

Rettenns forhold til tiltalebeslutningen

*I hvilken utstrekning begrenser tiltalen
rettenns subsumsjonsfrihet?*

Kandidatnummer: 117

Antall ord: 13 106



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

<u>1 INNLEDNING</u>	3
1.1 TEMA FOR OPPGAVEN	3
1.2 DEN RETTSLIGE REGULERING	4
1.3 AVGRENSNINGER	6
<u>2 METODESPØRSMÅL</u>	7
2.1 ALLMENT	7
2.2 PÅVIRKER EMK OG EMDs PRAKSIS TOLKNINGEN AV STRAFFEPROSSESLOVEN § 38?	8
2.2.1 HAR EMK DIREKTE BETYDNING FOR TOLKNINGEN AV § 38?	8
2.2.2 HAR EMDs PRAKSIS KNYTTET TIL TP 7 ARTIKKEL 4 NR. 1 DIREKTE BETYDNING FOR TOLKNINGEN AV § 38?...9	
2.3 HVILKEN RELEVANS OG VEKT HAR RETTSKILDER KNYTTET TIL ANDRE BESTEMMELSER I STRAFFEPROSSESLOVEN VED TOLKNINGEN AV § 38?	10
2.3.1 GENERELT	10
2.3.2 NÆRMERE OM RETTSKILDER KNYTTET TIL § 51 OG RELEVANSEN FOR TOLKNINGEN AV § 38	10
2.3.3 NÆRMERE OM RETTSKILDER KNYTTET TIL § 323 FØRSTE LEDD TREDJE PUNKTUM	12
<u>3 RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER</u>	16
3.1 INNLEDENDE OM RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER	16
3.2 NÆRMERE OM ANKLAGEPRINSIPPET	16
3.3 DEN MATERIELLE SANNHETS PRINSIPP	19
3.4 RETTSKRAFT	21
<u>4 NÆRMERE OM RETTSTILSTANDEN</u>	24
4.1 INNLEDENDE OM HELHETSVURDERINGEN	24
4.2 INTERESSESKRANKEN.....	26
4.2.1 PRESENTASJON AV INTERESSESKRANKEN	26
4.2.2 HVORDAN KLARLEGGER RETTEN HVILKE INTERESSER ET STRAFFEBUD VERNER?	27
4.2.3 HVILKEN VEKT HAR INTERESSELÆREN I HELHETSVURDERINGEN?	28
4.3 FORSKJELL I GJERNINGSBESKRIVELSENE	30
4.3.1 PRESENTASJON AV MOMENTET	30
4.3.2 HVILKEN VEKT HAR FORSKJELLER I GJERNINGSBESKRIVELSENE I HELHETSVURDERINGEN?	30
4.4 FORSKJELL I STRAFFERAMMENE.....	32
4.5 RETTENS PLIKT TIL Å GJØRE ENDRINGER I LOVANVENDELSEN	33
4.5.1 RETTENS PLIKT TIL Å OMSUBSUMMERE	33
4.5.2 RETTENS PLIKT TIL Å BENYTTET ET NYTT STRAFFEBUD I TILLEGG TIL DET SOM ER ANGITT I TILTALEN (ULIKEARTET IDEALKONKURRENS).....	36
<u>KILDEREGISTER:</u>	36
LOVER:	36
FORARBEIDER:	37

INTERNASJONALE KONVENSJONER:	37
RETTSPRAKSIS:	37
HØYESTERETT:	37
LAGMANNRETT:	38
PRAKSIS FRA EMD:	38
LITTERATUR:	38
NETTUTGIVELSER:	39

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Etter at påtalemyndigheten har gjennomført etterforskning av et kriminelt forhold, må det avgjøres om tiltale skal tas ut. En tiltalebeslutning skal bl.a. inneholde tiltaltes navn, det eller de straffebud som påstås anvendt, og «en kort men så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av det forhold tiltalen gjelder, med opplysning om tid og sted», jf. strpl. § 252 første ledd 2), 3) og 4)¹. Tiltalen skal dermed inneholde en beskrivelse av hvilket faktum som underbygger at et eller flere bestemte straffebud anses overtrådt, og hvilke straffebud overtredelsen gjelder. Dette er et uttrykk for kravet til individualisering av det straffbare forhold i tiltalen, og skal blant annet ivareta hensynet til tiltales forsvar². For å kunne forberede sitt forsvar, må tiltalte kunne sette seg inn i hvilket forhold tiltalen gjelder. Strpl. § 252 første ledd 4) må ses i lys av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav a. Artikkel 6 handler om «fair trial», og nr. 3 bokstav a klargjør at den siktede skal bli underrettet «in detail, of the nature and cause of the accusation against him». Siktetes rett til å forberede sitt forsvar, er en rettsikkerhetsgaranti etter artikkel 6.

Under hovedforhandlingen kan det komme frem at det straffbare forhold ble utført på en annen måte enn det som beskrives i tiltalen. Kanskje ble fornærmede felt bein på, og ikke dyttet slik det står i tiltalen. Tiltalte handlet uaktsomt, og manglet forsett. Fornærmede ble hardere rammet av hendelsen enn først antatt. Hendelsesforløpet kan være usikkert, følgene av hendelsen kan være uavklart, i tillegg til andre usikkerhetsmomenter. I løpet av etterforskningen dokumenterer påtalemyndigheten hvilke informasjon og bevis som innhentes. Dette utgjør sakens dokumenter, og det er dette som danner vurderingsgrunnlaget og bevisgrunnlaget for den som skal ta ut tiltalen. Retten skal på den annen side bedømme forholdet ut ifra det som kommer frem i bevisføringen under hovedforhandlingen, jf. strpl. § 305. Rettens vurdering av hva som anses bevist kan derfor stille seg annerledes i forhold til vurderingen til den som har hatt ansvaret for å ta ut tiltalen. Dette reiser problemstillingen som står i kjernen av denne masteroppgaven: *I hvilken utstrekning begrenser tiltalebeslutningen rettens subsumsjonsfrihet?*

Problemstillingen kan aktualiseres på to måter. Retten kan ønske å benytte et annet straffebud istedenfor det som følger av tiltalen, eller i tillegg til det som følger av tiltalen. Dersom retten

¹ Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25

² Se Rt. 2001 s. 38 på s. 40 - 41

ønsker å benytte et nytt straffebud istedenfor det eller de som er benyttet i tiltalen, kalles dette en subsumsjonsendring. Ønsker retten derimot å benytte et nytt straffebud i tillegg, kalles dette å benytte et nytt straffebud i ulikeartet idealkonkurrens. Ulikeartet idealkonkurrens foreligger i de tilfellene et straffbart forhold overtrer flere, ulike straffebud, som ikke utelukker hverandre. Problemstillingen i begge disse tilfellene er et spørsmål om *rettslig identitet*, og knytter seg til om retten kan benytte andre straffebud enn det som er tatt med i tiltalebeslutningen, uten at dette medfører at retten behandler et annet rettslig forhold. Grensene for rettslig identitet, og hvordan man vurderer om dette foreligger, er problemstillingen som vil ha det primære fokuset i denne oppgaven.

1.2 Den rettslige regulering

Rettens forhold til tiltalebeslutningen er regulert i strpl. § 38. Det fremgår av første ledd at retten «kan ikke gå utenfor det forhold tiltalen gjelder, men er ubundet av den nærmere beskrivelse av hensyn til tid, sted og andre omstendigheter». Ordlyden slår dermed fast at domstolene ikke kan dømme etter et annet «forhold», men er ellers ikke strengt bundet av tiltalen. Dette er uttrykk for det som kalles kravet om *faktisk identitet*. Retten kan foreta enkelte endringer i faktum i forhold til hva som fremgår av tiltalebeslutningen, så lenge endringene ikke medfører at forholdets identitet forrykkes. Dette innebærer at tiltalen setter begrensninger for retten når saken skal behandles. Det er det «forhold» som fremgår av tiltalen som skal behandles, og ikke andre forhold. Ordlyden kan tyde på at det er de handlinger som er nevnt i tiltalen som må begrunne om straffansvar foreligger eller ikke. Hvordan man nærmere skal trekke grensene for hva som utgjør samme «forhold» og forskjellige «forhold» kan ikke leses direkte ut av ordlyden.

Det følger videre av § 38 annet ledd at med hensyn til det «straffebud som skal anvendes på forholdet, er retten ikke bundet av tiltalen eller de påstander som er fremsatt». Domstolene er dermed ikke bundet av de straffebud som fremgår av tiltalen, så lenge retten ikke går utenfor det «forhold» som tiltalen gjelder. Ordlyden gir dermed inntrykk av at tiltalebeslutningen i liten utstrekning setter rammer for rettens subsumsjonsfrihet. Den gir derimot liten veiledning ved vurderingen av hvor grensene skal trekkes, hva gjelder hvilke endringer retten kan og ikke kan foreta seg. Dette er uttrykk for det som kalles kravet om rettslig identitet, som ble nevnt i pkt. 1.1. I likhet med endringer etter første ledd, kan heller ikke endringer i lovanvendelsen etter annet ledd gå utenfor det «forhold» som tiltalen gjelder, jf. første ledd.

Kravet til rettslig og faktisk identitet er en del av den norske identitetslæren, som regulerer rettens forhold til tiltalebeslutningen, og hvilke endringer retten kan foreta. Uavhengig av om retten ønsker å gjøre endringer i faktum eller lovanvendelsen som følger av tiltalebeslutningen, må det vurderes om retten holder seg innenfor det aktuelle «forhold» som fremgår av tiltalen.

Hva som nærmere ligger i «forhold» er noe kommentert i forarbeidene. I Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 109-110 uttaler Dommerforeningens lovutvalg for straffeprosess seg om komitéutkastet. Her fremgår det at:

«Lovutkastets § 39 som gjelder forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, foreskriver blant annet at retten ikke er bundet av tiltalebeslutningen med hensyn til det straffebud som skal anvendes på det forhold tiltalen gjelder. Denne forskrift, som ellers er grei nok, inneholder intet om hvorvidt retten i tilfelle av idealkonkurrens kan – og skal – anvende flere straffebud selv om bare det ene er nevnt i tiltalebeslutningen. Det kan her være vanskelig å formulere en hensiktsmessig regel, men i betraktning av at spørsmålet har vært omstridt og neppe kan anses løst i rettspraksis, er det heller ikke tilfredsstillende helt å gå forbi spørsmålet når det nå skal gis en ny og fullstendig lov om rettergangsmåten i straffesaker».

Lovutkastets § 39 knytter seg til strpl. § 38. Det følger videre på s. 110 i overnevnte forarbeid at:

«Departementet forstår komitéen slik at den mener det – på samme måte som nå – må overlates til andre rettskilder enn loven i detalj å klargjøre de spørsmål Dommerforeningens lovutvalg nevner. Betingelsen for å gå utenfor tiltalebeslutningen er i alle tilfelle at det fortsatt er tale om det samme forhold som tiltalen gjelder, og det lar seg ikke gjøre i en lovtekst uttømmende å regulere spørsmålet om forholdets identitet[...] Det mest rasjonelle antas å være at de gjenværende tvilsspørsmål her får sin løsning i rettspraksis».

Overnevnte forarbeider omtaler dermed at det reiser seg flere spørsmål knyttet til hva som ligger innenfor tiltalens forhold. Det slås også fast at det her er meningen at andre rettskilder,

særlig rettspraksis, skal stå for å besvare disse spørsmålene. Noen nærmere presisering av hva som ligger i ordet «forhold», og hvordan grensene skal trekkes gis ikke.

Tiltalen skal dermed utformes med sikte på å ivareta hensynet til tiltales forsvar, herunder individualisere det aktuelle forholdet og gjengi hvilket straffebed som anses overtrådt.

Paragraf 38 gir derimot retten mulighet til å fravike tiltalen på nærmere bestemte vilkår under hovedforhandlingen. For å få klargjort nærmere hva som utgjør et «forhold» etter § 38, må man dermed se hen til rettspraksis og hvordan Høyesterett har besvart spørsmålet. Hvordan Høyesterett har løst dette, kommer jeg nærmere inn på i kap. 4.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven knytter seg til rettens behandling av skyldspørsmålet. Skyldspørsmålet gjelder om vilkårene for straffeskyld foreligger. Dette gjelder i motsetning til utmålingsspørsmålet som oppgaven avgrenser mot. Denne avgrensningen skyldes i hovedsak at dette er et annet spørsmål som ligger noe utenfor tiltalebeslutningens betydning for rettens subsumsjon.

Tiltalen inneholder aldri påstand om utmåling, og ettersom målet med oppgaven er å belyse rettens forhold til tiltalen, faller dette utenfor oppgavens siktemål. Spørsmålet om retten har adgang til å vektlegge andre forhold enn de som følger av tiltalen ved utmålingen, er derfor en problemstilling som faller utenfor oppgavens rekkevidde. Det samme gjelder problemstillingen knyttet til om påtalemyndigheten har tatt forbehold om bestemte reaksjonsformer i tiltalebeslutningen, og hvordan retten skal forholde seg til slike forbehold.

Videre vil oppgavens hovedfokus rette seg mot endringer i rettsanvendelsen, spørsmålet om rettslig identitet. På den annen side vil det derfor til en viss grad avgrenses mot endringer i faktum, spørsmålet om faktisk identitet. Likevel henger endringer i rettsanvendelsen og endringer i faktum nøye sammen. Oppgaven vil derfor ta for seg tilfeller med mindre endringer i faktum. Tilfeller med større endringer i faktum, og endringer hvor dette ikke påvirker subsumsjonen, faller derimot utenfor oppgaven. Dette skyldes at mitt primærfokus er hvilke rammer tiltalen setter for rettens subsumsjon. Dersom rettens endringer i faktum ikke påvirker subsumsjonen, vil derfor en slik endring ligge utenfor de tilfellene som har relevans for denne fremstillingen. Oppgaven avgrenser derfor mot en utførlig behandling av spørsmålet om faktisk identitet, som knytter seg til rettens adgang til å foreta endringer i faktum.

Paragraf 38 tredje ledd slår fast at dersom retten ønsker å benytte et annet straffebud enn det som fremgår av tiltalen, så skal retten «gi partene anledning til å uttale seg om spørsmålet». Dette handler om retten til kontradiksjon, og skal blant annet ivareta hensynet til tiltaltes forsvar. Likevel er dette et vilkår som først har betydning i de tilfellene retten har adgang til å foreta endringer i rettsanvendelsen. Dersom retten ikke har anledning til å foreta endringer i subsumsjonen, vil det heller ikke være nødvendig å gi partene anledning til uttale seg om dette spørsmålet. Ettersom kontradiksjon ikke har betydning for hvor vid rettens subsumsjonsfrihet er, har dette spørsmålet nokså lite interesse både i en analyse av gjeldende rett og i en rettspolitisk kontekst. Det avgrenses derfor mot en behandling av dette temaet.

Det avgrenses også mot en gjennomgang av spørsmålets historiske utvikling. Formålet med oppgaven er å foreta en analyse av hvordan gjeldende rett er i dag. I en slik analyse er det ofte hensiktsmessig med en omtale av hvordan spørsmålet har blitt løst tidligere. Likevel faller en gjennomgang av den historiske utviklingen utenfor hva det er tid til å behandle i en masteroppgave på et semester. Historikk rundt rettens forhold til tiltalen faller dermed utenfor oppgaven.

Det foreligger et forslag til ny straffeprosesslov i NOU 2016:24. Det er knyttet usikkerhet til om dette lovforslaget vil kunne bli ut i en ny lov. Skulle det likevel resultere i en ny lov, er det ytterligere usikkerhet knyttet til om de forslag av relevans for min problemstilling vil gjennomføres. Av den grunn, og grunnet manglende tid, har jeg sett meg nødt til å avgrense mot en egen behandling av forslagene herfra. Lovforslaget fra 2016 vil derfor ikke kommenteres.

2 Metodespørsmål

2.1 Allment

Når tiltalens begrensninger for rettens subsumsjonsfrihet skal analyseres, foreligger det flere metodiske problemstillinger. Enkelte av disse problemstillingene skal belyses i dette kapitlet. I et svært komplekst og sammensatt rettskildebilde, er det mange ulike rettskilder som påvirker tolkningen av strpl. § 38 og rettens forhold til tiltalebeslutningen. EMK er en av rettskildene som har betydning i den forbindelse. EMK er gjort til norsk lov ved

menneskerettsloven, og går i tilfelle motstrid foran straffeprosesslovens regler, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 1 og § 3³. Dette reiser flere spørsmål. For det første kan det stilles spørsmål ved om EMK har betydning ved tolkningen av § 38 og rettens forhold til tiltalebeslutningen. Dette spørsmålet skal jeg forsøke å besvare i pkt. 2.2.1. Neste problemstilling er om EMDs praksis tilknyttet TP 7 artikkel 4 nr. 1 har direkte betydning for tolkningen av § 38. Denne problemstillingen drøftes i pkt. 2.2.2.

2.2 Påvirker EMK og EMDs praksis tolkningen av straffeprosessloven § 38?

2.2.1 Har EMK direkte betydning for tolkningen av § 38?

Som nevnt tidligere skal EMK artikkel 6 ivareta rettssikkerhetshensyn, og sørge for at tiltalte får en «fair trial». Det følger videre av artikkel 6 nr. 1 at man har rett på en «fair (...) hearing» «by an independent and impartial tribunal established by law». Bestemmelsen skal som nevnt i kap. 1 blant annet ivareta hensynet til tiltaltes forsvar. Dette kravet henger nøye sammen med anklageprinsippet som jeg skal gå nærmere inn på i kap. 3. Det som kan nevnes om dette her i pkt. 2.2.1, er at anklageprinsippet påvirker arbeidsfordelingen mellom påtalemyndigheten og retten. Denne arbeidsfordelingen har blant annet som begrunnelse at det skal bidra til at retten klarer å være uavhengig og upartisk i sin virksomhet. Artikkel 6 nr. 1 krever at man dømmes av en uavhengig og objektiv domstol. Det samme kravet fremgår av Grl. § 95 første ledd som krever at enhver «har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol»⁴. Det samme kravet følger også av domstolloven § 55 tredje ledd som fastslår at dommere skal være «uavhengig i sin dømmende virksomhet» og utføre sin «dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt»⁵. Rettens subsumsjonsfrihet, tolkningen av § 38, og arbeidsfordelingen mellom påtalemyndigheten og retten er dermed direkte påvirket av artikkel 6 nr. 1. Retten må sørge for at når den benytter sin kompetanse til å foreta endringer i lovanvendelsen, at den da er og fremstår objektiv og uavhengig. Dersom retten ønsker å foreta endringer i lovanvendelsen i tråd med § 38, må den sørge for at dette ikke er i strid med de rettsikkerhetsgarantier og hensyn som følger av artikkel 6.

³ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30

⁴ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

⁵ Lov om domstolene (domstolloven) 13. august 1915 nr. 5

2.2.2 Har EMDs praksis knyttet til TP 7 artikkel 4 nr. 1 direkte betydning for tolkningen av § 38?

I EMDs praksis er det i likhet med etter norsk rettspraksis, utviklet en identitetslære for å klargjøre hva som utgjør et straffbart forhold. Spørsmålet er i det følgende om denne læren har rettslig relevans for vurderingen av rettens forhold til tiltalebeslutningen etter § 38.

Identitetslæren som er utviklet i EMDs rettspraksis knytter seg til EMK TP 7 artikkel 4 nr. 1, som oppstiller forbud mot gjentatt straffeforfølgning. Det følger av denne bestemmelsen at:

«No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for *an offence* for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State» (egen kursivering).

Spørsmålet om hva som utgjør det samme straffbare forhold knytter seg til en tolkning av hva som utgjør samme «offence». Denne tolkningen var lenge usikker, men etter hvert ble det presisert i EMDs praksis at både rettslige og faktiske likheter og ulikheter kunne være relevante momenter i identitetsvurderingen⁶. Ved avsigelsen av storkammersaken Zolotukhin mot Russland i 2009 (EMD-2003-14939), gjennomførte EMD en kursendring og en ytterligere presisering av hvilke momenter som har relevans for identitetsvurderingen⁷. I denne saken la EMD til grunn at identitetsvurderingen bare skulle bero på en vurdering av faktisk identitet, det vil si likheter og ulikheter i det faktiske grunnlaget⁸. Rettslige likheter og ulikheter var dermed ikke lenger relevante momenter. Zolotukhin-saken har bare direkte betydning for tolkningen av artikkel 4 nr. 1, og hvor vidt retningslinjene i bestemmelsen skal påvirke nasjonale straffeprosessuelle regler, er opp til medlemsstatene⁹. Det kreves imidlertid at medlemsstatenes nasjonale rett gir minste like godt vern som det som følger av artikkel 4 nr. 1¹⁰. I norsk rett følger dette kravet av menneskerettsloven § 2 nr. 1 og § 3.

I Rt. 2013 s. 1068 uttaler Høyesterett at identitetslæren som EMD har oppstilt i Zolotukhin-saken ikke skal påvirke tolkningen av strpl. § 38. Ankeutvalget bemerker i avsnitt 13 at identitetslæren fra Zolotukhin-saken «ikke skal tillegges virkning etter denne bestemmelsen,

⁶ Øyen (2017) s. 91

⁷ Øyen (2017) s. 91

⁸ Øyen (2017) s. 91

⁹ Øyen (2017) s. 92

¹⁰ Øyen (2017) s. 92

men at den tradisjonelle norske avgrensningen av hva som kan regnes som samme forhold fortsatt skal anvendes».

Dermed er det klart at EMDs praksis knyttet til TP 7 artikkel 4 nr. 1 ikke har direkte betydning for tolkningen av § 38, ettersom man her fortsatt skal følge den tradisjonelle norske avgrensningen.

2.3 Hvilken relevans og vekt har rettskilder knyttet til andre bestemmelser i straffeprosessloven ved tolkningen av § 38?

2.3.1 Generelt

I tillegg til at tolkningen av § 38 påvirkes av våre internasjonale forpliktelser gjennom EMK, er det også andre bestemmelser innad i straffeprosessloven som har relevans for rettens forhold til tiltalebeslutningen. I punkt 2.3.2 skal jeg belyse spørsmålet om hvilken relevans strpl. § 51 og tilknyttet praksis har for tolkningen av § 38. Videre skal problemstillingen om EMK TP 7 artikkel 4 har direkte betydning for tolkningen av strpl. § 51 belyses, og om dette har indirekte betydning for tolkningen av § 38.

Deretter skal jeg forsøke å belyse hvilken relevans strpl. § 323, om ankerett for Høyesterett, og tilknyttede rettskilder til denne bestemmelsen har for rettens forhold til tiltalebeslutningen i pkt. 2.3.3.

2.3.2 Nærmere om rettskilder knyttet til § 51 og relevansen for tolkningen av § 38

Når det gjelder spørsmålet om rettskraft og hva som er rettskraftig avgjort etter strpl. § 51, må det i likhet med etter § 38 vurderes hva som er samme forhold. Dersom et «krav» er avgjort tidligere, og det reises ny sak om dette, skal retten avvise saken, jf. § 51 første ledd første punktum.

I Rt. 2011 s. 172 kommenterer Høyesterett forholdet mellom § 38 og § 51. Hva som er samme «forhold» etter § 38 og hva som er samme «krav» etter § 51, har tradisjonelt vært antatt at skal tolkes likt i både praksis og teori. Rettskraftsbestemmelsen skal ifølge Høyesterett tolkes i lys av EMK TP 7 artikkel 4 nr. 1. Som nevnt tidligere klargjorde EMD i Zolotukhin-saken at det som er avgjørende for om et krav er rettskraftig avgjort, er om den nye saken knytter seg til den samme faktiske handlingen. For at handlingen skal anses for å være den samme må

den ha inngått «i samme begivenhet, knyttet seg til samme tidspunkt i hendelsesforløpet og bestå av de samme eller vesentlig de samme faktiske omstendigheter, jf. Rt-2010-72 og Rt-2010-1121»¹¹.

Videre uttaler Høyesterett i Rt. 2011 s. 172 at det også i relasjon til hva som er samme forhold etter § 38 må vurderes om det foreligger faktisk identitet. Etter § 38 er dette imidlertid ikke tilstrekkelig. Høyesterett uttaler i avsnitt 19 at etter § 38 «må det også stilles krav om at bestemmelsen ikke har en vesentlig annen rettslig karakter enn den bestemmelse som er angitt i taltalen». Dommen slår dermed fast at de to bestemmelsene har ulik identitetsvurdering. Mens man etter § 51 første ledd kun skal vurdere om det foreligger faktisk identitet, så må man etter § 38 vurdere om det foreligger rettslig identitet i tillegg.

Det vil dermed foreligge tilfeller hvor tolkningen av hva som er samme «forhold» og «krav» ikke vil være sammenfallende, ettersom «forhold» etter § 38 tolkes snevrere enn «krav» etter § 51. Betydningen av at man har å gjøre med samme krav etter strpl. § 51, er at man da stenger for at det kan reises ny sak om det aktuelle forholdet. Det kan derfor tenkes tilfeller hvor man i første omgang kommer til at vilkårene for å foreta endringer i lovanvendelsen ikke er oppfylt etter § 38, fordi det ikke foreligger rettslig identitet. Selv om retten da ikke har adgang til å foreta endringer i lovanvendelsen, vil det i enkelte tilfeller heller ikke være adgang til å reise ny straffesak, fordi det foreligger faktisk identitet etter § 51. Kravet er da avgjort med bindende rettskraft etter § 51. Dommen inntatt i Rt. 2003 s. 394 ville av den grunn ha fått et annet utfall i dag. I denne saken kom man til at man kunne reise etterfølgende sak for legemsbeskadigelse etter dagjeldende straffelov, etter at mannen hadde vedtatt et forelegg for brudd på dagjeldende løsgjengerloven¹² § 17¹³. Denne endringen ble akseptert siden dette ikke gjaldt samme forhold etter strpl. § 38. Ettersom det er tilstrekkelig at det gjelder samme handling for å være samme krav etter strpl. § 51, ville det ikke vært mulig å reise ny sak etter at forelegget ble vedtatt etter dagens ordning.

Det tradisjonelle utgangspunktet om at «forhold» etter § 38 og «krav» etter § 51 skal tolkes likt, er dermed ikke lenger gjeldende rett. Tolkningen av § 51 og relevansen av rettspraksis knyttet til denne bestemmelsen etter avgjørelsen fra 2011, har derfor ikke relevans for rettens

¹¹ Rt. 2011 s. 172 avsnitt 18

¹² Lov om Løsgjænger, Betleri og Drukkenskap (løsgjengerloven) 31. mai 1900 nr. 5 (opphøvet)

¹³ Se Rt. 2011 s. 172 avsnitt 18

forhold til tiltalen og tolkningen av § 38. Rettspraksis avsagt før avgjørelsen inntatt i Rt. 2011 s. 172 stiller seg derimot annerledes. Rettspraksis avsagt før denne dommen vil ha både relevans og vekt. Ettersom identitetsvurderingen i de to bestemmelsene, og tolkningen av «forhold» og «krav» var lik forut for dommen.

Dermed har EMDs tolkning av 7 TP artikkel 4 nr. 1 bare betydning for tolkningen § 51. Ettersom identitetsvurderingen etter § 38 og § 51 ikke lenger er den samme, vil heller ikke EMDs tolkning av 7 TP artikkel 4 nr. 1 ha noen indirekte betydning for tolkningen av § 38

2.3.3 Nærmere om rettskilder knyttet til § 323 første ledd tredje punktum

Identitetsvurderingen for å klarlegge hva som er samme straffbare forhold har også betydning for tiltaltes ankerett til Høyesterett. Hovedregelen i norsk rett er at dersom man ønsker å fremme en anke til Høyesterett, så kreves det samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg, jf. strpl. § 323 første ledd første punktum. Likevel fremgår det av § 323 første ledd tredje punktum at anke «fra siktede eller fra påtalemyndigheten til siktedes gunst som gjelder *forhold* siktede er frifunnet for av tingretten, men domfelt for av lagmannsretten, kan bare nektes fremmet dersom Høyesteretts ankeutvalg finner det klart at anken ikke vil føre frem» (egen kursivering). Videre fremgår det av § 323 annet ledd annet punktum at beslutning «om å nekte anke fremmet etter første ledd tredje punktum skal være begrunnet». Dette innebærer at dersom retten kommer til at tiltalte er dømt for et forhold i lagmannsretten, som han ble frifunnet for i tingretten, så må en ankenektelse begrunnes. Etter § 323 første ledd tredje punktum må man i likhet med § 38 vurdere hva som er samme straffbare «forhold». Spørsmålet er dermed hvilke relevans og vekt rettspraksis tilknyttet denne bestemmelsen har ved tolkningen av § 38 og rettens forhold til tiltalen. Dette metodespørsmålet må klarlegges gjennom en analyse av rettskildene, ikke minst forarbeidene til § 323 første ledd tredje punktum og tilknyttet praksis fra Høyesterett.

I likhet med ordlyden i § 38, gir ikke ordlyden av «forhold» i § 323 første ledd tredje punktum særlig veiledning for hvor grensen mellom like og ulike forhold skal trekkes. Ordlyden kan gi uttrykk for at dersom det ikke foreligger rettslig identitet mellom lovanvendelsen til tingretten og lagmannsretten, så har man automatisk ankerett. Heller ikke forarbeidene til § 323 gir noen særlig veiledning i hvordan man skal trekke rammene for samme og forskjellige straffbare forhold. Det må dermed ses hen til rettspraksis for å slå fast hvordan bestemmelsen skal tolkes, og hvilken relevans den har for tolkningen av § 38.

HR-2020-1659-U gjelder en sak hvor en mann ble tiltalt for voldtekt etter strl. § 291¹⁴. Mannen skal ha listet seg opp bak en kvinne, for så å ha slått hånden sin opp mot kvinnens kjønnsorgan for å presse noen fingre opp i kvinnens kjede. Tingretten fant det ikke bevist at mannens fingre hadde trengt inn i kvinnens kjede, og at seksuell omgang dermed ikke forelå. De omsubsummerte forholdet til seksuell handling etter strl. § 297, og grov kroppskrenkelse etter strl. § 272, jf. § 271. Lagmannsretten fant det derimot bevist at fingrene hadde trengt inn i kvinnens kjede, og dømte i tråd med tiltalen for voldtekt etter strl. § 291. Mannen anket dommen og mente at han hadde blitt dømt for ett annet forhold i lagmannsretten enn i tingretten.

Ankeutvalget kommenterer i dommens 12. avsnitt at vurderingen «av hva som er samme forhold, er i utgangspunktet sammenfallende i straffeprosessloven § 38 og § 323 første ledd tredje punktum». Likevel presiserer ankeutvalget i avsnitt 13 at praksis «etter straffeprosessloven § 38 følges likevel ikke alltid fullt ut ved vurderingen etter § 323 første ledd tredje punktum».

Som eksempel på at praksis etter strpl. § 38 ikke alltid følges viser ankeutvalget til Rt. 2012 s. 1857. Denne saken gjelder en mann som ble tiltalt for medvirkning til voldtekt. Han skulle ifølge tiltalen ha slått en kvinne i hodet, og med det ha virket truende og bidratt til at kvinnen ble voldtatt av en annen mann. Tingretten fant det ikke bevist at mannens vold hadde noen tilknytning til voldtekten, og dømte derfor mannen for legemsfornærmelse istedenfor. Lagmannsretten fant det derimot bevist at mannen hadde slått kvinnen i hodet, eller helt sviende væske på henne. Lagmannsretten fant det videre bevist at dette hadde tilknytning til voldtekten. Han ble derfor dømt for medvirkning til voldtekt i lagmannsretten, i tråd med tiltalen. Tiltalte anket derfor til Høyesterett. Et av spørsmålene for Høyesteretts ankeutvalg var om mannen hadde ankerett etter strpl. § 323 første ledd tredje punktum. I den forbindelse viser ankeutvalget til en annen sak hvor det var spørsmål om ankerett etter § 323. Ankeutvalget viser i avsnitt 21 til Rt. 2010 s. 630 hvor det ble klargjort at «avgjørende for rett til overprøving må være om domfelte i lagmannsretten er blitt dømt for et annet straffbart forhold enn i tingretten».

¹⁴ Lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28

I Rt. 2012 s. 1857 uttaler ankeutvalget videre i avsnitt 22 at det normalt vil gjelde et annet forhold om det er en betydelig forskjell i strafferamme. Ankeutvalget uttaler også at «når man dessuten tar i betraktning de hensyn som begrunner domfeltes ankerett ved frifinnelse i tingretten og senere domfellelse i lagmannsretten, finner ankeutvalget at § 323 første ledd tredje punktum kommer til anvendelse». Ankeutvalget gir dermed uttrykk for at de hensyn som ligger bak strpl. § 323, taler for at det bør være en smalere adgang til å konkludere med at noe er samme «forhold» etter § 323 første ledd tredje punktum sammenlignet med etter § 38. Slik at adgangen til å få anket til Høyesterett er videre enn hva som ville vært tilfelle om «forhold» i §323 første ledd tredje punktum skulle tolkes helt i tråd med § 38. Som jeg skal komme tilbake til i kap. 4, er strengere strafferamme også et moment som har betydning for vurderingen etter § 38. Det kan derfor godt tenkes at omsubsumering fra legemsfornærmelse til medvirkning til voldtekt heller ikke ville blitt akseptert etter § 38 i denne saken. Høyesterett klargjør derimot at omsubsumeringen andre veien, slik tingretten gjorde, «ikke tvilsomt» kunne foretas i tråd med § 38¹⁵.

Av dommene over kommer det dermed frem at vurderingen av hva som er samme «forhold» etter de to bestemmelsene, i utgangspunktet er sammenfallende og vurderingsmomentene like. Likevel er det tydelig at selv om vurderingen er lik, så er tolkningen etter § 323 første ledd tredje punktum snevrere enn etter § 38. Det skal derfor mindre til for at man har å gjøre med et annet «forhold» etter § 323 første ledd tredje punktum sammenlignet med etter § 38. Dette skyldes som ankeutvalget poengterer i sitatet over «de hensyn som begrunner domfeltes ankerett ved frifinnelse i tingretten og senere domfellelse i lagmannsretten». Spørsmålet som da reises er hvilke hensyn som skiller de to bestemmelsene fra hverandre. Mens strpl. § 38 skal ivareta hensynet til anklageprinsippet, og dermed arbeidsfordelingen mellom påtalemyndigheten og retten, skal strpl. § 323 første ledd tredje punktum derimot ivareta retten til toinstansbehandling og rettssikkerhet. Retten til toinstansbehandling skal sørge for at man oppnår en tillitsfull behandling, og skal sørge for at man får fles mulig materielt riktige avgjørelser.

Paragraf 323 første ledd tredje punktum ble tilføyd ved lov 10. desember 2010 nr. 76.

Bakgrunnen for at man ønsket å lovfeste denne retten til begrunnelse ved ankenektelse, var et ønske om å endre forbeholdet Norge hadde tatt når det gjaldt SP artikkel 14 nr. 5¹⁶. Dette

¹⁵ Se Rt. 2012 s. 1857 nederst i avsnitt 21

¹⁶ Prop. 141 L (2009 – 2010) s. 23 under pkt. 3.6

forbeholdet knyttet seg til at man valgte en silingsordning som man mente ville ivareta retten til å få overprøvd saken sin. I denne silingsordningen var ikke kravet til begrunnelse like strengt som etter § 323 i dag. I to avgjørelser fra før tilføyelsen klargjorde Høyesterett at man etter SP artikkel 14 nr. 5 har krav på begrunnelse for ankenektelse, dersom man er dømt for noe i lagmannsretten som man er frifunnet for i tingretten¹⁷. Denne retten ble lovfestet da § 323 første ledd tredje punktum ble tilføyd.

Det uttales av ankeutvalget i Rt. 2009 s. 187 avsnitt 11 flg. at det fremgår av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 5 at «(e)nhver som er domfelt for en forbrytelse skal ha rett til å få domfellelsen eller straffeutmålingen overprøvet av en høyere instans». Videre uttaler ankeutvalget at denne retten gjelder også der man bare er domfelt i andreinstans, men ikke i første. For å kunne nekte en anke hvor noen bare er domfelt i andreinstans kreves derfor en reell overprøving. Dette er grunnen til at ankenektelser hvor man er dømt i lagmannsretten men frifunnet i tingretten, må begrunnes etter § 323.

Det er altså hensynet til reell overprøving og rettsikkerhet som skal ivaretas etter § 323 første ledd tredje punktum. Selv om vurderingen av hva som utgjør samme «forhold» etter § 323 og § 38 dermed i utgangspunktet er sammenfallende, så skal bestemmelsene ivareta to nokså forskjellige hensyn. Tolkningen av § 38 har dermed en viss betydning for vurderingen etter § 323, mens tolkningsbidraget andre veien er begrenset da denne skal tolkes snevrere. Tolkningen av § 323 første ledd tredje punktum og tilknyttet rettspraksis har dermed en viss relevans og betydning for tolkningen av strpl. § 38 og rettens forhold til tiltalen. Likevel begrenses betydningen og vekten noe ved at § 38 skal tolkes videre. Relevansen av rettspraksis tilknyttet § 323 første ledd tredje punktum må vurderes fra sak til sak, og rettsanvenderen må være bevisst at de to bestemmelsene skal ivareta forskjellige hensyn.

¹⁷ Se Rt. 2008 s. 1746 og Rt. 2009 s. 187

3 Rettspolitiske betraktninger

3.1 Innledende om rettspolitiske betraktninger

Som nevnt er det påtalemyndigheten som tar ut tiltale og har ansvaret for etterforskningen. Rettens oppgave er å bedømme forholdet for å sikre et materielt riktig resultat. Denne fordelingen er uttrykk for anklageprinsippet, som jeg skal behandle nærmere i pkt. 3.2. Hva er begrunnelsen for at vi ønsker en slik arbeidsfordeling, og hvordan påvirker denne arbeidsfordelingen rettens forhold til tiltalen? Hvilke prinsipper og hensyn ligger bak dagens regulering, og hvordan bør disse påvirke rettens forhold til tiltalen? Rettens forhold til tiltalebeslutningen har også en side til andre prosessuelle problemstillinger. For å klarlegge hva som utgjør et «forhold» har det derfor interesse å se hvordan rammene er trukket i tilgrensende tilfeller, og om disse tilfellene bør påvirke tolkningen av strpl. § 38. Vurderingen aktualiseres blant når man skal ta stilling til hva som utgjør et «krav» etter strpl. § 51. Forholdet mellom disse bestemmelsene er kommentert de lege lata i kap. 2, men hvordan stiller dette spørsmålet seg de lege ferenda? Bør denne regelen om rettskraft ha betydning for rettens forhold til tiltalen?

3.2 Nærmere om anklageprinsippet

I en analyse av rettens forhold til tiltalen står *anklageprinsippet* sentralt. Anklageprinsippet fastslår at det er påtalemyndigheten som skal ta initiativ til at en sak rettsforfølges, og ikke domstolene¹⁸. Anklageprinsippet kommer til uttrykk i flere bestemmelser, men særlig i strpl. § 63. Her fremgår det at domstolene «trer bare i virksomhet etter begjæring av en påtaleberettiget, og deres virksomhet opphører når begjæringen blir tatt tilbake». Anklageprinsippet er dermed et uttrykk for rolle- og maktfordelingen mellom domstolene og påtalemyndigheten, ettersom den klargjør at bare påtalemyndigheten kan avgjøre hvilke saker som skal trekkes inn til domstolene. Det at påtalemyndigheten kan trekke begjæringen tydeliggjør rollefordelingen ytterligere, ettersom domstolene verken kan tre i virksomhet på eget initiativ, og ved at de ikke kan fremtvinge at en sak som er trukket inn for dem behandles dersom påtalemyndigheten trekker begjæringen.

Anklageprinsippet kommer også til uttrykk i § 38. Mens § 63 regulerer *hvem* som kan trekke en sak inn for retten, fokuserer § 38 på *hva* som kan behandles når en sak først er trukket inn.

¹⁸ Rui (2017) s. 329 - 330

Paragraf 38 er dermed en presisering av anklageprinsippet, og regulerer i likhet med § 63 rollefordelingen mellom påtalemyndigheten og retten. Retten kan bare behandle saker som påtalemyndigheten har trukket inn for dem, og retten er bundet til å behandle det aktuelle forholdet som påtalemyndigheten har trukket inn. Anklageprinsippet er derimot ikke gjennomført fullt ut, ettersom § 38 også åpner for at retten kan foreta endringer i både faktum og subsumsjon under hovedforhandlingen. Bestemmelsen gir dermed til en viss grad uttrykk for hvor langt anklageprinsippet rekker, og har betydning for spørsmålet om hvor langt prinsippet bør rekke.

Tradisjonelt benytter man begrepene inkvisisjons-/undersøkelsesprosess, og parts-/anklageprosess som de to ytterkantene når man skal omtale en straffeprosessordning¹⁹. I en prosessordning som utfører anklageprinsippet fullt ut, kategoriseres prosessen som en ren partsprosess²⁰. Dette innebærer at partene har hovedansvaret for prosessen, og dommeren har en sterkt begrenset rolle²¹. På den andre siden av skalaen finner vi derimot den rene inkvisitoriske prosess. I en slik prosessordning sitter dommeren i førersetet²². Her igangsetter dommeren etterforskning, tar stilling til om det skal fremmes sak, og avgjør til slutt sakene. Ingen prosessordninger har en helt ren form av den ene eller andre art, men har ulike variasjoner av innslag fra både parts- og inkvisisjonsprosessen.

Den norske straffeprosessen har blitt omtalt på ulike måter. På den ene siden har den blitt omtalt som en anklageprosess med inkvisitoriske innslag²³, og på den annen side som en inkvisitorisk prosess med elementer fra anklageprosessen²⁴. Det er uansett enighet om at den norske prosessen har innslag av begge deler, og er et blandingsystem. Strpl. § 38 er til en viss grad ansett som en forlengelse og et utslag av anklageprinsippet, da det ville gitt prosessordningen et mer inkvisitorisk preg om domstolene kunne dømme for andre forhold enn de som fremgår av tiltalen²⁵. Bestemmelsen ble gitt nettopp for å frata den norske

¹⁹ Rui (2017) s. 330 med videre henvisning til: Anne Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstrukturer belyst ved fornærmedes stilling*, 1999, s. 146

²⁰ Rui (2014) s. 415

²¹ Rui (2014) s. 415

²² Rui (2014) s. 415

²³ Rui (2017) s. 331 omtaler hvordan Johs Andenæs har karakterisert den norske prosessordning i *Norsk straffeprosess* på s. 331

²⁴ Rui (2017) s. 331

²⁵ Gunleiksrud (1996) under pkt. 3.2

straffeprosessen enkelte inkvisitoriske elementer som tidligere rådet, herunder at domstolene drev med mer etterforskning enn etter dagens system²⁶.

Anklageprinsippet og dets regulering av arbeidsfordelingen mellom påtalemyndigheten og retten, skal sørge for at domstolene er uavhengige og upartiske²⁷. Frykten er at domstolenes objektivitet og uavhengighet ikke kan opprettholdes dersom domstolene bidrar for mye med etterforskning, og med utforming av det faktiske og rettslige grunnlaget for anklagene mot tiltalte²⁸. Det kreves at domstolene må være uavhengige, og dommerne upartiske. Dette er krav som må være på plass for å ivareta allmenhetens, partenes og andre aktørers tillit til retten²⁹. Videre skal disse kravene bidra til at avgjørelsene skal få materielt riktig resultat³⁰. Kravet til uavhengige og upartiske domstoler følger som nevnt i kap. 2, av Grunnloven § 95 første ledd første punktum, EMK art. 6 nr. 1, og av domstoloven § 55.

Anklageprinsippet kommer også til uttrykk gjennom *opportunitetsprinsippet*.

Opportunitetsprinsippet går ut på at påtalemyndigheten er gitt en skjønnsmessig adgang til å vurdere «hensiktsmessigheten og rimeligheten av å iverksette straffeforfølgning, og til å unnlate straffeforfølgning og/eller å reise sak for domstolene, selv om de rettslige og faktiske forutsetningene er til stede»³¹. Påtalemyndighetens adgang til å la være å trekke inn saker for retten, innebærer enda en markering av at retten må ta hensyn til hva påtalemyndigheten har valgt å fokusere på i tiltalebeslutningen.

Anklageprinsippet og dets gjennomføring i norsk straffeprosess er dermed en skranke for hvordan domstolene kan forholde seg til tiltalen. Videre er prinsippet et uttrykk for et ønske om å tydeliggjøre rollefordelingen mellom påtalemyndigheten og domstolene. Ved å frata domstolene enkelte etterforskningsoppgaver får domstolene større tillit som upartisk og objektiv, enn hva tilfelle ville vært om de i større grad bidro til etterforskningen og med å ta ut tiltale³². Anklageprinsippet og dets betydning for rollefordelingen, er derfor med på å begrunne hvorfor det foreligger rammer for hvor fritt retten kan forholde seg til tiltalen.

²⁶ Gunleiksrud (1996) under pkt. 3.2

²⁷ NOU 2016: 24 s. 135

²⁸ NOU 2016: 24 s. 135

²⁹ Øyen (2019) s. 135

³⁰ Øyen (2019) s. 135

³¹ Rui (2014) s. 419

³² Rui (2017) s. 331

3.3 Den materielle sannhets prinsipp

Den materielle sannhets prinsipp innebærer at de norske saksbehandlingsreglene må utformes på en måte som sørger for at avgjørelser treffes på grunnlag av det som faktisk har skjedd³³. Rettens avgjørelser skal bygge på sannheten. Dette er et overordnet grunnprinsipp, og en bærebjelke i den norske straffeprosess³⁴. I tillegg til at avgjørelser skal bygge på korrekt avgjørelsesgrunnlag, skal prinsippet også sørge for at avgjørelser bygger på korrekt rettsanvendelse. Prinsippet gjelder både for påtalemyndigheten og for retten³⁵. Prinsippet skal sørge for at ingen uskyldige straffes, og at avgjørelser har materielt riktig resultat. Videre skal prinsippet sørge for at skyldige ikke dømmes strengere enn nødvendig. Den materielle sannhetsprinsipp har dermed funksjon både som en rettssikkerhetsgaranti, og et prinsipp som skal ivareta hensynet til at man har tillit til rettssystemet³⁶. Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i strpl. § 294, som omtaler rettens ansvar for å sørge for at saken blir fullstendig opplyst. Et eksempel på dette er at retten krever at det innhentes flere bevis. Spørsmålet som da reiser seg er hvilken betydning dette sentrale grunnprinsippet bør ha for betydningen av rettens forhold til tiltalebeslutningen.

Sammenlignet med sivilprosessen har retten i straffesaker noe større frihet til å foreta endringer i det faktiske grunnlaget³⁷. I sivilprosessen er retten i større grad bundet til partenes påstander og bevisføring, gjennom disposisjonsprinsippet og forhandlingsprinsippet³⁸. Dette gjelder likevel ikke i de såkalt indispositive saker i sivilprosessretten. Dette er saker knyttet til spørsmål hvor lovgiver mener at partene ikke selv kan råde fritt over sakens utfall, og hvor retten dermed har et strengere ansvar for å sørge for korrekt rettsanvendelse og riktig resultat³⁹. Når det gjelder ansvaret for korrekt lovanvendelse, så er det retten som har ansvaret for dette både på sivil- og strafferettens område⁴⁰. Strpl. § 38 forsøker å ivareta hensynet til den materielle sannhets prinsipp ved at retten i begrenset utstrekning er bundet av de rettsfakta og påstander som fremgår av tiltalen, sammenlignet med på sivilprosessens område⁴¹. Rettens ansvar for at saken blir fullstendig opplyst etter strpl. § 294, og rettens

³³ Rui (2014) s. 401

³⁴ Se Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38

³⁵ Rui (2014) s. 401

³⁶ Rui (2014) s. 402

³⁷ Rui (2014) s. 402. Se til sammenligning tvisteloven § 11-2 til § 11-4.

³⁸ Rui (2014) s. 402

³⁹ Se her tvisteloven § 11-4 om i hvilke tilfeller det gjelder begrenset rådighet for partene.

⁴⁰ For sivilrettens område se tvisteloven § 11-3 første ledd første punktum. På strafferettens område følger det av ulovfestet rett at det er domstolene som har ansvaret for korrekt rettsanvendelse.

⁴¹ Rui (2014) s. 402

adgang til å foreta endringer i rettsanvendelsen etter § 38 er dermed et utslag av den materielle sannhets prinsipp⁴².

Den materielle sannhetsprinsipp innebærer dermed at det er retten som sitter med ansvaret for materielt riktige resultater. Likevel er det ikke slik at retten står helt fritt. Straffeprosessen bygger som sagt på anklageprinsippet. Retten trer ikke i kraft på eget initiativ etter strpl. § 63, og kan ikke gå uten for det «forhold» tiltalen gjelder etter § 38. Hvor fritt bør retten stå hva gjelder lovanvendelsen i forhold til tiltalebeslutningen, for å ivareta hensynet til den materielle sannhets prinsipp? Dette beror på en avveining av anklageprinsippet på den ene side, og målet om materielt riktige resultater, herunder tillit og prosessøkonomi, på den annen side.

På den ene siden kan man argumentere for at en sak har feil materielt resultat dersom en person som er skyldig i noe straffbart, ikke straffedømmes. Dersom dette skyldes feil i rettsanvendelsen når forholdet ble vurdert av påtalemyndigheten, vil det kunne være uheldig om retten i for stor grad er begrenset av tiltalebeslutningen. Hensynet til materielt riktige resultater kan i slike tilfeller tale for at anklageprinsippet ikke bør veie tyngre enn rettens ansvar korrekt rettsanvendelse.

På den annen side kan man argumentere for at det er materielt riktig å frifinne tiltalte, selv om han er skyldig i et annet forhold enn det som er beskrevet av tiltalen. Dette gjelder også de tilfellene hvor man kunne straffet vedkommende om tiltalen var annerledes utformet. Tiltalen er uttrykk for hvilke handlinger og hvilken del av et hendelsesforløp påtalemyndigheten har valgt å fokusere på. Det er disse handlingene og denne delen av hendelsesforløpet påtalemyndigheten har valgt å trekke inn for domstolen. Dersom anklageprinsippet skal være tilstrekkelig ivaretatt, kan ikke domstolene stå for fritt i relasjon til tiltalebeslutningen. Den materielle sannhetsprinsipp må knytte seg til det forhold som tiltalen gjelder.

Det samme gjelder hensynet til tiltales forsvar. Tiltalen skal gi tiltalte et varsel om hva påtalemyndigheten ønsker å få bedømt av retten. Om retten skulle få for stor frihet til å foreta endringer i lovanvendelsen, ville hensynet til tiltaltes forsvar bli vanskeligere å ivareta, da endringene kunne komme som en overraskelse på tiltalte og hans forsvarer. Foreligger det

⁴² Rui (2014) s. 402

ikke skyld etter tiltalen, vil en frifinnelse derfor være i tråd med både prinsippet om materielt riktige resultat, hensynet til tiltaltes forsvar og anklageprinsippet.

Likevel kan det vel tenkes at hensynet til den materielle sannhets prinsipp kunne vært enda bedre ivaretatt, om retten sto noe friere ved lovanvendelsen i relasjon til tiltalen. Dagens løsning kan virke som et overveid kompromiss mellom den materielle sannhets prinsipp, anklageprinsippet og hensynet til tiltaltes forsvar. Videre bærer dagens løsning preg av at man i norsk rett har tillagt hensynet til anklageprinsippet nokså stor vekt. For at retten skal stå friere i rettsanvendelsen, innebærer det at den materielle sannhets prinsipp må tillegges tyngre vekt i avveiningen med anklageprinsippet og hensynet til tiltaltes forsvar.

På den annen side kan påtalemyndigheten på nærmere vilkår foreta enkelte endringer i tiltalen etter strpl. § 254 om den ønsker det. Av den grunn kan manglende adgang for retten til å foreta endringer i lovanvendelsen noen ganger bøtes på ved at påtalemyndigheten foretar endringer. I tillegg har påtalemyndigheten i tråd med anklageprinsippet og opportunitetsprinsippet, adgang til å la være å forfølge et straffbart forhold selv om vilkårene for dette foreligger. Av den grunn vil det trolig være få tilfeller hvor tiltalen setter større begrensninger på rettens lovanvendelse, enn hva påtalemyndigheten ønsket da den tok ut tiltalebeslutningen.

3.4 Rettskraft

Regelen om rettskraft er som nevnt regulert i strpl. § 51. Det fremgår av § 51 første ledd at dersom det reises «ny sak om *et krav* som er avgjort ved rettskraftig dom, skal retten avvise saken av eget tiltak» (egen kursivering). Hva som er «et krav» knytter seg til spørsmålet om forholdet er avgjort ved dom tidligere. Bestemmelsen regulerer spørsmålet om forholdet kan trekkes inn for domstolene. Dersom forholdet er avgjort tidligere, så binder denne avgjørelsen retten, og retten er tvunget til å avvise saken.

Høyesterett har avgjort at § 51 skal tolkes i lys av EMK Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 som setter forbud mot at en person straffeforfølges to ganger for samme straffbare forhold, jf. også SP artikkel 14 nr. 7⁴³. Konvensjonen er som nevnt gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven, og går i tilfelle motstrid foran straffeprosesslovens regler, jf.

⁴³ Dette er mer utførlig behandlet i kap. 2. Fra rettspraksis kan det blant annet vises til Rt. 2011 s. 172 avsnitt 18

menneskerettsloven § 2 nr. 1 og § 3⁴⁴. Strpl. § 38 regulerer rettens adgang til å foreta endringer i lovanvendelsen i forhold til tiltalen, mens § 51 slår fast at dersom et forhold er rettskraftig avgjort så er retten tvunget til å avvise saken. Ettersom rettens adgang til å foreta endringer i lovanvendelsen er begrenset, så bør tolkningen av hvilke forhold som er rettskraftig avgjort kunne ha betydning for rettens subsumsjonsfrihet. Begge bestemmelsene regulerer til en viss grad hva som utgjør et og samme forhold, og begge bestemmelsene knytter seg til spørsmålet om hvilke straffbare forhold retten kan behandle. Det er dermed en nær relasjon i de prosessuelle spørsmålene bestemmelsene regulerer. Problemstillingen er dermed om det er hensyn som tilsier at de prosessuelle spørsmålene bestemmelsene regulerer bør ha samme løsning?

Det er flere grunner til at det bør være samsvar mellom de to bestemmelsene. For det første knytter dette seg til retstekniske hensyn⁴⁵. Likelydende bestemmelser og bestemmelser med lignende ordlyd bør søke å ha tilnærmet likt meningsinnhold, for å unngå å komplisere rettsanvendelsen. Ved å ha forskjellige tolkninger av bestemmelser som har lignende ordlyd, vil det å tolke lovbestemmelser gjøres mer komplisert enn nødvendig.

For det andre tilsier hensynet til system og harmoni i regelverket at lignende bestemmelser bør tolkes likt⁴⁶. Dette gjør regelverket enklere. Med mindre det foreligger en særlig grunn for at tolkningene skal være annerledes, bør tolkningene være sammenfallende⁴⁷.

For det tredje taler hensynet til effektivitet for at tolkningen i de to bestemmelsene bør være lik⁴⁸. De prosessuelle spørsmålene bestemmelsene regulerer, har en nær relasjon. Paragraf 51 starter der § 38 slutter. Mens § 38 regulerer hvordan retten må forholde seg til tiltalen mens saken behandles, så sier § 51 noe om hvordan retten skal forholde seg til de forhold som retten allerede har behandlet. Denne relasjonen tilsier at det bør være et fellesskap i hvordan problematikken rundt hva som utgjør samme straffbare forhold løses. Dersom ordlyden i strpl. § 51 tolkes videre enn ordlyden i § 38, vil resultatet bli at en sak får videre rettskraftsvirkningen enn det retten hadde mulighet til å avgjøre i saken⁴⁹. Dersom en ønsket

⁴⁴ Øyen (2017) s. 90

⁴⁵ Rui (2008) s. 440

⁴⁶ Rui (2008) s. 440

⁴⁷ Rui (2008) s. 440

⁴⁸ Rui (2008) s. 440

⁴⁹ Rui (2008) s. 440

endring i lovanvendelsen ikke tilfredsstillende kravet til rettslig identitet etter § 38, men det foreligger faktisk identitet etter § 51, så sperrer rettskraftsvirkningen for at retten kan få gjennomført endringen i en senere sak. I en slik situasjon kan man argumentere for at innrettelseshensynet til tiltalte stå sterkere enn hensynet til materielt riktige resultater.

På den annen side er det store forskjeller i hvilke hensyn bestemmelsene søker å ivareta. Paragraf 38 bygger som nevnt på anklageprinsippet. Denne bestemmelsen skal sørge for at anklageprinsippet gjennomføres i norsk rett, og skal sørge for at retten har en nøytral og objektiv stilling i straffeprosessen⁵⁰. Av den grunn tilsier hensynet bak § 38 at «forhold» bør tolkes så snevert som mulig, så lenge effektivitetshensyn og hensynet til sakens opplysning ivaretas i tilstrekkelig grad⁵¹. Paragraf 51 har på den annen side som formål å ivareta belastningshensyn, hensynet til fullstendig prosedyre og innrettelseshensyn⁵². Derfor tilsier hensynene bak § 51 at hva som utgjør et «krav» bør tolkes så vidt som mulig, så lenge hensynet til effektivitet i straffeprosessen ikke tilsidesettes for mye⁵³.

Et argument for at de prosessuelle spørsmålene bestemmelsene regulerer ikke behøver å ha samme løsning, er at tolkningsforskjellen mellom strpl § 51 og § 38 ikke skaper store praktiske problemer. Det følger av strpl. § 254 annet ledd jf. første ledd at påtalemyndigheten under hovedforhandlingen kan «utvide tiltalen til *andre straffbare forhold*, såfremt tiltalte samtykker eller gir en uforbeholden tilståelse som styrkes ved de øvrige opplysninger» (egen kursivering). Dette innebærer at dersom påtalemyndigheten ønsker å gjøre en endring som medfører at domstolen skal pådømme andre forhold enn det som opprinnelig følger av tiltalen, så kan de gjøre dette om tiltalte samtykker eller gir en uforbeholden tilståelse. Et slikt forhold behøver ikke ligge innenfor samme «krav» etter § 51, så om tiltalte ikke samtykker eller tilstår, kan det likevel reises ny sak om dette forholdet. Avgrensningen i § 254 må være lik som avgrensningen i § 51⁵⁴. Både praktiske og reelle hensyn taler for en slik løsning⁵⁵. Dersom de ikke er sammenfallende vil følgen bli at forhold påtalemyndigheten ikke har hatt anledning til å trekke inn kan bli rettskraftig avgjort, og forhold som er trukket inn kan risikere å ikke bli rettskraftig avgjort⁵⁶. En slik løsning er uholdbar.

⁵⁰ Rui (2008) s. 439

⁵¹ Rui (2008) s. 439

⁵² Rui (2008) s. 439

⁵³ Rui (2008) s. 439

⁵⁴ Rui (2008) s. 442

⁵⁵ Rui (2008) s. 442

⁵⁶ Rui (2008) s. 442

Dagens løsning ivaretar i stor grad hensynet til anklageprinsippet. Rettens begrensede adgang til å foreta endringer i lovanvendelsen etter § 38 annet ledd, begrenser i liten grad påtalemyndighetens ønske om å få avgjort de saker de trekker inn for retten.

Påtalemyndigheten har som nevnt adgang til å trekke inn andre straffbare forhold om tiltalte samtykker eller tilstår, jf. § 254 annet ledd. Ved mangel på samtykke eller tilståelse, vil ikke dommen få rettskraftsvirkning for de forhold påtalemyndigheten ikke får trekke inn, og det kan reises ny sak ved en senere anledning om påtalemyndigheten ønsker det. Dersom påtalemyndigheten ikke ønsker å trekke inn disse forhold senere, så er det påtalemyndigheten som begrenser rettens mulighet til å bedømme forholdet og ikke § 38 annet ledd. Dermed får retten i stor grad behandlet de spørsmål som påtalemyndigheten ønsker avgjort. Det er dermed ikke et stort praktisk behov for at de prosessuelle spørsmål bestemmelsene regulerer, har samme løsning, deres nære relasjon til tross.

4 Nærmere om rettstilstanden

4.1 Innledende om helhetsvurderingen

Det følger som nevnt av § 38 annet ledd første punktum at med hensyn til «det straffebud som skal anvendes på forholdet, er retten ikke bundet av tiltalen». Dette innebærer at retten kan dømme etter andre straffebestemmelser enn det som det er angitt i tiltalebeslutningen. Likevel gjelder begrensningen fra første ledd også for endringer i lovanvendelsen, retten kan ikke foreta endringer i lovanvendelsen som innebærer at forholdets identitet forrykkes. Dette er som nevnt uttrykk for kravet om rettslig identitet. Dersom retten foretar en endring i lovanvendelsen som ikke forrykker forholdets identitet, foreligger det rettslig identitet.

Når en straffbar handling gjennomføres, kan denne handlingen overtre flere straffebud samtidig. Ofte løser dette seg ved at det mest alvorlige straffebudet konsumerer hele handlingen. Ran kan tjene som eksempel. Ran inneholder et element av vold, og et element av tyveri. Istedenfor å dømme for tyveri og vold, kan man dømme for ran om vilkårene for dette er oppfylt. Likevel vil det ofte være situasjoner hvor det kan være aktuelt å dømme for et annet straffebud istedenfor eller i tillegg til det som fremgår av tiltalen. Dette vil være tilfelle hvor den straffbare handling overtrer flere straffebud som ikke utelukker hverandre.

Spørsmålet er dermed hvordan man skal vurdere om det foreligger rettslig identitet, og når retten har adgang til å foreta endringer i lovanvendelsen uten at forholdets identitet forrykkes?

I Rt. 2011 s. 172 ble en mann tiltalt for voldtekt, forsøk på voldtekt og oppbevaring av våpen. Tiltalens post II gjaldt forsøk på voldtekt etter strl. 1902 § 192, jf. strl. 1902 § 49, for ved vold eller truende atferd å ha forsøkt å skaffe seg seksuell omgang⁵⁷. Dette ble tiltalte dømt for i tingretten. Tiltalte anket da over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. I lagmannsretten ble tiltalte derimot dømt for kroppsskade etter strl. 1902 § 229. Tiltalte anket så til Høyesterett. Høyesterett gjør først rede for at fornærmedes skader ikke var omfattet av strl. 1902 § 229, men av strl. 1902 § 228 første ledd om legemsfornærmelse. Deretter vurderte Høyesterett om det i det hele tatt var adgang til å omsubsumere et forhold til kroppsfornærmelse, når tiltalen gjaldt voldtekt.

I avsnitt 17 poengterer Høyesterett at rettens adgang til å foreta endringer i lovanvendelsen etter strpl. § 38 annet ledd henger sammen med begrensingen i første ledd. Høyesterett uttaler at retten «kan etter § 38 på nærmere bestemte betingelser dømme etter et annet straffebud enn det tiltalen bygger på» så lenge retten ikke går «utenfor det forhold tiltalen gjelder».

I avsnitt 19 slås det først fast at det må gjelde «samme faktiske handling» for at man skal kunne foreta en endring i lovanvendelsen. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig. Videre i avsnittet uttaler Høyesterett at norsk straffeprosess «bygger på anklageprinsippet. For at retten skal kunne dømme etter en annen straffebestemmelse enn den som er angitt i tiltalen, må det også stilles krav om at bestemmelsen ikke har en *vesentlig annen rettslig karakter* enn den bestemmelsen som er angitt i tiltalen. Sentrale momenter ved denne vurderingen er om *straffebudene tar sikte på å beskytte vesensforskjellige interesser, de grunnleggende trekk ved gjerningsbeskrivelsene og om det er stor forskjell på strafferammene*» (egen kursivering).

Retten konkluderte med at det å subsumere det aktuelle forholdet som legemsbeskadigelse eller legemsfornærmelse ikke var problematisk, selv om tiltalen lød på voldtekt. For det første inneholdt tiltalen på voldtekt et voldselement, som både legemsfornærmelse og legemsbeskadigelse omfattet. For det andre kunne en slik endring i lovanvendelsen aksepteres fordi samtlige bestemmelser tok sikte på å beskytte den «legemlige integritet».

⁵⁷ Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) 22. mai 1902 (opphevet)

Dommen presiserer dermed at det må foretas en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Dersom retten ønsker å benytte et annet straffebud enn det som fremgår av tiltalen, kan retten bare gjøre dette om det nye straffebudet ikke har en vesentlig annen rettslig karakter. Da må det først vurderes om straffebudene skal beskytte vesensforskjellige interesser. De andre momentene er om de grunnleggende trekk ved gjerningsbeskrivelsene er ulike, og om det er stor forskjell i strafferammene. Siktemålet med den videre fremstillingen er å analysere hva som ligger i de tre momentene, og deres vekt i helhetsvurderingen.

4.2 Interesseskranken

4.2.1 Presentasjon av interesseskranken

Det første momentet som har betydning når retten ønsker å foreta endringer i lovanvendelsen, er interesseskranken eller interesseteorien. Problemstillingen er da om endringen innebærer å benytte et straffebud som verner en vesensforskjellig interesse sammenlignet med det straffebudet som er angitt i tiltalen. Interesselæren fikk sitt gjennombrudd ved dommen inntatt i Rt. 1980 s. 360. Denne saken gjaldt en mann som hadde kjørt uforsiktig og skrenset inn i en annen personbil, slik at føreren av bilen kjørte ut av veibanen og bilen begynte å brenne. Personen i den andre bilen døde av skadene. Mannen som forårsaket ulykken ble satt under tiltale for brudd på vegtrafikkloven § 31, jf. § 3 for å ha kjørt uaktsomt⁵⁸. Herredsretten dømte mannen for uaktsomt drap etter strl. 1902 § 239. Spørsmålet for Høyesterett gjaldt tolkningen av straffeprosessloven 1887 § 342, som regulerte hvordan lagrette skulle stille spørsmål, og hvor fritt retten sto i forhold til tiltalen da den skulle stille spørsmål⁵⁹. Førstvoterende uttalte at de to bestemmelsene etter hans oppfatning «verner forskjellige interesser og således har ulike strafferettslige siktemål»⁶⁰. Videre mente han at en slik endring innebar at retten hadde «dømt tiltalte for et forhold som rettslig er av annen karakter enn det tiltalen gjaldt»⁶¹. Med det ble interesseteorien innført som del av norsk rett. Begrunnelsen for at retten ikke kunne foreta den aktuelle endringen var at vegtrafikklovens bestemmelse tok sikte på å verne den offentlige og allmenne interesse i trygg trafikk, mens straffelovens bestemmelse skulle verne den private interesse i liv og helse.

⁵⁸ Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven) 18. mai 1965 nr. 4

⁵⁹ Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven) 1. juli 1887 nr. 5 (opphøvet)

⁶⁰ Se Rt. 1980 s. 360 på side 363

⁶¹ Se Rt. 1980 s. 360 på side 363

Da dommen ble avsagt i Rt. 1980 s. 360 var interesseteorien avgjørende for spørsmålet om det forelå rettslig identitet. Etter hvert utviklet vurderingen seg til en helhetsvurdering slik den er i dag. Selv om interesselæren ikke lenger er det eneste kriteriet i vurderingen av om det foreligger rettslig identitet, har den fremdeles stor betydning i helhetsvurderingen.

Interessesranken gjelder uavhengig av om dette gjelder en ren subsumsjonsendring, eller et ønske om å benytte et nytt straffebed i ulikeartet idealkonkurrens.

4.2.2 Hvordan klarlegger retten hvilke interesser et straffebed verner?

Dersom retten ønsker å benytte et annet straffebed enn det som er angitt i tiltalen, må det som nevnt vurderes om den nye bestemmelsen tar sikte på å beskytte «vesensforskjellige interesser». Det kreves med andre ord en noe markert forskjell i interesseområde for at interessesranken skal utelukke en endring. Dette reiser noen problemstillinger. For det første kan det stilles spørsmål ved hva som ligger i at et straffebed verner en bestemt interesse? For det andre er spørsmålet hvordan man klarlegger hvilke interesser som vernes av de ulike straffebed?

HR-2019-1259-A omhandler en sak hvor en mann ble frifunnet for drapsforsøk i tingretten og lagmannsretten etter strl. 1902 § 227, jf. strl. 1902 § 49. Påtalemyndigheten anket frifinnelsen. Mannen hadde gjemt seg på parkeringsplassen på fornærmedes arbeidsplass, og skal ha ventet der på at fornærmede skulle komme på jobb. Fornærmede ble advart og, mannen ble pågrepet. Lagmannsretten mente at mannen ikke hadde hatt forsett om å ta liv av mannen, og frifant ham derfor for drapsforsøk. Høyesterett mente at dette var en saksbehandlingsfeil, og at lagmannsretten burde vurdert en omsubsummering til forsøk på drapstrusler etter strl. 1902 § 227, jf. strl. 1902 § 49. I avsnitt 21 uttaler førstvoterende at det:

«er noe forskjell på hvilke *interesser* de ulike straffebedene ivaretar. Trusselbestemmelsen i straffeloven 1902 § 227 – nå straffeloven § 263 – står i kapittelet om vern av den personlige frihet, mens drapsbestemmelsen i straffeloven 1902 § 233 – nå straffeloven § 275 – står i kapittelet om voldslovbrudd. De har imidlertid det til felles, at de begge verner den personlige frihet».

Sitatet over illustrerer at kapittelinnndeling i straffeloven kan gi en pekepinn på hvilke interesser ulike straffebed skal ivareta. Inndelingen gir derimot ikke helt klare holdepunkter ettersom de to straffebedene i dommen begge skulle verne om den personlige frihet, til tross

for at de sto i ulike kapitler. Sitatet illustrerer også at man i vurderingen av om det foreligger rettslig identitet kan akseptere noe ulikhet i hvilke interesser de ulike straffebudene ivaretar. Ettersom terskelen for å nekte retten å foreta en endring i lovanvendelsen krever en «vesensforskjell», gir dommen inntrykk av at hvilke interesser som ivaretas angis ganske vidt. Retten vil dermed etter interesseskranken ha ganske vid adgang til å foreta endringer, før interesseskranken utelukker endringen.

I likhet med kapitellindeling, vil naturligvis bestemmelser fra ulik lovgivning normalt gi en pekepinn på hvilke interesser som vernes av den aktuelle loven. Som for eksempel overnevnte Rt. 1980 s. 360. Her skulle bestemmelsene fra vegtrafikkloven verne en annen interesse enn bestemmelsen om uaktsomt drap fra straffeloven, henholdsvis offentlige interesser på den ene siden, og private på den andre. Hvilke interesser et straffebud skal ivareta beror i alle tilfeller på en konkret vurdering⁶². Sentralt i vurderingen står formålet bak straffebudet, og dette må bero på en tolkning av ordlyd, forarbeider og rettspraksis. Dersom straffebudet som er angitt i tiltalebeslutningen skal ivareta offentlige interesser, mens det nye straffebudet retten ønsker å benytte skal ivareta private interesser, har ikke retten adgang til dette, jf. Rt. 1980 s. 360.

Selv om det er noen retningslinjer for hvordan man skal skille interesser fra hverandre, som nevnt i avsnittene over, så er det noen utfordringer med å skille interesser fra hverandre. For det første kan det være utfordrende å slå fast hvilke interesser et straffebud skal verne. For det andre kan det være utfordrende å slå fast et skille mellom offentlige og private interesser. Av den grunn er interesselæren kritisert for å være «relativt uklar» og «lite prinsipiell» i det nye lovforslagets gjennomgang av gjeldende rett⁶³. Likevel kreves det som nevnt at det er vesensforskjell i interessene, så det kan tenkes at om det er vanskelig å slå fast hvilke interesser som beskyttes av ulike straffebud så vil de andre momentene kunne få større betydning i identitetsvurderingen.

4.2.3 Hvilken vekt har interesselæren i helhetsvurderingen?

I Rt. 2013 s. 321 ble en mann tiltalt for ran etter strl. 1902 § 268 første ledd jf. strl. 1902 § 267 første ledd. I tingretten omsubsummerte retten forholdet under strl. 1902 § 390a for brudd på retten til privatlivets fred. Påtalemyndigheten anket domfellelsen til lagmannsretten, som

⁶² Matningsdal (2002) s. 100

⁶³ Se NOU 2016: 24 s. 398

deretter dømte i tråd med tiltalen. Mannen anket dermed etter strpl. § 323 første ledd tredje punktum, da han mente at han var blitt dømt for et annet forhold i tingretten enn i lagmannsretten. Dette besvarte Høyesterett bekreftende. Ankeutvalget bemerket at i dette tilfelle så var vurderingen av om man har med samme forhold lik som vurderingen etter strpl. § 38, og viser til vurderingen etter Rt. 2011 s. 172 over. I avsnitt 14 uttaler ankeutvalget at bestemmelsene skal ivareta «vesensforskjellige interesser». En omsubsumering fra ran til brudd på retten til privatliv kan dermed ikke godtas etter § 38, og utgjør også et annet forhold etter § 323 første ledd tredje punktum. I denne saken sto det sentralt at bestemmelsene vernet vesensforskjellige interesser, som illustrerer at interesselæren har stor vekt i helhetsvurderingen. Hvor stor vekt er det derimot ikke så lett å slå fast ettersom Høyesterett også trakk frem ulikhet i vilkårene for straff, uten å si noe om vektingen av de ulike momentene, i tillegg til at vurderingen knyttet seg til § 323 første ledd tredje punktum.

I HR-2016-169-U hadde lagmannsretten konkludert med at man ikke kan omsubsumere et forhold fra uaktsomt drap etter strl. § 275, til forsettlig drap etter § 281. Dette var ikke Høyesteretts ankeutvalg enig i. Ankeutvalget uttalte at ulikt skyldkrav og ulik strafferamme til tross, så var en slik endring i tråd med § 38 annet ledd. Dette skyldtes at det gjaldt samme handling, og begge bestemmelsen vernet samme interesse – retten til liv. Denne dommen gir dermed uttrykk for at interesselæren alene kan ha avgjørende vekt i helhetsvurderingen, da det her var tale om betydelig forskjell i både strafferamme og gjerningsbeskrivelse.

I HR-2017-473-U avsnitt 18 konkluderer ankeutvalget med at retten har adgang til å foreta en subsumsjonsendring fra grovt utroskap etter strl. 1902 § 276, jf. strl. 1902 § 275, til grovt underslag etter strl. 1902 § 256, jf. strl. 1902 § 255. Også her begrunnes adgangen med at det gjelder de samme faktiske handlinger og de samme vernede interesser.

Følgelig er det klart at interesselæren både alene og i kombinasjon med de andre momentene, har betydelig vekt i helhetsvurderingen. Dette kommer særlig tydelig frem i overnevnte dom HR-2016-169-U.

4.3 Forskjell i gjerningsbeskrivelsene

4.3.1 Presentasjon av momentet

Det neste momentet som må vurderes er om det er stor forskjell i gjerningsbeskrivelsene. Denne problemstillingen knytter seg til om det er stor forskjell i de objektive vilkårene som følger av straffebudene. I denne vurderingen er også de subjektive vilkårene for straff relevant, selv om disse normalt ikke følger av gjerningsbeskrivelsen. De objektive vilkårene knytter seg til selve handlingsbeskrivelsen av den straffbare gjerning, mens de subjektive vilkårene knytter seg til hvilket skyldkrav det aktuelle straffebudet krever. Det kreves for eksempel et annet subjektivt skyldkrav for å bli dømt for forsettlig drap enn uaktsomt drap. På den annen side er de objektive vilkårene for tyveri annerledes enn de objektive vilkårene for heleri. Dersom det er stor forskjell i gjerningsbeskrivelsene, eller de objektive vilkårene, taler dette med styrke for at endringen ligger utenfor hva retten har adgang til etter § 38 annet ledd. Dette skyldes at risikoen er stor for at man beveger seg vekk fra de handlinger som er angitt i tiltalen, og at man behandler et annet forhold enn det påtalemyndigheten har tatt ut tiltale for. Hvis endringen knytter seg til de typiske gradstilfellene, vil dette sjelden være en stor nok endring til at forholdets identitet forrykkes⁶⁴. Som eksempel kan nevnes kroppsfor nærmelse som omsubsummeres til grov kroppsfor nærmelse.

4.3.2 Hvilken vekt har forskjeller i gjerningsbeskrivelsen i helhetsvurderingen?

Dersom det er stor forskjell i vilkårene, taler dette altså for at omsubsummering etter § 38 ikke er mulig. I både Rt. 2011 s. 172 og Rt. 2012 s. 1852 legges det til grunn at retten har adgang til å dømme for kroppsfor nærmelse når tiltalen gjelder voldtekt. Rt. 2013 s. 321 er omtalt over. Saken gjaldt en mann som ble tiltalt for ran, men dømt for brudd på retten til privatlivets fred. I vurderingen av om dette var samme forhold bemerker ankeutvalget at det kreves vesentlig flere vilkår for å kunne dømme noen for ran, enn for brudd på privatlivets fred. Det måtte kreves at tiltalte «hadde utøvet eller truet med å utøve vold mot en person, og volden eller trusselen må være utøvet i hensikt om å skaffe seg en uberettiget vinning». Her var det derfor stor forskjell på straffebudets objektive side, altså gjerningsbeskrivelsen. Når det i tillegg gjaldt bestemmelser som skulle ivareta forskjellige interesser, kunne ikke retten foreta en slik endring. Dommene gir dermed uttrykk for at man kan omsubsumere til en bestemmelse med færre vilkår, fordi da trenger man bare gjøre mindre eller ingen endringer i faktum. Ønsker retten derimot å benytte et straffebud med flere vilkår, er det stort sett alltid

⁶⁴ Gunleiksrud (1996) under pkt. 3.4

behov for å gjøre endringer i faktum også. Dersom endringen knytter seg til de objektive vilkårene, og innebærer at det blir færre slike, vil endringen trolig godtas. Medfører endringen at man må fokusere på et annet tidspunkt i hendelsesforløpet, innebærer dette som oftest at retten ikke har adgang til dette, selv om beskrivelsen kan være nokså lik⁶⁵. Her kan igjen en omsubsummering fra tyveri til heleri tjene som eksempel.

I LA-2014-173072 kom Agder lagmannsrett til at man kunne dømme for simpelt ran når tiltalen gjaldt grovt tyveri⁶⁶. Anken ble ikke tillatt fremmet av Høyesteretts ankeutvalg, i HR-2015-354-U. Dette til tross for at man her var nødt til å legge til et element som ikke fulgte av tiltalen. Dette resultatet har derimot blitt kritisert. I lovforslaget trekkes dette resultatet frem som et eksempel på at retten etter gjeldende praksis har for vid adgang til å legge til elementer som ikke følger av tiltalen⁶⁷. Utvalget mener at rettens adgang til å legge til og fjerne elementer sammenlignet med det som følger av tiltalen, er uheldig i lys av anklage- og opportunitetsprinsippet⁶⁸.

I HR-2016-169-U var forskjellen derimot på den subjektive siden, og endringen ble akseptert. Tiltalen gjaldt uaktsomt drap etter strl. § 281, men tiltalte ble dømt for forsettlig drap etter strl. § 275. Ankeutvalget uttalte at dette var samme forhold, selv om skyldkravet var annerledes og det var forskjell i strafferamme. Bestemmelsene knyttet seg til samme faktiske handling, og bestemmelsene skulle ivareta samme interesse.

Det er med andre ord ikke så stort rom for å gjøre store endringer i de objektive vilkårene. Spesielt ikke om man da blir nødt til å legge til elementer. Forholdets identitet vil lett forrykkes om det er stor forskjell i beskrivelsen av den straffbare handling. Til sammenligning vil det nok være større rom for å gjøre endringer på den subjektive vilkårssiden⁶⁹. Det vil stort sett alltid knytte seg til samme handling selv om det er knyttet usikkerhet til om handlingen innebar uaktsomhet eller forsett. Momentet har derfor sammen med interesseskranken betydelig vekt i identitetsvurderingen.

⁶⁵ Matningsdal (2002) s. 92 under pkt. 3.2

⁶⁶ Erik Keiserud, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørdal, *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, § 38, *Juridika* (lest 1. desember) under avsnitt 9.

⁶⁷ Se NOU 2016: 24 s. 398

⁶⁸ Se NOU 2016:24 s. 398

⁶⁹ Se som eksempel overnevnte HR-2016-169-U

4.4 Forskjell i strafferammene

Videre nevnes stor forskjell i strafferammene som et sentralt moment i vurderingen av om retten kan benytte et annet straffebed enn det som fremgår av tiltalen. Det kan dermed tenkes at en endring i lovanvendelsen til et straffebed med mildere strafferamme oftere vil kunne aksepteres enn dersom endringen går i motsatt retning. Rt. 2012 s. 1857 er et eksempel på dette. Denne saken gjaldt en mann som ble tiltalt for medvirkning til voldtekt etter strl. 1902 § 192, jf. strl. 1902 § 205. Grunnlaget var at tiltalte skal ha slått en kvinne i forbindelse med at en annen mann voldtok kvinnen. Tingretten omsubsummerte forholdet under strl. 1902 § 228 for legemsfornærmelse. Dette skyldtes at tingretten ikke fant det bevist at volden hadde noen sammenheng med voldtekten. I lagmannsretten ble mannen derimot dømt i tråd med tiltalen, for medvirkning til voldtekt. Da ankeutvalget tok stilling til mannens ankerett for Høyesterett etter strpl. § 323, gir utvalget uttrykk for at man kan omsubsumere fra medvirkning til voldtekt til legemsfornærmelse uten at dette er problematisk etter § 38. Ankeutvalget uttalte i avsnitt 22 en omsubsumering fra legemsfornærmelse til medvirkning til voldtekt, vil være å gå utenfor det «forhold» som saken gjelder etter § 323 første ledd tredje punktum, på grunn av den store forskjellen i strafferammene.

I HR-2016-169-U, som gjaldt omsubsumering fra uaktsomt drap etter strl. § 281 til forsettlig drap etter strl. § 275, fikk derimot ikke forskjellen i strafferamme avgjørende betydning. Dette illustrerer at det må foretas en konkret vurdering fra sak til sak, og at dette momentet trolig ikke veier like tungt i.

HR-2019-1259-A er også nevnt tidligere. Her var det spørsmål om å endre lovanvendelsen fra drapsforsøk til forsøk på trusler. I den forbindelse uttaler Høyesterett i avsnitt 24 at det kan være samme forhold å dømme «etter et betydelig *mildere* straffebed enn tiltalen gjelder. Å gå motsatt vei kan derimot være problematisk. Dette har, slik jeg ser det, sammenheng med formålet bak straffeprosessloven § 38, som særlig er å understøtte anklageprinsippet, og at tiltalte skal gis mulighet til å forberede et effektivt forsvar».

Ser man HR-2016-169-U og HR-2019-1259-A i sammenheng, gir disse dommene klart uttrykk for at dette momentet er av underordnet betydning i helhetsvurderingen. Det brukes som et støttemoment dersom de to andre momentene peker i den ene eller andre retning.

4.5 Rettens plikt til å gjøre endringer i lovanvendelsen

4.5.1 Rettens plikt til å omsubsummere

Til nå er det gjort rede for hvilken vurdering retten må foreta for å ta stilling til om det kan foretas endringer i lovanvendelsen. Hva er betydningen av at retten har adgang til dette? Står retten da fritt til å dømme i tråd med tiltalen, eller må den da foreta den aktuelle endringen i lovanvendelsen?

Etter § 38 første ledd annet punktum fremgår det at bare når retten finner «særlig grunn til det» «prøver retten om det foreligger omstendigheter som ville bringe forholdet inn under en strengere straffebestemmelse enn etter tiltalen». Ordlyden i første ledd annet punktum legger dermed tilsynelatende opp til en helhetsvurdering av om retten bør foreta endringer i lovanvendelsen til tiltaltes ugunst. Hva er en «omstendighet» i denne sammenheng? Ordlyden gir lite veiledning for hva dette betyr. Fra forarbeidene fremgår det derimot at det med «omstendighet» menes bevis, og spørsmålet er om retten har plikt til å innhente flere bevis⁷⁰. Dette henger sammen med rettens plikt til å sørge for at saken blir fullstendig opplyst etter strpl. § 294, og handler om at retten i enkelte tilfeller kan ha plikt til å innhente ytterligere bevis til tiltaltes gunst og ugunst⁷¹. Denne plikten er strengere om bevisene er til siktedes gunst, enn om det er til hans ugunst. For å besvare spørsmålet om ytterligere bevis skal innhentes må retten må vurdere handlingens grovhet, muligheten til å skaffe nye bevis, den potensielle betydningen innhenting kan ha for straffutmålingen, og om dette vil føre til en vesentlig forsinkelse av saken⁷². Ordlyden i første ledd sier dermed ingenting om en plikt til å foreta endringer i lovanvendelsen.

I Paragraf 38 annet ledd fremgår det at hva gjelder anvendelse av andre straffebud så er «retten ikke bundet av tiltalen». Ordlyden gir dermed uttrykk for at retten ikke er bundet av tiltalen, men den sier ikke noe om en plikt til å foreta endringer i lovanvendelsen.

Det følger av Ot. Prp. Nr. 35 (1978 – 1979) s. 110 at det «er trolig ikke en gang mulig å utforme en enkel regel om at retten har plikt til å gå utenfor tiltalebeslutningen overalt hvor den har adgang til å gjøre det [...] Det mest rasjonelle antas å være at de gjenstående

⁷⁰ Innstilling 1969 s. 162

⁷¹ Øyen (2019) s. 376

⁷² Erik Keiserud, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørdal, *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, § 38, [Juridika](#) avsnitt 8 (lest 25. november)

tvilsspørsmål her får sin løsning i rettspraksis». Følgelig er det klart at en plikt til å foreta endringer i lovanvendelsen må bero på en analyse av hvordan Høyesterett har besvart spørsmålet i rettspraksis.

HR-2020-1033-U gjelder en voldtektssak. I denne saken var det en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke tok stilling til om det forelå adgang til å dømme for uaktsom voldtekt, når tiltalte ble frifunnet for forsettlig voldtekt. Tiltalte var tiltalt for to overtredelser av strl. § 291, men ble ikke dømt for å ha overtrådt dette straffebudet da det var knyttet usikkerhet til om vedkommende forsto at han oppnådde den seksuelle omgangen ved bruk av vold. Ankeutvalget konkluderte dermed med at det da var en saksbehandlingsfeil å ikke vurdere om forholdet kunne omfattes av strl. § 294 om uaktsom voldtekt. Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet på punktet som knyttet seg til frifinnelse for de to voldtektene. I avsnitt 12 uttaler ankeutvalget at under «visse forutsetninger vil retten ha en selvstendig plikt til å vurdere om et forhold rammes av en annen bestemmelse, jf. HR-2019-792-U avsnitt 13 med videre henvisning til blant annet Rt-1982-1380».

HR-2019-792-U gjaldt en sak hvor en mann var tiltalt for bedrageri. I avsnitt 14 uttaler ankeutvalget at det var en saksbehandlingsfeil å ikke vurdere om forholdet kunne rammes av strl. § 374 om grovt uaktsomt bedrageri. Dommen ble derfor opphevet på dette punktet.

I overnevnte HR-2019-1259-A, var en mann tiltalt for drapsforsøk. Mannen hadde gjemt seg i garasjen på fornærmedes arbeidsplass, og ble pågrepet her da fornærmede hadde blitt varslet om muligheten for at mannen befant seg på arbeidsplassen hans. Under hovedforhandlingen i lagmannsretten kom det frem at tiltalte ikke hadde forsett om å drepe fornærmede, men om å true vedkommende. Høyesterett kom dermed med dissens 4-1 til at det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke vurderte om forholdet kunne omfattes av forsøk på trusler. Den dissenterende dommer mente at forsøk på trusler ville være å gå utenfor det forholdet som tiltalen gjaldt.

De overnevnte dommene gir uttrykk for at retten har en plikt til å vurdere omsubsummering dersom alternativet er frifinnelse. Dette illustreres ved at det var en saksbehandlingsfeil da retten ikke vurderte uaktsom voldtekt, da de frifant vedkommende for forsettlig voldtekt⁷³.

⁷³ Se HR-2020-1033-U

Samme gjelder saken hvor det var en saksbehandlingsfeil da retten ikke vurderte grovt uaktsomt bedrageri, da den frifant for grovt bedrageri⁷⁴. Disse dommene illustrerer at retten har plikt til å vurdere om forholdet kan dømmes under en bestemmelse som gjelder uaktsomhet, dersom den frifinner for forsettlig overtredelse. Dommen som gjaldt omsubsummering fra forsøk på drap, til forsøk på trusler kan gi uttrykk for at retten plikter å vurdere et mildere straffebud når alternativet er frifinnelse⁷⁵. Dette kan ha en side til den materielle sannhets prinsipp. Dersom tiltalte er skyldig etter tiltalen, men straffebudets vilkår ikke er oppfylt, så må retten vurdere om tiltalte kan dømmes etter et annet straffebud. Likevel begrenses plikten av den overnevnte helhetsvurderingen. Retten kan ikke foreta en endring som innebærer at forholdets identitet forrykkes.

Hvor langt denne plikten går er likevel ikke helt sikkert. I Rt. 1983 s. 400 uttaler førstvoterende på s. 403 at i «utgangspunktet har retten også plikt til å overveie om et forhold som ikke rammes av den bestemmelse tiltalen gjelder, kan straffes etter en annen bestemmelse. Denne plikten må imidlertid i noen grad bero på den konkrete situasjon». Førstvoterende gir ikke noen fyllestgjørende grunn for hvorfor ikke plikten kom til anvendelse i den konkrete saken, annet enn at det ikke virket nærliggende å henføre forholdet under noen andre bestemmelser.

I de tilfellene en endring i lovanvendelsen ikke vil ha noen påvirkning på straffeutmålingen, kan det tenkes at plikten ikke gjelder. Dersom retten kommer til at vilkårene i straffebudet som fremgår av tiltalen er oppfylt, kan det fremstå som unødvendig å vurdere om forholdet kan subsumeres under en annen bestemmelse om dette ikke har betydning for sluttresultatet. Dette kan også henge sammen med den overnevnte undersøkelsesplikten som følger av § 38 første ledd. Dersom det må innhentes nye bevis for å ta stilling til om forholdet kan subsumeres under en annen straffebestemmelse, er det klart at denne plikten står sterkere om dette er til siktedes gunst enn om det er til hans ugunst. Foreligger det derimot bevis for at tiltaltes handlinger er grovere enn det som fremgår av tiltalen, tilsier den materielle sannhets prinsipp at retten plikter å oppsubsumere forholdet. Rettens plikt til å foreta endringer kan dermed tenkes å foreligge i de tilfellene hvor vilkårene i bestemmelsen fra tiltalen ikke er oppfylt, og alternativet er frifinnelse. Det samme gjelder de tilfellene hvor det klart er bevis for at tilfelle skal bedømmes etter et mildere eller strengere straffebud. I de tilfellene hvor det

⁷⁴ Se HR-2019-792-U

⁷⁵ Se HR-2019-1259-A

ikke er klart at en endring i lovanvendelsen vil ha noen reell betydning for sluttresultatet, kan det tenkes at denne plikten ikke gjelder.

4.5.2 Rettens plikt til å benytte et nytt straffebud i tillegg til det som er angitt i tiltalen (ulikeartet idealkonkurrens)

Også i de tilfeller hvor retten har adgang til å benytte et nytt straffebud i tillegg til det som er angitt i tiltalen, gjelder det i utgangspunktet en plikt for retten til å foreta en slik endring. Plikten begrenses likevel av at retten ikke kan gå utenfor det «forhold» tiltalen gjelder, som for omsubsummeringer. Plikten gjelder heller ikke her absolutt, og på grunn av hensynet til anklageprinsippet behøver ikke retten å benytte seg av et nytt straffebud i tillegg dersom dette ikke påvirker straffeutmålingen⁷⁶. Plikten vil trolig oftere gjøre seg gjeldende i de tilfellene hvor retten kan benytte et nytt straffebud i omsubsummeringstilfellene. Dette skyldes at omsubsummeringen trolig oftere vil ha betydning for utmålingen, enn hva som er tilfelle for et nytt straffebud i idealkonkurrens.

Tiltalebeslutningen setter dermed rammer for rettens subsumsjonsfrihet i form av at det er begrensinger for hvilke endringer retten kan foreta i lovanvendelsen, og i form av at den på nærmere vilkår kan forplikte retten til å foreta endringer om den har adgang til det.

Kilderegister:

Lover:

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven)

Lov 31. mai 1900 nr. 5 om Løsgjængerer, Betleri og Drukkenskap (løsgjængerloven)
(opphevet)

Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

⁷⁶ Erik Keiserud, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørdal, *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, § 38, [Juridika](#) (lest 3. desember)

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 18. mai 1965 nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Forarbeider:

NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)

Ot. Prp. Nr. 35 (1978 – 1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker

Prop. 141 L (2009 – 2010) Endringer i straffeprosessloven mv.

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Internasjonale konvensjoner:

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen med tilhørende tilleggsprotokoller (1950)

Rettspraksis:

Høyesterett:

Rt. 1980 s. 360

Rt. 1983 s. 400

Rt. 2001 s. 38

Rt. 2003 s. 394

Rt. 2007 s. 1435

Rt. 2008 s. 1746

Rt. 2009 s. 187

Rt. 2010 s. 630
Rt. 2011 s. 172
Rt. 2012 s. 1857
Rt. 2013 s. 321
Rt. 2013 s. 1068
HR-2015-354-U
HR-2016-169-U
HR-2017-473-U
HR-2019-792-U
HR-2019-1259-A
HR-2020-1033-U
HR-2020-1659-U

Lagmannsrett:

LA-2014-173072

Praksis fra EMD:

Zolotukhin mot Russland, dom av 10. februar 2009 (14939/03)

Litteratur:

- Gunleiksrud 1996 Gunleiksrud, Stig og amanuensis Johnny Johansen: «I hvilken grad kan retten anvende et annet straffebud enn det tiltalen gjelder?», *Jussens venner*, 1996 s. 44 – 59.
- Matningsdal 2002 Matningsdal, Magnus: «Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom», *Jussens Venner*, 2002 s. 89-132.
- Rui 2008 Rui, Jon Petter: «Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning – ne bis in idem» (doktoravhandling) (2008), Universitetet i Tromsø.
- Rui 2014 Rui, Jon Petter: «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens Venner*, 2014 s. 382-443.

- Øyen 2017 Øyen, Ørnulf: «Det straffbare «forhold»: EMDs tilnærming, Høyesteretts kursendring og forslagene til Straffeprosesslovutvalget», *Tidsskrift for strafferett*, 2017 s. 89-102.
- Rui 2017 Rui, Jorun, «Anklageprinsippets stilling i norsk straffeprosess», *Tidsskrift for strafferett*, 2017 s. 329-344.
- Øyen 2019 Øyen, Ørnulf: *Straffeprosess*. 2. utgave (Bergen 2019).

Nettutgivelser:

Erik Keiserud, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørdal, *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, [§ 38](#), [Juridika](#).