nærliggende fare» er ikke nærmere definert i innstillingen, men meningen må være å gjøre det klart at det både må eksistere en reell mulighet for siktede til å ødelegge eller forspille bevis og en sannsynlighet for at han vil gjøre bruk av denne mulighet. Avgjørelsen vil fortsatt bero på et skjønn hvor dommeren må ta i betraktning de opplysninger politiet allerede har skaffet til veie i saken, hvilke bevis som er sikret, hvilke muligheter det i praksis foreligger for at ytterligere bevis vil gå tapt og hvilken sannsynlighet det er for at siktede vil forsøke å rydde bevis av veien.

(...)

Medlemmene Denstad, Kjerschow og Staff vil videre understreke at man har lite kunnskap som kan belyse hvilken betydning varetekt har for å hindre bevisforspillelse og at det er tvilsomt om varetektsfengsling på dette grunnlag er avgjørende for etterforskningen i særlig mange saker. Disse medlemmene vil på denne bakgrunn ta en generell reservasjon mot den beskrivelse som er gitt over om den betydning muligheten for varetektsfengsling har som ledd i oppklaringen av saker. I den enkelte sak må det derfor kreves klare, konkrete holdepunkter for antakelsen om at det er fare for bevisforspillelse. Det er naturligvis ikke grunnlag for å bygge på at det er en alminnelig presumsjon for at fare for bevisforspillelse er til stede.»



Ordbruken «nøyde seg med» bekrefter at datidens oppfatning var at endringen i 1963 innebar en viss lemping. At *Varetektsutvalgets* bruk av ordet «sannsynlighet» ikke innebærer et krav om *mest* sannsynlig, er bekreftet i særmerknaden. Selv om disse tre medlemmene mente at det kreves «klare, konkrete holdepunkter», må denne ordbruken sees i sammenheng med de to neste ordene var «for antakelsen». En ‘antakelse’ er ikke i samsvar med at kravet skulle være ‘mest sannsynlig’, men passer derimot godt med at ordvalget «nærliggende fare for» ble oppfattet som et ‘risiko/fare’-kriterium.

*Rettspraksis etter straffeprosessloven av 1981 krever sannsynlighetsovervekt*  
Imidlertid, til tross for at ordbruken og forarbeidene ikke gir holdepunkter for et krav fra nå av om sannsynlighetsovervekt, hevdet Bjerke/Keiserud i sin kommentar til straffeprosessloven Bind I 1986 side 465-466:

«Første ledd nr. 2: «I første ledd *nr. 2* kreves det *nærliggende* fare for bevisforspillelse. I dette uttrykket ligger at det må foreligge en *reell* mulighet for siktede til å ødelegge eller på annen måte forspille bevis og en viss sannsynlighet for at siktede vil komme til å bruke denne muligheten. Det må kreves minst sannsynlighetsovervekt for at siktede vil realisere bevisforspillelsen om han ikke nå frihetsberøves dersom lovgivers intensjon om en innsnevring i adgangen til å pågripe og å fengsle skal få noen realitet, sml. Strpl.kom. innst. s. 239.»

Dette er en kommentar som overser at ordlyden «fare» ble beholdt, og at dette var et kriterium som hadde en etablert tolking. Kommentaren overser også at *innenfor* ‘risiko/fare’-nivået hadde det tidligere hadde vært justeringer i 1887-loven, se gjennomgangen over, men at terskelen aldri hadde vært *mest* sannsynlig. Når det verken i uttalelser hos Straffeprosesslovkomitéen, Varetektsutvalget eller i proposisjonen var holdepunkter for at det var meningen å krysse den viktige *mest* sannsynlige grensen, var det mer enn dristig å legge så mye i en ‘intensjon’, som man kan legge så mye i som man selv vil! En intensjon om ‘en viss innsnevring’, er etter vanlig juridisk språkbruk for svakt til å krysse en så viktig grense på sannsynlighetsskalaen som overgangen til *mest* sannsynlig. Særlig var det ikke grunn til å legge så mye i en påstått intensjon når endringen til «nærliggende fare for» i 1981-loven nokså klart var en retrett fra lempingen i 1963 og en tilbakevenden til «særlig Føie til at frygte for». Her har Bjerke/Keiserud rett og slett ikke gjort noen god rettskildejobb!

Men det kan ikke være tvil om at rettspraksis har fulgt kommentaren, og det er ikke grunnlag for nå å gå tilbake til et 'risiko/fare'-kriterium.

*Konklusjon: ordlyden i en ny tilsvarende § 15-2 bør være dekkende for det materielle kravet og skilles fra forvaring*

Ordlyden i en ny tilsvarende § 15-2 bør endres slik at loven ikke peker på et forlatt kriterium, men gir uttrykk for den materielle realiteten. Ordlyden i straffeprosessloven bør også skille seg fra straffelovens bruk av «nærliggende fare for» som vilkår for forvaring og erstattes med:

«Er det sannsynlighetsovervekt for at mistenkte ellers vil forspille bevis i saken, kan det besluttes tiltak som angitt i § 15-1 første ledd.»

## **2 Paragraf 32-4, punkt 17.4 side 388 om rettens tilgang til og bruk av sakens dokumenter**

Straffeprosessutvalgets flertall mener at:

«retten bør ha tilgang til sakens opplysninger både under saksforberedelsen og den videre behandlingen av saken. Dette er ordningen i de fleste europeiske land, herunder Sverige og Danmark.»

Den «norske» tradisjonen med en sammenhengende hovedforhandling, muntlighet og bevisumiddelbarhet, men likevel med en grunnleggende regel om dommerens ansvar for sakens opplysning, er en hybrid mellom «the European Continental Civil Law Inquisitorial System» og «the Common Law Adversarial System».

Norge skiller seg fra kontinentale systemer som etter fransk mønster kan ha en «juge d'instruction»/«investigating judge» – et system som riktignok er på tilbakegang – eller der domstolen selv – samme dommer eller ikke – under saksforberedelsen tar opp forklaringene fra siktede og vitner. Men det er et felles trekk i Europa (alle land unntatt Norge?) at den dømmende rett under saksforberedelsen og ved sakens avslutning har tilgang til alle sakens dokumenter.

I Europa er det nokså utbredt at saken ikke avsluttes med en sammenhengende hovedforhandling. I Tyskland er det en avsluttende hovedforhandling, men den dømmende rett har tilgang til alle sakens dokumenter; rettens administrator har



satt seg godt inn i dem; administrator har til og med hovedansvaret for utspørringen under hovedforhandlingen; det er vanlig at aktor ikke stiller egne spørsmål, men i stedet anmoder administrator å spørre om det og det. Den dømmende rett i Danmark og Sverige har som nevnt av utvalget, tilgang til alle sakens dokumenter, selv om jeg har hørt si «men vi bruker dem ikke»! I Nederland, som har det franske «investigating judge»-systemet er det vanlig med et avsluttende rettsmøte som selv i store saker gjøres unna på noen formiddagstimer; det er dog blitt mer vanlig – jeg vet ikke hvor utbredt det er – at forsvareren ønsker å føre vitner direkte for den dømmende rett. Uansett, den dømmende rett har tilgang til alle sakens dokumenter.

Svakheten med den norske løsning er kommet klarere frem de siste 20 årene med stadig mer kompliserte saks- og bevisforhold og lange hovedforhandlinger der alt som skal dokumenteres av tidligere forklaringer må leses opp. Som påpekt av flere høringsinstanser er det høyst tvilsomt – det er nok mer enn det – om alle i den dømmende rett får med seg innholdet i det som leses opp.

Mitt poeng er at det ikke er grunn til bekymring over om det som nå foreslås er i strid med EMK – noe mindretallet heller ikke hevder – eller å grunne over problemstillingen netto/bruttoutdrag. I det nevnte europeiske system hører alt som er fremkommet under etterforskningen til «sakens dokumenter/opplysninger» og er tilgjengelig for den dømmende rett.

### **3 Kjennelser, punkt 17.5 side 391 – anke over kjennelser etter vegtrafikkloven § 31 a.**

Hvis avgjørelsesformen «kjennelse» går ut og erstattes med «beslutning», må spesiallovgivningen gjennomgås med sikte på det som nå er kjennelser og anker over kjennelser får en hensiktsmessig behandling. Jeg vil peke på kjennelser om gebyr etter vegtrafikkloven § 31 a.

Ettersom gebyr etter vegtrafikkloven § 31 a. nå avgjøres ved kjennelse, får slike saker en hensiktsmessig behandling i første instans – uten hovedforhandling. Men i andre instans krever i dag anken ikke samtykke etter § 321 første ledd slik regelen er ved anke over dommer i saker med bot, inndragning eller tap av førerkort. Lagmannsretten må derfor ta opp til behandling og avgjøre alle anker over offentlige gebyrer. Det er ikke hensiktsmessig; jeg vil kalle det en anomali!

Avgjørelsen om gebyr bør fortsatt ha forenklet behandling i tingretten, enklest ved at avgjørelsesformen blir 'beslutning', men i § 31 eller i forslaget § 38-3 (1) bør det tas inn at en anke krever *samtykke* for å bli tatt under behandling.

#### **4 Punkt 20.4.7 side 452, om ankedomstolen adgang til å prøve bevisene under skyldspørsmålet ved begrenset anke over lovanvendelsen**

Utløst av den såkalte *Stortingspensjonssaken*, men på bakgrunn av egne erfaringer med det jeg anså som domfeltes taktiske anker over lovanvendelsen, fremmet jeg i sin tid et forslag til Domstoladministrasjonens regelutvalg om at lagmannsretten – selv om anken var begrenset til lovanvendelsen – skulle ha adgang til å utvide en henvisning til at bevisene skulle prøves fullt ut. Dette er en 'finesse' som ingen av høringsinstansene ser ut til å ha uttalt seg om.

Etter å ha presentert problemstillingen og konstatert at ved anker begrenset til lovanvendelsen «skal det heller ikke være bevisføring om dette», konkluderer utvalget med at:

«Hvis tingrettens faktum ikke er tilstrekkelig til at lovanvendelsen kan prøves, må resultatet bli at tingrettens dom kan oppheves utenom anken på grunn av mangelfulle domsgrunner.

Utvalget antar at mulighetene for å oppheve underinstansens avgjørelse vil være tilstrekkelig til å håndtere situasjoner der anke over lovanvendelsen møtes med innsigelser fra sankemotparten til det faktum underinstansen har lagt til grunn.»

Men dette treffer ikke poenget. Problemet oppstår når tingrettens lovanvendelse *kan* prøves, men når påtalemyndigheten mener at tingretten har lagt feil eller et utilstrekkelig faktum til grunn. Hvis lovanvendelsen er feil må resultatet bli frifinnelse, for muligheten for opphevelse er stengt. Det er *bevisføring om faktum* som er selve poenget. Dette konstaterer jo også utvalget i sitt avsluttende avsnitt:

«Opphevelse er riktignok ikke en løsning i de tenkelig – men formentlig få – tilfellene der tiltalte blir domfelt etter tiltalen, men ut fra et uriktig faktum og uriktig lovanvendelse. I så fall har ikke påtalemyndigheten rettslig interesse i en anke, i det den har fått fullt medhold i resultatet, samtidig som domfelte kan begrense sin anke til lovanvendelsen og få den prøvd opp mot et uriktig – men tilstrekkelig – faktum, med frifinnende virkning. I en slik situasjon kunne man tenke seg at

påtalemyndigheten burde bli ansett å ha rettslig interesse i en aksessorisk motanke over bevisbedømmelsen. Selv om dette prinsipielt sett kunne være riktig, har utvalget kommet til at det ikke er grunn til å belaste loven med en slik særløsning for det som trolig er meget sjeldne unntakstilfeller.»

Det er vanskelig å skjønne at noe som er «prinsipielt (...) riktig» skulle kunne «belaste loven». En lovrevisjon må tvert imot være en god anledning til å etablere en prosessøkonomisk fornuftig løsning, som retter opp svakheter i dagens lov, særlig når mandatet er «sterkere dommerstyring»! Utvalget uttaler på side 452 andre spalte at «(e)n slik endring ville bryte med systemet og arbeidsdelingen mellom aktørene (...)»! Hva bruddet skulle være er ikke konkretisert, og det er verken sett i forhold til dagens lov eller i forhold til det utvalget ellers foreslår dekning for uttalelsen!

«Meget sjeldne unntakstilfeller»? Den nye straffeprosessloven bør ta høyde for alle de muligheter som er innebygd i loven; lovgiver kan ikke ta for gitt at vi til nå har sett alle de muligheter som finnes for ‘oppfinnsomme’ anker.

Dagens ankeordning over lovanvendelsen er en ‘parallelisering’ av anke til Høyesterett, som jo ikke kan prøve bevisene under skyldspørsmålet. Jeg ser det som en glipp at man senest ved innføringen av to-instansordningen ikke justerte ankeordningen. Nå som det er blitt vanlig at en sak går i to instanser, og hvor lagmannsretten ellers har kompetanse til å prøve bevisene, er det – særlig ikke i en effektivitetsreform – grunn til å opprettholde en kompetansbegrensning som kan føre til uhensiktsmessige resultater og unødvendige rettsrunder.

Stortingspensjonssaken illustrerer poenget. En av de siktede ble domfelt for grovt uaktsomt bedrageri i tingretten, men anket over lovanvendelsen, og saken ble «silt inn» etter § 321. Påtalemyndigheten anket for sin del over bevisbedømmelsen, at tingretten hadde vært ‘for snill’ i sin faktumvurdering, men denne anken måtte – selvfølgelig – avvises, fordi påtalemyndigheten ikke kan anke over bevisbedømmelsen i en fallende dom. Siktede ble frifunnet i lagmannsretten fordi det faktum tingretten hadde bygget på – og som lagmannsretten var bundet av – ikke konstituerte grov uaktsomhet.

Det er ikke bare ved uaktsomme lovbrudd det kan være behov for å gi lagmannsretten mulighet til å vurdere bevisene under skyldspørsmålet selv om

det bare er anket over lovanvendelsen. Det kan være aktuelt ved alle lovbud som er basert på skjønnsmessige vurderinger. Ved vurderingen av om et ran er grovt eller ikke kan tingretten ha oversett et moment eller har vurdert det galt, for eksempel ikke drøftet eller feilaktig lagt til grunn at et våpen må være ladd for at ranet skal være grovt, men kommet til at ran er grovt av andre potensielt feilaktige grunner. Hvis siktedes anke er begrenset til lovanvendelsen, er påtalemyndigheten i neste omgang for eksempel avskåret fra å prosedere på at våpenet var ladd.

Loven bør ta høyde for en hensiktsmessig behandling av alle anker og alle mulige kombinasjoner av anker:

- I omfattende saker som har gått over uker og måneder i tingretten, er det ikke hensiktsmessig om lagmannsretten skal være bundet til å oppheve dommen, forkaste anken eller å frifinne;
- det er ikke hensiktsmessig om en 'snill' faktumvurdering skulle føre til frifinnelse i andre instans som i Stortingspensjonssaken, hvis påtalemyndigheten mener å kunne bevise at forholdet er grovt med et riktig faktum;
- hvis første instans i en rans-sak har drøftet og forkastet én anførsel om grovt ran, men akseptert en annen, bør påtalemyndigheten i siktedes anke over lovanvendelsen kunne prosedere på begge i andre instans;
- hvis siktede anker både over om ranet er grovt og over straffutmålingen – der det prinsipielt er full bevisføring over alle sider ved ranet – bør det ikke være nødvendig å dele saken;
- hvis flere siktede er dømt for noenlunde like forhold, bør saken kunne gå samlet for dem alle selv om den ene bare anker over lovanvendelsen mens andre over bevisbedømmelsen, noe som godt kan skje hvis tingretten har ansett den ene som medvirker;
- i en omfattende økokrimsak er det vanlige at det er flere tiltaleposter som dessuten kan ha en indre sammenheng, og det er ikke utenkelig at siktede anker over skyldspørsmålet for noen poster og over lovanvendelsen for andre og dessuten over straffutmålingen med de dilemmaer med hensyn til å dele opp saken som da oppstår;
- flere eksempler?

Hvis en anke er begrenset til saksbehandlingen oppstår liknende problemer, dog ikke med hensyn bevisføringen; lagmannsretten kan da ikke avsi ny dom, men



har bare to alternativer: Forkaste anken eller oppheve dommen! Lagmannsretten bør i en sak som har gått over uker og måneder ha anledning til å si:

‘Vi har ellers full kompetanse, det er meningsløst om vi nå bare skal se på saksbehandlingen og eventuelt oppheve dommen, som så kan påankes igjen. Hvis det har vært en saksbehandlingsfeil, og den er så alvorlig at siktede med rette kan si at han ikke har fått en reell førsteinstansbehandling, da kan vi oppheve, men hvis feilen ikke er så alvorlig gjennomfører vi ankeomgangen uten å gjenta feilen!’

Lagmannsretten bør generelt ha anledning til å behandle saken på en hensiktsmessig og prosessøkonomisk måte ubundet av det som ellers er hovedregelen. Kompetansen til en utvidet henvisning bør være ‘av eget tiltak’ etter at partene har fått uttale seg, eventuelt etter ‘aksessorisk motanke’. Det vil spesielt være aktuelt å bruke kompetansen i omfattende saker der det etter en opphevelse og ny behandling i tingretten, kan ventes en ytterligere ankerunde.

## **5 Paragraf 44-2 om statens krav på dekning av sakskostnader fra side 507 samt kommentaren på side 676**

Jeg viser til min artikkel i Lov og Rett nr. 4/2017 side 244-249 *Siktedes vern mot sakskostnader i ankeomgangen – en anomali!* Artikkelen er skrevet før straffeprosessutvalgets NOU 2016: 24, men trykket først etterpå. Etter NOU-en har jeg skrevet er artikkel *STRAFFEPROSESSUTVALGETS FORSLAG TIL SAKSKOSTNADER – underskudd på kritisk refleksjon!* Artikkelen er antatt til trykking i Tidsskrift for strafferett og vedlegges.

Jeg viser til artiklene som jeg fremmer som mitt syn overfor Justisdepartementet.

Lovgivningsmessig vil det enkleste være å videreføre dagens § 436 første ledd og å stryke andre ledd.

**SLUTT**





## **STRAFFEPROSESSUTVALGETS FORSLAG TIL SAKSKOSTNADER – underskudd på kritisk refleksjon!**

### **Iver Huitfeldt**

Iver Huitfeldt er nå pensjonist etter 20 år som lagdommer i Borgarting lagmannsrett. Før det var han rundt to år hos Regjeringsadvokaten, ti år stats-/førstestatsadvokat i daværende Eidsivating statsadvokatembeter og ØKOKRIM og fra 1975 åtte år underdirektør og leder for Sosialavdelingen i Ullersmo landsfengsel. Etter eksamen i 1969 var han først saksforbereder i Trygderetten, deretter dommerfullmektig og så høyskolelektor. Han har internasjonal erfaring fremst fra Bosnia & Herzegovina, Vietnam, Moldova og Romania. E-post: [iver.huitfeldt@gmail.com](mailto:iver.huitfeldt@gmail.com).

### **Sammendrag**

Forfatteren går i dette innlegget mot Straffeprosessutvalgets forslag i NOU 2016: 24. Ny straffeprosesslov, § 44-2. om å fjerne adgangen til å ilegge en domfelt sakskostnader og bare beholde ansvaret for merkostnadene ved «vidtløftiggjøring». Forfatteren mener det er prinsipielt riktig at en lovbrøyer skal ha ansvaret for de påregnelige følger av lovbruddet, nemlig å bli tatt og dømt. Han mener at begrunnelsen for å fjerne adgangen lider av et «underskudd på kritisk refleksjon» og ikke har støtte i dagens regler og praksis. Han mener at domstolene er tilbakeholdne med å idømme sakskostnader og 'treffsikre' når de gjør det.

Nøkkelord: sakskostnader, NOU 2016: 24, straffeprosess

### **Sakskostnader i straffesaker – ikke særlig spennende!**

Sakskostnader i straffesaker er ikke et emne som opptar mange – under en straffesak tenker neppe noen på sakskostnader før helt til slutt i advokatens prosedyre og på tampen av domskonferansen! I min lange karriere i retten – ti år som statsadvokat og 20 år som lagdommer – har jeg, bortsett fra i den enkelte sak, knapt skjennet sakskostnader en tanke før jeg som pensjonist begynte å forfølge min interesse for *Liv og Lov*, konkret i denne sammenheng *Samfunns- og lovendringer som 'forbikjørere' andre lovregler!*

Et resultat av dette var min artikkel *Siktetes vern mot sakskostnader i ankeomgangen – en anomali!*<sup>1</sup> Der påpekte jeg det urimelige i at med dagens lov kan en siktet som blir frifunnet i første instans, men dømt i andre omgang ikke ilegges sakskostnader for ankeinstansen, bare for første instans. I artikkelen argumenterte jeg for at i tiden etter at straffeprosessloven ble

---

<sup>1</sup> *Lov og Rett* 2017 nr. 4 side 244-249.

vedtatt i 1981, hadde det skjedd flere endringer som gjorde at dens regler om sakskostnader var 'forbikjørt' av utviklingen!

De nå gjeldende regler om fritak for sakskostnader i ankeomgangen, bygger nok på et underliggende premiss om at det har skjedd en 'feil' i første instans når en frifinnelse i neste omgang blir domfellelse – noe den domfelte ikke skal belastes det økonomiske ansvaret for. Men slik er det ikke alltid. Domfellelsen i andre omgang kan godt skyldes at det kommer frem nye bevis som siktede har vært kjent med hele tiden, til og med at siktede i første omgang «motarbeidet rettsvesenet» – en nyskaping i år 2000, 1902-lovens § 132 a/2005-lovens §§ 157-159. Det er uakseptabelt at en siktet som selv har fremkalt en uriktig frifinnelse skal være fritatt for sakskostnader i andre instans når vedkommende i neste omgang blir dømt med rette!

I artikkelen viste jeg også til at i tiden etter straffeprosessloven av 1981, er foretaksstraff blitt mer og mer vanlig i bruk. Det er saker som gjerne går over flere måneder, kostnadene er store og foretaket mangler vanligvis ikke midler. En frifinnelse i første instans med en derpå følgende domfellelse kan godt skyldes et dokument/bevis som foretaket har vært vel kjent med hele tiden, men som først dukker opp og/eller blir fullt forstått i ankeomgangen.

I artikkelen påpeker jeg at reglene om sakskostnader bør ta høyde for at i vår prosess er det innebygget en mulighet for å bli frifunnet i første, men dømt i andre instans, og at det bør gjenspeiles i reglene om sakskostnader. Skyldes den første frifinnelsen noe i likhet med en dommerfeil, vil det kunne være et moment for ikke å idømme sakskostnader, men skyldes den et bevis siktede var fullt kjent med og til og med kan ha fremkalt selv, bør det – selvfølgelig – være mulig å idømme sakskostnader!

Men hvis Straffeprosessutvalgets forslag blir lov, kan vi alle glemme alt om sakskostnader i straffesaker – i teorien blir det en liten flik tilbake, men i praksis kan vi glemme også den!

**Straffeprosessutvalget vil fjerne ansvaret for sakskostnader, bare ansvaret for merkostnader beholdes – i teorien**

Denne kommentaren gjelder altså Straffeprosessutvalgets (Utvalget) forslag i NOU: 2016: 24. Ny straffeprosesslov, § 44-2. *Statens krav på dekning av sakskostnader*.<sup>2</sup> Forslaget innebærer en prinsipiell nydanning uten at begrunnelsen holder samme kvalitetsnivå som NOU-en for øvrig. Ja, forslaget lider av et underskudd på kritisk refleksjon, som det er rart at Utvalgets mange praktikere har latt passere!

Det var ikke å vente at spørsmålet om sakskostnader ville vekke den store interessen i høringsrunden. De som har kommentert det – så vidt jeg kan se noen domstoler – har sluttet seg til Utvalget, men uten eksplisitt å bifalle at med forslaget vil det grunnleggende ansvaret for sakskostnader i norsk straffeprosess bli fjernet! Jeg mistenker at oppslutningen kan skyldes en god porsjon av et underliggende syn om at sakskostnader uansett betyr så lite – godt å slippe å ha det å tenke på!

Etter forslaget er det er bare unntaksvis, når «(m)istenkte (...) har vidløftiggjort saken eller har opptrådt slik at omkostningene er blitt høyere enn nødvendig», at ansvaret kan slå inn.<sup>3</sup> I realiteten er det å lovfeste nåværende § 436 første ledd *andre alternativ* som eneste hjemmel for idømmelse av sakskostnader. Det prinsipielt nye er altså at ansvarsgrunlaget fjernes fra den utløsende årsaken til straffesaken, nemlig selve *lovbruddet*, med den konsekvens at det blir irrelevant at mistenkte faktisk er skyldig og domfelles; ansvaret for at mistenktes lovbrudd har påført staten utgifter til å etterforske og iretteføre en straffesak blir borte. I stedet blir ansvaret begrenset til *merkostnadene* knyttet til mistenktes opptreden under *saken* om lovbruddet.

Med en slik prinsipiell nydanning skulle man vente at Utvalget gjorde rede for hvordan dagens regler anvendes og slår ut i praksis. Hadde Utvalget gjort det, ville flere av innvendingene mot at en domfelt skal ha ansvar for sakskostnadene falle bort av seg selv. Utvalget er altså helt taus om den empirien som norske domstoler produserer hver dag, og som er lett tilgjengelig!

Der Utvalget med sin underliggende 'urettferdighets'-argumentasjon prøver å begrunne hvorfor mistenkte ikke lenger skal ha ansvar for sakskostnadene, vil en praktiker umiddelbart

---

<sup>2</sup> NOU 2016: 24, Kapittel 26 side 507 flg. samt kommentarer på side 676.

<sup>3</sup> NOU 2016: 24, forslaget til § 44-2 (1), side 86 andre spalte. *Siktete* er for øvrig en kategori som er foreslått fjernet og erstattet av samlekategori *mistenkte*, side 203 punkt 9.2.



kunne konstatere at dagens regler og praksis ivaretar 'urettferdighetene', og at idømte sakskostnader vanligvis bare blir en symbolsk markering. Ja, det er grunn til å etterlyse årvåkenheten hos Utvalgets mange praktikere!

I premissene for forslaget drøfter Utvalget ikke eksplisitt om det er riktig å fjerne ansvaret, det kan tvert imot se ut som det fortsatt er i behold. Det heter nemlig at «(m)ye kan tale for at lovens utgangspunkt heller bør være det motsatte, det vil si at mistenkte som hovedregel ikke bør idømmes erstatning for sakskostnadene».<sup>4</sup> Men som lovforslaget lyder, gjøres det ikke bare om på «lovens utgangspunkt», og det blir ingen «motsatt hovedregel», det blir bare en liten flik av ansvaret igjen, nemlig merkostnadene!

Som regel vil den mistenkte selvfølgelig ikke selv være ansvarlig for merkostnadene.

Utvalget presiserer – naturlig nok – at «(h)vis det er mistenktes forsvarer som selv er årsak til at kostnadene øker, bør mistenkte ikke bære risikoen for det».<sup>5</sup> Det er vanskelig å tenke seg at mistenkte ikke vil kunne påberope seg nettopp det: «Jeg ville bare frifinnes, det var ikke jeg som sto for mitt forsvar, det var forsvareren min, det er ikke noen mening i at jeg skal bli erstatningsansvarlig for de valg forsvareren min gjorde og som jeg ikke hadde noen forutsetninger for å overprøve!» Den dommer som ikke vil akseptere dette, den finnes ikke!

Den samme innvendingen vil mistenkte vanligvis ha i behold i det eneste puslete eksemplet Utvalget nevner der vurderingen kan falle annerledes ut, nemlig «når mistenkte uten rimelig grunn har ønsket rettens dom etter å ha blitt tilbudt et rimelig forelegg. Vedkommende bør da holdes ansvarlig for meromkostningene».<sup>6</sup> Med Utvalgets grunnleggende syn ellers på sakskostnadsspørsmålet, vil hva som er «rimelig grunn» kunne strekkes langt, for eksempel: «Jeg rådførte meg med advokat, og hun sa blablabla!» I dag ivaretas for øvrig det eksempelet av at mistenkte ikke får tilståelsesfradrag og dertil må betale sakskostnader.

Utvalget nevner ikke straffeprosessens minst like viktige incentiv for mistenkte til å forenkle prosessen, nemlig å ta tilståelsesdom i stedet for en full hovedforhandling med de utgifter det medfører for staten. I strafferettens og -prosessens verden – som med god grunn har en rekke regler som beskytter mistenkte – vil det være enkelt å komme opp med en 'god nok' grunn

---

<sup>4</sup> NOU 2016: 24 side 507 andre spalte.

<sup>5</sup> NOU 2016: 24 side 676 andre spalte.

<sup>6</sup> NOU 2016: 24 side 509 første spalte.

for ikke å ha akseptert tilståelsesdom og dermed unngå ansvaret for merkostnadene. Ja, det er neppe tvil om at incentivet til å ta tilståelsesdom vil bli kraftig svekket.

### **Straffeprosessutvalget lover en drøftelse, men den uteblir**

De innvendingene Utvalget på sidene 507-509 har mot dagens ordning er lite overbevisende.

Utvalget referer til Straffeprosesslovkomiteen av 1957, innstilling i 1969, som var inne på å fjerne, men som likevel beholdt siktedes ansvar for sakskostnader. Etter å ha konstatert at «spørsmålet har liten økonomisk betydning for staten» uttalte komiteen:

«Noen urimelighet vil det imidlertid ikke være at den som er skyldig i en straffbar handling, må betale omkostninger ved en sak som skyldes hans lovovertrødelse. Man kan si at slik erstatningsplikt stemmer med vanlige erstatningsrettslige prinsipper. Det dreier seg om utgifter som er en påregnelig følge av siktedes rettsstridige, forsettlig eller uaktsomme forhold».<sup>7</sup>

Dette er enkle og selvfølgelige påpekinger som fremdeles har gyldighet, men utvalget finner ikke en gang verdt å nevne at ansvaret for sakskostnadene i straffesaker bare er et utslag av det alminnelige erstatningsansvaret bygget på den skyld som følger av selve lovbruddet!

Utvalget nevner at Stortinget i lov 15. juli 1994 nr. 51 skjerpet ansvaret, men Utvalget er merkelig nok helt taus om bakgrunnen for denne lovendringen til tross for at det er 'vitterlig' at det kriminalpolitiske klimaet i mellomtiden ikke er blitt mildere! Departementet begrunnet i Ot.prp. nr. 45 (1993-1994) skjerpingen med:

«at domfelte med god økonomi etter dagens praksis i for liten grad pålegges å betale en del av de faktiske kostnadene ved straffesaksbehandlingen. (...) Ileggelse av saksomkostninger skal etter en endring som foreslått være en hovedregel (...) og det må etter departementets mening foreligge spesielle omstendigheter dersom saksomkostninger ikke skal ilegges».<sup>8</sup>

Stortinget fulgte i Innst. O. nr. 41 (1993-1994) opp med at:

det bør bli en hovedregel at saksomkostninger idømmes den domfelte. (...) Komiteen viser til at enkelte høringsinstanser blant annet har pekt på tilfeller der domfelte idømmes en lang fengselsstraff. Komiteen vil (...) understreke at saksomkostninger ikke skal ilegges dersom det ville virke svært urimelig».<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Straffeprosesslovkomiteen (1969) side 359, referert til i NOU 2016: 24 på side 507 første spalte.

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 45 (1993-94) side 5 første spalte.

<sup>9</sup> Innst. O. nr. 41 (1993-94) side 2 første spalte.

Det spørres hva departementets uttalelse om «domfelte med god økonomi» – en sjelden fugl i min strafferettslige hverdag – egentlig bygget på. Og det er jo ingen sammenheng mellom at denne gruppen til da skulle ha sluppet for billig, til å gjøre idømmelse av sakskostnader til en *hovedregel*, noe som logisk måtte forutsette at alle hadde, om ikke «god økonomi», så i hvert fall «økonomi nok» til å bære kostnadene.

Fra et politisk ståsted kan nok domstolenes oppfølging i praksis av 1994-endringen sies å ha vært så som så, men det skyldes nok at dommere – i motsetning til politikere – ikke kan slippe unna «*virkelighetens verden*», ~~virkelighetens verden~~, den verden vi hver dag møter i rettssalene. I denne verdenen har domfelte veldig sjelden midler av betydning. Unntakene er nok derfor blitt den faktiske hovedregelen, men det er jo i samsvar med forutsetningen om at sakskostnader ikke skulle ilegges «dersom det ville virke svært urimelig».

Utvalget på sin side sier bare kort at «disse synspunktene [Straffeprosesslovkomiteens] og denne utviklingen [lovgivers skjerping] (bør) tas opp til fornyet drøftelse».<sup>10</sup> Men det blir ingen drøftelse! Den videre behandlingen blir en ensidig argumentasjon til fordel for å *fjerne* ansvaret i seks – retoriske – punkter. Utvalget har ikke ett eneste punkt som kunne tale for å *beholde* kostnadsansvaret.

### **Straffeprosessutvalgets seks punkter mot mistenktes ansvar for sakskostnader**

De seks punktene som er Utvalgets realitetsbehandling av sakskostnadsspørsmålet, er ingen drøftelse, men en samling argumenter rettet mot hele – den forfeilede, skal vi tro Utvalget – ideen om at en domfelt skal måtte ha noe ansvar for sakskostnader i en straffesak som ender med domfellelse. Argumentene bygger på en sympatisk tankegang båret oppe av en *sinnelagsetikk* med 'omsorg for de svake', som er en del av den kultur vi jurister blir sosialisert til under studiet. Men jussen har også gode porsjoner *konsekvensetikk* med sikte på sammenheng i regelverket, og hva som er rettferdig og samfunnsmessig bra og hensiktsmessig på lengre sikt – det er den dimensjonen som mangler hos Straffeprosessutvalget!

- I «*for det første*»-punktet mot ansvar stiller Utvalget spørsmål om:

---

<sup>10</sup> NOU 2016: 24 side 507 første spalte.



«hvorvidt det er rimelig at domfelte bør bære risikoen for omkostningene ved straffesaken. Riktignok har vedkommende begått et lovbrudd som vedkommende kan straffes for, men det er et langt sprang fra dette til å konkludere med at det er rimelig at vedkommende også skal betale for den prosess som samfunnet igangsetter for å undersøke lovbruddet. Mistenkte har i liten grad herredømmet over hvordan saken utvikler seg».<sup>11</sup>

Her innføres et grunnleggende galt perspektiv på ansvaret, som – uten noen drøftelse – fjernes fra *lovbruddet*, som den nå domfelte nettopp er ansvarliggjort for. Er det riktig å se dette som et 'risikospørsmål', som att på til skal falle ut til lovbrysterens fordel? Utvalget er taus om at risikoavveining har to sider, men konsekvensen av Utvalgets syn er at *samfunnet* får risikoen for(!) at lovbrysteren blir tatt og dømt! Er det noe fornuft i at samfunnet skal tape denne risikoavveiningen hvis mistenkte har midler, eller er det slik at lovbrudd er noe som utføres på lovbrysterens egen og ikke på samfunnets 'regning og risiko'? En kritisk refleksjon fører etter min mening til at den som gjør et lovbrudd *selv* bør ha risikoen for det samfunnsmessig ønskelige og det påregnelige resultatet – domfellelse! Og noe «langt sprang» er det ikke, ansvaret for sakskostnadene er en direkte følge av at forbrytelsen slo feil og ble møtt med straff! Og det er ikke *samfunnet*, men *lovbrysteren* selv som igangsetter prosessen, det skulle bare mangle om lovbrysteren skulle innrømmes en forventning om ikke å bli tatt og dømt!

Den siste setningen i sitatet over «i liten grad herredømmet over» fortjener særskilt omtale. Det er vanskelig å skjønne at manglende *herredømme* over saken skulle være et argument mot ansvar for sakskostnader; i en sak for domstolen – enten det er straff eller sivil – har ingen av partene det! Det som – innenfor prosesslovgivningen – styrer utviklingen i en straffesak er de tre F-er: *Faktum, Faktum, Faktum!* Når lovbruddet først er begått, da er *kortene = faktum* lagt, det er det ingen som kan gjøre noe med! I en straffesak *er* det lovbrysteren som har satt i gang årsaksrekken, og det skulle bare mangle om mistenkte skulle ha noe herredømme over saken utover de prosessuelle rettighetene han har. Og «hvordan saken utvikler seg», vil avhenge av hvilke bevis mistenkte har etterlat seg under utførelsen av lovbruddet og av hvordan mistenkte forholder seg til bevisene etter hvert som bevissituasjonen utvikler seg.

---

<sup>11</sup> NOU 2016: 24 side 507 andre spalte.

Det er vanskelig å forstå at Utvalget 'hopper over' det grunnleggende, at forbrytelsen kommer først?

Forsøket på å argumentere med at hvis man skal være «konsekvent (...) skulle også den som frifinnes betale omkostningen for prosessen hvis (...) [det er] sannsynlighetsovervekt for at vedkommende var skyldig. Det ville være støtende.»<sup>12</sup> Dette er ikke noe annet enn å argumentere fra det mindre til det mere, men argumentet svikter allerede fordi det bygger på grunnleggende *gal juss*. Beviskravet for skyld og sakskostnadsansvar måtte i tilfelle være *klar sannsynlighetsovervekt*, men selv da vil det være umulig å begrunne ansvar på en måte som kunne gå klar av uskyldspresumsjonen. For hvordan skulle det – bortsett fra rent unntaksvis – kunne være mulig å bli frifunnet og samtidig ha det økonomiske ansvaret for at det ble en straffesak?

Utvalget argumenterer også med at «(h)eller ikke vil man foreslå at domfelte skal dekke kostnadene Kriminalomsorgen har ved straffegjennomføringen».<sup>13</sup> Nei, det er to ting som lovgivningsmessig aldri har vært sett i sammenheng. Skulle det bli gjort, kan argumentet like godt snus den andre veien!<sup>14</sup>

- I «*for det andre*»-punktet brukes til og med Grunnloven som argument, at § 96 «påbyr en omstendelig og dyr domstolprosess når det skal ilegges frihetsstraff».<sup>15</sup> Ja, heldigvis, grunnlaget for straff skal bevises bortenfor rimelig tvil! Men igjen gjør Utvalget *prosessen* til poenget, ikke *lovbruddet*.

---

<sup>12</sup> NOU 2016: 24 side 507 andre spalte.

<sup>13</sup> NOU 2016: 24 side 507 andre spalte.

<sup>14</sup> Dette er regler som uansett ikke hører hjemme i straffeprosessen, men er knyttet til fullbyrdelsen. Det kan for øvrig spørres om det er nødvendig med lovregler eller om det følger av alminnelig erstatningsrett at en domfelt «egentlig» er ansvarlig for utgifter knyttet til fullbyrdelsen, men at staten aldri har funnet det hensiktsmessig å forfølge slike krav? Skulle man for argumentets skyld 'tygge på' ideen, måtte et slikt krav fremmes etter at straffen var utholdt når man vet hva fullbyrdelsen har bestått i, og kravet måtte vært basert på grensekostnadene for denne ene innsatte i de lukkede/åpne leire vedkommende faktisk hadde vært i. Det sier seg selv at noe slikt aldri ville komme på tale. Det ble heller ikke godt mottatt at påtalemyndigheten i Per Kristian Lilands erstatningskrav etter å ha sonet 13 år i fengsel og deretter vært undergitt sikring i ti år uskyldig dømt for to drap, gjorde gjeldende at han måtte tåle fradrag i erstatningen for 'gratis kost og losji' under soningen. Spørsmålet er ikke nevnt i selve avgjørelsen inntatt i Rt-1995-1131, så vi kan vel trygt gå ut fra at det ikke ble gjort noe fradrag!

<sup>15</sup> NOU 2016: 24 side 508 første spalte.

Å sammenlikne med at pasienten ikke betaler kostnadene når vedkommende angriper et tvangstiltak i psykiatrien, er forfeilet: Det er forskjell på de tiltak samfunnet setter inn mot sykdom og mot lovbrudd! Og «alvorlige inngrep» i barnevernet og argumentet om at rettssikkerhetshensyn gjør seg enda sterkere gjeldende i straffeprosessen, er igjen fra et mindre til det mere-argument. Det er selvfølgelig riktig at det kan ligge alvorlige forhold bak et barneverns-«inngrep», men det er forfeilet å sammenlikne med straff. I en barnevernssak dreier det seg ikke om en sanksjon rettet mot foreldrene, men om samfunnets tiltak for å ivareta *barnets beste*. Det er klart nok et samfunnsansvar å avklare dette og ikke noe foreldrene skal betale for!

- I «for det tredje»-punktet viser Utvalget til Kjell Andorsens rimelighetssynspunkt i *Saksomkostninger i straffesaker*,<sup>16</sup> , og hensynet til straffens legitimitet. Det blir egentlig bare en gjentakelse av første punkt. Og Andorsen er jo i ettertid overprøvd av Stortinget ved lovendringen i 1994! Straffens legitimitet er neppe blitt svekket av at den såkalte «Lommemannen» etter 75 dager i retten, med basis i hans formue på rundt 10 millioner kroner, måtte betale 500.000 kroner i sakskostnader<sup>17</sup>; noe annet ville tvert imot ganske sikkert blitt oppfattet som veldig urimelig. Det er for øvrig enkelt 'å sette prøve på' legitimitetsargumentet. Med unntak for narkotikalovbrudd, var 1990-tallet preget av flere straffeskjerpinger som neppe gikk på tvers av den alminnelige opinionen. Det kulminerte – foreløpig – med de til dels kraftige straffeskjerpinger i straffeloven av 2005. Og i mai 2017 la regjeringen frem et forslag om prinsipielle skjerpinger 'over hele linja'! Selv om disse forslagene ble avvist av Stortinget, er det ikke grunnlag for å si at straffens legitimitet – med et enda strengere sakskostnadsregime enn da Andorsen skrev sin artikkel i 1988 – har fått en knekk i årene etterpå! Det er i grunnen rart at Utvalget ikke har reflektert over det?

«Lommemannen» ville for øvrig utvilsomt sluppet sakskostnader med Utvalgets forslag! Det er ikke vanskelig å tenke seg at Justisministeren i så fall hadde fått spørsmålet: «Synes du det er rimelig at en domfelt som har begått overgrep mot 66 barn og har en formue på 10 millioner kroner, ikke skal betale det saken har kostet?»

---

<sup>16</sup> *Lov og Rett* 1988 nr. 4, side 232

<sup>17</sup> Follo tingretts dom 14. juni 2010.

Svaret er også gitt: «Det er en urimelighet, som jeg [underforstått: handlekraftig som jeg er] snarest skal rette opp i!»

Det ville vært innenfor vår prosessordning om en siktet med en tilsvarende tiltale som «Lommemannen» hadde blitt frifunnet i første instans, men dømt i lagmannsretten for eksempel fordi det etterpå hadde blitt avdekket at en eller flere på oppfordring/trusler fra vedkommende hadde gitt et falskt alibi. Det ville ikke vært en prosessuell handling som oppfanges av 'vidløftiggjort'-alternativet! Reglene om sakskostnader bør 'speile' prosessen.

- I «*for det fjerde*»-punktet får Utvalget seg til å si at «det (kan) fremstå som noe underlig at den mistenkte skal betale for den prosessen som danner grunnlaget for at vedkommende straffes»!<sup>18</sup> Dette er igjen bare en gjentakelse av første punkt, og igjen blir lovbruddet som første ledd i årsaksrekken borte. Og forfølger man Utvalgets sammenliknende metode, er det *Utvalgets* argumentasjon som er underlig! Det er ikke det minste underlig at en skadegjører må betale for den sivile prosessen som anlegges mot vedkommende for å betale erstatning for en ikke-straffbar skadegjørende handling. Det som er underlig, er om vedkommende skulle slippe billigere unna hvis handlingen att på til er straffbar og vedkommende er så 'heldig' at det er påtalemyndighetens tiltale som utløser saken og påtalemyndigheten forfølger det sivile kravet. Dessuten vil vedkommende utvilsomt slippe langt billigere unna i en straffesak – staten betaler forsvareren/prosessfullmektigen, og eventuelle idømte sakskostnader vil være en brøkdel sammenliknet med i en sivil sak.
- I «*for det femte*»-punktet fremhever Utvalget at mange mistenkte er «ressurssvake personer» og at ansvaret for sakskostnader kan «ramme sosialt urettferdig og også gå utover domfeltes nærstående».<sup>19</sup> Det er vanskelig å se at det kan være noe 'usosialt' i at det oppstår forskjeller mellom en lovlydig og en lovbryster fordi lovbrysteren må bære konsekvensene av sine egne straffbare handlinger! Det er for øvrig ikke til å unngå at en straffbar handling vil kunne ramme lovbrysterens nærstående svært hardt og det på langt mer grunnleggende måte enn å måtte betale sakskostnader – som i

---

<sup>18</sup> NOU 2016: 24 side 508 andre spalte.

<sup>19</sup> NOU 2016: 24 side 508 andre spalte.



tilfelle aldri ville bli idømt! For de hensyn formuleringen antakelig tar sikte på, ivaretas fullt ut med dagens ordning. Empiri igjen?

Det vanligste er utvilsomt at nettopp av de anførte grunner, idømmes det ikke eller bare symbolske beløp i sakskostnader. Men det blir helt galt at det som er den faktiske hovedregelen skal være en begrunnelse for å fjerne ansvaret helt! Og igjen, etter dagens system er det bare de – privatpersoner eller foretak – som faktisk har midler, som må betale for seg, se mine uformelle undersøkelser nedenfor.

- I «for det sjette»-punktet stilles det spørsmål ved om «denne ordningen er hensiktsmessig», med en oppfinnsom spekulasjon om at:

«det (kan) føre til at en mistenkt ikke vil bidra til sakens opplysning fordi vedkommende risikerer å bli belastet kostnadene for denne, for eksempel ved ikke å begjære tidkrevende eller dyre etterforskingsskritt. Det kan gi risiko for uriktig[e] domfellelser».<sup>20</sup>

Med dagens lov og praksis kan dette bare karakteriseres som ganske fantasifullt, underskuddet på kritisk refleksjon er iøynefallende! Det første er det rent praktiske. Riktignok omfatter nødvendige sakskostnader i dagens lov også etterforskningen, men det er ingen praksis for at påtalemyndigheten 'regner på' etterforskningen. Jeg har aldri hørt om det før jeg ved søk på Lovdata fant et eksempel på bruk av den tilsvarende bestemmelsen i nå gjeldende § 438 første ledd andre setning i Rt-1998-871, se nedenfor. Terskelen for å belaste mistenkte for kostnadene/merkostnadene knyttet til «tidkrevende eller dyre etterforskingsskritt» vil være meget høy og er neppe noe å frykte som et ledd i argumentasjonen mot å kunne idømme sakskostnader. Hvis politiet først gjennomfører etterforskningen, mangler grunnlaget for at siktede kan bebreides. Det samme gjelder hvis utgiftene gjelder «rettergangsskritt til avkreftelse av mistanken» etter Utvalgets § 13-7, den nå gjeldende § 241. Og uansett vil bebreidelsen for slike etterforskingsskritt vanskelig kunne rettes mot siktede, men mot forsvareren, noe Utvalget forutsetter at «mistenkte ikke (bør) bære risikoen for».<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> NOU 2016: 24 side 508 andre spalte.

<sup>21</sup> NOU 2016: 24 side 676 andre spalte.

Det som egentlig burde vært det sjuende punktet eller tatt med i det femte, er et argument om at «det (er) grunn til å stille spørsmål ved om en domfelt som etter soning av straff skal integreres i samfunnet, er tjent med et erstatningskrav for saksomkostninger i bagasjen».<sup>22</sup> Jo, men av den grunn idømmes det i dag nesten aldri saksomkostnader når det utmåles lange fengselsstraffer, noe Justiskomiteen også sluttet seg til. Igjen er det grunn til å etterlyse årvåkenheten hos praktikerne i Utvalget? Unntaket er saker som «Lommemannen», men det er neppe mulig å stakkarsliggjøre ham; han og andre i tilsvarende situasjon er gode eksempler på at straffeprosessuelle regler bør ta høyde også for det uvanlige.

Slik loven er, og slik dagens regler praktiseres, kan det ikke hevdes at det skjer noen urett i de få saker der en privatperson idømmes saksomkostnader av betydning.

### **Mine egne undersøkelser**

Selv har jeg foretatt en uformell rundspørring med svar fra fem erfarne tingrettsdommere med gjennomsnittlig tjenestetid 15 år, med følgende spørsmål

1. Hvor vanlig er det at du idømmer saksomkostnader?
2. Når du idømmer saksomkostnader, hva er det vanligste beløpet?
3. Hva er det høyeste beløpet du (i farten) kan huske å ha idømt?

På spørsmål 1. ser det ut til at bare hvis domfelte er i arbeid og har betalingsevne, er det vanlig å idømme saksomkostnader, men ikke til fortrenghet for borgerlige rettskrav og bare helt unntaksvis hvis straffen er av noen lengde.

På spørsmål 2. ser det vanligste ut til å være saksomkostnader fra 3.000 til 5.000 kroner. Det betyr at beløpet ikke er steget nevneverdig fra 1980-tallet da jeg var statsadvokat, og saksomkostnadene, hvis de en sjelden gang ble idømt, vanligvis lå rundt et par tusen kroner!

På spørsmål 3. er det høyeste beløp en av dommerne kan huske 500.000 kroner i en omfattende økonomisk straffesak hvor domfelte var meget formuende. En av dommerne husker en gang å ha idømt saksomkostnader med 200.000 kroner i en sedelighets sak – overgrep mot adoptivdatter – hvor domfelte var meget formuende, men hvor lagmannsretten – «i sin

---

<sup>22</sup> NOU 2016: 24 side 508 andre spalte.

visdom», slik dommeren uttrykker seg – reduserte dette til rundt 10.000 kroner. Ellers ser ut til at beløpet sjelden er over 20.000 kroner. Etter ti år som statsadvokat og over tjue år som dommer, er det høyeste beløp jeg kan huske 20.000 kroner, men jeg kan huske feil.

Et illustrerende eksempel på domstolenes tankegang, og at sakskostnader ikke idømmes ved lange straffer og til fortrensel for borgerlige rettskrav, er saken mot Anders Behring Breivik. I Oslo tingretts dom 24. august 2012, heter det:

«(...) Retten viser videre til at soning av forvaringsstraffen sterkt vil begrense tiltaltes inntektsmuligheter. Selv om han skulle få inntekter under soning vil regresskrav mot tiltalte, allerede som følge av erstatninger utbetalt gjennom voldsoffererstatningsordningen, langt oversige slike inntekter. Saksomkostninger idømmes derfor ikke, jf. straffeprosessloven § 437 tredje ledd.»

Data fra Statens innkrevingsentral (SI) -- som sitter på masse empiri, men som Utvalget ikke har tatt seg bryet med å konsultere -- viser at domstolene i sin praksis 'treffer godt'. Det er politiet som melder inn kravene i rettskraftige dommer, SI har derfor ikke oversikt over hvilken rettsinstans kravene skriver seg fra.

#### **Mottatte krav i kroner:**

##### **2015: sju krav mot foretak**

Gjennomsnitt:	9.714
Median:	10.000
Høyeste:	20.000

##### **2015: 3.137 krav mot privatpersoner**

Gjennomsnitt:	3.386
Median:	3.000
Høyeste:	500.000

##### **2016, to krav mot foretak**

Gjennomsnitt:	7.500
Median:	7.500
Høyeste:	12.000

**2016: 3.556** krav mot privatpersoner

Gjennomsnitt:	3.151
Median:	2.500
Høyeste:	250.000

Vurderingen av *mottatte krav* må sees i forhold til totalt pådømte straffesaker det enkelte år i tingrett og lagmannsrett i 2015 og 2016 (enedommersaker i tingretten og begrensede anker i lagmannsretten er holdt utenfor, da disse sakene også omfatter saker der det på grunn av sakens art eller i praksis ikke er aktuelt med sakskostnadsansvar). I 2015 er totalt pådømte aktuelle saker 15.303, hvorav det ble idømt sakskostnader i 3.144 saker = 20,5 %. De tilsvarende tall i 2016 er 15.587 saker målt opp mot 3.558 = 22,8 %. Dette bør være et greit bevis på at domstolene er tilbakeholdende med å idømme sakskostnader og bare gjør det etter en konkret vurdering.

Oversikten over *betalte krav* bekrefter dette. Prosentvis betalte krav vil selvfølgelig stige med tiden; 85 % betalte krav etter sju år viser at domstolene er svært 'treffsikre' når sakskostnader idømmes, samt at SI's innkreving er skånsom.

**Betalte krav:**

<b>2010</b>	84,3 %
<b>2011</b>	81,9 %
<b>2012</b>	79,6 %
<b>2013</b>	77,2 %
<b>2014</b>	76,7 %
<b>2015</b>	70,6 %
<b>2016</b>	61,5 %
<b>2017</b>	46,7 % (per juli)

Totalt idømte sakskostnader mot privatpersoner er opplyst til i 2015 og 2016 å være henholdsvis cirka 10,6 og 11,2 millioner kroner. Det er altså ikke store beløp det dreier seg



om, og idømte sakskostnader bidrar ikke mye til de samlede bevilgningene til rettsvesenet, men det er lovbryterens ansvar som er hovedsaken.<sup>23 24</sup>

Mine undersøkelser er en sterk indikasjon på at det ikke er grunnlag for Utvalgets spekulasjoner! Det kan være grunn til å innhente flere tall både fra domstolene og SI!

### **‘Vidløftiggjort’ – et håpløst vurderingstema!**

Ettersom kostnadene til en straffesak ikke bare er knyttet til *domstolsbehandlingen* inkludert forberedelsene til hovedforhandlingen, men i prinsippet også til *etterforskningen*, kan utgiftene favne vidt og skyldes forhold uavhengig av selve hovedforhandlingen og i tid lenge før den.

I § 436 første ledd andre setning gjelder allerede et ‘vidløftiggjort’-kriterium:

«Særlig bør en siktet som kan bebreides for under forfølgningen å ha opptrådt slik at omkostningene er blitt høyere enn ellers nødvendig, pålegges å erstatte meromkostningene».

I Rt-1998-871, førte domfeltes «egen opptreden» til at han ble idømt 4.000 kroner i sakskostnader. Saksforholdet fremgår ikke helt klart, men det kan se ut som at saken kunne og burde vært pådømt i forhørsrett.

Vil kriteriet «egen opptreden»/«vidløftiggjøring» bli brukt mere når dette blir *eneste* hjemmel for ansvar? Det korte svaret er: Neppe! Det vil innebære innlemming av forhold som de nåværende aktørene i mange tilfelle ikke har vært involvert i og/eller som de nå i hvert fall ikke orker å rekapitulere og prosedere. De vil uansett raskt erfare at den dømmende rett ikke vil være det minste interessert i å konsentrere oppmerksomheten om denne uoversiktlige fortiden. Nå i ettertid, når dommen skal skrives, vil det i praksis være umulig for den dømmende rett å sette seg inn i de problemstillingene som i sin tid utløste kostnadene og å

---

<sup>23</sup> Diskusjonen hadde vært en annen hvis beslaglagte midler/gjenstander og idømte sakskostnader hadde gått direkte til den daglige driften av politi og påtalemyndighet og domstoler, slik ordningen er i noen jurisdiksjoner.

<sup>24</sup> Inndrivingskostnadene, ‘går vinninga opp i spinninga’? Jeg har fått opplyst at ‘regnestykket’, hva det koster å kreve inn et krav, er relativt komplisert og avhengig av kravstypen. Grovt sett koster frivillig innbetaling rundt 3 øre per krone og rundt 10 øre per krone ved tvangsinnkreving.

konstatere både at de høyst skjønsmessige vilkårene er oppfylt og å single ut hva merkostnadene er blitt.

I tillegg kommer at med dagens rettskildebilde, vil det kunne være mye som kan stenge for å trekke inn «vidløftiggjøring». Under hele etterforskningen er mistenkte vernet av *uskylDSPresumsjonen* og mot *selvinkriminering* og har rett til å forholde seg taus. Det er godt mulig at det i den enkelte sak kan fremføres gode argumenter for at menneskerettighetene stenger for eller sterkt begrenser mulighetene for å trekke utgifter under etterforskningen inn i vurderingen, uansett vil neppe noen aktor finne på å prøve seg på en slik 'øvelse', og en dommer vil sikkert holde seg på god avstand til en kurs som kan krysse menneskerettighetene. De samme menneskerettigheter gjelder også under rettsbehandlingen, men ingen har – hittil! – kommet på å hevde at menneskerettighetene prinsipielt verner en domfelt mot ansvar for sakskostnader påløpt under domstolsbehandlingen, men «vidløftiggjøring» kan nok her reise særskilte problemer.

Avgrenset etter Utvalgets kriterier vil idømmelse av sakskostnader i straffesaker ganske sikkert bli et avsluttet kapittel!

### **Samme regler uavhengig av instans**

Utvalget foreslår at samme regel skal gjelde uavhengig av instans, men det betyr neppe noe annet enn at sakskostnader ikke vil bli idømt i ankeomgangen. Mine eksempler i Lov og Rett med en uriktig frifinnelse i tingretten på grunn av «motarbeidelse av rettsvesenet» fanges ikke opp av kriteriet «vidløftiggjort» eller av at «omkostningene er blitt høyere enn nødvendig». Utvalgets kriterium relaterer seg jo ikke til *lovbruddet*, men til *prosessen* om lovbruddet! Dessuten er det vanskelig å tenke seg at vilkårene vil kunne være oppfylt etter at saken har gjennomgått og bestått silingsprosessen etter lovutkastet § 38-3, der nå også seksårs-saker skal siles.

### **Gratis prosess et velferdsgode?**

Det gjenstår å se om Utvalgets argumentasjon vil gjøre inntrykk på lovgiver? For dette er antakelig et område der 'vi profesjonelle' ikke alltid er helt på bølgelengde med 'politikerne'. En ting er å ha sterke rettssikkerhetsgarantier i straffesaker, det er noe annet å gjøre *gratis prosess* til et velferdsgode!