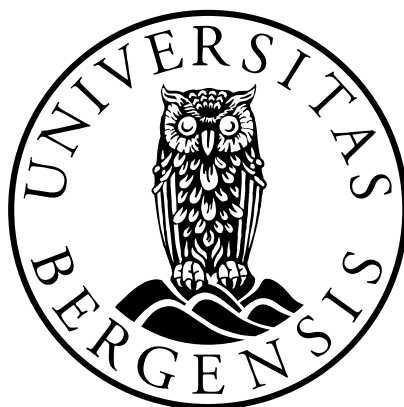


# **Adgangen til å ta i bruk tvangsmidler med sikte på en gjenåpningsbegjæring til skade for siktede**

Kandidatnummer: 59

Antall ord: 14808



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.16

## Innholdsfortegnelse

Kapittel 1. Innledning .....	4
1.1. Angivelse og avgrensning av temaet for masteroppgaven .....	4
1.2. Rettslig plassering og rettskildesituasjon for emnet .....	5
1.3. Begrepsavklaring .....	6
1.3.1. Hva er et tvangsmiddel? .....	6
1.3.1.1. Grunnvilkåret om skjellig grunn til mistanke .....	7
1.3.2. Hva er et rettsmiddel? .....	7
1.3.3. Hva innebærer det at en dom har rettskraftsvirkninger? .....	8
1.3.4. Gjenåpning som ekstraordinært rettsmiddel .....	9
1.4. Aktualitet: «Kristin-saken» .....	9
1.5. Videre fremstilling .....	10
Kapittel 2. Nærmere om gjenåpning .....	11
2.1. Hvilke straffesaker kan gjenåpnes? .....	11
2.2. Begrunnelsen for, og hensynene bak reglene om gjenåpning .....	12
2.3. Presentasjon av regelen i stprl. § 393 første ledd nr. 2 .....	13
2.3.1. Nærmere om nye opplysninger eller bevis .....	13
2.3.2. Om mistankekravet .....	14
2.4. Gjenopptakelseskommissjonens vurdering etter stprl. § 393 første ledd nr. 2 .....	15
Kapittel 3. Adgangen til, og problemene ved å ta i bruk tvangsmidler med sikte på en gjenåpningsbegjæring til skade for en tidligere frifunnet i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2 .....	16
3.1. Valg av tema og formålet med fremstillingen .....	16
3.1.1. Om uskyldspresumsjonen .....	17
3.1.1.2. Etter frifinnende dom .....	18
3.1.1.3. Ved bruk av tvangsmidler .....	19
3.1.2. Kravet om forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler .....	19
3.2. Tvangsmidler med formål om å avdekke eller sikre bevis .....	20
3.2.1. Generelt om ransaking .....	20
3.2.1.1. Ransaking av rom i medhold av stprl. § 192 .....	20
3.2.1.2. Ransaking av person i medhold av stprl. § 195 .....	21
3.2.2. Motstående hensyn .....	21
3.2.3. Kravet til mistanke .....	22
3.3. Tvangsmidler med formål om å sørge for at saken kan gjennomføres og dom fullbyrdes .....	25

3.3.1. Generelt om varetektsfengsling i medhold av strpl. § 171 .....	25
3.3.2. Motstående hensyn .....	27
3.3.3. Kravet til mistanke .....	28
3.4. Varetektsfengsling i medhold av strpl. § 172 .....	30
3.4.1. Generelt om regelen .....	30
3.4.2. Kravet til mistanke .....	30
3.4.3. Nærmere om innholdet i regelen i strpl. § 172 .....	31
3.4.4. Fengslingskjennelsen i Kristin-saken (Rt. 2015 s. 935).....	31
3.4.4.1. Anvendelsen av kravet til mistanke i Kristin-saken.....	31
3.4.4.2. Tvangsmiddelets formål .....	33
3.5. Oppsummert .....	35
Kapittel 4. Sammenfatning og vurdering av adgangen til å bruke tvangsmidler overfor en frikjent .....	35
4.1. Hvilke begrensninger setter, eller bør en rettskraftig frifinnende dom sette for bruk av varetektsfengsling overfor en som er frifunnet for samme forhold? .....	35
4.2. Nødvendig med tvangsmidler i gjenåpningsprosessen? .....	37
Kapittel 5. Kan domstolen gjennom sin beslutning om varetektsfengsling påvirke Gjenopptakelseskommisjonens avgjørelse om å gjenåpne saken?.....	40
5.1. Innledning .....	40
5.2. Beviskravet i regelen om gjenåpning til skade for siktede og tvangsmiddelet som tas i bruk .....	40
5.3. Hva gjorde ankeutvalget i «Kristin-saken»?.....	40
5.4. Innebærer avgjørelsene reelt sett en prøving av samme tema? .....	41
5.5. Hvorfor er dette problematisk? .....	41
Kapittel 6. Avslutning .....	43
6.1. Avsluttende refleksjoner .....	43
Kapittel 7. Kildeliste.....	45

## Kapittel 1. Innledning

### 1.1. Angivelse og avgrensning av temaet for masteroppgaven

Når en frifinnende dom er rettskraftig er en av virkningene av denne, at vedkommende som ble frifunnet ved dommen, ikke på ny kan stilles for retten for det samme straffbare forhold som frifinnelsen gjaldt. Dette er et grunnleggende rettsstatsprinsipp forankret i den norske straffeprosesslovens § 51, og i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) protokoll 7 art. 4 nr. 1.<sup>1</sup>

Det er imidlertid i straffeprosesslovens kapittel 27, og i EMK protokoll 7 art. 4 nr. 2, hjemlet adgang til å begjære en sak som endte med frifinnelse, gjenåpnet til skade for frikjente.

Gjenåpningsinstituttet er basert på, og begrunnet i, at en endelig dom kan være feil, det være seg til siktedes gunst eller skade. Rettsmiddelet gjenåpning skal fungere som en sikkerhetsventil for uriktige utslag av en doms rettskraftvirkninger, og i den forlengelse sikre materielt riktige avgjørelser.

Temaet for oppgaven knytter seg til gjenåpning av straffesaker etter lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter strpl.) § 393 første ledd nr. 2. Nærmere bestemt om hvilken adgang politi eller påtalemyndighet har til å bruke tvangsmidler med sikte på en gjenåpningsbegjæring til skade for siktede, når grunnlaget for bruken av tvangsmiddelet er den handlingen som vedkommende tidligere er frifunnet for ved rettskraftig dom.

Fordi gjenåpning er et ekstraordinært rettsmiddel, og dermed nokså ukjent for de fleste, skal oppgaven innledningsvis redegjøre for hvilke regler som gjelder for gjenåpning til skade for en som tidligere er frifunnet, og hvilke motstridende hensyn som gjør seg gjeldende ved denne ordning. Redegjørelsen vil begrense seg til å omhandle regelen i strpl. § 393 første ledd nr. 2. Bestemmelsen lyder:

*«Til skade for siktede kan påtalemyndigheten kreve gjenåpning når det på grunn av hans egen tilståelse eller andre nye opplysninger eller bevis må antas at han er skyldig i den straffbare handling eller en vesentlig grovere straffbar handling enn den han er dømt for.»*

Videre skal oppgaven gjøre rede for to av flere tvangsmidler, ransaking og varetektsfengsling. Disse tvangsmidlene krever skjellig grunn til mistanke. Oppgaven vil se nærmere på hvilken

---

<sup>1</sup> Ofte omtalt som «ne bis in idem»

betydning det har for vurderingen av om det foreligger skjellig grunn til mistanke for bruken av disse tvangsmidlene, at siktede tidligere er frifunnet for forholdet. Derfor redegjøres det også utførlig for vilkårene for, og bruken av de nevnte tvangsmidler, for å vurdere hvorfor det kan være problematisk å bruke disse overfor en tidligere frifunnet før gjenåpning av saken er besluttet.

## **1.2. Rettslig plassering og rettskildesituasjon for emnet**

Oppgavens tema faller rettslig innenfor straffeprosessen. Straffeprosessen omhandler de rettsregler som gjelder for behandling av straffesaker, og skal først og fremst ivareta visse rettssikkerhetsprinsipper. Rettssikkerhetsprinsippene skal sikre at siktede, og andre involverte parter, behandles på en rettferdig og betryggende måte fra etterforskningsstadiet til endelig dom foreligger. Saksbehandlingsreglene for straffesaker er i all hovedsak lovfestet i straffeprosessloven, som utgjør den primære rettskilden for oppgavens tema.

Gjenåpning av straffesaker er regulert i strpl. kapittel 27, og reglene om bruk av tvangsmidler finner vi i lovens kapittel 13-17.

Gjennom reglene om tvangsmidler gir straffeprosessloven offentlige myndigheter mulighet til å gjøre inngrep i privatpersonens rettsfære. Dette medfører at legalitetsprinsippet står sterkt i straffeprosessen, med dets krav til tilstrekkelig hjemmel for myndighetsutøving.

Etter strpl. § 4 første ledd gjelder lovens regler «med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat». Folkeretten har stor innflytelse på gjeldende rett på straffeprosessens område, og da først og fremst Den europeiske menneskerettighetskonvensjon med tilhørende rettskilder (EMK-retten).<sup>2</sup> Oppgaven vil bruke relevante regler fra EMK, med tilhørende praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), i analysen av hvilke hensyn som står mot hverandre når et tvangsmiddel begjæres brukt mot frikjente med sikte på en gjenåpning av straffesaken.

Temaet gjenåpning til skade for siktede er beskjedent behandlet i juridisk teori. Etter at Gjenopptakelseskommissjonen ble opprettet i 2004, er så vidt meg bekjent, kun to saker gjenåpnet til skade for en tidligere frifunnet etter strpl. § 393 første ledd nr. 2. Enda færre rettskilder tematiserer forholdet mellom bruk av tvangsmidler og gjenåpning. Det foreligger én kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg, inntatt i Rt. 2015 s. 935, og denne blir derfor sentral for oppgaven.

---

<sup>2</sup> Rui (2014) s. 382-383

Det svært sparsomme rettskildebildet gjør at oppgaven stort sett vil basere seg på sentrale og grunnleggende prinsipper i straffeprosessen for å fastlegge gjeldende rett. Derfor fordrer oppgaven også de lege ferenda-betraktninger.

### **1.3. Begrepsavklaring**

#### **1.3.1. Hva er et tvangsmiddel?**

I straffeprosessuell forstand er et tvangsmiddel fellesbetegnelsen på ulike virkemidler politi- og påtalemyndighet kan ta i bruk overfor en mistenkt i en straffesak, som et ledd i deres oppgave om å bekjempe kriminalitet.<sup>3</sup> En naturlig språklig forståelse av ordet

«tvangsmiddel», tilsier at dette er virkemidler som kan tas i bruk mot mistenktes vilje.<sup>4</sup>

Dersom påtalemyndigheten beslutter, eventuelt med tillatelse fra en domstol, å ta i bruk tvangsmidler overfor en mistenkt i straffesaken, medfører det at vedkommende får status som siktet etter strpl. § 82 første ledd.<sup>5</sup>

Tvangsmidlene inndeles gjerne i tre grupper ut i fra hvilket formål bruken av tvangsmiddelet har.<sup>6</sup>

Tvangsmidler med formål om å avdekke eller sikre bevis vil typisk være ransaking, telefonavlytting og annen kommunikasjonskontroll. Den mest omfattende bruken av tvangsmidler skjer på etterforskningsstadiet i en straffesak.<sup>7</sup> Bruk av tvangsmidler kan være avgjørende for politiets arbeid med å oppklare hva som har skjedd og hvem som er involvert i den utførte straffbare handlingen.

Tvangsmidler med formål om å sørge for at saken kan gjennomføres og dom fullbyrdes er typisk beslag eller varetektsfengsling. Et beslag vil kunne ha betydning for sakens gjennomføring. Ved at politiet kan ta beslag av ting, sikrer en også at beslaget kan legges frem i retten som bevis, samtidig som en hindrer tiltalte eller andre å eventuelt ødelegge bevis forut for hovedforhandlingen. Disse tvangsmidlene brukes mest under forberedelse til hovedforhandling, men også etter dom er avsagt. For eksempel kan det besluttes at domfelte skal sitte i varetekt frem til dommen er rettskraftig og kan fullbyrdes.

Tvangsmidler med formål om å hindre at siktede begår nye lovovertridelser under

---

<sup>3</sup> Jfr. strpl. fjerde del

<sup>4</sup> Jfr. strpl. § 170 a

<sup>5</sup> Med de unntak som følger av strpl. § 82 tredje ledd

<sup>6</sup> Se Andenæs (2009) s. 277

<sup>7</sup> Ibid s. 278

rettergangen, er i all hovedsak varetektsfengsling. Såkalt prevensjonsarrest, brukes i praksis overfor vanemessige vinningskriminelle.<sup>8</sup>

### **1.3.1.1. Grunnvilkåret om skjellig grunn til mistanke**

Grunnvilkåret for å benytte de fleste straffeprosessuelle tvangsmidler overfor en mistenkt er at det foreligger «skjellig grunn til mistanke».<sup>9</sup> Mistanken må rette seg mot at vedkommende har overtrådt et straffebud og har handlet med nødvendig skyld.

Rent språklig må ordlyden «skjellig grunn til mistanke» bety det samme som en begrunnet mistanke. Mistanken må i alle fall ha en god eller rimelig grunn. I Rt. 1993 s. 1302 la Høyesteretts ankeutvalg til grunn at «det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det».<sup>10</sup> Etter ankeutvalgets oppfatning kreves det altså sannsynlighetsovervekt for skyld.

Når det gjelder spørsmålet om hvor stor sannsynlighetsovervekt som skal til, gir kjennelsen i Rt. 1992 s. 1529 noen holdepunkter. Saken gjaldt et førerkortbeslag etter veitrafikklovens § 33 nr. 5, som også krever «skjellig grunn til mistanke». Kjæremålsutvalget uttalte at dette «ikke kan forstås slik at det kreves noen kvalifisert sannsynlighetsovervekt»; det er tilstrekkelig at mistanken er «av en viss styrke».<sup>11</sup>

### **1.3.2. Hva er et rettsmiddel?**

Rettsmidler er fellesbetegnelse for de virkemidler sakens parter har til å få prøvd en avgjørelse avsagt av domstolen på nytt. Adgangen til overprøving er en viktig rettssikkerhetsgaranti, da omstendigheter kan ha vært oversett eller feil blitt begått i behandlingen av saken i tidligere instans.<sup>12</sup> Rettsmidlene skal derfor fremme målet om materielt riktige avgjørelser.

Det skilles mellom ordinære og ekstraordinære rettsmidler. Ordinære rettsmidler brukes mot avgjørelser som ikke er rettskraftige. I straffesaker er det mest vanlige rettsmiddelet anke over dom eller kjennelser og beslutninger.<sup>13</sup> Ekstraordinære tvangsmidler brukes mot rettskraftige avgjørelser. Om det ekstraordinære rettsmiddel gjenåpning, se nedenfor i punkt 1.3.4.

---

<sup>8</sup> Andenæs (2009) s. 288

<sup>9</sup> Se bla. stprl. §§ 171, 192 og 202 a

<sup>10</sup> Rt. 1993 s. 1302, side 1303

<sup>11</sup> Andorsen (1994) s. 562

<sup>12</sup> Andenæs (2009) s. 462

<sup>13</sup> Jfr. henholdsvis stprl. kap. 23 og 26

### 1.3.3. Hva innebærer det at en dom har rettskraftsvirkninger?

Når de ordinære fristene for bruk av rettsmidler mot dommen er utløpt, er dommen rettskraftig etter stprl. § 50. Dette innebærer at saken mot en person har fått sin endelige avgjørelse ved domstolen. Rettskraftvirkningene har både en formell og materiell side, og positive og negative virkninger.

Stprl. § 50 gir uttrykk for dommens formelle rettskraft. Uttrykket formell rettskraft brukes om dommens egenskap i at den konkrete saken mot en person er endelig avgjort.

Den materielle rettskraft følger av stprl. § 51, og innebærer at en rettskraftig dom hindrer at samme spørsmål blir tatt opp til prøvelse i en ny sak. Den materielle rettskraft inntreffer når dommen blir formelt rettskraftig.

Formell og materiell rettskraft henger derfor nært sammen, og vitner begge om at på et eller annet tidspunkt i prosessen må det i den enkelte sak settes punktum. De viktigste hensyn som begrunner reglene om rettskraft er hensynet til forutberegnelighet i relasjon til rettsforfølgelsen mot siktede, og stabilitet ved at saken og forfølgningen på et tidspunkt er endelig avgjort og avsluttet.

Den negative rettskraftvirkningen består i at retten på eget initiativ skal avvise en sak som er avgjort ved rettskraftig dom. Rettskraftens negative funksjon er nedfelt i stprl. § 51. Regelen beskytter altså frikjente mot ny tiltale for samme straffbare forhold. Er vedkommende domfelt beskytter regelen mot at det blir anlagt en ny sak om samme forhold, eksempelvis med påstand om strengere straff.<sup>14</sup>

Dommens positive rettskraftvirkning medfører at den rettskraftige avgjørelsen skal legges til grunn i en ny sak mellom partene. I sivilprosessen kommer denne virkningen til uttrykk i tvisteloven § 19-15 (2). Stprl. § 51 andre ledd fjerde punktum er en liknende bestemmelse. Bestemmelsen fastsetter at dom i straffesaken har positiv rettskraft i relasjon til en senere inndragningssak, ved at straffedommens avgjørelse av skyldspørsmålet legges uprøvd til grunn i den utstrekning den er avgjørende for spørsmålet om inndragning.

En generell bestemmelse om dommens positive rettskraft, som i sivilprosessen, finnes ikke i straffeprosessloven. Det er derfor omdiskutert hvorvidt straffedommer på generelt grunnlag har positiv rettskraftvirkning.<sup>15</sup> Det kan imidlertid legges til grunn som en generell regel at

---

<sup>14</sup> Andenæs (2009) s. 450

<sup>15</sup> Ibid s. 451



straffedommen ikke er bindende i en senere sivil sak.<sup>16</sup> Dette gjelder enten dommen i straffesaken er fellende eller frifinnende. Uten å gå nærmere inn på dette temaet innebærer en frifinnende straffedom ikke nødvendigvis at en fornærmet ikke kan tilkjennes erstatning, ettersom straffeprosessen og sivilprosessen har ulike beviskrav.

Rettskraftreglenes rekkevidde er begrenset til den tiltalte i saken. Dette stemmer overens med prinsippet i sivilprosessen, om at dommen bare har bindende virkning for sakens parter.<sup>17</sup> For straffesakene betyr det for eksempel at dersom A blir frifunnet for tyveri, utelukker ikke frifinnelsen av A, at B blir dømt for medvirkning til tyveriet.<sup>18</sup>

#### **1.3.4. Gjenåpning som ekstraordinært rettsmiddel**

Fordi den ordinære straffesaksbehandlingen i utgangspunktet skal føre til en materielt riktig og endelig dom som binder partene i straffesaken, betegnes gjenåpning som et ekstraordinært rettsmiddel.

Som vi har sett ovenfor kan feil begått i tingretten, rettes opp ved anke til lagmannsretten. Etter endelig avgjort sak, og rettskraftig dom, er det likevel ikke til å unngå at det noen ganger kan komme frem opplysninger som gjør at dommen viser seg å være materielt uriktig.<sup>19</sup> Dette kan for eksempel være nye bevis. Rettskraftreglene medfører i utgangspunktet at den uriktige dommen blir stående. Men, fordi straffeprosessen er innrettet på å gi best mulig sikkerhet for at sannheten kommer frem, skal gjenåpningsinstituttet være en sikkerhetsventil mot helt urimelige utslag av rettskraftreglene.

Det er på bakgrunn av de utgangspunkter som er skissert ovenfor at adgangen til bruk av tvangsmidler med sikte på gjenåpning av en rettskraftig frifinnende dom, må ses. Gjenåpning til skade for siktede i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2 behandles nærmere under kapittel 2.

#### **1.4. Aktualitet: «Kristin-saken»**

Sent på kvelden 5. august 1999 ble 12 år gamle Kristin Juel Johannesen funnet drept i Larvik. Obduksjonsrapporten viste at hun ble kvalt.

I mai 2000 siktet politiet i Larvik en 23 år gammel mann for drapet. Han ble i 2001 dømt til 12 års fengsel for drapet i Larvik herredsrett. Et av bevisene for herredsretten var analysen av

---

<sup>16</sup> Ibid s. 456

<sup>17</sup> Jfr. tvl. § 19-15 (1)

<sup>18</sup> Andenæs (2009) s. 455

<sup>19</sup> Ibid s. 572

et hårstrå fra åstedet. Undersøkelser viste at hårstrået hadde samme mitokondrielle DNA som siktede. Mitokondrielt DNA inneholder kun arvestoff fra mor, og er ikke individspesifikt på samme måte som en fullstendig DNA-profil.<sup>20</sup>

Herredsrettens dom ble anket til Agder lagmannsrett. Før ankeforhandlingene startet innstilte riksadvokaten straffeforfølgningen mot mannen. Bakgrunnen var at nye undersøkelser av det aktuelle hårstrået viste at det stammet fra en kvinne. Påtalemyndigheten mistet derfor beviset de mente knyttet siktede til åstedet. Lagmannsretten avsa deretter frifinnende dom ved såkalt kontorforretning, hvor dommen avsies av fagdommere alene uten at partene er tilstede.<sup>21</sup>

Tolv år etter frifinnelsen i 2003, ble den samme mannen på ny siktet i saken. Politiet hadde gjort funn av en fullstendig DNA-profil på avdødes fingernebler ved hjelp av ny og forbedret DNA-teknologi. Siktede ble varetektsfengslet fra 10. juli 2015.

Riksadvokaten begjærte saken gjenåpnet 3. februar 2016. Gjenopptakelseskommisjonen besluttet å gjenåpne saken i medhold av strpl. § 393 første ledd nr. 2, den 17. mars 2016. Mannen hadde da sittet varetektsfengslet i åtte måneder, mistenkt for et lovbrudd han var rettskraftig frifunnet for. Den nye behandlingen av straffesaken mot mannen fant sted i Borgarting lagmannsrett, hvor mannen ble domfelt for drapet 8. september 2016.<sup>22</sup>

Kristin-saken har fått bred omtale i media i store deler av 2016, og danner bakgrunnen for inspirasjonen til denne oppgaven. Derfor vil saken bli brukt som et gjennomgående eksempel i oppgaven.

### **1.5. Videre fremstilling**

I den videre fremstilling vil jeg først behandle begrunnelsen og hensynene bak reglene om gjenåpning. Deretter vil jeg gjøre rede for innholdet av regelen i strpl. § 393 første ledd nr. 2 om gjenåpning til skade for siktede.

I oppgavens hoveddel skal det, som nevnt ovenfor, foretas en redegjørelse av utvalgte tvangsmidler og om beviskravet «skjellig grunn til mistanke». Jeg skal belyse hvilke hensyn som står mot hverandre og hvordan de bør avveies når det skal besluttes om tvangsmidler, som forutsetter at grunnvilkåret om «skjellig grunn til mistanke» er oppfylt, skal brukes mot

---

<sup>20</sup> Riksadvokatens internettsider, sist besøkt 06.12.16

<sup>21</sup> Ibid, sist besøkt 06.12.16

<sup>22</sup> 1. desember 2016, tillot Høyesteretts ankeutvalg domfeltes anke vedrørende saksbehandlingen fremmet for Høyesterett. Bakgrunnen for anken er om lovens ordning med at saken på nytt skal behandles i lagmannsretten (strpl. § 400 første ledd), strider mot domfeltes rett til toinstans-behandling etter SP art. 14 nr. 5 mv. Se HR-2016-2438-U, (sak nr. 2016/1999). Denne siden av saken behandles ikke i oppgaven her.

en som er frikjent for det samme forholdet ved rettskraftig dom. Fokuset er her adgangen til å ta i bruk tvangsmidler før beslutningen om gjenåpning av saken er fattet.

Med Kristin-saken som eksempel problematiseres det avslutningsvis om domstolens beslutning om bruk av tvangsmidler kan påvirke Gjenopptakelseskommissjonens vurdering om å gjenåpne saken.

## **Kapittel 2. Nærmere om gjenåpning**

### **2.1. Hvilke straffesaker kan gjenåpnes?**

Det følger av stprl. § 389 første ledd første setning at en forutsetning for å få gjenåpnet et sak er at saken er «avgjort ved rettskraftig dom», jfr. stprl. § 50. Det er sakens parter som må ta initiativet for å få en sak gjenåpnet. Det er altså bare domfelte eller påtalemyndigheten som kan fremsette en begjæring om gjenåpning av en straffesak for Gjenopptakelseskommissjonen.

Etter bestemmelsen i stprl. § 389 gjelder det ingen begrensninger for hvor mange ganger en begjæring om gjenåpning kan fremsettes i samme sak. En beslutning om at en begjæring ikke tas til følge én gang, stenger ikke for at partene på et senere tidspunkt kan fremsette en ny begjæring. Dette er en naturlig følge av formålet med å ha et system med adgang til gjenåpning.<sup>23</sup> Det kan når som helst komme frem nye bevis eller nye omstendigheter som ikke er prøvd tidligere, og som gjør at saken står i en ny stilling, slik at det grunnlag for Gjenopptakelseskommissjonen å vurdere på nytt om vilkårene for gjenåpning er til stede.<sup>24</sup> Det er heller ingen tidsfrist for å fremme begjæringen om gjenåpning. Den såkalte Torgersen-saken er illustrerende.

Torgersen ble i 1958 dømt til fengsel på livstid for drapet på en 16 år gammel jente.

Torgersen begjærte saken gjenåpnet seks ganger i perioden mellom 1958-2015. Ingen av begjæringene førte frem.<sup>25</sup>

Til slutt er det en forutsetning for å få saken gjenåpnet at vilkårene i stprl. §§ 390-393 foreligger. Jeg kommer nærmere inn på de konkrete vilkårene for gjenåpning etter stprl. § 393 under punkt. 2.3. Først skal jeg behandle begrunnelsen for, og hensynene bak reglene om gjenåpning.

---

<sup>23</sup> Se GK-2015-111

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.70 (2000-2001) s. 48

<sup>25</sup> Se GK-2015-111

## 2.2. Begrunnelsen for, og hensynene bak reglene om gjenåpning

Straffeprosessens formål er å realisere den materielle strafferett.<sup>26</sup> Å realisere den materielle strafferett har to konsekvenser. Nemlig at uskyldige blir frifunnet og at skyldige dømmes. Domfellelse av uskyldige, såkalt justismord, er noe som opprører den allmenne rettsfølelse, og en feil enhver rettsstat ønsker å unngå. Det viktigste verktøyet et samfunn har for å unngå uriktige domfellelser er å holde seg med forsvarlige straffeprosessuelle regler.<sup>27</sup> Straffeprosessens regler er derfor innrettet på å gi best mulig grunnlag for at sannheten kommer frem.<sup>28</sup>

Gjenåpning av en straffesak medfører at saken skal henvises til ny fullstendig behandling etter stprl. § 400, som igjen er kostnads- og ressurskrevende. Hensynet til en effektiv straffeforfølgning tilsier derfor at gjenåpningsadgangen bør holdes innenfor snevre grenser. I samme retning taler de hensyn som begrunner rettskraftreglene, som vi så på ovenfor i avsnitt 1.3.3., om forutberegnelighet og stabilitet. Det samme blir fremholdt i forarbeidene hvor det heter at «[g]jenopptakelse betyr et brudd på det viktige prinsipp om dommers rettskraft - at dommen er endelig og bindende - og bør fortsatt være noe ekstraordinært.»<sup>29</sup>

Gjenåpning kan både skje til domfeltes gunst og skade. Regelen om gjenåpning til gunst er en naturlig regel for å hindre uriktige domfellelser. Ileggelse av straff er et alvorlig inngrep i borgernes rettssfære, og rettsstaten skal sikre at borgerne ikke lider urett gjennom uhjemlede inngrep fra statens side.<sup>30</sup> Dessuten vil straffen bare anses som rettferdig når den rammer den faktiske gjerningspersonen. Dersom straff skal bidra til moraldannelse og lovlidighet i samfunnet, må allmennheten oppfatte straffen som rettferdig.<sup>31</sup>

Bakgrunnen for regelen om gjenåpning til skade for siktede etter stprl. § 393, er kanskje ikke like innlysende. Det er ofte hevdet at det er bedre at ti skyldige går fri, enn at én uskyldig blir dømt. At skyldige går fri på grunn av mangel på bevis er en direkte konsekvens av strafferettens strenge beviskrav. For å dømme noen til straff må tiltaltes skyld være bevist ut over enhver rimelig tvil, og all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.<sup>32</sup>

Det vil kunne være en stor påkjenning for den tiltalte, som tidligere er frifunnet, å måtte forsvare seg på ny mot samme anklage. Det kan ha gått mange år siden den frifinnende

---

<sup>26</sup> Strandbakken (2003) s. 167

<sup>27</sup> Rui (2014) s. 394

<sup>28</sup> Andenæs (2009) s. 572

<sup>29</sup> NUT 1969:3, s. 339

<sup>30</sup> Strandbakken (2003) s. 69

<sup>31</sup> Ibid

<sup>32</sup> Se Strandbakken (2003) s. 353-355

dommen falt, og tiltalte vil ha innrettet seg etter dommen. Den tiltaltes liv kan ha forandret seg vesentlig, kanskje har vedkommende fått barn, giftet seg og har stabil jobb. At en gammel sak kommer opp igjen, kan derfor være særlig belastende. Bevismessig knytter det seg også særlig betenkeligheter ved gjenåpning av gamle straffesaker. Bevis svekkes over tid og sentrale vitner eller andre aktører i saken husker sakens omstendigheter dårligere, eller kan ha avgått ved døden.

På bakgrunn av slike betraktninger avstår flere land fra å ha regler om gjenåpning til skade for siktede. Særlig kjent er forbudet i den amerikanske konstitusjonen mot såkalt «double jeopardy», det vil si forbud mot at noen blir trukket for domstolen flere ganger for samme lovbrudd (Amendment V).<sup>33</sup>

I mange straffesaker vil det være etterlatte og fornærmede. For dem, og for den allmenne rettsfølelse kan det føles støtende at en frifinnelse skal være endelig under alle omstendigheter. Det er vanskelig for rettsstaten å akseptere at en som beviselig er skyldig, skal unngå straff fordi det lyktes vedkommende å komme unna i første omgang. Norsk straffeprosess har funnet disse argumentene avgjørende. Men, fordi vedkommende beviselig må være skyldig, er altså vilkårene for å få en sak gjenåpnet til skade for siktede strenge, og mye snevrere enn adgangen til gjenåpning til gunst.<sup>34</sup>

### **2.3. Presentasjon av regelen i stprl. § 393 første ledd nr. 2**

Det følger av stprl. § 393 første ledd nr. 2 at «Til skade for siktede kan påtalemyndigheten kreve gjenåpning når det på grunn av hans egen tilståelse eller andre nye opplysninger eller bevis må antas at han er skyldig i den straffbare handlingen eller en vesentlig grovere straffbar handling enn den han er dømt for».

Det er altså nye opplysninger eller bevis, herunder også siktedes tilståelse, som kan gi grunnlag for påtalemyndighetens begjæring om gjenåpning til skade for siktede etter stprl. § 393 nr. 2. Bestemmelsen gjelder både for frifinnende og fellende dommer.

#### **2.3.1. Nærmere om nye opplysninger eller bevis**

Paragrafens ordlyd tilsier at «opplysninger» og «bevis» likestilles etter bestemmelsen, og at det er tale om alternative vilkår.<sup>35</sup> Eksemplene fra rettspraksis, om hva som kan utgjøre nye opplysninger eller bevis knytter seg i hovedsak til regelen i stprl. § 391 nr. 3 om gjenåpning til

---

<sup>33</sup> Andenæs (2009) s. 572 (petitavsnittet)

<sup>34</sup> Ibid

<sup>35</sup> Jfr. uttrykket «eller» i stprl. § 393 første ledd nr. 2

gunst for siktede. Det er imidlertid antatt i juridisk teori at «opplysninger» neppe omfatter noe annet eller mer enn «omstendigheter» i § 391 nr. 3.<sup>36</sup>

At opplysningene eller bevisene må være «nye» tilsier at de må tilføre saken noe nytt som er av betydning for skyldspørsmålet. I Rt. 1988 s. 824 ble det uttalt at «et bevis må anses som nytt, når det ikke forelå for den dømmende rett og derfor ikke kunne påvirke dommens innhold».

I vurderingen av om gjenåpning skal besluttes på bakgrunn av nye opplysninger eller bevis, er det lagt til grunn i rettspraksis og praksis fra Gjenopptakelseskommissjonen at vurderingstemaet må være «betydningen av de nye omstendigheter eller bevis dersom de hadde foreligget for retten da saken ble pådømt sett i sammenheng med de øvrige omstendigheter og bevis som forelå for den dømmende rett.»<sup>37</sup>

I rettspraksis har blant annet nye vitner vært ansett som nye bevis, jfr. Rt. 1999 s. 1592. Nye sakkyndige erklæringer kan være nye bevis som gir grunnlag for gjenåpning. Dette selv om de ikke er basert på nytt bevismateriale, da særlig hvis evalueringene er basert på ny faglig innsikt som har alminnelig tilslutning fra fagmiljøet, jfr. Rt. 2005 s. 1665. Nye sakkyndige erklæringer vedrørende gjerningspersonens utilregnelighet er den vanligste gjenåpningsgrunnen, og forekommer i over 40 % av Gjenopptakelseskommissjonens saker.<sup>38</sup>

Det er antatt i juridisk teori at påtalemyndigheten ikke kan begjære gjenåpning til siktedes skade på bakgrunn av opplysninger som den selv satt inne med, men unnlot å bruke under saken.<sup>39</sup> Dette må antakeligvis også gjelde opplysninger påtalemyndigheten burde ha skaffet og forelagt retten under sakens ordinære behandling, sml. vilkåret i tvl. § 31-5 andre ledd.<sup>40</sup>

Nye analyseresultater av tidligere innhentet bevismateriale i saken, eksempelvis med grunnlag i nye metoder eller ny generell innsikt, vil kunne anses som nye bevis. Dette var tilfellet i «Kristin-saken».

### **2.3.2. Om mistankekravet**

Bestemmelsen oppstiller som et tilleggsvilkår for gjenåpning at det på grunn av de nye opplysninger eller bevis, «må antas» at siktede er skyldig. Den eldre loven brukte uttrykket

---

<sup>36</sup> Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 1336

<sup>37</sup> Se bla. Rt. 2000 s. 2142, side 2148 og GK-2009-90

<sup>38</sup> Dullum (2010) s. 50

<sup>39</sup> Se Andenæs (2009) s. 581 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 1336

<sup>40</sup> Norsk Lovkommentar til straffeprosessloven (elektronisk utg.), note (2737) ved Anders Brosveit

«fremstiller seg som utvilsomt».<sup>41</sup> Uttrykket «fremstiller seg som utvilsomt» tilsier at den eldre loven oppstilte et langt strengere krav til sannsynlighet for siktedes skyld, enn dagens vilkår om at det «må antas» at siktede er skyldig. Endringen er imidlertid ikke kommentert nærmere i forarbeidene.<sup>42</sup>

I § 393 nr. 1 er det korresponderende vilkåret «grunn til å anta», og det er lagt til grunn i juridisk teori at uttrykket «må antas» bør forstås på samme måte, slik at sannsynlighetsovervekt må til etter begge bestemmelsene.<sup>43</sup> Denne forståelsen brukes også i Gjenopptakelseskommisjonens praksis.<sup>44</sup>

Det er altså en sterkere mistanke som må til etter reglen i § 393, enn etter den tilsvarende bestemmelsen til gunst for siktede i § 391 nr. 3, hvor det korresponderende vilkåret er «synes egnet til». Forskjellen i beviskravet gjenspeiler de hensyn gjort rede for under punkt 2.2.

#### **2.4. Gjenopptakelseskommisjonens vurdering etter stprl. § 393 første ledd nr. 2**

Vi har nå sett på hva som kan utgjøre «nye opplysninger eller bevis» i saken, og hva beviskravet om at det «må antas» at han er skyldig i den straffbare handlingen innebærer. I lys av det jeg har gjennomgått under punkt 2.3.1. og 2.3.2., skal jeg kort gjennomgå Gjenopptakelseskommisjonens vurdering i de to sakene som hittil i norsk rett er gjenåpnet til skade for siktede i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2.

Saken inntatt i GK-2009-90 gjaldt en mann som i 2007 ble frifunnet for oppbevaring av 29 kg hasj. Påtalemyndigheten begjærte saken gjenåpnet i 2009, og anførte at det forelå nye opplysninger da det var innhentet forklaring fra et nytt vitne i saken.

Vitnet D hadde ikke tidligere vært avhørt i saken, fordi han hadde forlatt Norge i 2006. Vitnet ble pågrepet i Sverige i 2009, og avga senere forklaring i saken.

Gjenopptakelseskommisjonen fant at vitnet Ds forklaring var «et nytt bevis i saken». Kommisjonen var også av den oppfatning at «Ds forklaring, sammenholdt med det øvrige bevisbildet, innebærer at [det] må antas at A er skyldig i den handling han var tiltalt for.»<sup>45</sup>

Kommisjonen besluttet derfor saken gjenåpnet til skade for siktede i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2.

---

<sup>41</sup> Stprl. 1887 § 415 første ledd nr. 1

<sup>42</sup> NUT 1969:3, s. 344

<sup>43</sup> Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 1336

<sup>44</sup> Se bla. GK-2009-90 og GK-2016-26

<sup>45</sup> GK-2009-90

Bakgrunnen for riksadvokatens begjæring om gjenåpning av Kristin-saken var funn av den tidligere frikjente mannens DNA-profil på avdødes fingernebler. Funnet ble gjort etter at sikret spormateriale i saken ble gjennomgått og analysert på nytt i 2015, som følge av forbedret analyseteknologi. Mannens DNA-profil var da registrert i etterforskningsregisteret i forbindelse med en annen straffesak.

Riksadvokaten anførte i sin begjæring at «[f]unnet av As DNA-profil på avdødes negler er et nytt og - etter påtalemyndighetens vurdering - avgjørende bevis i saken. Det styrker de sentrale vitneobservasjonene gjort den dagen drapet på B fant sted, og som det ble lagt stor vekt på ved herredsrettens domfellelse i 2001. En er av den oppfatning at det nye resultatet av DNA-analyse av neglavklippene - DNA-beviset - vurdert i sammenheng med de øvrige bevis i saken, gjør at vilkårene for gjenåpning er mer enn oppfylt.»<sup>46</sup>

Gjenopptakelseskommisjonen la til grunn at «[f]unnet av humant DNA med As DNA-profil på Bs negler inngår etter dette som et nytt bevis ved den vurdering kommisjonen skal foreta [...]» Kommisjonen besluttet saken gjenåpnet i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2 med den begrunnelse at «DNA-beviset er et tungtveiende bevis i straffesaken. Det er etter kommisjonens syn sannsynlighetsovervekt for at A er skyldig i drapet på B. Dette er tilstrekkelig for å beslutte gjenåpning av straffesaken.»<sup>47</sup>

### **Kapittel 3. Adgangen til, og problemene ved å ta i bruk tvangsmidler med sikte på en gjenåpningsbegjæring til skade for en tidligere frifunnet i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2**

#### **3.1. Valg av tema og formålet med fremstillingen**

Fremstillingen i dette kapittelet tar utgangspunkt i to spørsmål. For det første om det i det hele tatt kan tas i bruk tvangsmidler overfor en som tidligere frifunnet, før det er besluttet at saken skal gjenåpnes. Det andre spørsmålet går ut på om vilkårene for å bruke tvangsmidler overfor en som er frifunnet for samme forhold bør være strengere enn for andre mistenkte.

Som vi har sett under punkt 1.3.1. er det særlig behov for å bruke tvangsmidler under etterforskningen av, og rettergangen i en straffesak. Adgangen til å bruke tvangsmidler har mye å si for politiets mulighet til, men også effektiviteten av, å undersøke og oppklare straffbare handlinger. Samfunnet har tillit til at politiet, så effektivt som mulig, skal oppklare kriminalitet. Likevel innebærer bruken av tvangsmidler et inngrep i den enkelte borgers

---

<sup>46</sup> GK-2016-26

<sup>47</sup> Ibid



rettsfære. Bruken av tvangsmidler overfor enkeltindivider hviler derfor på en skjør balanse mellom individvern og samfunnsbeskyttelse. I lys av de hensyn som begrunner reglene om rettskraft og den snevre adgangen til gjenåpning, som presentert i kapittel 2, skal jeg i kapittel 3 analysere hvordan en frifinnende dom påvirker denne balansegangen i tilfeller hvor formålet med bruken av tvangsmiddelet er etterforskning med sikte på en gjenåpningsbegjæring i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2.

En gjenåpningsbegjæring vil alltid omhandle samme straffbare forhold som vedkommende, slik det forutsettes i denne oppgaven, er frikjent for. Dette er et faktisk unntak fra forbudet om dobbelt straffefølgning.<sup>48</sup> Adgangen til å gjenåpne en straffesak er også nært forbundet med uskyldspresumsjonen. Derfor skal jeg først behandle hva uskyldspresumsjonen innebærer.

### **3.1.1. Om uskyldspresumsjonen**

Det følger av EMK art. 6 nr. 2 at «Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven».<sup>49</sup> Gjennom mrl. § 2 er EMK, og dermed uskyldspresumsjonen, gjort til formell norsk lov. Presumsjonen kommer også til uttrykk i grunnlovens § 96 andre ledd, hvor det heter at «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». I tillegg til å være en konkret regel, er uskyldspresumsjonen et grunnleggende prinsipp for strafferettspleien.<sup>50</sup>

I strafferetten er man enten skyldig eller uskyldig. Fordi straff er samfunnets sterkeste og mest inngripende reaksjon ved brudd på adferdsnormer kan straffen kun ilegges av en upartisk og uavhengig domstol etter at påtalemyndigheten har bevist straffeskyld, og etter at den tiltalte har fått anledning til å forsvare seg mot anklagen mot ham.<sup>51</sup>

Kort fortalt gir uskyldspresumsjonen uttrykk for et krav om skyld for å ilegge straff, og et forbud mot å konstatere skyld før fellende og etter endelig frifinnende dom.<sup>52</sup>

Som et utgangspunkt er borgerne i en rettsstat lovlydige. Dette er også bakgrunnen for uskyldspresumsjonen. Staten skal derfor anlegge en antakelse om at vedkommende er uskyldig når det vurderes å gjøre inngrep i den enkelte borgers rettsfære.

Uskyldspresumsjonen er også med på å begrunne strafferettens strenge beviskrav, og pålegger

---

<sup>48</sup> Se Rui (2009) s. 285-288

<sup>49</sup> Se også SP art. 14 nr. 2

<sup>50</sup> Strandbakken (2003) s. 36

<sup>51</sup> Store norske leksikon (elektronisk utg.), sist besøkt 06.12.16

<sup>52</sup> Strandbakken (2003) s. 67

påtalemyndigheten bevisføringsplikten/byrden for beviskravet. Beviskravet relaterer seg til den grad av sikkerhet som kreves for at et bestemt faktum skal legges til grunn for en felle dom.<sup>53</sup>

### 3.1.1.2. Etter frifinnende dom

Uskyldspresumsjonens forbud mot å konstatere straffeskyld etter at det foreligger en rettskraftig frifinnende dom kan begrunnes ut fra hensynet til personvernet.<sup>54</sup> Når domstolen ikke har funnet det bevist at tiltalte er skyldig i det straffbare forhold han anklages for, er han også uskyldig hva gjelder den straffbare handling som er begått, og skal kunne forvente å behandles slik av samfunnet.

Dette støttes av Allen mot Storbritannia, hvor EMDs storkammer la til grunn at «*[T]he presumption of innocence means that where there has been a criminal charge and criminal proceedings have ended in an acquittal, the person who was the subject of the criminal proceedings is innocent in the eyes of the law and must be treated in a manner consistent with that innocence. To this extent, therefore, the presumption of innocence will remain after the conclusion of criminal proceedings in order to ensure that, as regards any charge which was not proven, the innocence of the person in question is respected.*»<sup>55</sup>

Dette er en viktig del av uskyldspresumsjonen da det kun er domstolene som kan ilegge straff. Det ville være lite lojalt overfor intensjonen bak EMK art. 6 nr. 2 dersom domstolens avgjørelse lot allmennheten sitte igjen med et inntrykk av at tiltalte «nok var skyldig». Den som er frifunnet skal slippe å leve med en avgjørelse som bare delvis rensker ham, og har krav på å kunne få en ny start på livet.<sup>56</sup> Derfor skal den frifinnende dommen tillegges en absolutt verdi.

I tilknytning til gjenåpning, og hvor en gjenåpningsbegjæring tas til følge, ligger det allerede i en naturlig forståelse av ordlyden i stprl. § 400 første ledd første setning om at «saken henvises til ny fullstendig behandling» at EMK art. 6 gjelder fullt ut ved den nye behandlingen.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Ibid s. 30

<sup>54</sup> Ibid s. 33

<sup>55</sup> Case of Allen v. The United Kingdom (2013), avsnitt 103

<sup>56</sup> Aall (1995) s. 323

<sup>57</sup> Se også Aall (1995) s. 145

### **3.1.1.3. Ved bruk av tvangsmidler**

Forbudet mot å behandle den mistenkte som skyldig før det foreligger fellende dom, medfører også begrensinger for hvordan man anvender tvangsmidler på etterforskningsstadiet i straffesaken, og under rettergangen. Eksempelvis kan ikke varetektsfengsling av mistenkte i saken begrunnes i at han er skyldig, og derfor at han kommer til å idømmes straff. Fordi de materielle vilkårene for å ta i bruk de fleste tvangsmidler oppstiller et langt lavere beviskrav, «skjellig grunn til mistanke» som jeg har beskrevet ovenfor under punkt 1.3.1.1, enn beviskravet i domsprosessen, er det lagt til grunn i juridisk teori og rettspraksis at uskyldspresumsjonen ikke er til hinder for å ta i bruk tvangsmidler forut for bedømmelsen av skyldspørsmålet.<sup>58</sup>

Som vi har sett under punkt 3.1.1.2. har uskyldspresumsjonen også virkninger etter en frifinnende dom. Dette gjør det problematisk å anvende tvangsmidler etter at skyldspørsmålet er rettskraftig avgjort ved frifinnende dom. Bruk av tvangsmidler med sikte på en gjenåpningsbegjæring etter at vedkommende er rettskraftig frifunnet, forutsetter at grunnlaget for bruken av tvangsmiddelet er den handlingen vedkommende tidligere er frifunnet for. Dette er problematisk i lys av uskyldspresumsjonen og reglene om rettskraft, fordi domstolen ved bruk av tvangsmidler må gå langt i å statuere sannsynlighet for skyld for det forhold vedkommende allerede er frifunnet for. Dette svekker den renvaskingen frikjente har krav på som følge av frifinnelsen.

Dersom påtalemyndigheten ønsker å ta i bruk tvangsmidler overfor en tidligere frifunnet fordi den anser det som en mulighet å få saken gjenåpnet i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2, må påtalemyndigheten eller domstolen nødvendigvis konstatere at det foreligger «skjellig grunn til mistanke» for et forhold det foreligger en rettskraftig frifinnende dom for. I det følgende skal jeg vurdere uskyldspresumsjonens og rettskraftens betydning for bruk av utvalgte tvangsmidler mot en frikjent med sikte på gjenåpning av straffesaken.

### **3.1.2. Kravet om forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler**

Dersom de materielle vilkår for bruk av et tvangsmiddel foreligger, er det ikke dermed sagt at det bør brukes. Etter stprl. § 170 a, som gjelder generelt for bruk av alle typer tvangsmidler, «kan» et tvangsmiddel brukes «når det er tilstrekkelig grunn til det». Herunder gjelder det et forholdsmessighetsprinsipp, som kommer til uttrykk i lovtekstens andre setning: «[t]vangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et

---

<sup>58</sup> Se bla. Rt. 2000 s. 2105 og Strandbakken (2003) s. 32

uforholdsmessig inngrep». Forholdsmessighetsprinsippet gjelder både for den opprinnelige beslutningen om å ta tvangsmiddelet i bruk, og for varigheten av det.<sup>59</sup>

### **3.2. Tvangsmidler med formål om å avdekke eller sikre bevis**

Som i punkt 1.3.1. har jeg delt inn tvangsmidlene ut i fra hvilke formål de skal ivareta. Denne grupperingen brukes også i den følgende analysen av adgangen til å anvende tvangsmidler overfor frikjente med sikte på en gjenåpningsbegjæring etter stprl. § 393 første ledd nr. 2.

Av hensyn til oppgavens omfang har jeg valgt ransaking for å illustrere den første gruppen tvangsmidler. Jeg vil først si noe generelt om ransaking, de forskjellige formene for ransaking, og anvendelsen av mistankekravet i saker hvor det allerede foreligger frifinnende dom mot den ransakingen retter seg mot. Det sentrale spørsmålet vil være om ransaking i slike tilfeller kan finne sted, og eventuelt på hvilke vilkår.

#### **3.2.1. Generelt om ransaking**

Straffeprosesslovens kapittel 15 gjelder ransaking. Formålet med ransaking vil som regel være å finne bevis, for eksempel tekniske eller biologiske spor, våpen, narkotika eller dokumenter av bevisbetydning. Iverksettelse av ransaking kan også ha som formål å foreta en pågripelse eller at politiet får lete etter gjenstander som kan beslaglegges.<sup>60</sup>

Derfor henger reglene om ransaking nært sammen med reglene om beslag og utleveringspålegg i stprl. kapittel 16. Et beslag betyr at politiet tar og tilbakeholder gjenstander, som regel i mistenktes besittelse, inntil saken er avgjort.<sup>61</sup> Gjenstander som antas å ha betydning som bevis kan beslaglegges etter stprl. § 203 første ledd.

##### **3.2.1.1. Ransaking av rom i medhold av stprl. § 192**

Det følger av stprl. § 192 at når noen med «skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff», kan det foretas ransaking av «hans bolig, rom eller oppbevaringssted» for å sette i verk «pågripelse eller for å søke etter bevis eller etter ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i».

Det første vilkåret i bestemmelsen er altså at vedkommende med «skjellig grunn mistenkes» for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff. Kravet om skjellig grunn krever at det foreligger sannsynlighetsovervekt for skyld.<sup>62</sup> Strafferammen for straffebudet

---

<sup>59</sup> Andenæs (2009) s. 281

<sup>60</sup> Ibid s. 307

<sup>61</sup> Jfr. stprl. § 213 andre ledd

<sup>62</sup> Se punkt 1.3.1.1. og bla. Rt. 2006 s. 582 (avsnitt 19), Rt. 2011 s. 946 (avsnitt 13)

vedkommende mistenkes for å ha overtrådt er uten betydning, så lenge det kan føre til frihetsstraff.<sup>63</sup>

Etter bestemmelsens ordlyd er det et vilkår at formålet med ransakingen er å sette i verk «pågrep eller for å søke etter bevis eller etter ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i». Det gjelder ikke et krav om sannsynlighet for at formålet faktisk oppnås. I forarbeidene heter det «[g]jelder det forbrytelser av noen betydning, kan det ofte være grunn til ransaking hos mistenkte uansett sannsynligheten for et positivt resultat.»<sup>64</sup> Ved husransakelse hos mistenkte er det altså tilstrekkelig at det foreligger en mulighet for et positivt resultat.<sup>65</sup>

### **3.2.1.2. Ransaking av person i medhold av strpl. § 195**

Det følger av strpl. § 195 at «[n]år noen med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, kan det foretas ransaking av hans person dersom det er grunn til å anta at det kan føre til oppdagelse av bevis eller av ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i.»

Vilkårene i bestemmelsen om ransaking av person er stort sett utformet på samme måte som for regelen om ransaking av rom i medhold av strpl. § 192. Etter regelen i § 195 er det inidlertid et vilkår at det er «grunn til å anta» at ransakelsen av mistenktes person kan føre til et positivt resultat, i form av oppdagelse av bevis eller ting som kan beslaglegges.

I følge juridisk teori må uttrykket «grunn til å anta» forstås som at det må foreligge objektive holdepunkter for å konstatere en viss grad av sannsynlighet utover den rene mulighet, men ikke slik at det er et krav om «skjellig» eller «særlig grunn».<sup>66</sup> Det kommer frem i forarbeidene til bestemmelsen i strpl. § 195 at «[v]ilkårene blir for så vidt noe strammere enn for husransaking hos mistenkte, idet det her ikke kreves noen tilsvarende begrunnet antagelse.»<sup>67</sup> Denne materielle forskjellen tilsier at ransaking av mistenktes person er et mer alvorlig inngrep overfor mistenkte enn husransaking hos ham.<sup>68</sup>

### **3.2.2. Motstående hensyn**

Ransaking av mistenktes rom og person er et inngrep i enkeltindividets personlig fred. Rettigheten har fått sin beskyttelse i EMK art. 8 om retten til respekt for privatliv og

---

<sup>63</sup> Sml. bla. strpl. § 171 første ledd

<sup>64</sup> NUT 1969:3, s. 249

<sup>65</sup> Ibid s. 250

<sup>66</sup> Se Andenæs (2009) s. 310

<sup>67</sup> NUT 1969:3, s. 250

<sup>68</sup> Ibid

familieliv. Det følger av EMK art. 8 nr. 1 at «[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Grunnlovens § 102 har også tilsiktet samme innhold.

Som et utgangspunkt skal det ikke skje noe inngrep i rettigheten av offentlig myndighet. Rettigheten er imidlertid ikke absolutt. Både EMK art. 8 nr. 2 og grl. § 102 andre punktum åpner for at denne rettigheten på særlige vilkår må vike under etterforskningen av en straffesak.

Hensynet til kriminalitetsbekjempelse tilsier at inngrepet er lovlig når de materielle vilkår for slike inngrep er oppfylt, og inngrepet er nødvendig.

### **3.2.3. Kravet til mistanke**

La oss gjøre litt om på saken som danner grunnlaget for Gjenopptakelseskommissjonens avgjørelse i GK-2009-90. Vi husker fra punkt 2.4. at vedkommende var frifunnet for oppbevaring av narkotika. La oss se bort fra at politiet fikk en forklaring fra et vitne i saken, som også dannet grunnlaget for begjæringen om gjenåpning.

I vårt scenario er vedkommende frifunnet for oppbevaring av narkotika. Etter at dommen har blitt rettskraftig får politiet et tips om at vedkommende oppbevarer en nøkkel i leiligheten sin. Nøkkelen tilhører angivelig en oppbevaringsboks som politiet i forbindelse med den tidligere straffesaken beslagla og fant narkotika i. Politiet ønsker derfor å gjennomføre en ransaking av vedkommendes bolig i medhold av stprl. § 192. Dersom politiet finner nøkkelen til oppbevaringsboksen i boligen er det gode grunner for å begjære saken gjenåpnet etter stprl. § 393 første ledd nr. 2, fordi nøkkelen vil være et nytt bevis som knytter siktede til oppbevaringen av narkotika.

Beslutning om ransaking etter § 192 kan uten vedkommendes skriftlige samtykke bare skje etter en beslutning fra retten.<sup>69</sup> Politiet ber derfor retten om tillatelse til å ransake vedkommendes bolig.

Vilkårene i stprl. § 192 er formentlig tilstede. Å oppbevare narkotika kan etter straffelovens § 231 medføre frihetsstraff. Formålet med ransakingen er å søke etter bevis som kan beslaglegges, herunder nøkkelen til oppbevaringsboksen som vedkommende angivelig har i sin private bolig.

---

<sup>69</sup> Se stprl. § 197 første ledd

Spørsmålet er om det foreligger skjellig grunn til mistanke. Kan retten legge til grunn at det er sannsynlighetsovervekt for at vedkommende oppbevarte narkotika, når han er rettskraftig frikjent for det samme forholdet?

Hensynet til dommers rettskraft og forbudet mot dobbelt straffeforfølging tilsier at domstolen ikke kan statuere en slik mistanke overfor vedkommende. Disse hensynene må særlig tillegges vekt når det er tale om å bruke tvangsmiddelet i forbindelse med en sak som i utgangspunktet er endelig avgjort, når målet er etterforskning med sikte på en gjenåpningsbegjæring.

En kan jo komme i en situasjon hvor frikjente ransakes, men hvor gjenåpning senere nektes fordi ransakingen ikke førte til at politiet fant nøkkelen til oppbevaringsboksen. I et slikt tilfelle har domstolen statuert skjellig grunn til mistanke mot en som allerede er frikjent, uten at saken skal prøves på nytt. Slik sett er dette i kjernen av uskyldspresumsjonens krav om at domstolene ikke skal så tvil om frifinnelsen, jfr. det som er sagt ovenfor om uskyldspresumsjonen etter frifinnende dom.

I forarbeidene til stprl. § 192 heter det imidlertid at «[r]ansaking i etterforskningsøyemed bør kunne foretas hos mistenkte når omstendighetene i saken tilsier det.»<sup>70</sup>

Hensynet til kriminalitetsbekjempelse og samfunnets behov for riktige domsavgjørelser tilsier at domstolen må kunne statuere skjellig grunn til mistanke, også overfor personer som tidligere er frifunnet. I vårt eksempel er det tale om alvorlig kriminalitet, i form av oppbevaring av en ikke ubetydelig mengde narkotika. At vedkommende tidligere har vært mistenkt for narkotikaoppbevaring kan også tale for at mistanken styrkes, til tross for frifinnelsen. Samlet sett tilsier disse omstendigheter at det bør kunne foretas ransaking til tross for den frifinnende dommen.

Som vi har sett på under punkt 3.1.1.2. tilsier imidlertid uskyldspresumsjonen at den frifinnende dommen skal respekteres. Som følge av redegjørelsen av disse motstående og tungtveiende hensyn må det avgjørende være hvor langt uskyldspresumsjonen rekker etter frifinnende dom.

Adgangen til å begjære en sak gjenåpnet i medhold av regelen i stprl. § 393 første ledd nr. 2, må bety at lovgiver har ment å begrense virkningene av uskyldspresumsjonen etter endelig frifinnende dom. Dersom politiet aldri kunne foreta seg noe i etterforskningsøyemed fordi

---

<sup>70</sup> NUT 1969:3, s. 249

vedkommende tidligere er frifunnet, ville regelen i § 393 vært tilnærmet uten realitet. Sammenhengen i regelverket tilsier det samme. Fordi en gjenåpningsbegjæring avhenger, i de fleste tilfeller, av at det foretas en ny etterforskning av saken. Det kan komme frem ting i ettertid som gjør at den frifinnende dommen kan være feil på grunn av uriktigheter eller manglende bevis. Ransaking er et tvangsmiddel med formål om å avdekke eller sikre bevis. Dersom politiet skulle være helt avskåret fra å ta i bruk tvangsmidler overfor en tidligere frifunnet ville gjenåpningssakene etter stprl. § 393 første ledd nr. 2 begrense seg til de tilfeller hvor politiet fikk nye bevis uten egen etterforskning.

Begrunnelsen for, og hensynene bak reglene om gjenåpning til skade for siktede tilsier derfor at retten må kunne komme frem til at det foreligger «skjellig grunn til mistanke» etter stprl. § 192, til tross for at grunnlaget for mistanken knytter seg til et forhold vedkommende er rettskraftig frifunnet for. I disse tilfellene må altså hensynet til samfunnsbeskyttelse gå foran hensynet til enkeltindividets vern.

Fordi retten ved å legge til grunn at det foreligger skjellig grunn til mistanke, beveger seg inn i en gråsoner hva gjelder rettskraftreglene og uskyldspresumsjonen, kunne det vært hensiktsmessig å kreve noe mer når det er tale om å anvende tvangsmiddelet overfor en som tidligere frifunnet.

En slik styrking av frikjentes rettssikkerhet, uten å svekke samfunnets behov for å etterforske alvorlig kriminalitet, kunne man oppnå gjennom å kreve at det må foreligge, som i stprl. § 195, «grunn til å anta» at ransakingen kan føre til oppdagelse av bevis eller av ting som kan beslaglegges.

Fordi politiet i dette eksempelet har fått et konkret tips om at vedkommende har nøkkelen til oppbevaringsboksen i sin leilighet, vil politiet kunne vise til objektive holdepunkter som tilsier at det er sannsynlig at de vil finne bevis dersom ransakingen foretas.<sup>71</sup>

Et slikt skjerpet beviskrav for bruk av tvangsmidler med formål om å avdekke eller sikre bevis overfor en tidligere frifunnet, ville etter min mening også skape bedre sammenheng i regelverket. Særlig når vilkårene for å gjenåpne en straffesak etter § 393 første ledd nr. 2 er at det «må antas» at han er skyldig i den straffbare handlingen og at det må foreligge nye bevis. Det ville også i større grad forhindre at den frikjente ikke urettmessig blir utsatt for inngrep som ikke fører frem eller leder til gjenåpning av saken, som skissert ovenfor.

---

<sup>71</sup> Jfr. punkt 3.2.1.2.



Det skjerpede beviskravet ville heller ikke avskjære politiet fra å ta i bruk tvangsmidler overfor en tidligere frifunnet, men derimot sette individvernet fremst, samt tydeliggjøre at gjenåpning til siktedes skade skal være en snever sikkerhetsventil i norsk straffeprosess.

### **3.3. Tvangsmidler med formål om å sørge for at saken kan gjennomføres og dom fullbyrdes**

Jeg går nå over til den neste gruppen tvangsmidler, nemlig den gruppen som skal sikre at saken kan gjennomføres og en eventuell dom gjennomføres. Varetektsfengsling ivaretar begge formål, avhengig av hvilken hjemmel som brukes. Jeg tar utgangspunkt i strpl. § 171. Varetektsfengsling i medhold av strpl. § 172 behandles i punkt 3.4.

#### **3.3.1. Generelt om varetektsfengsling i medhold av strpl. § 171**

Bestemmelsen i strpl. § 171 utgjør hovedregelen for pågrepelse og fengsling.<sup>72</sup> Paragrafen oppstiller som et fellesvilkår at vedkommende «med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder».

Vilkåret om «skjellig grunn» til mistanke har samme innhold som gjort rede for under punkt 1.3.1.1. og 3.2.1.1. I motsetning til reglene om ransaking, må mistanken etter § 171 knytte seg til en eller flere straffbare handlinger som «kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder». Bakgrunnen for dette er at fengsling er et større inngrep overfor borgeren, enn ransaking. Det er strafferammen i vedkommende straffebud som er avgjørende, ikke den straff som man kan regne med å eventuelt ilegges i det konkrete tilfellet.<sup>73</sup>

I tillegg til kravet om skjellig grunn til mistanke hva gjelder den straffbare handling, regner reglen i § 171 opp fire forskjellige fengslingsgrunner som må være oppfylt i lys av hvilket formål varetektsfengslingen skal tjene.

Paragrafens nr. 1 gjelder når det er grunn til å frykte at siktede «vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler». Faren for unndragelse gjelder i alle ledd av straffesaken.<sup>74</sup>

Lovteksten legger til grunn at det må være «grunn til å frykte». Ordlyden tilsier at frykten må være berettiget. Videre må frykten knytte seg til at han «vil unndra seg forfølgningen». Ordlyden forstås som at en ren mulighet ikke er tilstrekkelig.

---

<sup>72</sup> Strpl. § 184 andre ledd gir paragrafen tilsvarende anvendelse for fengsling

<sup>73</sup> Andenæs (2009) s. 283

<sup>74</sup> Se Rt. 2011 s. 1421 (avsnitt 20 med videre henvisninger)

I rettspraksis er det lagt til grunn at det «etter straffeprosessloven §171 første ledd nr. 1 kreves objektive momenter for å konstatere at fare for unndragelse kan anses sannsynlig, men det kreves ikke sannsynlighetsovervekt».<sup>75</sup>

Unndragelsens varighet er uten betydning for om tvangsmiddelet kan anvendes da «[s]elv en kortvarig unndragelse vil kunne være tilstrekkelig til at vilkåret er oppfylt».<sup>76</sup>

Det skal foretas en «helhetlig og reell vurdering» vurdering av om vilkårene er oppfylt.<sup>77</sup> Momenter av betydning som er fremhevet i rettspraksis er blant annet siktedes livssituasjon, hvorvidt det foreligger konkret tilknytning til utlandet, og hvor streng straff den siktede eventuelt har i vente.

Nr. 2 gjelder når det er en «nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken».

Det følger av forarbeidene at det «må eksistere en reell mulighet for siktede til å ødelegge eller forspille bevis, og en sannsynlighet for at han vil gjøre bruk av denne mulighet.»<sup>78</sup> I rettspraksis er det også lagt til grunn at det i alminnelighet kreves at retten angir konkrete forhold i saken som tilsier at det er sannsynlighetsovervekt for at siktede, dersom vedkommende ikke varetekstfengsles, vil påvirke vitner eller på annen måte forspille bevis i saken.<sup>79</sup>

Retten vurdering av om vilkårene for varetekstfengsling er oppfylt må da ta hensyn til «de opplysninger politiet allerede har skaffet til veie i saken, hvilke bevis som er sikret, hvilke muligheter det i praksis foreligger for at ytterligere bevis vil gå tapt, og hvilken sannsynlighet det er for at siktede vil forsøke å rydde bevis av veien.»<sup>80</sup>

Etter nr. 3 «antas [det] påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder».

Ordlyden «antas påkrevd» forstås rent språklig som en nødvendighet, og tilsier derfor at det er et strengere beviskrav etter nr. 3, enn etter de korresponderende vilkårene i nr. 1 og nr. 2, henholdsvis «grunn til å frykte» og «nærliggende fare». I forarbeidene er det lagt til grunn at «[d]et må foreligge en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå nye

---

<sup>75</sup> Se bla. Rt. 2001 s. 972 (dommens side 973)

<sup>76</sup> Ibid, med videre henvisning til Rt. 1999 s. 698

<sup>77</sup> Se bla. Rt. 2012 s. 1976 (avsnitt 14)

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) s. 164

<sup>79</sup> Se bla. Rt. 2015 s. 1327 (avsnitt 14)

<sup>80</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) s. 164

forbrytelser dersom han slippes løs før saken er avgjort.»<sup>81</sup> Det er også «fast praksis i Høyesteretts kjæremålsutvalg [at det] kreves en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå nye mer alvorlige lovbrudd om han ikke blir varetektsfengslet».<sup>82</sup>

Til slutt gjelder nr. 4 når «han selv begjærer det av grunner som finnes fyldestgjørende».

Det må etter bestemmelsen foreligge en positiv begjæring fra siktede. Fyllestgjørende grunner kan for eksempel være frykt for represalier i et kriminelt miljø, eller å oppnå varetektsfradrag i en senere ubetinget straff i medhold av strl. § 83.<sup>83</sup>

### 3.3.2. Motstående hensyn

Å varetektsfengsles er et unntak fra individets rett til frihet. Det er et inngrep som vanligvis kommer uten forvarsel. Å utholde varetekt vil i mange tilfeller oppleves som mer inngripende og byrdefullt enn soning av straff fordi skyldspørsmålet enda ikke er avgjort.<sup>84</sup>

Retten til personlig frihet er regnet som en av de viktigste menneskerettighetene, og kommer til uttrykk i EMK art. 5 og i FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 9.<sup>85</sup> Alle mennesker, det vil si også den som eventuelt er siktet i en straffesak, har som hovedregel en iboende rett til sin frihet.<sup>86</sup> Rettigheten kommer også implisitt til uttrykk i Grunnlovens § 94, hvor det heter at «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver».

Frihetsberøvelse er derfor unntaket. Dette kommer til uttrykk i SP art. 9 nr. 3 siste setning: «Det skal ikke være den alminnelige regel at personer som avventer rettergang skal holdes i varetekt, men løslatelse kan gjøres betinget av garantier for at vedkommende fremstiller seg under rettsforhandlingene, ved ethvert annet trinn av rettergangen og, i påkommende tilfelle, til fullbyrdelse av dommen».<sup>87</sup> Det kommer også til uttrykk i EMK art. 5 nr. 3, hvor det heter at «Enhver [...] skal ha rett til [...] løslatelse under saksforberedelsen. Hovedregelen skal derfor være at en siktet i en straffesak, dersom vedkommende tiltales, skal innkalles til hovedforhandling, møte til denne og innkalles til en eventuell soning».<sup>88</sup>

---

<sup>81</sup> Ibid s. 165

<sup>82</sup> Se Rt. 2004 s. 74

<sup>83</sup> Andenæs (2009) s. 289

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) s. 11

<sup>85</sup> Havre (2015) s. 209

<sup>86</sup> Jfr. «Enhver» i EMK art. 5 nr. 1 og SP art. 9 nr. 1

<sup>87</sup> SP gjelder som norsk lov etter mrl. § 2

<sup>88</sup> Havre (2015) s. 26

Unntaksvis kan vedkommende varetektsfengsles etter EMK art. 5 nr. 1 bokstav c. Et inngrep i en så grunnleggende rettighet vil være et alvorlig inngrep. Dette viser seg i at staten har maktmonopol på slike frihetsberøvelser, og at det for andre vil være straffbart frihetsberøve andre enkeltindivider.<sup>89</sup> Som vi så av de enkelte fengslingsgrunnene i punkt 3.3.1, stilles det derfor strenge krav til lovligheten og begrunnelsen for inngrepet.

Inngrepets materielle legitimitet vil som regel utgjøre de hensyn som taler for fengsling. Igjen er det særlig hensynet til kriminalitetsbekjempelse og samfunnsbeskyttelse som begrunner inngrepet. Å forebygge eller oppklare kriminalitet blir svært vanskelig dersom det er fare for at siktede vil ødelegge bevis, eller dersom vedkommende vil flykte landet for å unndra seg straffeforfølgningen. Å fengsle på grunn av gjentakelsesfare begrunner seg også i statens ansvar for å beskytte andres rettigheter og friheter.

### **3.3.3. Kravet til mistanke**

Som vi har sett i redegjørelsen ovenfor, må politiet for å varetektsfengsle noen etter stprl. § 171 påvise skjellig grunn til mistanke, og at en eller flere av fengslingsgrunnene i nummer 1-4 foreligger.

Rettslig sett er varetektsfengsling forut for endelig dom ikke i strid med uskyldspresumsjonen, fordi inngrepet ikke innebærer konstatering av skyld, men kun en konstatering av mistanke mot vedkommende.<sup>90</sup> Dette har sin naturlige forklaring i at påtalemyndigheten har behov for å etterforske straffbare forhold. Fordi bruk av tvangsmidler er et inngrep i den enkeltes rettsfære kreves det at det foreligger en berettiget mistanke mot vedkommende for å anvende tvangsmiddelet. Det er imidlertid utvilsomt at uskyldspresumsjonen best ivaretas dersom siktede får være i frihet under etterforskningen.<sup>91</sup>

Som jeg har vært inne på under punkt 3.1.1.2, er en annen side av uskyldspresumsjonen at den gir et vern mot uttalelser også etter endelig frifinnelse. Dersom domstolen tillates å gi uttrykk for mistankekonstatering etter en endelig frifinnelse risikerer vi at avgjørelsens endelighet vil bli uthulet.<sup>92</sup> I tillegg taler belastningshensyn og hensynet til vedkommendes omdømme klart for at det må settes snevre grenser for adgangen til å så tvil om en endelig frifinnelse.<sup>93</sup> Det kan innvendes at disse hensynene også er relevante i forbindelse med varetektsfengsling forut

---

<sup>89</sup> Jfr. straffeloven § 254 og Havre (2015) s. 209

<sup>90</sup> Havre (2015) s. 206

<sup>91</sup> Ibid s. 209

<sup>92</sup> Pedersen (2006) s. 285-286

<sup>93</sup> Ibid

for endelig dom. Men, fordi vedkommende er under straffeforfølgning, må man kunne si at hensynene ikke er like tungtveiende før skyldspørsmålet er avgjort, som etter en endelig frifinnelse.<sup>94</sup>

Som hovedregel gjelder stprl. § 187 andre ledd første setning om at tiltalte skal «straks løslates» dersom han er varetektsfengselet når det avsies frifinnende dom. Bakgrunnen for regelen er selvfølgelig at det ikke lenger foreligger noe grunnlag for varetektsfengslingen. En som mistenkes for et straffbart forhold kan varetektsfengsles på nærmere vilkår som et ledd i prosessen mot å få avgjort skyldspørsmålet. En som er frifunnet har imidlertid en ubetinget rett til sin frihet. Sammenhengen i regelverket tilsier at de hensyn som begrunner regelen bør vektlegges når retten skal vurdere om vilkårene for å varetektsfengsle en som tidligere er frifunnet for samme forhold er oppfylt.<sup>95</sup> Regelen i stprl. § 187 andre ledd viser tydelig at adgangen til fortsatt fengsling etter frifinnelse er svært snever, og det i tilfeller hvor den frifinnende dommen enda ikke er rettskraftig.<sup>96</sup>

I Kristin-saken ble siktede først varetektsfengslet i tingretten i medhold av stprl. § 171 første ledd nr. 2 om bevisforspillelsesfare. Dette var 12 år etter vedkommende ble frifunnet for det samme forholdet, og 16 år siden drapet på Kristin Juel Johannesen fant sted.

Det kan synes underlig at retten mente det forelå «en nærliggende fare» for at vedkommende ville forspille bevis i saken. Vedkommende hadde vært på frifot i 12 år. Dersom det forelå bevis i saken han kunne ødelegge, ville vedkommende trolig gjort dette for lenge siden. Dessuten var påtalemyndighetens «nye bevis», i forbindelse med stprl. § 393 første ledd nr. 2, funn av mannens DNA-profil på avdødes finger negler. Avklippene ble sikret ved obduksjonen i 1999, og dermed i påtalemyndighetens besittelse. Det forelå med andre ord ingen mulighet for siktede å ødelegge det nye beviset. Avgjørelsen ble imidlertid anket.<sup>97</sup>

La oss likevel legge til grunn at det forelå bevisforspillelsesfare, og at de materielle vilkårene i stprl. § 171 første ledd nr. 2 var oppfylt. Da legger retten til grunn at det er en nærliggende fare for at han vil forspille bevis i en straffesak, hvor det rettskraftig er avgjort at han er uskyldig. For allmennheten er det klart at en slik avgjørelse er egnet til å så tvil om den rettskraftige frifinnelsen.

---

<sup>94</sup> Ibid

<sup>95</sup> Se på samme måte mindretallet i Rt. 2015 s. 935 (avsnitt 27)

<sup>96</sup> Jfr. kravet om anke og «særlige grunner» i stprl. § 187 andre ledd tredje setning

<sup>97</sup> Se punkt 3.4.4.

Men, som vi så under punkt 3.2. er politiet avhengig av å foreta etterforskingsskritt for å avgjøre om det er grunnlag for å gjenåpne straffesaken. Etterforskningen ville klart nok vanskeligjøres dersom vedkommende var på frifot og kunne ødelegge bevis, eller at vedkommende forstod at en gjenåpningsbegjæring var i vente og forlot landet. Dermed har fengslingen et formål i prosessen mot en eventuell gjenåpningsbegjæring.

I punkt 3.2.3 ble det vist til at lovgiver har prioritert en gjenåpningsadgang, i lys av hensynet til materielt riktige dommer. Politiet må derfor ha adgang til å bruke den typen varetektsfengsling som har et formål i prosessen mot gjenåpning av saken. I disse tilfellene må det tillates at domstolen statuerer at kravet om «skjellig grunn til mistanke» er oppfylt i forbindelse med varetektsfengsling i medhold av strpl. § 171, selv etter en endelig frifinnende dom.

### **3.4. Varetektsfengsling i medhold av strpl. § 172**

I dette kapitlet skal jeg gjøre rede for fengslingsvilkårene etter strpl. § 172 generelt. I punkt 3.4.4. og følgende skal jeg bruke fengslingskjennelsen i Kristin-saken som eksempel i avveilingen av hensynet til rettskraft og uskyldspresumsjonen opp mot hensynet til kriminalitetsbekjempelse og materielt riktige dommer ved anvendelsen av strpl. § 172 forut for gjenåpningen av saken.

#### **3.4.1. Generelt om regelen**

Etter regelen i strpl. § 172 er det ikke noe krav om at det for eksempel foreligger fluktfare eller bevisforspillelsesfare som i § 171. Bestemmelsen i § 172 gir derfor en utvidet adgang til pågrep og fengsling, på bakgrunn av den straffbare handling vedkommende mistenkes å være skyldig i.<sup>98</sup>

Bestemmelsen i § 172 tar først og fremst sikte på å motvirke følelsen av utrygghet og mangel på tillit til samfunnets rettshåndhevelse som kan bli følgen dersom personer som er mistenkt for grove lovbrudd får være på frifot under saksgangen.<sup>99</sup>

#### **3.4.2. Kravet til mistanke**

Til gjengjeld er mistankekravet betydelig skjerpet. Etter § 172 kreves det nemlig at det enten «foreligger tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken». Det er altså ikke nok med sannsynlighetsovervekt for skyld, som etter § 171 ovenfor. I rettspraksis er det

---

<sup>98</sup> Andenæs (2009) s. 290

<sup>99</sup> Ibid s. 291

lagt til grunn at det må foreligge adskillig mer enn skjellig grunn til mistanke. «Det må foreligge en meget sterk sannsynlighet for at siktede er skyldig».<sup>100</sup>

### **3.4.3. Nærmere om innholdet i regelen i strpl. § 172**

Lovbruddet vedkommende mistenkes for må kunne medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller forsøk på et slikt lovbrudd. Bestemmelsen er derfor en særregel for grove forbrytelser. Overtredelse av straffebudene i straffeloven §§ 172 og 174 om grov kroppskrenkelse og – skade er også omfattet, selv om strafferammen i førstnevnte er lavere.

I tillegg «skal» det i vurderingen av om vedkommende skal fengsles eller ikke, etter bestemmelsen i § 172, «særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot». Det kan ikke kreves konkrete bevis for at en løslatelse vil vekke reaksjoner i befolkningen, men kravet må være at den tiltalte på det konkrete tidspunktet er egnet til å skape en slik reaksjon, til tross for at han tidligere har vært på frifot.<sup>101</sup>

### **3.4.4. Fengslingskjennelsen i Kristin-saken (Rt. 2015 s. 935)**

Som vist ovenfor begrunnet tingretten fengslingen av siktede i Kristin-saken med bevisforspillingsfare i medhold av strpl. § 171 første ledd nr. 2. Siktede i saken anket beslutningen til lagmannsretten, som mente det forelå fengslingsgrunnlag etter strpl. § 172 bokstav a. Denne beslutningen ble også anket.

Høyesteretts ankeutvalg tok stilling til spørsmålet i Rt. 2015 s. 935. Dette er en videre anke over kjennelsen til Agder lagmannsrett, hvor ankeutvalgets kompetanse etter strpl. § 388 første ledd er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning.

Alle disse fengslingskjennelsene er avsagt forut for Gjenopptakelseskommisjonens avgjørelse om å gjenåpne saken. Ankeutvalgets kjennelse er avsagt under dissens.

#### **3.4.4.1. Anvendelsen av kravet til mistanke i Kristin-saken**

Vi har sett at for å varetektsfengsle noen i medhold av strpl. § 172 kreves det høy sannsynlighet for siktedes skyld. I Rt. 2015 s. 935 fremhevet flertallet at lagmannsretten hadde lagt vekt på at mistankens styrke med tyngde talte for varetektsfengsling.

Mindretallet mente det fulgte «av lagmannsrettens begrunnelse at saken er behandlet som en mer ordinær sak om rettshåndhevelsesarrest. Som flertallet viser til, har lagmannsretten

---

<sup>100</sup> Se bla. Rt. 1992 s. 423 (s. 424)

<sup>101</sup> Rt. 2001 s. 940 (s. 944), med henvisning til Rt. 1997 s. 1739

forholdt seg til de alminnelige vilkår for varetektsfengsling i medhold av straffeprosessloven § 172, som følger av Høyesteretts praksis. Det er riktig vist til at det må foretas en totalvurdering av de relevante hensyn. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å konstatere at lovbestemmelsen er riktig forstått, når det av lagmannsrettens konkrete drøftelse fremgår at flere av de relevante hensyn som det er vist til ovenfor, ikke er trukket inn i vurderingen. Også behandlingen av de hensyn lagmannsretten vurderer indikerer klart at lagmannsretten har bygget på et for lemfeldig krav til under hvilke omstendigheter fengsling kan besluttes i medhold av straffeprosessloven § 172.»<sup>102</sup>

Mindretallet savnet at lagmannsretten i sin begrunnelse for fengslingen, ikke bare påpekte at siktede tidligere er frifunnet, men også vurderte hva det har å si for om vilkårene til å fengsle vedkommende er oppfylt.

I en avgjørelse fra EMD, Jecius mot Litauen, omhandlet saken også drap, og vedkommende hadde sittet varetektsfengslet i nærmere 15 måneder.<sup>103</sup> Litauen presiserte at mistanken mot siktede var svært sterk og at lovbruddet han var mistenkt for var svært alvorlig. EMD mente imidlertid at det forelå et brudd på EMK art. 5 nr. 3, da disse grunnene ikke alene var gode nok til å begrunne fengslingen. EMD uttalte blant annet at mistanken er en forutsetning for lovligheten av varetektsfengslingen, og at den nasjonale domstolen deretter må fremlegge andre fyllestgjørende grunner for å legitimere den mistenktes frihetsberøvelse.<sup>104</sup>

På samme måte påpekte mindretallet i Kristin-saken at det «ikke [er] noe i lagmannsrettens gjennomgåelse av bevisene i saken som viser at lagmannsretten har funnet at det foreligger bevis utover det som gjelder som et vilkår for varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 172.»<sup>105</sup>

I likhet med EMD i saken Jecius mot Litauen, mente mindretallet at lagmannsretten kun hadde konstatert at det forelå en slik mistanke som legitimerer fengsling i medhold av stprl. § 172. Likevel må det, for at inngrepet skal anses proporsjonalt eller forholdsmessig, foreligge andre sterke grunner for å frihetsberøve siktede.

---

<sup>102</sup> Rt. 2015 s. 935 (avsnitt 28)

<sup>103</sup> Case of Jecius v. Lithuania (2000)

<sup>104</sup> Ibid, avsnitt 93-95

<sup>105</sup> Rt. 2015 s. 935 (avsnitt 30)



### 3.4.4.2. Tvangsmiddelets formål

Varetektsfengslingen i Kristin-saken er i all hovedsak begrunnet i hensynet til den allmenne retts- og trygghetsfølelse. Ankeutvalgets flertall siterer i avsnitt 15, lagmannsrettens kjennelse hvor det fremgår at: «[s]aken har av naturlige grunner fått bred medieomtale både i pressen og i TV - som «B-saken» - nå etter den nye og dramatiske utviklingen i saken i sommer. Reaksjonene hos allmennheten og i nærmiljøet tilsier med styrke for fortsatt fengsling. Saken gjelder drap på en tilfeldig ung jente i nærmiljøet. Etter en samlet vurdering er lagmannsretten kommet til at fengslingsadgangen bør benyttes».

Problemet er at uskyldspresumsjonen ikke nevnes med et ord. Det er tale om å varetektsfengsle en mann for et drap han tidligere er frifunnet for, og før det er besluttet at saken skal begjæres gjenåpnet. Dessuten er varetektsfengslingen ikke nødvendig for å sikre prosessens mål om en gjenåpningsbegjæring.

Da den samme mannen i 2001 ble domfelt for drapet i tingretten, ba påtalemyndigheten om at han skulle forbli i varetekt i medhold av stprl. § 172 i påvente av ankeforhandlingen for lagmannsretten. Den gang fant lagmannsretten at stprl. § 172 ikke skulle anvendes. De hensyn som normalt taler for rettshåndhevelsesarrest, er at folk ser at påtalemyndigheten foretar seg noe umiddelbart etter en alvorlig forbrytelse. Etter mitt syn gjør tilsvarende hensyn seg gjeldende når det foreligger en felle dom, slik at det er mer nærliggende at reaksjonene hos allmennheten og i nærmiljøet tilsier at fengslingsadgangen bør benyttes overfor en som faktisk er domfelt for drapet, i motsetning til en som er rettskraftig frifunnet.

I kjennelsen fra 2015 er dette aspektet ved saken kommentert med at «siktete [har] bopel i X og oppholder seg således i lokalsamfunnet. Dette til forskjell fra situasjonen da lagmannsretten i 2001 ikke fant at § 172 kunne anvendes.»<sup>106</sup> Saken har fått mye medieomtale, i likhet med andre uoppklarte drap i Norge. Kristin-saken har kanskje vært særlig opprørende fordi det er tale om barnedrap. Spesielt har saken vært vanskelig for lokalsamfunnet. Når det da på ny er den lokale Larviks-mannen som tidligere ble frifunnet for drapet, som siktes, kan det hevdes at saken ligger i kjernen av regelen i § 172, ettersom det kan oppleves støtende at en potensiell drapsmann går fri.

For lagmannsretten gjorde siktede imidlertid gjeldende at han var villig til å flytte fra Larvik inntil saken var avgjort, og at hans tilstedeværelse i lokalsamfunnet derfor ikke kunne

---

<sup>106</sup> Ibid, (avsnitt 15)

begrunne varetektsfengslingen. Mindretallet i ankeutvalget mente derfor at «Lagmannsretten skulle [...] ha begrunnet hvorfor retten ikke har funnet det tilstrekkelig for ivaretagelse av de hensyn lagmannsretten legger avgjørende vekt på, at siktede tar opphold et annet sted i landet og der pålegges meldeplikt, jf. straffeprosessloven § 188 jf. § 181».<sup>107</sup>

I lys av det inngrep i den personlige frihet det er å varetektsfengsle noen og på grunn av de ekstraordinære omstendighetene i saken, som særlig aktualiserer uskyldspresumsjonen og reglene om rettskraft, mener jeg at de tiltakene mindretallet skisserer ville vært tilstrekkelig til å bøte på hensynet til den allmenne rettsfølelse.

I en sak om flere drap og væpnet overfall, Vladimir Solovyev mot Russland, slo EMD hardt ned på Russland for ikke å begrunne hvorfor alternativer til varetektsfengsling ikke kunne sikre prosessens mål. I dommens avsnitt 117 uttalte EMD:

*«At no point in the proceedings in the present case did the domestic courts explain in their decisions why alternatives to the deprivation of liberty would not have ensured that the trial would follow its proper course.»*<sup>108</sup>

Som mindretallet i Rt. 2015 s. 935 legger EMD til grunn at det ikke er tilstrekkelig å vise til at andre alternativer er vurdert, men at det også må begrunnes hvorfor slike alternativer ikke er tilstrekkelige for å ivareta de hensyn som tilsier at siktede bør fengsles.

Så kan en spørre hvorfor er det mer inngripende å fengsle siktede i Kristin-saken i medhold av § 172, enn i en ordinær straffesak. Det er fordi det foreligger en rettskraftig frifinnende dom for det samme lovbruddet. Vi kan ikke kaste noen av de mest grunnleggende rettsstatsprinsippene over bord fordi vi mest sannsynlig har funnet gjerningspersonen i sak som har rystet samfunnet. I motsetning til ransakning og varetektsfengsling etter § 171, bidrar ikke varetektsfengsling etter § 172 til å realisere straffeansvaret. De hensyn som begrunner at rettskraftreglene nedprioriteres til fordel ransakning og varetekt etter § 171, foreligger derfor ikke for § 172. Regelen i strpl. § 400, sammenholdt med rettskraftreglene taler også sterkt for at saken først må gjenåpnes før domstolen kan ta stilling til om det foreligger grunnlag for å fengsle mannen i medhold av strpl. § 172.

At saken gjenåpnes betyr ikke at den tidligere frifinnende dommen ikke lenger er rettskraftig, men det betyr at det er besluttet at saken skal få en ny fullstendig behandling i domstolen.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Ibid, (avsnitt 32)

<sup>108</sup> Case of Vladimir Solovyev v. Russia (2007), avsnitt 117

<sup>109</sup> Se strpl. § 400

Når Gjenopptakelseskommissjonen har besluttet at vilkårene for å gjenåpne saken er oppfylt, innrømmer det også at det muligens kan heftes feil ved den tidligere frifinnende dommen. Først da kan vi si at det er «egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse» at siktede går fri.<sup>110</sup>

### **3.5. Oppsummert**

I punkt 3.1. stilte jeg spørsmål ved om det gjelder begrensinger for bruk av tvangsmidler overfor en som tidligere er frifunnet for samme forhold.

Høyesteretts ankeutvalg har på mange måter svart på det første spørsmålet, om det i det hele tatt kan tas i bruk tvangsmidler overfor en som tidligere frifunnet, før det er besluttet at saken skal gjenåpnes. Selv om flertallet i ankeutvalget i Rt. 2015 s. 935 ikke eksplisitt tematiserte forholdet mellom bruk av tvangsmidler og gjenåpning i sitt votum, ble det lagt til grunn at det forhold at siktede tidligere er rettskraftig frifunnet i saken ikke stenger for bruk av tvangsmidler mot ham med sikte på en gjenåpningsbegjæring.

Målet med kapittelet har vært å bevisstgjøre rettsanvenderen de hensyn som bør tillegges vekt i vurderingen av om tvangsmidler skal besluttes tatt i bruk overfor en som tidligere er frifunnet, når grunnlaget for bruken av tvangsmiddelet er den handlingen som vedkommende tidligere er frifunnet for ved rettskraftig dom. Disse hensynene bør medføre at vilkårene for å bruke tvangsmidler overfor en som er frifunnet for samme forhold bør være strengere enn for andre mistenkte.

I kapittel 4 skal jeg oppsummere rettstilstanden, og på bakgrunn av det vi har gjennomgått i kapittel 3 foreta noen de lege ferenda-betraktninger vedrørende gjeldende rett.

## **Kapittel 4. Sammenfatning og vurdering av adgangen til å bruke tvangsmidler overfor en frikjent**

### **4.1. Hvilke begrensninger setter, eller bør en rettskraftig frifinnende dom sette for bruk av varetektsfengsling overfor en som er frifunnet for samme forhold?**

Det som rettskraftig blir avgjort i en straffesak er om tiltalte er skyldig i det straffbare forhold han er tiltalt for, og i tilfelle hvilken straff vedkommende skal få.<sup>111</sup>

Hvis vi bruker Kristin-saken som eksempel, blir spørsmålet om rettskraftregelens negative virkning tilsier at fengslingssaken skulle vært avvist av retten. For som det følger av strpl. §

---

<sup>110</sup> Jfr. strpl. § 172

<sup>111</sup> Andenæs (2009) s. 456

51 første ledd skal retten av eget tiltak avvise en ny sak om et krav som er avgjort ved rettskraftig dom.

Det krav som ble avgjort i 2003 var skyldspørsmålet. Det kravet som skulle avgjøres i Rt. 2015 s. 935 var om det forelå fengslingsgrunn i medhold av stprl. § 172. Både rent språklig og retts teknisk er dette to forskjellige krav. Likevel skal retten ta stilling til om siktede kan fengsles fordi det foreligger en meget sterk sannsynlighet for at han er skyldig. Når retten vurderer et så sterkt beviskrav opp mot skyldspørsmålet for en handling det rettskraftig er avgjort at han er frifunnet for, ligger man i mine øyne farlig nær samme krav etter stprl. § 51 første ledd.

Det fremstår som uforenelig å fengsle noen fordi han mest sannsynlig er skyldig i et drap han er frifunnet for. Dette kan være grunnen til at vi ikke har en generell regel om straffedommers positive rettskraftvirkning. Fordi det i lys av forbudet mot dobbeltforfølgning skal være umulig at skyldspørsmålet skal avgjøres på nytt. Hvis vi tilla straffedommen i Kristin-saken fra 2003 positiv rettskraft, ville det bety at retten skulle legge avgjørelsen vedrørende skyldspørsmålet til grunn for kjennelsen i 2015. Da ville retten aldri kunne komme til at mistankekravet for å varetektsfengsle mannen i medhold av stprl. § 172 var oppfylt.

Selv om det er usikkert hvor langt straffedommens positive rettskraft rekker, taler rettskraftreglenes begrunnelse, forbudet mot dobbeltforfølgning i EMK protokoll 7 art. 4 nr. 1 og uskyldspresumsjonen for at rettskraftige frifinnelser bør, så langt som mulig, behandles som endelig avgjort.

Flertallet i ankeutvalget i Rt. 2015 s. 935 forutsatte imidlertid at den tidligere frifinnende dommen ikke hadde en slik positiv rettskraftvirkning som stengte for ny fengsling av mistenkte, før beslutningen om gjenåpning av straffesaken forelå.

Flertallet i ankeutvalget uttalte om dette at «en rettskraftig frifinnelse kan ha betydning i den bevismessige vurderingen av om kravene til mistankegrunnlaget etter § 172 er oppfylt, og om de øvrige fengslingsvilkårene er oppfylt».<sup>112</sup>

Mindretallet presiserte på sin side at sakens historie er av ekstraordinær karakter, og at dette kan påvirke hvilke hensyn som må trekkes inn i vurderingen. I kjennelsens avsnitt 22 uttalte mindretallet om dette at: «Det er spørsmål om å varetektsfengsle en mann som tidligere er

---

<sup>112</sup> Rt. 2015 s. 935 (avsnitt 19)

frifunnet for den forbrytelse han nå igjen siktes for. Denne spesielle bakgrunn for fengslingssaken har i seg selv vekt.»

Etter min mening vil det være mest naturlig å plassere slike betraktninger under forholdsmessighetsvurderingen etter stprl. § 170 a, som jeg behandlet generelt under punkt 3.1.2.

Forholdsmessighetsvurderingen kan fungere som en avhjelper for usikkerheten rundt rekkevidden til straffedommens positive rettskraft, og bør særlig heve terskelen for å benytte tvangstiltak overfor en som tidligere er frifunnet.

#### **4.2. Nødvendig med tvangsmidler i gjenåpningsprosessen?**

Målet om materielt riktige avgjørelser og hensynet til kriminalitetsbekjempelse taler for at det må være adgang til å ta i bruk tvangsmidler under etterforskning med sikte på å gjenåpne en sak. Høyesterett har uttalt at «den materielle sannhets prinsipp er en bærebjelke i straffeprosessen», og som vi har sett tidligere er prinsippet også med på å begrunne hvorfor vi har adgang til å gjenåpne en straffesak til siktedes ugunst.<sup>113</sup>

Fordi en gjenåpningsbegjæring i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2 forutsetter at det foreligger «nye opplysninger eller bevis», vil det også være nødvendig å etterforske saken på nytt. I den forlengelse må det finnes muligheter for politiet å skaffe til veie, sikre eller undersøke bevis ved hjelp av tvangsmidler. Vi har også sett at det ikke er noen materiell forskjell i vilkårene for å beslutte bruk av tvangsmidler overfor en som tidligere er frifunnet for samme forhold, enn for andre mistenkte. Å avskjære bruk av tvangsmidler på generelt grunnlag overfor en tidligere frifunnet er av disse grunner ikke en mulighet. Da ville regelen i stprl. § 393 første ledd nr. 2 vært uten realitet.

På bakgrunn av det som er gjennomgått i kapittel 3, bør det imidlertid være en forutsetning for bruken av tvangsmiddelet at det har en hensikt i prosessen mot en gjenåpningsbegjæring i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2. Eksempelvis at tvangsmiddelet er en nødvendighet for å innhente nye bevis som leder til at det «må antas at han er skyldig i den straffbare handling» etter stprl. § 393 første ledd nr. 2.

Det vil for de fleste siktede oppleves som svært belastende å være gjenstand for en straffeforfølgning. Derfor er hensynet bak reglene i stprl. § 51 og EMK protokoll 7 art. 4 at siktede skal slippe å bli utsatt for den belastning det er å bli forfulgt på ny for et forhold han er

---

<sup>113</sup> Rt. 2007 s. 1435 (avsnitt 38)

endelig frifunnet for i en tidligere prosess.<sup>114</sup> Derfor bør de hensyn som i utgangspunktet taler mot at en som tidligere er frifunnet skal kunne straffeforfølges på nytt også ha vekt i vurderingen av om tvangsmidler skal anvendes.

Som vi så på ovenfor i punkt 4.1., bør disse hensynene særlig fremheves i forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter stprl. § 170 a når det er spørsmål om å ta i bruk tvangsmidler.

Det følger av straffeprosessloven § 170 a at «Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep». Uttrykket «uforholdsmessig» tilsier at bestemmelsen bygger på proporsjonalitetsprinsippets struktur, og skal tillegges vekt i vurderingen av om tvangsmiddelet skal brukes.

Proporsjonalitetsprinsippet er en europeisk fellesstandard med bred oppslutning i ulike rettssystemer, som brukes til å strukturere nødvendighetsavveiiinger når staten griper inn overfor sine borgere.<sup>115</sup>

Det juridiske begrepet proporsjonalitet defineres som avveiiingen mellom mål og middel. Det strafferettslige formålet med bruk av tvangsmidler er kriminalitetsbekjempelse.

Tvangsmiddelet er således middelet som ønskes brukt for å nå målet. Ved anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet må det kriminalitetsbekjempende målet stå i et visst forhold til det inngrep tvangsmiddelet utgjør i borgerens rettssfære.<sup>116</sup>

Merete Havre definerer proporsjonalitetsprinsippet som «en naturlig og sokratisk måte å etterspørre inngrepets materielle legitimitet på, gjennom en strukturert avveiiing mellom motstridende interesser, i rettsanvenderens streben etter den løsning som ivaretar begge interessene».<sup>117</sup>

Etter stprl. § 170 a første setning kan tvangsmiddelet bare brukes når det er «tilstrekkelig grunn til det». Ordlyden gir anvisning på en nødvendighetsvurdering.

Om det er tilstrekkelig grunn til å ta i bruk tvangsmiddelet vil i den enkelte sak måtte utgjøre en konkret vurdering. Kravet til nødvendighet bør imidlertid praktiseres strengt når det er tale om å anvende tvangsmiddelet mot en som tidligere er frifunnet.

---

<sup>114</sup> Se Rui (2009) s. 121-123

<sup>115</sup> Havre (2015) s. 48

<sup>116</sup> Ibid s. 67

<sup>117</sup> Ibid s. 48

Det følger av § 170 a andre setning at tvangsmiddelet ikke kan brukes når det etter «sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep». Bestemmelsens ordlyd gir rom for å tillegge en tidligere frifinnende dom vekt i vurderingen. Inngrepets intensitet og formål bør også være avgjørende. Som vi har sett vil for eksempel ransaking være et mindre inngrep overfor en tidligere frifunnet, og tvangsmiddelet har et klart formål om å fremskaffe eller sikre bevis i forbindelse med en gjenåpningsbegjæring. Inngrepet er altså lite, men viktig for å sikre materiell sannhet. Å varetektsfengsles etter stprl. § 171 er et betydelig mer belastende inngrep, som særlig påvirker siktedes livssituasjon og som i større grad sår tvil om den frifinnende avgjørelsen. Dette taler for at det lettere vil være «uforholdsmessig» å fengsle en som tidligere er frifunnet, enn å beslutte at boligen hans skal ransakes.

Dersom retten bruker denne vurderingen til å fremheve at det å beslutte bruk av tvangsmidler overfor en som tidligere er frifunnet for det samme straffbare forholdet, vil en lettere få frem hvilke motstridende hensyn som gjør seg gjeldende. Jeg mener at terskelen for å bruke tvangsmidler overfor en som tidligere er frifunnet for det samme forholdet bør være høyere enn i ordinære straffesaker, av hensyn til den som har innrettet seg etter at straffeforfølgningen mot ham er endelig avgjort. På generelt grunnlag vil forholdsmessighetskravet innebære en sterk begrensning i adgangen til bruk av tvangsmidler etter en endelig frifinnelse.

Å varetektsfengsle en som tidligere er frifunnet etter regelen i stprl. § 172 bør imidlertid være utelukket. Tvangsmiddelets formål er ikke å fremskaffe eller sikre bevis, heller ikke å sørge for at saken kan gjennomføres og dom fullbyrdes. Tvangsmiddelet utgjør altså ikke en nødvendighet i prosessen mot en gjenåpningsbegjæring i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2. Tvangsmiddelet tas i bruk av hensyn til mistankens styrke, og til allmennhetens retts- og trygghetsfølelse. I lys av reglene om rettskraft, forbudet mot dobbelt straffeforfølgning og uskyldspresumsjonen kan ikke kravet til mistanke etter § 172, ei heller hensynet til allmennhetens retts- og trygghetsfølelse begrunnes før saken eventuelt er besluttet gjenåpnet.

Dette er i tråd med forslaget til ny straffeprosesslov som ble avgitt til Justis- og beredskapsdepartementet 3. november 2016. Her foreslås i § 41-20 fjerde ledd at «Påtalemyndigheten kan benytte tvangstiltak for å avklare om en sak skal begjæres gjenåpnet, men ikke beslutte begrensninger i bevegelsesfriheten av hensyn til allmenhetens retts- og trygghetsfølelse etter § 15-3 før det er truffet beslutning om å begjære gjenåpning.»<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> Se NOU 2016:24, s. 82

Jeg mener imidlertid at hensynene krever at skranken bør gå lenger enn forslaget, nemlig at gjenåpningsbegjæringen skal være tatt til følge før siktede kan fengsles etter § 172. Forslaget går kun ut på at gjenåpning må være begjært. Begrunnelsen for mitt standpunkt er de særlige hensyn som gjør seg gjeldende, som gjort rede for ovenfor, og det som gjennomgås nedenfor i kapittel 5.

## **Kapittel 5. Kan domstolen gjennom sin beslutning om varetektsfengsling påvirke Gjenopptakelseskommisjonens avgjørelse om å gjenåpne saken?**

### **5.1. Innledning**

I dette kapitlet skal jeg behandle to spørsmål. Det ene er om domstolen gjennom å beslutte fengsling i medhold av stprl. § 172, kan påvirke Gjenopptakelseskommisjonens vurdering av om mistankekravet i § 393 første ledd nr. 2 er oppfylt. Dessuten om en slik eventuell påvirkning bør medføre at domstolene avstår fra å anvende § 172 i slike tilfeller.

### **5.2. Beviskravet i regelen om gjenåpning til skade for siktede og tvangsmiddelet som tas i bruk**

Som vi har sett tidligere, ligger det i vilkåret «må antas» i stprl. § 393 første ledd nr. 2 et krav om sannsynlighetsovervekt for skyld for at en straffesak kan gjenåpnes etter bestemmelsen.

Mistankekravet for varetektsfengsling etter stprl. § 172 er særlig høy. Det skal foreligge en meget sterk sannsynlighet for at den siktede er skyldig.

### **5.3. Hva gjorde ankeutvalget i «Kristin-saken»?**

Ankeutvalgets flertall mente lagmannsrettens hadde lagt til grunn riktig forståelse av stprl. § 172. Flertallet påpekte imidlertid ikke forholdet mellom bruk av tvangsmidler og gjenåpning.

Mindretallet i ankeutvalget fremhevet at «[i] saken her er siktede fengslet på tross av at riksadvokaten ikke hadde tatt stilling til om saken skal begjæres gjenåpnet. Det er systematisk sett klart uheldig at domstolene ved behandling av begjæring om varetekt dermed må foregripe riksadvokatens vurdering av om saken skal begjæres gjenåpnet, *og ikke minst foregripe Gjenopptakelseskommisjonens eventuelle vurdering av om vilkårene for gjenåpning vil være oppfylt*» (Min kursivering).<sup>119</sup>

Det kan være svært uheldig at retten uttaler seg såpass tydelig, som § 172 forutsetter, hva gjelder sannsynligheten for at siktede er skyldig forut for Gjenopptakelseskommisjonens

---

<sup>119</sup> Rt. 2015 s.935 (avsnitt 26)



vurdering av om vilkårene for å gjenåpne saken er tilstede. Dette fordi mistankekravet etter § 172 er strengere enn mistankekravet etter § 393 første ledd nr. 2.

#### **5.4. Innebærer avgjørelsene reelt sett en prøving av samme tema?**

Fengslingsavgjørelsen gjelder ikke en prøving av skyldspørsmålet som sådan, men avgjørelsen må begrunne et mistankekrav i forbindelse med siktedes skyld.

Gjenopptakelseskommisjonens vurdering i Kristin-saken går ut på om det på grunn av nye bevis foreligger sannsynlighetsovervekt for at mannen likevel tok livet av Kristin Juel Johannesen. Dette må nødvendigvis også vurderes opp mot det bevisbildet som forelå i den forrige saken.

Ankeutvalgets beslutning må nødvendigvis også hensynta de nye bevis for å konstatere at beviskravet for mistanken foreligger. Flertallet uttalte i den forbindelse at «[d]et er nå kommet frem et nytt bevis - et DNA-bevis. Dette beviset har ført til ny siktelse, og vil formentlig også stå sentralt ved en begjæring om gjenåpning etter straffeprosessloven § 393.»<sup>120</sup> Flertallet påpekte også at lagmannsretten hadde lagt «avgjørende vekt på at det nå har skjedd en vesentlig endring i bevissituasjonen og på reaksjonene hos allmennheten og i nærmiljøet».<sup>121</sup>

Når Høyesteretts ankeutvalg forut for kommisjonens beslutning har lagt til grunn at det foreligger en meget sterk sannsynlighet for at den siktede er skyldig i drapet, og dermed kan fengsles etter § 172, kan Gjenopptakelseskommisjonens vurdering virke unødvendig, eller at det er gitt at den bør komme til at vilkårene for gjenåpning etter § 393 er tilstede.

#### **5.5. Hvorfor er dette problematisk?**

Fordi mistankekravet etter § 172 er strengere enn mistankekravet etter § 393 første ledd nr. 2, har Høyesterett ankeutvalg indirekte sagt at når begjæringen om gjenåpning forelegges Gjenopptakelseskommisjonen, må den gjenåpne saken.

Dette er problematisk fordi Gjenopptakelseskommisjonen etter strpl. § 395 fjerde ledd «ikke [kan] instrueres om sin utøving av myndighet». Ettersom Gjenopptakelseskommisjonen er et uavhengig forvaltningsorgan, står den fritt med tanke på hvordan saker skal behandles, og i selve avgjørelsen av enkeltsaker.

Fordi gjenåpning, og særlig gjenåpning til siktedes skade etter § 393, er noe ekstraordinært er det viktig at prosessen fremstår som tillitsvekkende.

---

<sup>120</sup> Ibid, (avsnitt 18)

<sup>121</sup> Ibid, (avsnitt 16)

Forut for revideringen av straffeprosessloven var det den samme domstolen som avsa den angrepne dom, som også avgjorde om straffesaken skulle gjenåpnes, og som eventuelt behandlet saken på nytt.<sup>122</sup>

I forbindelse med opprettelsen av Gjenopptakelseskommissjonen ble det nettopp lagt vekt på å skille domstolene fra avgjørelsen om å behandle på nytt et saksforhold der det allerede foreligger en rettskraftig dom. Dette mye på grunn av at den offentlige debatten i årene etter blant annet Liland-saken ble preget av kritiske holdninger til datidens system, da det ble spekulert i om domstolene tok kollegiale hensyn eller på annen måte behandlet gjenåpningsbegjæringer slik at det ga grunnlag for svekket tillit.<sup>123</sup> I forarbeidene heter det om den gamle ordningen at «[d]et kan med god grunn hevdes at dagens ordning i unødige grad legger opp til kritikk, og at domstolene og påtalemyndigheten dermed er spesielt sårbare når kritikken kommer. Det er viktig å motvirke at tilliten til domstolene og påtalemyndigheten svekkes i fremtiden [...]».<sup>124</sup>

Tilliten til gjenåpningsprosessen begrunner også hvorfor saken skal henvises til ny fullstendig behandling ved en domstol som er sideordnet den rett som har avsagt den angrepne dom, dersom gjenåpning besluttes etter stprl. § 400.

I forslaget til ny straffeprosesslov legger utvalget til grunn for sitt lovforslag at «tvangsinngrepet rettshåndhevelsesarrest [skal] være utelukket før gjenåpning er begjært, ettersom det innebærer å foregripe spørsmålet om gjenåpning».<sup>125</sup> Utvalget går ikke nærmere inn på hvorfor, men mener at «[b]ruk av tvangstiltak kan innebære betydelige inngrep overfor den mistenkte og vil i ytterste konsekvens foregripe spørsmålet om hvorvidt vilkårene for gjenåpning er oppfylt.»<sup>126</sup> Dette må relatere seg til mistankekravet, og da særlig mistankekravet i stprl. § 172.

I mine øyne kan man ikke se bort fra at rettens beslutning om å varetektsfengsle siktede i medhold av stprl. § 172 kan påvirke Gjenopptakelseskommissjonens vurdering av om vilkårene for gjenåpning etter § 393 første ledd nr. 2 er oppfylt. Gjenopptakelseskommissjonen kan føle seg bundet til å gjenåpne saken for å unngå at den frikjente urettmessig har blitt utsatt for et inngrep som ikke ledet til gjenåpning av saken.

---

<sup>122</sup> Dullum (2010) s. 9

<sup>123</sup> Se Dullum (2010) s. 9-10 og NOU 1996:15 om saksforholdet i Liland-saken

<sup>124</sup> Ot.prp. nr. 70 (2000-2001), s. 22

<sup>125</sup> Se NOU 2016:24, s. 465

<sup>126</sup> Ibid s. 464

For hva ville skjedd dersom Gjenopptakelseskommissjonen kom frem til at vilkårene for gjenåpning ikke forelå i Kristin-saken?

Det ville klart nok ikke foreligge noe fengslingsgrunnlag, fordi saken ikke skal prøves på nytt. Da ville retten måtte falle tilbake på at skyldspørsmålet er rettskraftig avgjort i dommen fra 2003, og mannen måtte løslates. På denne bakgrunn virker det som en forutsetning for fengslingen av mannen, at Kristin-saken ville bli gjenåpnet av Gjenopptakelseskommissjonen. En slik forskuttering fra domstolene er klart uheldig i lys av uskyldspresumsjonen og rettskraftreglene.

Av disse grunner bør domstolen avstå fra å varetektsfengsle frikjente i medhold av stprl. § 172, før Gjenopptakelseskommissjonen har fattet sin avgjørelse.

## **Kapittel 6. Avslutning**

### **6.1. Avsluttende refleksjoner**

Oppgaven har vist at det etter gjeldende rett er adgang til å ta i bruk tvangsmidler med sikte på en gjenåpningsbegjæring til skade for en som tidligere er frifunnet. Lovgiver har prioritert adgangen til gjenåpning til skade for siktede ut fra straffeprosessens overordnede mål om å finne frem til den materielle sannhet, og dermed kunne realisere den materielle strafferett. På bakgrunn av disse hensyn er min mening at forutsetningen for bruken av tvangsmidler må være at tvangsmiddelet har en hensikt i etterforskningsprosessen mot en gjenåpningsbegjæring i medhold av stprl. § 393 første ledd nr. 2.

Oppgaven har også vist at bruken av tvangsmidler overfor en tidligere frifunnet kan være uheldig på bakgrunn av andre hensyn. For den frikjente er det særlig belastnings- og forutberegnelighetshensyn som taler for at bruken av tvangsmidler bør begrenses. På samfunnssiden bør viktige utslag av rettsstatsprinsippet, som uskyldspresumsjonen, forbudet mot gjentatt straffeforfølgning og reglene om rettskraft også begrense adgangen til å anvende tvangsmidler med sikte på en gjenåpningsbegjæring til skade for siktede.

På bakgrunn av disse prinsippene og hensynet til frikjente er det, etter mitt skjønn, klart at rettshåndhevelsesarrest bør være utelukket i disse tilfellene. Initiativet i forslaget til ny straffeprosesslov er derfor et steg i riktig retning.

Formålet med oppgaven har vært å fremheve, som mindretallet i Rt. 2015 s. 935, at det å ta i bruk tvangsmidler overfor en som tidligere er frifunnet i samme sak er noe ekstraordinært.

Derfor bør de hensyn som i utgangspunktet taler mot at vedkommende skal kunne straffefølges på nytt, i seg selv ha vekt i vurderingen av om tvangsmidler kan anvendes.

## **Kapittel 7. Kildeliste**

### **7.1. Lover og konvensjoner**

#### **7.1.1. Lover**

Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.) av 17. mai 1814

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

Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven – vtrl.) av 18. juni 1965 nr. 4

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

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

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

Lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.) av 17. juni 2005 nr. 90

#### **7.1.2. Konvensjoner**

Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK) av 4. november 1950, vedlegg 2. i menneskerettsloven

Protokoll nr. 7 til Den europeiske menneskerettskonvensjon

De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966, vedlegg 6. i menneskerettsloven

### **7.2. Lovforarbeider, utredninger mv.**

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

Ot.prp.nr.53 (1983-1984) Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven

NOU 1996:15 Liland-saken

Ot.prp.nr.81 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.)

Ot.prp.nr.70 (2000-2001) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (gjenopptakelse)

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov

### **7.3. Litteratur**

#### **7.3.1. Bøker**

Aall (1995): Jørgen Aall, *"Rettergang og menneskerettigheter"* (1995), Universitetsforlaget

Strandbakken (2003): Asbjørn Strandbakken, *"Uskyldspresumsjonen: In dubio pro reo"* (2003), Fagbokforlaget

Andenæs (2009): Johs. Andenæs, *"Norsk straffeprosess"* (2009), 4. utg., samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Universitetsforlaget

Rui (2009): Jon Petter Rui, *"Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning"* (2009), Universitetsforlaget

Bjerke, Keiserud og Sæther (2011): Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *"Straffeprosessloven"* (2011), Kommentanutgave 4.utg., bind 2, Universitetsforlaget

Havre (2015): Merete Havre, *"Varetekstfengsling og proporsjonalitetsprinsippet - en balansetest"* (2015), Cappelen Damm

#### **7.3.2. Rapporter**

Dullum (2010): Jane Dullum, *"Justisfeil i straffesaker: En analyse av saker behandlet av Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker (Gjenopptakelseskommisjonen) i perioden 2004-2009"* (2010), Universitetet i Oslo

#### **7.3.3. Tidsskrifter**

Andorsen (1994): Kjell V. Andorsen, *"Skjellig grunn til mistanke og bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler"* (1994), Lov og rett, s. 559-575

Pedersen (2006): Jorun I. Pedersen, *"Uskyldspresumsjonen og uttalelser om straffeskyld før skyldspørsmålet er avgjort"* (2006), Tidsskrift for Strafferett, nr. 4, s. 258-293

Rui (2014): Jon Petter Rui, *"Straffeprosessen i perspektiv"* (2014), Jussens Venner, hefte 6/2014 volum 49, s. 382-444

### **7.4. Internettsider**

Norsk Lovkommentar til straffeprosessloven (elektronisk utg. ISSN 2387-3361). Via: [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no)

Store norske leksikon (elektronisk utg. ISSN 2464-1480). Hentet fra: <https://snl.no/uskyldspresumsjonen>

Riksadvokatens internettsider. Hentet fra:

<http://www.riksadvokaten.no/no/dokumenter/pressemeldinger/Riksadvokaten+begj%C3%A6rer+%22Kristin-saken%22+gjen%C3%A5pnet.9UFRLS1c.ips>

## **7.5. Avgjørelser**

### **7.5.1. Rettsavgjørelser**

Rt. 1988 s. 824

Rt. 1992 s. 423

Rt. 1992 s. 1529

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1997 s. 1739

Rt. 1999 s. 1592

Rt. 2000 s. 2105

Rt. 2000 s. 2142

Rt. 2001 s. 940

Rt. 2001 s. 972

Rt. 2004 s. 74

Rt. 2005 s. 1665

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 1435

Rt. 2011 s. 946

Rt. 2011 s. 1421

Rt. 2012 s. 1976

Rt. 2015 s. 935

Rt. 2015 s. 1327

HR-2016-2438-U, (sak nr. 2016/1999)

### **7.5.2. Gjenopptakelseskommisjonens avgjørelser**

GK-2009-90: Gjenopptakelseskommisjonens sak nr. 2009 0090 av 4. mars 2010

GK-2015-111: Gjenopptakelseskommisjonens sak nr. 2015/111 av 31. august 2015

GK-2016-26: Gjenopptakelseskommisjonens sak nr. 2016/26 av 17. mars 2016

### **7.5.3. Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol**

Case of Jecius v. Lithuania (2000): Søkenummer 34578/97, dom av 31. juli 2000

Case of Vladimir Solovyev v. Russia (2007): Søkenummer 2708/02, dom av 12. november 2007

Case of Allen v. The United Kingdom (2013): Søkenummer 25424/09, dom av 12. juli 2013