

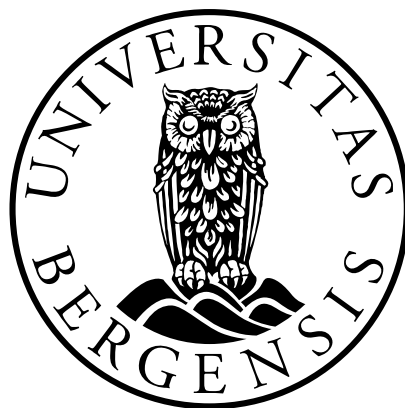
KAN DOMSTOLEN OVERPRØVE
PÅTALESPØRSMÅLET VED BRUDD
PÅ
LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPET?

*”EN PÅTALERETTSLIG
UGYLDIGHETSLÆRE”*

Kandidatnummer: 199159

Veileder: Hans Nikolai Førde

Antall ord: 11 152



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

02.07.2014

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	4
1.1. Tema og problemstilling	4
1.2. Bakgrunn for fremstillingen	5
1.3. Begrepsavklaring	5
1.4. Rettslig tilnærming og avgrensning	6
1.5. Fremstillingens ramme. Presisering	7
1.6. Rettskildesituasjon og metode	7
1.7. Fremstillingens oppbygning	8
2. PÅTALEKOMPETANSENS GRUNNPRINSIPPER OG HENSYN	9
2.1. Prinsipper og hensyn	9
2.2. Påtalekompetansen	10
2.2.1. Statsanklageprinsippet	10
2.2.2. Oppportunitetsprinsippet	10
2.2.3. Anklageprinsippet	12
2.3. Likebehandlingsprinsippet som ramme for påtaleskjønnet	13
2.3.1. Modifikasjoner av likebehandlingsprinsippet	15
3. DOMSTOLSOVERPRØVING AV PÅTALESKJØNN	17
3.1. Lov og forarbeider	17
3.2. Rettspraksis	18
3.2.1. Generelt	18
3.2.2. Opphevelse av vedtakelsen av forelegg	18
3.2.3. Rt. 1972 s. 1323	19
3.2.4. Rt. 1976 s. 652	21
3.2.5. Rt. 1984 s. 1378	22
3.2.6. Rt. 2004 s. 745	22
3.2.7. Rt. 2007 s. 1765	23
3.2.8. Sammenfatning	23
3.3. Juridisk teori	24
3.3.1. Juridisk teori	24

3.3.2. Sammenfatning	26
4. PARALLELLER TIL "UGYLDIGHETSLÆREN"	27
4.1. Paralleller til "ugyldighetslæren" i forvaltningsretten	27
4.2. Kort om forvaltningsrettens "ugyldighetslære"	28
4.3. Grunnleggende likhetstrekk og forskjeller	29
4.3.1. Offentlig myndighetsutøvelse	29
4.3.2. Funksjonsforskjeller	29
4.3.3. Grad av åpenhet og gjennomsiktighet	30
4.4. Virkninger av ugyldighetslæren	31
4.5. Overføringsverdi til påtalerett	32
5. DANSK RETT	33
5.1. Anklagesystemet	33
5.2. Virkninger av brudd på likebehandling	33
6. REELLE HENSYN	36
6.1. Uavklart rettssituasjon gir rom for reelle hensyn	36
6.2. Hensynet til rettssikkerhet	36
6.3. Hensynet til effektivitet	38
7. DE LEGE LATA – BETRAKTNINGER	39
Litteraturliste	41
Lover og forarbeider	42

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

”Hvorvidt et straffbart forhold foreligger, må prinsipielt avgjøres for den enkelte tiltaltes vedkommende på grunnlag av hans eget forhold, uten hensyn til hvorvidt andre i en tilsvarende situasjon også er blitt straffet. Dette er en generell regel som må gjelde for at rettsapparatet overhode skal kunne virke” (Rt. 1976 s. 652)

Straffeforfølgning er etter norsk rett en offentlig oppgave. Til å ivareta denne oppgaven er det opprettet et eget embetsverk, påtalemyndigheten. Påtalemyndighetens kompetanse til avgjøre om et mulig straffbart forhold skal etterforskes og videre på hvilken måte straffeforfølgningen eventuelt skal skje, bygger på opportunitetsprinsippet. Dette innebærer at det langt på vei er opp til påtalemyndigheten å utøve skjønn ved disse vurderingene, herunder å vurdere hensiktsmessigheten av en eventuell straffeforfølgning i de konkrete tilfellene. Som eksempel på påtalespørsmål som bygger på skjønn kan nevnes avgjørelser om etterforskning skal åpnes, om en sak skal henlegges, om det skal gis påtaleunntatelse, forelegg, reises tiltale med videre. Disse kompetansebestemmelsene viser at påtalemyndigheten har en relativt vidtgående rådighet over straffesaker frem til dom er falt i første instans.

Påtalemyndigheten står klart nok ikke fritt ved avgjørelse av påtalespørsmålet, men er nærmere bundet av det aktuelle kompetansegrunnlaget, påtaleinstruksen, riksadvokatens rundskriv samt ulovfestede prinsipp om offentlig myndighetsutøvelse. Som eksempel på et slikt ulovfestet prinsipp står likebehandlingsprinsippet, herunder forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Prinsippet tilsier at påtalemyndigheten må behandle like tilfeller likt. Oppgaven har til hensikt å belyse om domstolene, til tross for at påtalespørsmålet etter loven er tillagt påtalemyndigheten, kan overprøve påtalespørsmålet ved anført brudd på likebehandlingsprinsippet.

Ved at loven tillegger et offentlig myndighetsorgan en slik skjønnsmessig kompetanse er det nærliggende å trekke paralleller til forvaltningsskjønnet. Innenfor forvaltningsretten er ”ugyldighetslæren” et kjent begrep. Begrepet sikter til ulovfestede regler som setter grenser for forvaltningsskjønnet ved usaklig forskjellsbehandling, altså brudd på likebehandlingsprinsippet.

1.2 Bakgrunn for fremstillingen

Man kan stille spørsmål ved om påtaleavgjørelser bryter med likebehandlingsprinsippet i mange ulike situasjoner. Vi kan eksempelvis tenke oss at to eller flere begår den samme straffbare handling, men at straffeforfølgning bare innledes mot én eller noen av disse uten at dette kan begrunnes i saklige hensyn. Saken henlegges eksempelvis av kapasitetsårsaker for den ene, mens det mot en annen blir tatt ut tiltale. En annen tenkt situasjon er at det reageres ulikt over tilsvarende straffbare forhold. I situasjoner der det eksempelvis eksisterer en etablert praksis for å gi påtaleunntatelse tas det ”plutselig” ut tiltale. En tredje situasjon kan eksempelvis være at påtalemyndigheten velger å straffeforfølge for et forhold som det normalt ses gjennom fingrene med. Videre kan det også tenkes forskjeller i de ulike politidistriktene. Det reageres eksempelvis med langt høyere bøter for en bestemt type overtredelse i et politidistrikt enn i et annet. Ved situasjoner som skissert her kan det altså oppstå spørsmål om et konkret påtalevedtak er truffet i strid med likebehandlingsprinsippet. Fremstillingen har til hensikt å belyse om domstolene kan overprøve et slikt påtalevedtak.

1.3 Begrepsavklaring

Med begrepet *påtale spørsmål* siktes det i denne sammenheng til de vurderinger påtalemyndigheten foretar ved avgjørelse av om et mulig straffbart forhold skal etterforskes, og videre hvordan det aktuelle forholdet eventuelt skal straffeforfølges. Felles for disse vurderingene er, som vi skal se senere, at de etter loven er tillagt påtalemyndigheten på en slik måte at det ikke er gitt at de kan overprøves av domstolene. Av hensyn til språklig variasjon er de samme vurderingene det siktes til også ved bruk av begreper som *påtalemyndighetens skjønnsutøvelse*, *påtalevedtak* og *påtalevurderinger*.

Begrepsbruken her blir i et større bilde noe misvisende ettersom man kan si at alle vurderinger som påtalemyndigheten foretar seg er *påtale spørsmål*, som ofte også er basert på *skjønn*. Eksempelvis vil spørsmålet om et konkret forhold er straffbart eller ikke også kunne betegnes som et *påtale spørsmål* som videre bygger på *skjønn*. Spørsmålet om et konkret forhold er straffbart eller ikke er imidlertid et rettsanvendelsesskjønn – et skjønn som fullt ut kan overprøves av domstolene. Det er altså ikke disse vurderingene begrepene sikter til.

1.4 Rettslig tilnærming og avgrensning

Spørsmål om domstolene kan overprøve påtalespørsmålet reiser igjen andre rettslige spørsmål. Problemstillingen har eksempelvis en klar side til spørsmålet om hvor strengt bundet påtalemyndigheten skal være til likebehandlingsprinsippet. For om det viser seg at rettskildene åpner for domstoloverprøving så vil terskelen for en slik overprøvingsadgang sammenfalle med terskelen for hvor strengt krav som stilles til likebehandling.

Fremstillingens fokus er imidlertid først og fremst på om domstolene har eller bør ha adgang til å overprøve påtalevedtak i relasjon til likebehandlingsprinsippet. Ved behandlingen av oppgavens problemstilling kommer man likevel ikke utenom å si noe nærmere om likebehandlingsprinsippet's grenser. Disse grensene berøres derfor enkelte steder underveis i fremstillingen og berøres også under punkt 2.3

Fremstillingens problemstilling reiser videre spørsmål om på hvilken måte slik overprøving skal skje. I juridisk teori og praksis er det først og fremst ugyldighetsvirkninger som har vært anført og gjenstand for diskusjon.¹ Når det i fremstillingen tales om å *overprøve* siktes det derfor også her primært til ugyldighetsvirkninger. Ugyldighetsvirkningen vil da konkret være at påtalevedtaket *oppheves* og saken *avvises*. Andre anførte og diskuterte virkninger av en eventuell overprøving er *frifinnelse* og *straffenedsettelse*. Disse virkningene vil imidlertid også bli berørt der dette finnes nødvendig.

Det presiseres videre at det ved begrepet *overprøving* ikke reises spørsmål ved om domstolene kan vurdere det konkrete påtalebehov – vurderinger av om og eventuelt på hvilken måte straffeforfølgning skal skje. En slik inngående overprøvingsadgang setter, som vi senere skal se, lovens system og hensynet til maktfordelingen mellom utøvende påtalemyndighet og domstol en klar stopper for.

Opgaven avgrenses til spørsmål om overprøving av *positive påtalevedtak*, vedtak som innebærer en form for straffeforfølgning. En tenkt forskjellsbehandling ligger da nødvendigvis i at tilsvarende forhold enten ikke ble gjenstand for straffeforfølgning eller at tilsvarende forhold ble møtt med en mildere form for straffeforfølgning. På denne måten avgrenses det mot det paradoksale: at den som får sin sak avgjort med henleggelse eller påtaleunntatelse skulle påberope seg forskjellsbehandling ved at tilsvarende forhold var møtt med en strengere for straffeforfølgning.

¹ Se Andenæs/Myhrer s. 343, Hov s. 873, Bjerke m.fl. s. 265.

1.5 Fremstillingens rammer. Presiseringer

Fremstillingen omhandler som nevnt overprøving av ”påtalevedtak”. Et slikt utgangspunkt kan tilsi at det er gjort en avgrensning mot skjønnsmessige vurderinger som politiet foretar uten innblanding av påtalemyndigheten. Det siktes her til de mer ”rene” politioppgaver, eksempelvis ordenshåndhevelse og forebygging med hjemmel i politiloven § 2. Skillet mellom politiet og påtalemyndigheten er imidlertid ikke sylskarpt. Dette illustreres bl.a. ved at politiet kan gis kompetanse til å avgjøre visse straffbare forhold med forenklet forelegg, jf. veitrafikkloven § 31 b fjerde ledd. Videre er det heller ikke noe klart skille mellom når en ordensforstyrrelse kan avgjøres med en politimessig advarsel etter politiloven § 6 første ledd, om politiet kan foreta en såkalt ulovfestet oppgjør på stedet (såkalte OPS-saker), eller om den samme ordensforstyrrelsen kan gjøres til gjenstand for straffeforfølgning. Det kan lett tenkes at en type ordensforstyrrelse som normalt behandles som et ordensforhold etter politiloven i andre tilfeller blir gjenstand for straffeforfølgning etter straffeprosessloven på en slik måte at det bryter med likebehandlingsprinsippet. Poenget med å illustrere dette uklare skillet er å vise at et påtalevedtak truffet i strid med likebehandlingsprinsippet like gjerne kan skyldes forhold hos en polititjenestemann som hos påtalemyndigheten selv.

1.6 Rettskildesituasjon og metode

Problemstillingen for oppgaven er ikke direkte regulert i verken lov, rettspraksis eller øvrige rettskilder. Gjennom enkelte bestemmelser i straffeprosessloven kommer det likevel frem en relativt klar kontur av en maktfordeling mellom påtalemyndigheten og domstolene som igjen gir klare utgangspunkter for en nærmere vurdering av oppgavens problemstilling. Spørsmålet om forskjellsbehandling ved påtalevedtak har vært reist for høyesterett ved ulike anledninger, men uten at man kan utlede noe klart og konsist bekreftende eller avkreftende svar på problemstillingen. Spørsmålet er behandlet av flere teoretikere. Juridisk teori synes å være delt i synet på om det bør være adgang til domstoloverprøving, men behandlingen av spørsmålet synes ikke å være gjennomarbeidet.

Ved fremstilling foretas det først en deskriptiv analyse av gjeldende rett. Deretter vil det bli sett hen til andre nærliggende rettsområder som forvaltningsrettens ugyldighetslære og dansk rett. Professor Jo Hov har i sin behandling av spørsmålet som domstoloverprøving av påtalevedtak nevnt parallellen til ugyldighetslæren i forvaltningsretten og denne

sammenligningen er så vidt interessant at den er viet et eget kapittel. Likhetsbetraktninger ved påtalespørsmålet har også vært gjenstand for diskusjon i dansk teori og praksis. Dansk påtalerett bygger i utgangspunktet på de samme forutsetningene som norsk rett, men ser ut til å ha løst problemstillingen på en litt annen måte enn det som er tilfellet for norsk rett.

Denne uavklarte rettsituasjonen gir avslutningsvis rom for en bredere vurdering av om reelle hensyn taler for eller mot en adgang for domstolene til å overprøve påtalespørsmålet.

1.7 Fremstillingen oppbygning

I oppgavens andre kapittel vil jeg redegjøre for de regler og hensyn, som vil være styrende for spørsmål om domstolenes adgang til å overprøve påtalespørsmålet. Dette for å illustrere rammen rundt påtalespørsmålet og maktfordelingen mellom påtalemyndigheten og domstolene. Under tredje kapittel vil jeg gå nærmere inn på de rettskildene som berører oppgavens problemstilling mer konkret, primært rettspraksis og teori. Paralleller til ugyldighetslæren vil bli behandlet i fremstillingens fjerde kapittel. Utsyn til dansk rett presenteres i kapittel 5. Avslutningsvis vil det bli foretatt en vurdering av reelle hensyn under kapittel 6 og videre betraktninger rundt ”de lege lata” i fremstillingens kapittel 7.

2 Påtalekompetansens grunnprinsipper og hensyn

2.1 Prinsipper og hensyn

Problemstillingen for oppgaven er som nevnt ikke direkte regulert gjennom rettskildene. Det finnes imidlertid flere rettslig forankrede utgangspunkt som setter nærmere rammer for påtalespørsmålet, noe som igjen vil ha betydning for problemstillingen. Påtalekompetansens rettslige rammer trekkes i hovedsak opp av straffeprosessloven, påtaleinstruksen, riksadvokatens rundskriv samt flere ulovfestede prinsipper og hensyn. Styrende for oppgavens tema om domstolskontroll med påtalespørsmålet er først og fremst ulovfestede prinsipper og hensyn som delvis også kommer til uttrykk i lovgivningen.

Prinsippene som er av betydning for oppgavens problemstilling kan grovt sett inndeles i tre grupper: prinsipper for hvem som utøver påtalerett (statsanklage og anklagerprinsippet), prinsipper for hvilke rettslige forpliktelser som gjelder for utøvelsen av påtaleretten (opportunitets- og legalitetsprinsippet) og prinsipper for saksbehandlingen (saklighets-, objektivitets- og likebehandlingsprinsipp).² Videre er det flere hensyn som gjør seg gjeldende på området for påtalerett. Særlig sentralt står hensynet til rettssikkerhet, effektivitet hos både påtalemyndigheten og domstolene, prosessøkonomi og håndhevingsapparatets funksjonalitet.

Karakteristisk for slike prinsipper og hensyn er at de sjelden fullt ut er gjennomført eller uttrykt i loven. Som vi skal se vil enkelte sider av slike prinsipper ofte komme til syne gjennom flere enkeltbestemmelser i loven. Andre ganger vil prinsippene være styrende for tolkningen av konkrete rettsregler og noen ganger vil man også måtte konstruere rettsregler ut fra en konkret avveining av slike prinsipper og hensyn alene.

Vi skal i det følgende se nærmere på de grunnleggende prinsipper og hensyn som sammen danner rammene for reguleringen av påtalespørsmålet og som til en viss grad vil være styrende for adgangen til domstolskontroll av påtalemyndighetens skjønnsutøvelse.

² Kjelby, s. 117.

2.2 Påtalekompetansen

2.2.1 Statsanklageprinsippet

Statsanklageprinsippet går ut på at det er en offentlig oppgave å forfølge straffbare forhold. Dette er et prinsipp som ligger til grunn i de fleste siviliserte rettsstater. For norsk rett er dette utgangspunktet fastslått i straffeloven § 77 hvor det heter at straffbare handlinger er ”offentlig Patale undergivet, med mindre noget motsatt er bestemt”. Straffeforfølgingsoppgaven er lagt til en egen særskilt myndighet, den offentlige påtalemyndighet.³

Unntak fra hovedregelen om offentlig påtale følger for det første av straffeloven kapittel 28 som på nærmere vilkår åpner for private straffesaker. For det andre er det for flere straffebud videre et prosessuelt vilkår for offentlig påtale at fornærmede har fremsatt begjæring om dette, se eksempelvis straffeloven § 237 andre ledd. På denne måten er ikke påtalespørsmålet alltid ubetinget offentlig. Det tilføyes imidlertid at man ved ikrafttredelse av den nye straffeloven av 2005 går bort fra reglene om begjæring om påtale fra fornærmede. På denne måten forsterkes påtalemyndighetens rolle som straffeforfølger ved at man får et offentlig anklagemonopol (kun med unntak av straffeprosessloven kapittel 28). Begrunnelsen for denne lovendringen var hensynet til likebehandling.⁴

2.2.2 Opportunitetsprinsippet

Med hensyn til påtalekompetansen skilles det i juridisk teori normalt mellom to forskjellige prinsipper – legalitetsprinsippet⁵ og opportunitetsprinsippet.

Legalitetsprinsippet, også omtalt som prinsipp om absolutt etterforsknings- og påtaleplikt, pålegger påtalemyndigheten en straffeforfølgingsplikt. Dette innebærer en plikt til å iverksette etterforskning og beslutte tiltale når de rettslige og faktiske forutsetninger foreligger.⁶ Som begrunnelse for legalitetsprinsippet står i utgangspunktet bl.a. hensynet til forutberegnelighet og likebehandling ved at man unngår at det blir lagt vekt på utenforliggende hensyn.

³ Se straffeprosessloven kapittel 7.

⁴ Ot. Prp. nr. 90 (2003-2004), Om lov om straff, pkt 4.1.5.4.

⁵ Begrepet ”legalitetsprinsippet” representerer i påtalemessig sammenheng noe annet enn hva som er tilfellet når det samme begrepet brukes innfor forfatnings- og forvaltningsretten.

⁶ Kjelby s. 21 og s. 121.

På motsatt side står oppportunitetsprinsippet, også omtalt som prinsippet om den relative påtaleplikt. Oppportunitetsprinsippet innebærer at påtalemyndigheten utøver et skjønn over hensiktsmessigheten og rimeligheten av å straffeforfølge. Prinsippet innebærer at påtalemyndigheten kan unnlate å fatte et positivt påtalevedtak selv om de rettslige og faktiske forutsetningene ellers er til stede.⁷ Begrunnelsen for denne tilnærmingen ligger i selve hensiktsmessighetsvurderingen ved at den skal gi rom for rimelige og rettferdige løsninger.

Hvor bundet eller fritt påtalemyndigheten står i påtalespørsmålet beror på en nærmere tolkning av nasjonal lovgivning. Antakelig vil det være praktisk umulig, i alle fall uholdbart, for en moderne rettsstat å gjennomføre et av disse prinsippene i en rendyrket og absolutt form.⁸

Det anses som uomtvistet at den norske påtalekompetansen bygger på oppportunitetsprinsippet, og at lovgivningen går relativt langt i å gjennomføre prinsippet.⁹ Prinsippet er ikke uttrykkelig lovfestet, men kommer til uttrykk ved at den nærmere lovreguleringen av påtalespørsmålet er utpreget skjønnsmessig. Nedenfor vises det til de mest sentrale kompetansebestemmelsene.

Allerede ved inngangen til en mulig straffesak, altså vurderingen av om det skal iverksettes etterforskning, beror dette på skjønn. Etter straffeprosessloven § 224 første ledd beror spørsmålet om det skal åpnes etterforskning på en vurdering av om det er ”rimelige grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold”. Om dette vilkår har Riksadvokaten i rundskriv uttalt at:

”... påtalemyndigheten står relativt fritt; den har ikke plikt til å sette i gang etterforskning i alle tilfeller det er rettslig adgang til det. Det er for eksempel anledning til å unnlate å sette i verk etterforskning i enkelte saker ut fra ressursprioritering eller av andre saklige grunner. Det kan også på dette stadium utøves et skjønn innenfor rammen av det oppportunitetsprinsipp som gjelder i norsk straffeprosess.”¹⁰ (uthevet her)

Videre er det for flere straffebud et vilkår for påtale at ”allmenne hensyn tilsier påtale”¹¹. Om saken så skal avgjøres med tiltale, forelegg etter straffeprosessloven § 225, påtaleunntatelse etter sammen lov §69 og § 70, eller om saken skal overføres til megling i konfliktrådet etter § 71a beror også på skjønn. I tillegg kan påtalemyndigheten velge å innstille enhver forfølgning inntil dom er falt i første instans, jf. straffeprosessloven § 72. Disse skjønnsmessige

⁷ Kjelby s. 21 og 121

⁸ Se blant annet Andenæs/Myhrer s. 365 og tilsvarende i Kjelby s. 121.

⁹ Andenæs/Myhrer s. 365 og Kjelby s. 21 med videre henvisninger i fotnote 10.

¹⁰ Riksadvokatens rundskriv av 22.12.1999 om etterforskning, (Del II – NR. 3/1999) pkt. III/1

¹¹ Se eksempelvis straffeloven § 228 fjerde ledd.

kompetansebestemmelsene viser at påtalemyndigheten er gitt relativt vide håndhevingsfullmakter ved utøving av påtalekompetanse. De rettslige rammene for utøving av dette påtaleskjønnet er bare i begrenset grad regulert.

Påtalemyndigheten står klart nok ikke helt fritt ved disse skjønnsutøvelsene, men er nærmere bundet av det aktuelle kompetansegrunnlag og øvrige rettskilder. At loven pålegger påtalemyndigheten å utøve skjønn ved vurderingen av påtalespørsmålet trekker i retning av at domstolene i utgangspunktet ikke skal kunne overprøve de vurderingene påtalemyndigheten her gjør. På denne måten kan man se på påtaleskjønnet som en form for utøvelse av forvaltningsskjønn, også omtalt som ”fritt forvaltningsskjønn”.¹²

Det nevnes avslutningsvis her at det straffeprosessuelle vilkåret om at ”allmenne hensyn tilsier påtale” fjernes ved ikrafttredelse av den nye straffeloven. Samtidig innføres det også en ny bestemmelse i straffeprosessloven, § 62 a. Andre ledd i denne bestemmelsen gir hjemmel for å unnlate påtale for overtredelser av straffebud med strafferamme på to år eller lavere ”hvis ikke allmenne hensyn tilsier påtale”. Med denne bestemmelse snus presumsjonen for påtale ved at det er unnlåtelsen som krever begrunnelse og ikke lenger påtalen i seg selv. Som påpekt av Kjelby¹³ vil denne endringen innebære at den skjønsmessige henleggelsesadgangen vil omfatte noe nær 80% av anmeldte og etterforskede forbrytelser. Han påpeker videre at dette innebærer at det hittil ulovfestede opportunitetsprinsipp, for så vidt gjelder henleggelseskompetansen, nå får en vidtrekkende og generell forankring i loven. Påtalemyndighetens skjønsmessige kompetanse utvides altså med lovendringen.

2.2.3 Anklageprinsippet

Anklageprinsippet er et annet viktig prinsipp innenfor norsk påtalerett og straffeprosess. Prinsippet fastslår hovedinnholdet av ansvarsfordelingen mellom domstolene og påtalemyndigheten hva gjelder påtalespørsmålet. Prinsippet kommer til uttrykk i straffeprosessloven § 63 hvor det fremgår at:

”Domstolen trer bare i virksomhet ifølge begjæring av en påtaleberettiget, og deres virksomhet opphører når begjæringen blir tatt tilbake.”

¹² Se tilsvarende i Bjerke m.fl. s. 297, Hov s. 864-865 og Bratholm s. 425.

¹³ Kjelby, s. 151.

Domstolen kan altså ikke på eget initiativ foreta noen form for rettsforfølgning, men er nærmere bundet til initiativ fra påtalemyndigheten.

Bestemmelsen utfylles videre av straffeprosessloven § 38 som regulerer forholdet mellom tiltalebeslutning og dom. Etter denne bestemmelsen kan ikke retten ”gå utenfor det forhold tiltalen gjelder”. Bestemmelsen her blir således en ytterligere presisering av reglene i straffeprosessloven § 63. Selv etter en begjæring fra påtalemyndigheten står altså domstolene ikke fritt i relasjon til den tiltalte, men er langt på vei bundet av de rammene som tiltalen setter.

Ser man statsanklage- og opportunitetsprinsippet i sammenheng med anklageprinsippet ser man konturen av den makt- og funksjonsfordeling som foreligger mellom utøvende påtalemyndighet og domstolene i relasjon til påtalespørsmålet. Lovgiver pålegger altså påtalemyndigheten å skjønne over påtalespørsmålet og videre setter anklageprinsippet begrensninger for domstolene. Dette innebærer at påtalemyndighetens vurdering av påtalespørsmålet ikke direkte kan overprøves av domstolene.¹⁴ Den videre fremstillingen har til hensikt å belyse om dette er å anse som en absolutt regel uten unntak eller om en skjønnsutøvelse i strid med alminnelige anerkjente prinsipper for offentlig myndighetsutøvelse kan føre til ugyldighetsvirkninger ved domstolene.

2.3 Likebehandlingsprinsippet som ramme for påtaleskjønnet

Det er sikker rett at det ved alle former for offentlig myndighetsutøvelse, herunder utøvelse av påtalekompetanse, gjelder et likebehandlingsprinsipp – et krav om at like tilfeller skal behandles likt. Prinsippet er ikke uttrykkelig lovfestet, men dets sentrale rolle innenfor strafferett og prosess fremheves flere steder i lovgivningens forarbeider. I forarbeidene til den nye straffeloven med tilhørende endringer til straffeprosessloven er det eksempelvis uttalt at:

”Straff er et onde som tilføyes lovbyteren i den hensikt at det skal føles som et onde. En slik virksomhet stiller særlige krav til likebehandling ...”¹⁵ (uthevet her)

I NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet, ble det på generelt grunnlag uttalt at:

¹⁴ Kjelby, Mellom rett og plikt til straffeforfølgning, s. 120

¹⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), Om lov om straff, pkt. 4154

”Prinsippet om likebehandling og om objektivitet gjelder for all offentlig myndighetsutøvelse. Kravet innebærer at myndighetsutøvelsen skal være upartisk og saklig.”¹⁶

I rundskriv til påtaleinstruksen uttales det at:

”... enkelte av reglene i instruksen nødvendigvis er skjønnsmessige og må anvendes etter en konkret vurdering av omstendighetene i den enkelte sak. Ved utøvelsen av et slikt skjønn er påtalemyndigheten og politiet bundet av de *ulovfestede prinsipper om saklighet og lik behandling*.”¹⁷ (uthevet her)

Likhetsprinsippet sier imidlertid lite i seg selv, for som påpekt av Bernt/Rasmussen:¹⁸ Hva er egentlig likt? For å kunne si noe nærmere om dette må vi bevege oss inn på et konkret rettsområde. Det finnes nemlig en rekke rettsregler som sier noe om hvilke hensyn, både lovfestede og ulovfestede, som kan eller skal vektlegges og videre hvilken vekt de skal tillegges. Som nevnt ovenfor er det eksempelvis et vilkår for offentlig påtale etter straffeloven § 228 om legemsfornærmelse at ”allmenne hensyn tilsier påtale”, jf. bestemmelsens fjerde ledd bokstav e. Hvilke hensyn som kan vektlegges under denne vurderingen er ikke uttømmende regulert, men det er forutsatt i motivene til bestemmelsen at det forhold at legemsfornærmelsen kommer fra en person som til stadighet er innblandet i slagsmål kunne tilsi at slike hensyn foreligger.¹⁹ På denne måten vil to tilsynelatende like tilfeller av legemsfornærmelse mot fremmed person på åpen gate kunne bli gjenstand for ulik behandling begrunnet i det forhold at den ene gjerningspersonen er en såkalt gjenganger. Forskjellsbehandlingen vil da være begrunnet i saklige lovlige hensyn og således ikke innebære et brudd på likhetsprinsippet.

Likhetsprinsippet har på denne måten også en side til det grunnleggende saklighetskrav for offentlig myndighetsutøvelse – et krav om at påtalemyndighetens vurderinger kun må være basert på saklige, relevante hensyn slik de er satt av lovgiver eller utviklet gjennom rettspraksis. Sagt på en annen måte så gjelder det et forbud mot at påtaleavgjørelser bygger på usaklige hensyn eller usaklig forskjellsbehandling.²⁰

Det faller som nevnt utenfor rammen av fremstillingen å gå noe særlig nærmere inn på terskelen for likebehandlingsprinsippet, altså hvilke hensyn som i ulike situasjoner vil kunne

¹⁶ Under pkt. 4.1.8

¹⁷ Rundskriv fra Justis- og politidepartementet, Regler om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen), 02.12.1985, s. 5.

¹⁸ Bernt/Rasmussen s. 97

¹⁹ SKM I 1896, Udkast til almindeligborgerlig Straffelov med Motiver, s. 213

²⁰ Se tilsvarende formuleringen av prinsippet i Bernt/Rasmussen 2009 s. 97 flg., Andenæs/Myhrer s. 343 og 344, Hov s. 191 og Kjelby 2012, s. 577.

være saklige og relevante for påtaleskjønnet. En slik vurdering er så vidt situasjonsavhengig at det i hvert fall ikke i denne sammenheng vil være rom for å si noe særlig nærmere om hvor denne terskelen bør ligge. I tillegg kommer at man ikke kan si noe konkret om denne terskelen før man har besvart spørsmålet om domstolene kan overprøve påtalevedtak i denne sammenheng. Visse modifikasjoner av likebehandlingsprinsippet kommer man imidlertid ikke utenom og noen av disse vil bli gjennomgått nedenfor her.

2.3.1 Modifikasjoner av likebehandlingsprinsippet

Av flere grunner vil det kunne være praktisk problematisk og videre heller ikke ønskelig å legge til grunn et strengt likebehandlingsprinsipp innenfor straffe- og påtalerett. For å illustrere dette må vi bl.a. trekke linjene helt ut til politiets operasjonelle virksomhet og videre også til spesifikke særtrekk ved straffe- og påtalerett.

Politiets operasjonelle virksomhet kan ofte være preget av uoversiktlige forhold på stedet. Vurderingen av om det skal gripes inn mot antatte lovbrøyttere vil måtte bero på skjønn for den enkelte polititjenestemann ut fra hvordan vedkommende oppfatter situasjonen.²¹ Disse forholdene kan tenkes å resultere i en forskjellsbehandling, men som antagelig må aksepteres av praktiske grunner. Vi kan eksempelvis tenke oss at politiet ankommer et sted hvor to personer har begått grovt skadeverk i strid med straffelovens § 292. Situasjonene er imidlertid så uoversiktlig at politiet bare registrerer den ene personen og tar denne med seg for videre straffeforfølgning. Dette innebærer klart nok ikke et brudd på likhetsprinsippet. Skulle politiet i ettertid bli gjort oppmerksom på at det var tale om to personer, eksempelvis gjennom avhør og overvåkningskamera vil det antagelig være et brudd på likhetsprinsippet om ikke også den andre utsettes for tilsvarende straffeforfølgning dersom de rettslige og faktiske forutsetningene for dette ellers er til stede.

Videre må det aksepteres at politiet i sitt arbeid foretar stikkprøvekontroller, eksempelvis en trafikkontroll hvor bare de som blir tatt for trafikkoverskridelse blir straffeforfulgt. Også politiets såkalte tilfeldig utvalg må aksepteres. Slikt utvalg vil særlig være aktuelt under større opptøyer der det ikke vil være praktisk mulig å straffeforfølge alle som gjør seg skyldig i brudd på straffeloven. Likhetsprinsippet vil heller ikke være til hinder for at politi og påtalemyndighet av ressursmessige årsaker ofte må foreta prioriteringer både på

²¹ Se tilsvarende i Auglend m. fl. s. 419.

etterforsningsstadiet og ved avgjørelse av påtalespørsmålet.²² De forhold som her er nevnt har alle en side til hensynet til effektivitet hos politi- og påtalemyndigheten. Det vil være praktisk umulig å forfølge alle straffbare forhold og for så vidt heller ikke ønskelig.

Et annet poeng er at strafferetten med tiden har utviklet seg til å i økende grad lagt vekt på individuelle hensyn – prinsipp om individuell behandling.²³ Dette tilsier også at man verken kan eller skal legge til grunn et strengt likebehandlingsprinsipp. Samtidig vil forskjellsbehandling på bakgrunn av dette prinsipp om individuell behandling igjen være begrunnet i saklige hensyn.

Det presiseres at de forhold som her er nevnt ikke på noe vis skal forstås som en uttømmende presentasjon av tilfeller av forskjellsbehandling som må aksepteres som saklig begrunnet. Poenget er å illustrere at en streng praktisering av likebehandlingsprinsippet verken er praktisk mulig eller ønskelig.

²² Se Hov s. 864-865 og tilsvarende i Kjelby s. 597.

²³ Kjelby s. 586.

3 Domstolsoverprøving av påtaleskjønn

3.1 Lov og forarbeider

Foruten det klare utgangspunktet som er skissert under fremstillingens kapittel 2, om oppgavefordelingen mellom påtalemakten og domstolene, så er lovgivningen taus om spørsmålet om domstolene kan overprøve påtaleskjønnet dersom en påtaleavgjørelse er truffet i strid med likebehandlingsprinsippet. Slik anklageprinsippet er nedfelt i straffeprosessloven § 63 setter det en klar stopper for at domstolene går inn og vurderer et konkret påtalebehov eller trekker inn andre forhold, men dette kan ikke uten videre sammenlignes med det å oppheve et påtalevedtak truffet i strid med likebehandlingsprinsippet.

Spørsmålet om retten kan overprøve påtalemyndighetens beslutning av om allmenne hensyn foreligger er behandlet i forarbeidene til den nye straffeloven av 2005. Spørsmålet behandles i relasjon til at ordningen med påtalebegjæring fra fornærmede oppheves som påtalevilkår samtidig som at ”allmenne hensyn” vurderingen innføres som begrunnelse for henleggelse av saker med strafferamme på under to år.

Under høringen fremhevet Riksadvokaten:

”Skal en slik regel være praktikabel, må det også fremgå klart av forarbeidene at domstolene heller ikke skal kunne prøve om allmenne hensyn foreligger.”²⁴

Om dette uttaler departementet:

”Departementet er enig i dette, og legger til grunn at løsningen er i samsvar med gjeldende rett, ... Skulle retten ha adgang til å overprøve påtalemyndighetens vurdering av om allmenne hensyn foreligger, ville det i realiteten gi retten kompetanse til å vurdere om tiltale bør eller ikke bør tas ut. Dette ville gi prosessen et inkvisitorisk preg som er fremmed for vår prosessordning.”²⁵

Når spørsmålet om domstolsoverprøving av påtaleskjønnet ”allmenne hensyn” først er drøftet i forarbeidene og det ikke gis holdepunkter for at spørsmålet kan besvares bekreftende, så kunne dette trekke i retning av at domstolene faktisk skal være avskåret fra å overprøve denne vurderingen selv ved brudd på likebehandlingsprinsippet.

²⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003 -2004) Om lov om straff, pkt. 4.1.5.3

²⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003 - 2004) Om lov om straff, pkt. 4.1.5.4

Motsatt så strekker man strikken langt om man på bakgrunn av de nevnte uttalelsene mener at spørsmålet for oppgaven må besvares avkrefteende. Den myndighetsoverskridelsen som brudd på likebehandlingsprinsippet vil medføre nevnes ikke eksplisitt og uttalelsene kan derfor ikke forstås dithen at domstolene skal være bundet på hender og føtter også dersom det skulle foreligge en myndighetsoverskridelse.

Som nevnt ovenfor må det skilles mellom domstoloverprøving av påtaleskjønnet i sin alminnelighet, noe som ville gitt prosessen et inkvisitorisk preg, og det å oppheve en påtaleavgjørelse truffet i strid med likebehandlingsprinsippet. Uttalelsene fra forarbeidene forstås dithen at de bare presiserer det som allerede følger av anklageprinsipper om at påtalemyndigheten vurderer påtalespørsmålet og at domstolene ikke skal ”*vurdere om tiltale bør eller ikke bør tas ut*”. Forarbeidene tar altså ikke direkte stilling til oppgavens problemstilling.

3.2 Rettspraksis

3.2.1 Generelt

Spørsmål om domstoloverprøving har vært forelagt for Høyesterett ved flere anledninger i ulike varianter. Under punkt 3.2.2 skal det først gjøres rede for avgjørelser der Høyesterett har opphevet vedtakelsen av forelegg på bakgrunn av likebehandlingshensyn. Under pkt. 3.2.3 til 2.3.6 skal det gjøres rede for et utvalg høyesterettsdommer som belyser spørsmålet for oppgaven. I disse avgjørelsene har de tiltalte anført ulike virkninger som følge av påstått brudd på likebehandlingsprinsippet. Både ugyldighetsvirkninger og opphevelse av tiltalebeslutning, frifinnelse eller redusert straff berøres.

3.2.2 Opphevet vedtakelse av forelegg

I rettspraksis fra Høyesterett finner vi flere eksempler på at vedtakelse av forelegg har blitt opphevet av domstolene på bakgrunn av at vedtakelsen fant sted under bristende forutsetninger.

I Rt. 1973 s. 583 opphevet Høyesterett vedtakelsen av et forelegg for overtredelse av datoparkeringsbestemmelser for Oslo. Begrunnelsen for opphevelsen var at politifullmektigen på et senere tidspunkt bekreftet at tilsvarende forhold normalt ble avgjort med en

påtaleunnløstelse. Denne opplysningen var ikke gitt til siktede forut for vedtakelsen. På denne måten var vedtakelsen av forelegget gitt under bristende forutsetninger. Tilsvarende er lagt til grunn i Rt. 1965 s. 73 og Rt. 1971 s. 1273.

Disse avgjørelsene er ikke helt treffende for oppgavens problemstilling ettersom det er vedtakelsen av forelegget som oppheves og ikke påtaleavgjørelsen. Det var for de nevnte avgjørelsene de bristende forutsetningene ved vedtakelsen som førte til opphevelse, idet denne ikke ble ansett som bindende som viljeserklæring. Begrunnelsen for opphevelsen lå altså ikke i forskjellsbehandlingen i seg selv. Likevel trekker avgjørelsene i retning av at domstolene vektlegger likebehandlingshensyn ved valg av straffeforfølgningssmåter.²⁶

3.2.3 Rt. 1972 s. 1323

Spørsmål om hvor fritt påtalemyndigheten står med hensyn til å reise tiltale eller ikke i tilsynelatende like saker er berørt i Rt. 1972 s. 1323. En styreformann sto tiltalt for brudd på aksjeloven og skattebetalingsloven samtidig som tilsvarende sak ble henlagt for to øvrige styremedlemmer. I herredsretten ble styreformannen frifunnet med den begrunnelse at det ikke var adgang til å reise tiltale mot ett medlem av aksjeselskapets styre, når saken ble henlagt for de øvrige styremedlemmene. Herredsretten uttalte i denne forbindelse at

”... det ikke er hjemmel for å plukke ut ett av styremedlemmene for å gjøre straffeansvar gjeldende mot ham, selv om han er valgt som formann, og i den egenskap ledet generalforsamlingen”.

Herredsretten la altså til grunn at det her forelå et brudd på likhetsprinsippet og at virkningene av dette måtte være frifinnelse. Påtalemyndigheten påanket imidlertid avgjørelsen fra herredsretten og fikk medhold i Høyesterett. Førstvoterende går rett på sak og uttaler:

”Det anses ikke tvilsomt at påtalemyndigheten står fritt til å henlegge saken ... overfor enkelte medlemmer av et aksjeselskaps styre uten å gjøre det overfor alle styremedlemmer. De refererte begrunnelser for herredsrettens frifinnelse av A gir således uttrykk for en uriktig rettsoppfatning. Det er for øvrig ingen grunn til å anta at det har vært annet enn saklige hensyn som har ført til at påtalemyndigheten i den foreliggende sak har unnlatt påtale mot de øvrige styremedlemmer, mens tiltale er utferdiget mot styrets formann.” (uthevet her)

Første setning er relativt bastant formulert, jf. særlig ”ikke tvilsomt” og ”står fritt”.

Uttalelsene fra Høyesterett trekker sterkt i retning av at påtalemyndigheten skal anses som

²⁶ Hov s. 874

suveren i påtalespørsmålet på en slik måte at domstolene ikke på noen måte kan overprøve det. Når momentet om ”saklige hensyn” først nevnes i siste siterte setning innledet med ordene ”for øvrig” så kan denne formuleringen forstås mer som en tilleggsbemerkning uten betydning for resultatet, enn som en modifisering av at påtalemyndigheten ”står fritt”. Samtidig må det nevnes at man skal være noe forsiktig med å fintolke rettspraksis på denne måten. Hov synes også å forstå dommen på tilsvarende måte, altså til at ”Høyesterett ...anså seg for avskåret fra i det hele tatt å prøve om det hadde funnet sted noe brudd på likhetsprinsippet”.²⁷

Høyesterett er ikke klar på hvilke ”saklige hensyn” som i dette tilfellet legitimerte den ulike behandlingen av de tre medlemmene i styret. Siste siterte setning kan imidlertid tyde på at det er selve rolleforskjellen på en styreformann og et styremedlem som var utslagsgivende.

Ettersom Høyesterett ikke bruker tid på diskutere om det forelå usaklige hensyn, men bare legger det motsatte til grunn så kan det jo også tenkes at de relativt bastante uttalelsene om at ”påtalemyndigheten står fritt” er gitt i lys av denne forutsetningen. Om man legger denne tolkningen til grunn er ikke domstolene nødvendigvis avskåret fra å overprøve påtalespørsmålet ved brudd på likebehandlingsprinsippet, men som nevnt skal man være forsiktig med slike fintolkninger.

Kjelby på sin side synes å tolke dommen på en annen måte. Om uttalelsen i dommen om at ”påtalemyndigheten står fritt” skriver han at dette:

*”ikke kan oppfattes som et uttrykk for at påtalemyndighetens skjønn er helt uten rettslige begrensninger, men først og fremst som et uttrykk for at domstolene ikke kan prøve spørsmålet ved avgjørelsen av straffeskyld for andre involverte”.*²⁸

Standpunktet om at domstolene ikke kan prøve spørsmålet ved avgjørelsen av straffeskyld for andre involverte følger klart nok av anklageprinsippet og det er vanskelig å se at det er dette momentet høyesterett forsøker å belyse. Videre skriver han:

”Det bør likevel oppfattes som et forbehold om at de står fritt i forhold til domstolene forutsatt at personutvelgelsen ikke er usaklig begrunnet.” (side 594)

²⁷ Hov, Rettergang II, s. 874 i petit.

²⁸ Kjelby, Mellom rett og plikt til straffeforfølging, s. 594.

Denne uttalelsen trekker sterkt i retning av at domstolene kan overprøve påtalemyndighetens vurdering forutsatt at den er usaklig begrunnet.

Dommen trekker sterkt i retning av at domstolene ikke er berettiget til å overprøve påtaleskjønnet. Samtidig kan man si at all den tid Høyesterett relativt raskt la til grunn at forskjellsbehandlingen var saklig, så har de heller ikke hatt de nødvendige påskudd for å ta stilling til de mer prinsipielle spørsmålene ved en eventuell domstoloverprøving.

3.2.4 Rt. 1976 s. 652

I Rt 1976 s. 652 ble det reist spørsmål om ugyldighet på bakgrunn av anførsel om brudd på likhetsprinsippet. Saken gjaldt en vernepliktig som i byretten var dømt for uteblivelse av militærtjeneste for andre gang. For Høyesterett anførte vedkommende utillatelig forskjellsbehandling. Bakgrunnen for den angitte forskjellsbehandlingen var etter tiltaltes mening den tilfeldighet som synes å råde med hensyn til hvem som ble innkalt og hvem som i tilfelle ble straffet. Høyesterett mente at dette grunnlag ikke kunne føre frem og forkastet enstemmig anken. Som begrunnelse for sitt standpunkt uttales det:

”Hvorvidt et straffbart forhold foreligger må prinsipielt avgjøres for den enkelte tiltaltes vedkommende på grunnlag av hans eget forhold, uten hensyn til hvorvidt andre i tilsvarende situasjon også er blitt straffet.” (uthevet her)

Videre går det frem at dette er en

”... generell regel som må gjelde for at rettsapparatet overhode skal kunne virke”.

At en tiltalt prinsipielt skal vurderes ut fra eget forhold er klart nok. En slik regel vil imidlertid vanskelig kunne forenes med likebehandlingsprinsippet om denne vurderingen skal skje helt ”uten hensyn til ...andre i tilsvarende situasjon”, med mindre denne generelle regel bare er ment som et klart utgangspunkt. Hva Høyesterett her konkret legger i begrepet ”generell regel”, altså om den er ment som en absolutt regel eller bare et klart utgangspunkt, er uvisst.

Selv om det etter faktum i denne saken ikke var klart om det egentlig forelå en usaklig forskjellsbehandling så går Høyesterett heller ikke her inn på de mer prinsipielle sidene ved domstoloverprøving av påtaleskjønnet.

Det uttales imidlertid videre at retten:

”... ikke finner grunn til å gå inn på spørsmålet om en annen løsning vil kunne tenkes i ekstreme tilfeller”.

Videre nevner retten at det ikke foreligger noen ”diskriminerende behandling”, at ingenting tyder på at bestemte grupper er plukket ut av ”politiske eller andre personlige grunner” eller at han er ”personlig forfulgt”. Disse uttalelsene tilsier at Høyesterett heller ikke kategorisk avviser ugyldighetsvirkninger.

3.2.5 Rt. 1984 s. 1378

I Rt. 1984 s. 1378 berøres også så vidt spørsmålet om forskjellsbehandling, men da i relasjon til straffeutmåling. Saken omhandler flere fiskere som i protest mot en forskrift om fiskestopp sperret av passasjen gjennom Finnsnessundet ved hjelp av sine fiskefartøyer. Flere av disse fiskerne ble dømt i herredsretten og anket videre til høyesterett. Her fremholdt de domfelte at det ved straffeutmålingen måtte tillegges stor vekt at det forelå en forskjellsbehandling ettersom ikke alle som hadde deltatt i aksjonen var gjort til gjenstand for straffeforfølgning. Førstvoterende uttaler at:

”dette synspunkt ikke [kan] få betydning ved straffeutmålingen, og jeg viser til Rt. 1976 s. 652”.

Dommen skiller seg fra saken om militærnektelse ved at det her er spørsmål om forskjellsbehandling i relasjon til straffeutmåling og ikke til ugyldighet. Likevel tilsier den korte og konsise uttalelsen fra høyesterett i denne saken at den ikke er villig til å se nærmere på en eventuell forskjellsbehandling fra påtalemyndighetens side og at standpunktet fra 1976 opprettholdes. At Høyesterett heller ikke er villig til å tillegge forskjellsbehandling vekt ved straffeutmålingen – en bedømmelse hvor domstolene generelt kan trekke inn et relativt vidt spekter av forhold – er illustrerende for rettens aversjon mot å overprøve påtaleskjønnet.

3.2.6 Rt. 2004 s. 745

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 745 omhandler en person som for tredje gang unnlot å møte for avtjening av sivil tjenesteplikt. Saken har således visse paralleller til avgjørelsen fra 1979 omtalt ovenfor under punkt 3.2.4. I motsetning til den saken så forelå det her en klar administrativ praksis fastsatt i rundskriv fra Justisdepartementet som tilsa at forholdet ikke skulle vært anmeldt til politi- og påtalemyndighet. Siktete påberopte seg forgyeves

forskjellsbehandling. Høyesterett slo fast at selv om man legger til grunn den dokumenterte praksis om at saken ikke skulle være anmeldt:

”kan det etter min mening ikke få noen betydning for spørsmålet om idømmelse av straff ... Den administrative behandlingen av spørsmålet om anmeldelsen av og påtalepraksis for andre som nekter å utføre sivil tjeneste, er uten betydning når saken er fremmet. Retten har ingen skjønnsmessig adgang til å unnlate å pådømme saken under henvisning til at administrativ praksis tilsier at forholdet ikke skulle være anmeldt og påtalt.”

Saken skiller seg fra forholdene fra 1976-dommen ved at det i 1976 var tale om en mer tilfeldig utvelgelse uten at praksis var tilstrekkelig klarlagt, mens det her er tale om utvelgelse på tvers av klare anmeldelses- og påtaleretningslinjer. Uttalelsene i dommen går nokså klart i retning av at domstolene skal være avskåret fra å overprøve påtaleavgjørelsen.

3.2.7 Rt. 2007 s. 1765

I Rt. 2007 s. 1765 påberopte siktede seg rasediskriminering på bakgrunn av det bare var han og hans bror som ble pågrepet og straffeforfulgt etter en slåsskamp samtidig som politiet hadde unnlatt å gripe inn mot en etnisk norsk mann som hadde deltatt i samme slåsskamp. Vedkommende ble ikke hørt da det gikk frem av politiets anmeldelse og rapport at ”siktede og hans bror [ble] pågrepet fordi de fremsto som de mest aktive i ordensforstyrrelsen”. På denne måten forelå det ikke en usaklig forskjellsbehandling. Heller ikke i denne dommen berøres de mer prinsipielle sidene ved domstoloverprøving av påtaleskjønn.

3.2.8 Sammenfatning

På bakgrunn av den praksis som er gjennomgått ovenfor så er det nokså klart at domstolene til nå har stilt seg relativt avvisende til å overprøve et påstått mangelfullt påtaleskjønn. Frem til avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 745 kunne man kanskje si at spørsmålet aldri egentlig helt har kommet på spissen ettersom de ulike påståtte formene for usaklig forskjellsbehandling ble vurdert som saklige hensyn av retten. Men ved tiltalen som lå til grunn ved avgjørelsen i Rt. 2004 s. 745, hvor også retten la til grunn at tiltalen var tatt ut i stri med praksis, så kan man ikke med samme tyngde si at spørsmålet ikke er kommet på spissen.

Samtidig har ikke Høyesterett kategorisk avvist en overprøvingsadgang for domstolene, jf. særlig Rt. 1976 s. 652 og uttalelsene her om ”ekstreme tilfellet”. Det er videre en mangel (i

relasjon til oppgavens problemstilling) ved alle de gjennomgatte avgjørelsene at det ikke foretas en nærmere vurdering av de prinsipielle sidene for og mot en slik adgang.

3.3 Juridisk teori

3.3.1 Juridisk teori

Juridisk teori er i grove trekk todelt i spørsmålet om domstolene kan overprøve påtalemyndighetens mangelfulle skjønnsutøvelse. Det er først og fremst Hov og Bratholm²⁹ som har stilt seg kritiske til de standpunkt Høyesterett til nå har tatt og samtidig har argumentert for at domstolene må kunne overprøve påtalevedtak ved brudd på likebehandlingsprinsippet. På motsatt side står særlig Andenæs/Myhrer og Kjelby.³⁰ Disse forfatterne synes generelt å ha lite å innvende på de avgjørelsene som foreligger og argumenterer videre for at domstoloverprøving av ulike årsaker ikke bør finne sted.

Hov ser ut til å stille seg særlig kritisk til den generelle regel som Høyesterett oppstiller i avgjørelsen fra 1976. Om dette uttaler Hov at det:

”... rent prinsipielt må betraktes som utilfredsstillende, og at en ikke burde anse spørsmålet som endelig avgjort før det forelå en dom som i noe større utstrekning tok de prinsipielle sider ved spørsmålet opp til vurdering.” (side 875).

Videre trekker Hov paralleller mellom såkalt ”fritt forvaltningsskjønn” og påtaleskjønn og den ulovfestede ugyldighetslæren i forvaltningsretten. Han tar så til ordet for en tilsvarende løsning innenfor påtalerett. Sammenligningen er så vidt interessant at den vil bli behandlet i et eget kapittel, kapittel 4.

Bratholm tar tak i uttalelsene fra 1976-dommen om ”ekstreme tilfeller” og uttaler at ”... slike unntak bør nok gjøres.” Som et eksempel på et slikt unntak nevner han der tiltale er reist som en hevsnakt der det ellers ikke var praksis for tiltale.

Hovedargumentene til de som synes å stille seg skeptisk til domstoloverprøving, ser ut til å ligge i hensynet til prosessøkonomi og effektivitet hos både påtalemyndigheten og ved domstolene. Til støtte for den generelle regel fremhever Andenæs/Myhrer

²⁹ Hov s. 872-876 og Bratholm s. 413, 421 og 425 – 426.

³⁰ Andenæs/Myhrer s. 343-344 og Kjelby, særlig under fremstillingens kapittel 14.

”den komplikasjon av kanskje ellers enkle og greie saker som kunne bli konsekvensen dersom retten skulle være nødt til å undersøke og ta standpunkt til påstander om saklig forskjellsbehandling.”³¹

Videre fremheves det på samme sted at en:

”... avvisning på grunn av forskjellsbehandling vil kunne føre til en unnlatt håndhevelse fra påtalemyndighetens side i realiteten ble ensbetydende med innskrenkning eller bortfall av straffebestemmelser. Dette ville harmonere dårlig med det som i rettskildelæren er antatt om bortfall av straffebestemmelser på grunn av ikke bruk”.³²

Kjelby er antagelig den forfatteren som foretar en bredes behandling av spørsmål om domstolsoverprøving i relasjon til likebehandlingsprinsippet.³³ I likhet med Andenæs/Myhrer stiller også Kjelby seg bak den ”generelle regel”, og skriver at den er:

”... er pragmatisk begrunnet standpunkt, bygget på prosessøkonomiske og effektivitetshensyn og understreker betydningen av rom for fleksibilitet og dynamikk, for å opprettholde et effektiv og velfungerende håndhevingsapparatets under skiftende forutsetninger.”³⁴ (presiserer at det riktig sitert)

Til støtte for disse hensyn påpeker han videre en rekke konkrete forhold som er karakteristisk for straffeforfølgning og som videre underbygger behovet for et velfungerende håndhevingsapparat. Han skriver:

”Det er flere steder fremhevet behovet for dynamiske håndhevingsnormer, bl.a. for å ivareta behovet for effektiv håndhevelse ved endringer i kriminalitetsbildet, akutte kriminalitetsproblem eller andre ”avvik” fra den forventede ressursituasjon, Påtalemyndighetens utvelgelse og prioritering av etterforskningsinnsats mot visse persongrupper, spesielle geografiske områder eller kriminalitetstyper er ofte basert på aksjonspreget politiinnsats. Regelmessig innebærer dette en bevisst omlegging av påtalepraksis og dermed en ulik behandling av ellers like saker, særlig hva gjelder etterforskningsintensitet og henleggelseshyppighet.” (side 854)

Andre forhold som påpekes er distriktsmessige forskjeller, ulik vektlegging av relevante hensyn, ulike prioritering av etterforskning, varierende oppdagelsesrisiko og varierende nivå med forelegg med mer.

Et annet sentralt moment fra Kjelby mot et generelt formulert likhetsprinsipp er formulert på følgende måte:

³¹ Andenæs/Myhrer, Norsk straffeprosess, s. 343 (avsnitt i petit).

³² Med videre henvisninger til Eckhoff, Rettskildelære, 5. Utg. Ved Jan Helgesen, s. 241 og 243.

³³ Særlig i kapittel 14 i vedkommende sin doktorgradsavhandling med tittel: ”Mellom rett og plikt til straffeforfølgning”.

³⁴ Kjelby s. 599

”Skal alle (eller de fleste) ha en lik rett til å kunne begå straffbare handlinger uten inngrep fra politi og påtalemyndighet? Svaret gir seg selv.” (s. 585)

3.3.2 Sammenfatning

Etter en gjennomgang av de sentrale rettskildene på området står man igjen med et verken avkreftende eller bekreftende svar på fremstillingens problemstilling. I fremstillingens kapittel 6 vil det bli foretatt en vurdering av reelle hensyn i relasjon til problemstillingen. Forut for denne vurderingen vil jeg i kapittel 6 og 7 se nærmere på hhv. paralleller til forvaltningsrettens ugyldighetslære og utsyn til dansk rett.

4 Paralleller til ugyldighetslæren

4.1 Paralleller til ”ugyldighetslæren” i forvaltningsretten

Som nevnt ovenfor legger Hov til grunn at påtalemyndigheten utøver en særlig art av forvaltningsmyndighet og tar til ordet for at en vesentlig del av påtalemyndighetens skjønnsutøvelse består i å utøve såkalt ”fritt forvaltningsskjønn”.³⁵ Videre trekker han paralleller til ugyldighetslæren i forvaltningsretten og uttaler:

”Når det nå er slik at forvaltningen ellers skal følge et likhetsprinsipp, og når det er slik at domstolene har kompetanse til å prøve om dette likhetsprinsippet blir overholdt, kan jeg ikke se én eneste fornuftig grunn til at ikke domstolene skulle kunne sette til side et påtalevedtak i strid med likhetsprinsippet eller et vedtak bygget på grovt urimelig skjønnsutøvelse. La gå at det ofte kan være vanskelig å avgjøre om det foreligger f.eks. forskjellsbehandling. Men dette er en vanskelighet som ikke har vært ansett som en hindring ellers i forvaltningene.” (side 873)

Sammenligningen er interessant særlig med tanke på at det finnes flere likhetstrekk mellom saksbehandlingsreglene i de to prosessformene. Videre har forvaltningsretten i flere henseender blitt brukt som bakgrunnsrett både ved utformingen av konkrete lovbestemmelser i straffeprosessloven samt ved tolkningen av disse.³⁶ Samtidig vil ikke forvaltningslovens løsning alltid kunne fungere som bakgrunnsrett ved tolkning og utfylling av straffeprosessen. Et illustrerende eksempel på dette finner vi i Rt. 2007 s. 169. Spørsmålet i saken var om det eksisterte formkrav til klage over henleggelse. Straffeprosessloven var taus om dette spørsmålet og forvaltningsrettens krav til skriftlighet ble påberopt. Forvaltningslovens hovedregel om skriftlighet ble likevel ikke lagt til grunn av hensyn til klageren. En slik løsning ville kunne medføre rettstap for klageren dersom kravet ikke ble oppfylt. Man kunne ikke pålegge spesifikke krav til klagen som ikke kunne utledes av loven.

For å kunne ta nærmere stilling til Hov sitt standpunkt må man se nærmere på hva ugyldighetslæren går ut på samt sammenligne grunnleggende særtrekk ved påtalemyndigheten på den ene siden og forvaltningen for øvrig på den andre siden. Hvilke

³⁵ Hov s. 872 og 873

³⁶ Som bakgrunnsrett eksempelvis ved lovfesting av klagerett i straffeprosessloven § 59a. Som tolkningsmoment i Rt. 2004 s. 1997 hvor Høyesterett argumenterer for og legger til grunn at straffeprosesslovens regler om klage over påtalevedtak kan utfylles med forvaltningslovens regler.

hensyn begrunner disse to formene for skjønnsmessig kompetanse og hvilke hensyn taler for og mot en form for ”påtalerettslig ugyldighetslære”?

4.2 Kort om forvaltningsrettens ugyldighetslære

Innenfor forvaltningsretten finner man en lang og ulovfestet tradisjon for domstolskontroll med forvaltningsskjønn – også betegnet som ugyldighetslære eller den noe mer misvisende betegnelsen myndighetsmisbrukslæren.³⁷ Før det redegjøres nærmere for hva denne læren konkret går ut på skal det kort gjøres rede for skille mellom forvaltningsskjønn og rettsanvendelsesskjønn.

For forvaltningsrettens kompetansebestemmelser skilles det mellom såkalt ”fritt forvaltningsskjønn” og rettsanvendelsesskjønn. Forvaltningsskjønnet er i utgangspunktet ikke rettslig normert og således heller ikke gjenstand for domstoloverprøving. Forvaltningen vil være nærmere bundet av de rammene det aktuelle kompetansegrunnlaget setter, samt øvrige lovfestede og ulovfestede regler om offentlig myndighetsutøvelse. Kompetansebestemmelser som bygger på slikt forvaltningsskjønn blir også omtalt som fullmaktslovgivning ettersom Stortinget ved disse lovene gir forvaltning ”fullmakt” til å utforme politikk på det konkrete område.³⁸ Begrunnelsen for forvaltningsskjønnet ligger nemlig i selve ansvarsfordelingen mellom utøvende og dømmende makt. Konstitusjonen hviler på denne arbeidsfordelingen og det er verken et mål i seg selv eller ønskelig at domstolene skal kontrollere alle sider av forvaltningsvedtak i alle typer saker, og i praksis er det av effektivitetshensyn heller ikke mulig.³⁹

Spørsmålet om man står overfor et forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn beror på en konkret tolkning av det aktuelle kompetansegrunnlag, noe som alltid vil være en domstolsoppgave.⁴⁰ Typiske vurderingstemaer her er de samme som ligger til grunn for maktfordelingen: spørsmål som har juridisk eller moralsk preg eller som dreier som om

³⁷ Begrepsbruken på denne læren har vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori. Se eksempelvis Eckhoff/Smith s. 427 med videre henvisninger til Graver. Denne begrepsdiskusjonen er imidlertid ikke av rettslig betydning.

³⁸ Eckhoff/Smith s. 392.

³⁹ Eckhoff/Smith s. 544 og 545.

⁴⁰ Eckhoff/Smith s. 393

grunnleggende rettssikkerhetsgarantier tilsier at det er tale om rettsanvendelsesskjønn, mens spørsmål mer av teknisk, økonomisk eller politisk art tilsier at det er forvaltningsskjønn.⁴¹

Selv om man står overfor en kompetansebestemmelse som helt eller delvis bygger på forvaltningsskjønn så finnes det ulovfestede grenser for forvaltningens utøvelse av skjønn, og det er disse reglene det siktes til med ugyldighetslæren. I Rt. 1995 s. 72 taler Høyesterett på side 77 om ”den vanlige kontroll med forvaltningens utøvelse av en skjønnspreget myndighet” og påpeker videre at dette innebærer at domstolene kan prøve om ”det er tatt utenforliggende hensyn, om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets ugyldighet”. Vi ser altså at på tross av at loven tillegger forvaltningen en skjønnsmessig kompetanse så anser domstolene seg berettiget til å føre en viss overordnet kontroll begrunnet i grunnleggende rettssikkerhetsgarantier.

Den klare parallellen til påtaleskjønn er som nevnt at det også her er tale om vurderinger som etter lov er lagt til utøvende myndighet. Spørsmålet videre blir om ikke det er rimelig at domstolene også innenfor påtalerett kan overprøve påtaleskjønnet dersom det strider mot likhetsprinsippet.

4.3 Grunnleggende likhetstrekk og forskjeller

4.3.1 Offentlig myndighetsutøvelse

Både forvaltningen som sådan og påtalemyndigheten har det til felles at de utøver offentlig myndighet overfor borgerne. Innenfor begge formene for myndighetsutøvelse fattes det avgjørelser med virkninger for borgernes rettssfære, herunder også inngrep. Hensynet til rettssikkerhet gjør seg særlig gjeldende på område for offentlig myndighetsutøvelse og særlig sterkt står hensynet likebehandling, saklighet. Det er hensynet til rettssikkerhet som ligger til grunn for ugyldighetslæren innenfor forvaltningsretten og de samme hensyn gjør seg langt på vei gjeldende for påtalemyndighetens myndighetsutøvelse. Rettssikkerhetshensynet må videre veie tungt ved offentlig myndighetsutøvelse.

4.3.2 Funksjonsforskjeller

⁴¹ Eckhoff/Smith s. 403

Særegent for påtalemyndigheten er imidlertid dens funksjon som straffeforfølger.

Påtalemyndighetens oppgave er i all hovedsak å lede etterforskningen av mulig straffbare forhold samt å avgjøre påtalespørsmålet. Forvaltningen for øvrig har et langt bredere spekter av oppgaver som vanskelig lar seg angi kort og konkret. Dette er grunnleggende forskjeller mellom de to prosessformene som Hov ikke nevner.

Denne prinsipielle forskjellen gjør at en ugyldighetslære vil slå noe forskjellig ut innenfor påtalerett enn hva som er tilfellet ellers i forvaltningen. For om man oppstiller en tilsvarende adgang for domstolene til å overprøve påtalevedtak så er dette en regel som faktisk vil tjene til vern mot lovbrøyer (forutsatt at vedkommende ellers har utvist nødvendig straffeskyld). De rettssikkerhetshensyn som først og fremst begrunner en adgang for domstolene til å overprøve positive påtalevedtak gjør seg ikke like sterkt gjeldende overfor den som allerede har gjort seg skyldig i et straffbart forhold. Kjelby er som nevnt under punkt 3.3.1 kort inne på det samme momentet. Han understreker funksjonsforskjellen ved å fastslå at det er:

”en vesentlig forskjell mellom forvaltningen av offentlig tillatelse til å forta seg noe som eller ville være forbudt, men som alle kan søke om, og håndheving av straffeloven. Strafferettshåndheving dreier seg om å gripe inn mot en allerede begått handling eller virksomhet, og kan ikke likestilles med begunstigende forvaltningsvedtak.”⁴²

Denne forskjellen trekker i retning av at ugyldighetslæren ikke uten videre kan overføres til området for påtalerett.

4.3.3 Grad av åpenhet og gjennomsiktighet

Et annet forhold som skiller er forvaltningens relativt åpne og gjennomsiktige virksomhet på den ene siden og påtalemyndighetens lukkethet på den andre siden. Forvaltningen for øvrig er i hovedsak omfattet av offentleglova som i § 3 slår fast den klare hovedregel om at ”saksdokument, journaler og liknande register for organet er opne for innsyn dersom ikke anna følger av lov eller forskrift ... Alle kan krevje innsyn”. Formålet med en slik innsynsrett følger av samme lov § 1, ”å leggje til rette for at offentleg verksemd er open og gjennomsiktig, for slik å styrkje ...rettstryggleiken for den enkelte, tilliten til det offentlege og

⁴² Kjelby s. 597 og 598 i petit.

kontrollen frå ålmenta” (uthevet her). Det finnes riktignok flere unntak fra innsynsretten, eksempelvis taushetsbelagt informasjon etter forvaltningsloven §§ 13-13f.

Videre gjelder det for forvaltningsretten en hovedregel om begrunnelsesplikt for enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 24 første ledd. En slik begrunnelsesplikt har både betydning for partene og forvaltningen selv. Partene gis mulighet for å forstå hva som ligger bak vedtaket og videre en bedre mulighet for å angripe det med relevante argumenter. For forvaltningens del så medfører denne plikten en skjerpelse av oppmerksomhet, grundighet og kvalitet på en slik måte at det treffes færre uriktige, urimelige og uhensiktsmessige vedtak.⁴³ Disse forholdene har igjen betydning for partenes rettssikkerhet.

Politi og påtalemyndigheten er imidlertid unntatt fra offentleglova, jf. § 2, fjerde ledd tredje setning og taushetsplikten i straffesaker etter straffeprosessloven §§ 61a-61e setter en stopper for at store deler av saksopplysningene når offentligheten, særlig for de sakene som aldri når domstolene – noe flertallet av de sakene påtalemyndigheten behandler ikke gjør. Det eksisterer heller ingen alminnelig begrunnelsesplikt for påtalemyndigheten.⁴⁴ Den lukketheten som påtalemyndighetens virksomhet preges av medfører at det antagelig vil være relativt vanskelig i praksis å oppdage og konstatere usaklig forskjellsbehandling, men som påpekt av Hov, ”la gå”⁴⁵. Påtalemyndighetens lukkede virksomhet tilsier at behovet for rettssikkerhet, ved en form for overordnet og uavhengig kontroll, gjør seg med dette desto sterkere gjeldende.

4.4 Virkninger av ugyldighetslæren

Innenfor forvaltningsretten har det vært reist spørsmål om domstolene må nøye seg med å statuere ugyldighet, eller om de også kan ta standpunkt til realiteten – ved bindende å fastslå hvilke rettigheter eller plikter partene har eller ved å pålegge forvaltningen å treffe nytt vedtak med et bestemt innhold.⁴⁶ Er det tale om rettsanvendelsesskjønn er det klart nok at domstolene kan avsi en ny realitetsavgjørelse. Beror vurderingen derimot på forvaltningsskjønn må domstolene som hovedregel nøye seg med opphevelse og overlate til

⁴³ Bernt/Rasmussen s. 280-281.

⁴⁴ Straffelovkomisjonene påpeker imidlertid i NOU 2002:4 Ny straffelov, pkt. 7.8 (Påtalereglene), at det antagelig bør åpnes for en diskusjon om påtalemyndigheten bør pålegges en plikt til å begrunne sine vedtak generelt sett, i hvert fall de vedtak som ikke senere skal gjøres til gjenstand for domstolsprøvelse.

⁴⁵ Hov s. 873.

⁴⁶ Eckhoff/Smith s. 547.

forvaltningen selv å fatte nytt vedtak på bakgrunn av forvaltningsskjønn.⁴⁷ Overført på påtalerett taler gode grunner for at en eventuell domstolskontroll med påtalevedtak må ha de samme virkningene – ugyldighet og avvising av saken.

En slik avvising behøver ikke i seg selv å sette en stopper for at det aktuelle forholdet kan straffeforfølges på annen måte, fortrinnsvis da på den måten som tilsvarende saker straffeforfølges på. Om den konkrete forskjellsbehandlingen lå i en sammenligning med en konkret sak som resulterte i henleggelse så kan det tenkes at også den avviste saken henlegges, alternativt at det innledes tilsvarende straffeforfølgning for begge sakene. Her må man imidlertid være oppmerksom på at man raskt kan støte på problemer med eksempelvis straffeprosessloven § 74 som stiller krav til nye ”bevis av vekt” for at en innstilt sak mot en tidligere siktet kan tas opp på ny.

4.5 Overføringsverdi til påtalerett

Vi har sett at enkelte grunner kan tale for at det også oppstilles grenser for utøvelse av påtaleskjønn på en slik måte at domstolene kan overprøve vedtak truffet i strid med disse. Det er særlig likhetstrekkene som ligger i offentlig myndighetsutøvelse og hensynet til rettssikkerhet på de to områdene som kan begrunne en slik løsning også innenfor påtalerett.

Den sentrale funksjonsforskjellen som er påpekt under 4.3.2 gjør imidlertid at de to prosessformene skiller seg så vidt fra hverandre at man i hvert fall ikke uten videre kan overføre ugyldighetslæren til påtalerett på bakgrunn av analogi.

⁴⁷ Eckhoff/Smith s. 547, se tilsvarende også i Bernt/Rasmussen s. 353.

5 Dansk rett

5.1 Anklagesystemet

Det danske straffeprosessuelle rettssystem bygger i hovedsak på de samme utgangspunktene som det norske, slik disse er skissert under kapittel 2 ovenfor. Anklageprinsippet er nedfelt i rettsplejeloven⁴⁸ § 718, som lyder ”Retterne træder ... kun i virksomhed efter begjæring af anklagemyndigheden ...” og videre i § 883 stk. 3 som slår fast at ”Retten kan ikke domfælde for noget forhold, der ikke omfattes af tiltalen”. Retsplejeloven inneholder ingen regler om etterforsknings- og påtaleplikt. Videre bygger de ulike påtalevedtakene i stor grad på skjønn, slik som eksempelvis rettsplejeloven § 722 om ”tiltalefrafald” (påtaleunnlatelse).

Disse to prosesslovene skiller seg imidlertid fra hverandre ved at prosessøkonomiske hensyn som ”omkostninger og behandlingstider” er nedfelt i loven som momenter i vurderingen av om påtale i en sak helt eller delvis kan frafalles. I norsk rett er prosessøkonomiske hensyn ikke eksplisitt lovfestet, men det er klart at de inngår som moment i flere av de skjønsmessige vurderingene, eksempelvis vurderingen av om det er ”rimelig grunn” til å iverksette etterforskning etter straffeprosessloven § 224. Hensynet til prosessøkonomi er som nevnt et sentralt mothensyn til de rettssikkerhetshensyn som ligger i kravet til likebehandling. At dette hensyn er lovfestet kan tilsi at likebehandlingshensyn etter dansk rett veier noe mindre enn hva som er tilfellet etter norsk rett.

5.2 Virkninger av brudd på likebehandling

Spørsmål om hvilke rettslige konsekvenser påtalemyndighetens fravikelse av sedvanlig tiltalepraksis skal ha har også vært diskutert i dansk juridisk teori. Diskusjonen skiller seg fra den norske ved at i det dansk teori diskuteres *hvilke* virkninger en slik fravikelse skal ha og ikke *om* slik fravikelse skal gi virkning. Etter noen teoretikers oppfatning skal den rettslige konsekvensen av praksisbrudd være at tiltalte straffes mildere eller eventuelt straffebortfall. Andre igjen har tatt til orde for at tiltale i strid med påtalepraksis etter en

⁴⁸ Lov om rettens pleje, nr. 910 af 27. september 2005.

rettferdighetsvurdering skal kunne medføre frifinnelse, riktignok hvis det er tale om en enkeltstående fravikelse av en ellers fast praksis.⁴⁹

Krav om frifinnelse ble påberopt i saken inntatt i Rt. 1976 s. 652, uten at Høyesterett gikk nærmere inn på denne vurderingen. Bratholm legger til grunn at det neppe vil være hjemmel for et slikt resultat og uttaler: ”Hvis retten først finner at vilkårene for straff er oppfylt, må dommen gå ut på fellelse, med mindre det foreligger en spesiell hjemmel for å frifinne, se f. eks. strl. § 228 3. ledd.”⁵⁰

Det synes imidlertid å være bredest enighet om at tiltale reist i strid med vanlig praksis kun får virkninger for fastsettelsen av straff. Som begrunnelse for en slik løsning har Baumbach antatt ”at retten i overensstemmelse med de alminnelige regler om straffens fastsettelse i straffelovens kapittel 10 også i øvrigt vil kunne tillægges det atypiske rettsforfølgingsforløp betydning i formildende retning”. Det nevnes her at den danske straffelovens § 83 slår fast at straff kan nedsettes under den foreskrevne strafferammen når ”... andre forhold afgørende taler herfor”. Uten at det er vist til denne bestemmelsen har dansk rettspraksis vist en viss vilje til å la likhetshensyn under straffeforfølgningen få betydning ved straffutmålingen.

Et eksempel på at påtalepraksis fikk betydning for straffespørsmålet er avgjørelsen inntatt i TfS 1996.330V (Vestre Landsret). Tiltalte ble av landsretten funnet skyldig i å ha begått en grovt uaktsom skatteunndragelse. Et sakkyndig vitne fra skattemyndighetene hadde under rettssaken opplyst at tilsvarende overtredelser sedvanlig ble avgjort med bøter på kr. 3000, men at det ikke var praksis for å ilegge bøter på under kr. 4000. For tilsvarende saker ville altså skattemyndighetene ha avgjort saken med en advarsel. Landsretten kom som nevnt frem til at tiltalte hadde gjort seg skyldig i grov uaktsom overtredelse og tildelte tiltalte på bakgrunn av hva praksis ellers ville vært, en advarsel. Her var det altså reist tiltale i strid med hva som var administrativ praksis og retten tilla dette forholdet vekt ved straffutmålingen.

Avgjørelsen i U 2004.881V (Vestre Landsret) gjaldt også fravikelse av fast praksis hos fiskeridirektoratet. Saken omhandlet 12 fiskere som hadde fått inndratt sin tillatelse til å drive industrifiske på grunn av brudd på vilkår for tillatelsen. I tillegg var det tatt ut tiltale for konfiskering av verdier tilsvarende den ulovlige fangst. Slik konfiskering i tillegg til inndragning hadde det hittil ikke vært praksis for. Fiskeridirektoratet fremhevet at fravikelsen

⁴⁹ Baumbach, Tiltalepraksis og lighed, s. 39 med videre henvisninger til annen dansk teori.

⁵⁰ Bratholm, Strafferett og samfunn, s. 426.

av tidligere praksis skyldtes overtredelsens grovhet samt at det i store deler av inndragningsperioden uansett var innført et generelt fiskeriforbud slik at den preventive effekten av inndragningen alene ikke var stor. Landsretten kom frem til at hjemmelen om konfiskasjon kunne anvendes på forholdet, men at konfiskasjonen ble nedsatt til det halve blant annet begrunnet med likhetsbetraktninger.

Om de forhold som er her nevnt er det av Baumbach uttalt:

”... man kan ikke – på baggrund af de få spredte trykte domme, hvor problemsstillingen har foreligget – udtale, at der direkte er pligt til at tillægge praksisbruddet betydning. Under hensyn til ”ensartetheden i retsanvendelsen” må det dog antages, at det er bedst stemmende med lighetsforestillingerne, om domstolene – i hvertfald i det omfang det er tale om enkeltstående fravigelser af en fast tiltalepraksis – ikke idømmer en straf, der retslig set er strengere end den tiltalepraksis, som sagen er brud med.”

6 Reelle hensyn

6.1 Uavklart rettsituasjon gir rom for reelle hensyn

På bakgrunn av det som kan utledes av rettskildene så langt må det kunne sies at det er uavklart om domstolene kan overprøve påtalevedtak ved brudd på likebehandlingsprinsippet. Selv om rettspraksis og deler av den juridiske teorien ser ut til å stille seg avvisende til en slik overprøvelsesadgang så er en slik adgang heller ikke kategorisk avvist. Når det videre er slik at det i de rettsavgjørelser som foreligger relativt raskt er avvist påstander om usaklig forskjellsbehandling, så kan man si at domstolene heller ikke har hatt de nødvendige påskudd for å diskutere de mer prinsipielle sidene ved spørsmålet. I det følgende skal det forsøkes å kaste lys over de to overordnede hensyn som ved denne vurderingen står mot hverandre,

6.2 Hensynet til rettssikkerhet

Det overordnede hensyn til rettssikkerhet står særlig sentralt ved all form for offentlig myndighetsutøvelse. Inn under dette overordnede hensyn står blant annet hensynet til likebehandling og forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Det anses ikke tvilsomt at påtalemyndigheten er nærmere bundet av likebehandlingshensyn, og skal dette hensynet sikres etterlevd så bør påtalevedtak kunne overprøves av en uavhengig domstol.

Overprøvelsesbehovet understrekes ved at straffeprosessloven § 59a andre ledd, jf. første ledd heller ikke gir siktede klagerett på vedtak om forelegg, tiltale eller påtaleunntatelse (etter straffeprosessloven § 69). Selv om et forelegg og en tiltale rask kan bli gjenstand for en realitetsoverprøving i domstolene, så har siktede i disse sakene ingen rett til å få selve påtalevedtaket overprøvd med hensyn til likebehandlingsprinsippet. Adgangen til å få en avgjørelse overprøvd er tradisjonelt ansett som en viktig rettssikkerhetsgaranti.⁵¹ Dette tilsier at påtalevedtak bør kunne overprøves av domstolene.

Et annet moment som understreker behovet for en overprøvingsadgang er den stadige delegasjon av arbeidsoppgaver nedover i påtalehierarkiet, herunder særlig den vidtrekkende skjønnsmessige henleggelseskompetanse som vil bli innført ved ny § 62a i straffeprosessloven. Kjelby belyser som tidligere nevnt dette momentet ved å sammenstille

⁵¹ Strandbakken s. 133.

kriminalstatistikken med straffelovens strafferammer. Han peker på at denne henleggelseskompetansen ”i utgangspunktet vil omfatte noe nær 80 % av *de anmeldte og etterforskede forbrytelser*. I tillegg kommer alle straffebud i spesiallovgivningen. ... Denne kompetanse vil hovedsakelig bli utøvet av påtalemyndigheten i politiet.”⁵² At hoveddelen av anmeldte og etterforskede saker behandles av de mange påtalejuristene i politiet er ikke et problem i seg selv, men at kompetansen er spredt mellom et relativt høyt antall av påtalejurister som igjen er fordelt over 27 politidistrikt utover det langstrakte land tilsier at likebehandlingsprinsippet praktisk sett blir vanskelig å etterleve. Endringene kan på denne måten tenkes å medføre en svekket rettssikkerhet. Dette understreker igjen behovet for at påtalevedtak bør kunne overprøves.

Videre kan det tenkes at en adgang til domstoloverprøving vil ha en forebyggende og skjerpende effekt på påtalemyndigheten til å etterstrebe likebehandling. På samme måte som begrunnelsesplikten for forvaltningene ”kan skjerpe oppmerksomheten, grundigheten og kvaliteten på saksbehandlingen, og derved medvirke til at det treffes færre uriktige, urimelige eller uhensiktsmessige vedtak”⁵³, så kan det tenkes at en adgang for domstoloverprøving skjerper påtalemyndigheten ved avgjørelser av vedtak.

At det først og fremst er det overordnede hensynet til rettssikkerhet som kan begrunne en overprøvelsesadgang gjør at det er nødvendig å påpeke et særegent poeng ved påtalevedtak. Oppstilles det en regel om adgang til overprøving av påtalevedtak vil dette være en regel som verner den som allerede har gjort seg skyldig i et straffbart forhold. Jeg finner grunn til å gjenta det som Kjelby har påpekt og som også er nevnt under punkt 3.4 ovenfor:

*”Skal alle (eller de fleste) ha en lik rett til å kunne begå straffbare handlinger uten inngrep fra politi- og påtalemyndighet?”*⁵⁴

Dette illustrerer at hensynet til rettssikkerhet ikke er like tungtveiende ved vurderingen av om domstolene skal gis adgang til å overprøve påtalevedtak ved brudd på likebehandlingsprinsippet.

⁵² Kjelby, s. 151. Kjelby ser ut til å etterlyser en større generell regulering av den relative etterforsknings og påtaleplikt som motvekt til den vidtrekkende skjønnsmessige kompetanse (side 605).

⁵³ Bernt/Rasmussen s. 281.

⁵⁴ Kjelby s. 585.

6.3 Hensynet til effektivitet

Hensynet til effektivitet må også anses som overordnet ved at det på flere måter gjør seg gjeldende. Effektivitet står eksempelvis sentralt ved påtalemyndighetens strafferettshåndheving generelt og videre i relasjon til prosessøkonomi ved domstolsbehandling.

Hensynet til et effektivt og velfungerende håndhevingsapparat er som nevnt fremført av Kjelby.⁵⁵ Herunder fremhever han betydninger av rom for fleksibilitet og dynamikk. Dette er hensyn som gjør seg særlig sterkt gjeldende på det særegne område som straffeforfølgning er. Momentet om faren for uthuling⁵⁶ av straffebestemmelser hører også inn under disse hensyn. Videre understreker det forhold at lovgivningen har gitt påtalemyndigheten relativt vide fullmakter når det kommer til påtalespørsmålet viktigheten av disse hensyn. Disse hensyn taler imidlertid i seg selv ikke nødvendigvis mot en overprøvingsadgang, men derimot for at en eventuell terskel for en slik adgang legges høyt. En fleksibel og dynamisk håndheving av straffebestemmelsene tilsier altså at vi i relativt stor grad må akseptere forskjeller og ulikheter i håndhevingen, men utelukker ikke en overprøvingsadgang.

Hensyn til prosessøkonomi hos domstolene gjør seg særlig gjeldende i relasjon til den ekstrabelastningen det vil bli om domstolene skal måtte undersøke og behandle påstander om usaklig forskjellsbehandling i ellers enkle og greie saker.⁵⁷

⁵⁵ Kjelby på s. 599.

⁵⁶ Påpekt av Andenæs/Myhrer, s. 344 i petit.

⁵⁷ Påpekt av Andenæs/Myhrer s. 344 i petit.

7 De lege lata betraktninger

Hvilke krav som stilles til likebehandling og om en grense kan trekkes i relasjon til domstoloverprøving og i tilfellet hvor er så vidt lite klarlagt.

Jeg mener at gode grunner taler for at det må finnes en grense for hvilken vilkårlighet som kan aksepteres fra påtalemyndigheten ved vurdering av påtalespørsmålet. Dette på tross av at en slik regel vil verne den som allerede har gjort seg skyldig i et straffbart forhold. Så lenge klart sammenlignbare tilfeller har resultert i unnlatt straffeforfølgning eller en mildere form for straffeforfølgning så er det vanskelig å se at det er særlig problematisk om dette også blir resultatet for sistemann. For å bøte på den urett som er gjort ved forskjellsbehandlingen er det ikke opplagt hvilke virkninger som har de beste grunner for seg.

På bakgrunn av dette må det anses som en klar fordel om lovgiver tar nærmere stilling til problemstillingen. Svaret er slik jeg ser det ikke gitt. Det bør være opp til lovgiver å ta stilling til både om og når domstolene skal ha slik overprøvingsadgang. Det er lovgivers oppgave å avveie hensynet til rettssikkerhet mot hensynet til effektivitet og prosessøkonomi og på bakgrunn av fremstillingen her er det ikke gitt hvor dette skjæringspunktet skal gå. Særlig argumentet om at en regel om domstoloverprøving vil verne en lovbrøyer tilsier at skjæringspunktet kan trekkes ulike steder.

Den viktigste argumentet for at det bør oppstilles en regel om domstoloverprøving ligger i kravet til likebehandling. Skal likebehandlingsprinsippet ha et reelt innhold så må påtalevedtaket kunne overprøves på en slik måte at forskjellsbehandlingen kan avhjelpes.

Jeg mener at det må være rom for en regel som både tar hensyn til håndhevingsapparatets funksjonalitet og behovet for en dynamisk strafferettshåndhevelse, men som samtidig setter reelle grenser for utøvelse av det påtalerettslige håndhevingskjønn.

Litteraturliste

- Andenæs/Myhrer Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess, 4. utgave, samlet utgave v/Tor-Geir Myhrer, Oslo 2010.
- Auglend m. fl. Ragnar L. Auglend, Henry Johan Meland og Knut Røsandhaug, Politirett, 2. utgave, Bergen/Sarpsborg 2004
- Baumbach Trine Baumbach, Tiltalepraksis og lighet. Har anklagemyndighedens tiltalepraksis betydning for domstolenes fortolkning af straffebud under synsvinklen lighedsbetraktninger? Jurist uden omsvøb. Festskrift til Gorm Toftegaard Nielsen s. 39-53. København 2007.
- Bernt/Rasmussen Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, Frihagens forvaltningsrett, Bind 1, 2. utgave, Bergen 2009.
- Bjerke m.fl. Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, Straffeprosessloven Kommentartutgave, 4. Utgave Bind I. Oslo 2011
- Bratholm Anders Bratholm, Strafferett og samfunn, Alminnelig del, Oslo 1980
- Eckhoff/Smith Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. Utgave, Oslo 2009.
- Hov Jo Hov, Rettergang II, Oslo 2010.
- Kjelby Gert Johan Kjelby, Mellom rett og plikt til straffeforfølgning, Bergen 2012 (må det fremgå noe sted at det er en ph.d.)
- Strandbakken Asbjørn Strandbakken, Klage over påtalevedtak, Jussens Venner 1997, s. 127-167

Lover og forarbeider

Norske lover

Straffeprosessloven Lov om rettergangsmåten i straffesaker, av 22. mai 1981.

Straffeloven Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

Politolven Lov om politiet, av 4. August 1995 nr. 53.

Danske lover

Rettsplejeloven Lov om rettens pleje, nr. 910 af 27 september 2005.

Forarbeider

SKM I 1986, Udkast til almindeligborgerlig Straffelov med Motiver

NOU 2002:4 Ny straffelov

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) – Om lov om straff

Lister over tabeller, figurer o.l.