

. Artikkelen er publisert under modellen grønn åpen tilgang (green open access). Det betyr at utgiver tillater forfatter å arkivere sin artikkel i åpne institusjonelle arkiv (egenarkivering) eller på eget eller arbeidsgivers nettsted, i den versjon og det format som ble godkjent av tidsskriftets redaksjon (akseptert versjon/tekstversjonen).

Sitering av artikkelen i APA (6<sup>th</sup>):

Myhrer, T. - G. (2003). Påtalemyndighetens praksis som rettskilde. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 116(2), [219]-245.

Dette er siste tekstversjon av artikkelen, den kan inneholde ubetydelige forskjeller fra forlagets pdf-versjon.

# PÅTALEMYNDIGHETENS PRAKSIS SOM RETTSKILDE<sup>1</sup>

Førstestatsadvokat, dr. juris. Tor-Geir Myhrer

## 1. Begrepsbruk og disposisjon

Emnet ”Påtalemyndighetens praksis som rettskilde” er en spesialstudie av spørsmålet om, og eventuelt i hvilken grad bestemmelser, avgjørelser og praksis fra andre enn lovgiver og domstolene med Høyesterett i spissen, kan tjene som kilde ved avgjørelse av rettsspørsmål.

### 1.1. Begreper

Jeg bruker begrepet ”påtalemyndighetens praksis” slik at det omfatter:

- generell praksis som følges av påtalemyndighetens tjenestemenn,
- prinsipielle avgjørelser truffet av overordnet påtalemyndighet – særlig riksadvokaten – og som blir retningsgivende for underordnede, og
- formelle direktiver om myndighetsutøvelse gitt av riksadvokaten.

En rettskilde defineres gjerne som det en bygger på når det tas standpunkt til hvilke regler som gjelder, hvilket innhold de har og hvordan de skal anvendes i konkrete tilfeller.<sup>2</sup> Definisjonen er ikke knyttet til hvem som er rettsanvende, og begrepet ”rettskilder” favner derfor videre enn det som tillegges vekt i domstolene, særlig i Høyesterett. Men siden domstolene har det avgjørende ord ved løsning av rettsvister, vil rettskildens *verdi eller vekt i forhold til andre kilder* først og fremst avgjøres av vekten den tillegges ved domstolenes - særlig Høyesteretts - avgjørelser.

Men i tillegg til denne drøftelse av hvilken vekt påtalemyndighetens praksis tillegges – eller kan antas å bli tillagt - i domstolene, vil jeg også berøre spørsmålet om hvordan påtalemyndighetens praksis brukes som rettskilde internt i påtalemyndigheten, i andre forvaltningsgrener, hos advokater og i rettsvitenskapen.

Vekten av påtalepraksis som rettskilde svarer til det Mads Andenæs i sin rettskildelære<sup>3</sup> kaller autoritetsverdien: Det sentrale spørsmål her er hvilken vekt det i avveiningen mot andre rettskilder tillegges at påtalepraksis legger til grunn at ”slik skal rettsspørsmålet løses” eller ”slik er reglene å forstå”.

I tillegg til autoritetsverdien vil praksis gjerne ha en argumentasjonsverdi (eller overbevisningsverdi) som er knyttet til i hvilken innsikt i de relevante reelle hensyn praksis og begrunnelsen for den gir andre rettsanvendere.

Det er selvsagt en nær sammenheng mellom disse ”verdier”. En praksis eller avgjørelse som fremstår som lite overbevisende, vil selv om den har det mest autoritative opphav, for eksempel Høyesterett, bli tillagt mindre vekt når den skal

---

<sup>1</sup> Artikkelen er en noe omarbeidet og ajourført versjon av manuskriptet til forelesning over oppgitt emne for den juridiske doktorgrad 8. juni 2000.

<sup>2</sup> Jf. Eckhoff/Helgesen: Rettskildelære (4.utg.) side 15.

<sup>3</sup> Mads Henry Andenæs: Rettskildelære side 46-47.

avstemmes mot andre rettskilder. Denne artikkel vil også vise en annen type sammenheng: Praksis og retningslinjer fra rettsanvendere med rettskildemessig lav autoritet, for eksempel riksadvokaten, men som fremstår som forstandige og hensiktsmessig, kan ha betydelig argumentasjonsverdi/ overbevisningsverdi overfor lovgiver og domstoler. Hvis disse slutter seg til og henviser til praksis, vil den derigjennom tilføres en autoritetsverdi.

## **1.2. Disposisjon**

Jeg drøfter først om det er generelle forhold som tilsier at påtalemyndighetens praksis kan eller bør tillegges større eller mindre vekt enn forvaltningspraksis for øvrig. (2)

Hovedinnholdet i fremstillingen vil være hvilken autoritetsverdi (vekt) påtalemyndighetens praksis har overfor forskjellige rettsanvendere, med domstolene i spissen. (3). Som punkt (4) behandler jeg den rettskildemessige argumentasjons eller overbevisningsverdi knyttet til påtalemyndighetens praksis. Synspunktene presenteres med noen få tillegg i samme form som ved prøveforelesningen, men på en del punkter er rettstilstanden ajourført med hendelser og avgjørelser etter juni 2000. At artikkelen er basert på en prøveforelesning over oppgitt emne ligger det en betydelig begrensning: En grundig rettsvitenskaplig analyse av den rettskildeværdi påtalemyndighetens praksis har, fordrer omfattende undersøkelser som det ikke var mulig å gjennomføre innenfor en tidsramme av to uker. De følgende synspunkter er derfor i stor grad basert på den særlige innsikt som måtte følge av mer enn 20 års arbeid i påtalemyndigheten, hvorav de siste 15 år ved Riksadvokatembetet. Riksadvokaten er i betydelig grad skaper av den praksis hvis rettskildeværdi skal vurderes. Et slikt fundamentet innbærer en nærliggende mulighet for å overvurdere både betydningen av egen etat og fortreffeligheten av dens avgjørelser.

## **2. Generelle forhold av betydning for rettskildeværdien av påtalepraksis sammenholdt med annen forvaltningspraksis**

### **2.1. Legalitetsprinsippets kjerneområde**

Påtalemyndighetens praksis vil i stor grad være knyttet til straffebestemmelser eller straffeprosessuelle bestemmelser som gir anledning til inngrep overfor private. Legalitetsprinsippet som middel til å styrke rettssikkerheten og den demokratiske kontroll med myndighetsutøvelsen gjør seg her gjeldende med full tyngde. Årsaken er at praksis ofte vil bli påberopt som et argument for å tolke straffebestemmelser strengt eller prosessuelle inngrephjemler utvidende. Å tillegge praksis en slik virkning har de samme betenkeligheter som annen utvidende fortolkning av på legalitetsprinsippets område slik det bl.a. påpekes i Eckhoff/Helgesen: Rettskildelære (4.utg) side 125 flg. Det reduserer forutberegnligheten og det gir dårligere garanti for at bestemmelsene brukes slik som forutsatt ved den demokratiske lovgivningsprosess.

Særlig betenkelig blir slik bruk av praksis som tolkingsmoment hvis den ikke er forankret i en bred og grundig behandling på overordnet nivå i påtalehierarkiet, men har utviklet seg i politiet ut fra snevre etterforsknings- eller påtalemessige effektivitetshensyn, kanskje endog i kombinasjon med en misforståelse av hvilke

forutsetninger og vilkår loven krever oppfylt. Pågripelsespraksis som ble vurdert i advokatkjennelsen inntatt i Rt. 1936 side 566 er et eksempel på praksis av sistnevnte type.

## 2.2. Tilgjengelighet

Tilgjengeligheten av påtalemyndighetens praksis taler med tyngde mot å tillegge den større vekt en annen forvaltningspraksis. Hovedtyngden av påtalemyndighetens praksis både skapes og kommer til uttrykk gjennom avgjørelse av rettsspørsmål i enkeltsaker. Avgjørelsene er ikke offentlige, jf. offentlighetsloven § 1 tredje ledd, og det er i liten grad innarbeidet rutiner som på annen måte sørger for av viktige og prinsipielle standpunkter og avgjørelser blir kjent.

Først med virkning fra 1998 har riksadvokaten utarbeidet en anonymisert samling med tittelen ”Avgjørelser og uttalelser fra riksadvokaten”, og som inneholder det materiale som antas å være av generell interesse. Samlingen spres til deler av underordnet påtalemyndighet. De formelle rundskrivene spres til alle påtalejurister, og sendes også til en rekke rettsanvendere utenfor påtalemyndigheten, for eksempel domstoler og De juridiske fakulteter og Politihøgskolen.

Med et hederlig unntak for ØKOKRIM og et regionalt embete, som gir ut periodiske meddelelsesblader som bl.a. omtaler viktige avgjørelser, er tilgjengeligheten av påtalepraksis på statsadvokatnivået ytterst dårlig.

Den dårlige tilgjengelighet påvirker først og fremst den rent faktiske betydning av påtalepraksis som rettskilde, men har betydning også for rettskildeverdien: En praksis basert på en slik usikker og usystematisk spredning blir vanskelig fast og enhetlig. Den dårlige tilgjengelighet leder dessuten til at praksis i begrenset grad blir gjenstand for kritisk vurdering av det juridiske miljø.

Fra 2001 blir en del av riksadvokatens avgjørelser og direktiver publisert i Tidsskrift for Strafferett (TfS). Pr. år vil publiseringen innebære at vel 60 trykte sider med avgjørelser og direktiver fra riksadvokaten blir alminnelig tilgjengelig forholdsvis kort tid etter utferdigelsen. Utvelgelsen til TfS skjer ved Riksadvokatembetet, og siktemålet er å offentliggjøre praksis som antas å være av interesse også utenfor påtalemyndighetens egne rekker. Selv om publiseringen i TfS er et betydelig steg i riktig retning, er offentliggjøringen for begrenset og ”tilfeldig” til at innvendingene behandlet ovenfor oppveies. Det er langt igjen til en slik tilnærmet fullstendig publisering av den karakter en finner for eksempel i Sivilombudsmannens årsmelding.

## 2.3. Ingen snever sektorinteresse og et krav om objektivitet

Straffeforfølgning er ikke knyttet til noe bestemt samfunnsområde, og forestås i det alt vesentlige av en uspesialisert påtalemyndighet<sup>4</sup> med et lovbestemt objektivitetskrav, jf. straffeprosessloven § 226 tredje og fjerde ledd. Til påtalemyndighetens myndighetsutøvelse stilles dessuten få kvantitative krav av

---

<sup>4</sup> ØKOKRIM kan til en viss grad anses som et unntak.

den karakter at målet for år 2000 er å fengsle X antall personer, bøtelegge Y personer og oppnå straffedom på Z.<sup>5</sup>

Påtalemyndighetens myndighetsutøvelse er derfor i mindre grad en annen forvaltning preget av det Bernt<sup>6</sup> kaller en ”faglig spesialisert formålsrasjonalitet”, som gjerne påvirker praksis og regelforståelsen i en retning som gjør at slike mål lettere nås.

En skal likevel være forsiktig med å overdrive betydningen av forskjellen. Også påtalemyndigheten står overfor et stadig økende krav om effektivitet, og lokalt leder dette bl.a. til målsettinger om at antall fengslinger skal økes med 25% eller at det skal avdekkes 50% flere tilfeller av utestedsdiskriminering. Slike målsettinger kan – til tross for det grunnleggende krav om kvalitet – nok påvirke fortolkningen av straffebestemmelser slik at mer blir straffbart og bidra til at prosessuelle krav og bestemmelser fortolkes slik de fremmer en rask og enkel, og/eller en lite omfattende etterforskning.

#### **2.4. Indirekte rettslig prøving av saksbehandlingen**

Som Jo Hov fremhever i ”Påtalemyndighetens organisasjon og kompetanse” side 12 er påtalemyndighetens arbeid en forvaltningsvirksomhet med klare særegenheter, og som ”grovt sett kan ..... karakteriseres som forberedelse til en domstolsavgjørelse, eller oppfølging av en slik avgjørelse”. Selv om det i dag bare er en forholdsvis liten andel av straffesakene som bringes inn for domstolene, er det uansett intet annet forvaltningsområde som så ofte og rutinemessig får sin saksbehandling vurdert av domstolene, enten i form av rettslig etterforskning (tvangsmidler eller rettslig avhør) eller ved pådømmelse av det etterforskede forhold.

Etter mitt skjønn må denne regelmessige prøving tillegges vekt selv om en aktuell praksis ikke eksplisitt har vært gjenstand for prøving ved domstolenes avgjørelser. Produktet av en slik innarbeidet praksis i straffesaksbehandlingen vil uansett være forelagt domstolene en rekke ganger. Har dette passert uten bemerkninger, må det kunne tas som et uttrykk for at praksis jevnt over er forsvarlig og ikke kommer i konflikt med sentrale rettssikkerhetshensyn. At påtalemyndighetens saksbehandling jevnlig legges åpen for domstolenes innsyn, er derfor et argument for at den kan tillegges noe større vekt enn annen forvaltningspraksis som bare unntaksvis bli presentert for domstolene.

#### **2.5. Organisasjon og personell**

Selve grunnstrukturen i påtalemyndighetens organisasjon skiller seg ikke nevneverdig fra andre forvaltningsgrener. Den er hierarkisk oppbygget med i tre nivåer (når en ser bort fra Kongen i statsråd og lensmennene), og består av totalt vel 600 personer på landsbasis. Det er imidlertid et særtrekk i forhold til annen forvaltning at alt personell med myndighetsbeføyelser er jurister. I rettskildeliteraturen anføres som en begrunnelse for ikke å tillegge

---

<sup>5</sup> Kravet om at påtalemyndigheten må dokumentere effektivitet og styring med straffesaksbehandlingen, leder imidlertid til at påtalemyndigheten selv fastsetter slik produksjonsmål. For eksempel slik at målsettingen blir å fremme 25% flere fengslingsbegjæringer enn året før.

<sup>6</sup> Jan Fridthjof Bernt: Rettskildebruk for forskeren – TfR 1989 side 265 flg.

forvaltningspraksis noen nevneverdig vekt, at den i stor grad består av rettsspørsmål avgjort av ikke-jurister. Det er ikke tilfelle i påtalemyndigheten. Sammen med den forholdsvis begrensede størrelse, som gir god mulighet for overordnet ledelse, er juristmonopolet et moment som trekker i retning av å gi påtalemyndighetens praksis er større rettskildeværdi enn annen forvaltningspraksis. Ganske særlig når en tar i betraktning at praksis også jevnlig blir lagt frem for domstolene, jf. ovenfor.

## 2.6. Sammenfatning

Forholdene behandlet foran trekker i forskjellig retning. Samlet leder de vel til at påtalemyndighetens praksis neppe kan tillegges større rettskildemessig vekt enn annen forvaltningspraksis.

## 3. Autoritetsverdien

### 3.1. Utgangspunkter

Emnet for dette hovedavsnitt er altså hvilken vekt det har overfor de forskjellige rettsanvendere at det innen påtalemyndigheten er lagt til grunn at et rettsspørsmål skal løses på en bestemt måte. Med ”vekt” menes først og fremst hvilken betydning påtalemyndighetens praksis tillegges som et uttrykk for hvordan gjeldende rett er, i konkurranse med andre rettskilder som ordlyd, forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn.

Den rettskildemessige vekt av påtalemyndighetens praksis varierer i betydelig grad med hvem som er rettsanvender, - om det er domstolene, etaten selv, andre forvaltningsorganer eller rettsvitenskapen. Det er naturlig og riktig å begynne med hvilken vekt påtalemyndighetens praksis har overfor domstolene. Dels fordi det er dommernes – særlig Høyesteretts - rettsanvendelse som anses som ”den riktige”,<sup>7</sup> og dels fordi domstolens rettskildebruk *uansett blir avgjørende og bindende for partene* hvis den rettslige konflikt bringes for retten. Det er likevel ikke gitt at andre rettsanvendere tillegger forvaltningspraksis den samme (beskjedne ) vekt som domstolene gjør. En fremstilling av autoritetsverdien av påtalemyndighetens praksis blir derfor ikke fullstendig uten at andre rettsanvenderes bruk av påtalemyndighetens praksis berøres.

### 3.2. Autoritetsverdien overfor domstolene

#### 3.2.1. Hovedsynspunktet

I rettskildeteorien synes det – med henvisning til rettspraksis - å være enighet om at forvaltningspraksis har meget begrenset vekt som rettskilde overfor domstolene – først og fremst Høyesterett, og at det - av grunner som jeg har berørt foran i avsnitt 2. - også bør være slik. Lengst går – også her –Fleischer: Rettskilder og

---

<sup>7</sup> Eckhoff/Helgesen: Rettskildelære (4.utg) side 17. Anne Robberstad gjør i sin prøveforlesning ”Er Høyesteretts dommer bindende”- TfR 2000 side 504 – seg til talskvinne for et noe annet syn: Høyesteretts dommer er ikke nødvendigvis bindende fordi de er ”riktige”, men blir faktisk bindende fordi Høyesterett har makt til å gjøre dem det.

juridisk metode side 295 flg. som må oppfattes slik han frakjenner forvaltningspraksis og – avgjørelser enhver rettskildeværdi overfor domstolene.

Selv om Fleischer etter min oppfatning går for langt, er fundamentet for hans resonnement verdifullt: Hvis forvaltningens praksis og lovforståelse utgjør en rettskilde som i siste omgang Høyesterett måtte ta i betraktning, kan forvaltningen komme til å få en lov-endringskompetanse som de ikke har, og som vil være unndratt vanlig demokratisk kontroll. Dette er et synspunkt som har særlig vekt på et saksfelt som befinner seg i legalitetsprinsippets kjerneområde slik straffesaksbehandlingen gjør, jf. foran i 2.1. Går derfor påtalemyndighetens praksis ut på utvide sin kompetanse til skade for tredjemenn - slik avgjørelsen i Rt. 1936 side 566 er et eksempel på - eller på annen måte påvirker rettsikkerheten til de som er berørt av forfølgningen i negativ retning, vil påtalemyndighetens praksis trolig ikke bli tillagt noen vekt. Jeg nevner to aktuelle eksempler til illustrasjon:

Etter straffeprosessloven § 461 første ledd skal en domfelt som er på frifot gis et varsel om når og hvor han skal møte til avsoning av straffen. Det er mest nærliggende å forstå bestemmelsen slik at varsel ikke er nødvendig for den som allerede er fengslet i den sak hvor fullbyrdingen skal skje eller som soner annen dom. I påtalemyndighetens praksis er det lagt til grunn at domfelte heller ikke er på frifot om han er fengslet i ny sak.<sup>8</sup> Det er imidlertid ikke vanskelig å se at hensynene bak regelen om varsel også gjøre seg gjeldende for den domfelte som sitter fengslet i 14 dager i en ny sak, og som på fengslingens siste dag ikke blir løslatt, men overført til soning av en straff på ett år. Påtalemyndighetens praksis vil neppe bli tillagt nevneverdig selvstendig vekt om spørsmålet skulle bli brakt inn for domstolene. (Et annet spørsmål er den overbevisningsverdi begrunnelsen for praksisen kan ha.)

En praksis som har mye til felles med tilfeller fra 1936, og som antas å være basert på en misforståelse av regelverket synes i dag å gjøre seg gjeldende vedrørende ”pågrepelse for botlegging”. Verken straffeprosessloven §§ 172 eller 173, eller politiloven § 8 gir i dag (2002) noen generell adgang til å pågrepe og innbringe en person til politistasjon alene med det formål å presentere vedkommende for et forelegg. Særlig i de større byer kan likevel politiets pågrepelses- og innbringelsespraksis tyde på at det legges til grunn at slik hjemmel finnes. En slik adgang er åpenbart praktisk, og er fra påtalemyndigheten nå formelt foreslått innført i straffeprosessloven § 173. Inntil en slik bestemmelse er vedtatt, er det likevel vanskelig å tenke seg at ”rene” tilfeller av ”pågrepelse for botlegging” vil bli ansett som rettsmessige.

Selv om påtalepraksis ikke gjelder tolking av inngreps- eller rettighetsbestemmelser, er det problematisk om påtalepraksis gis autoritetsverdi for avgjørelse av spørsmål som primært er lagt til domstolen, slik tilfellet er for eksempel ved fastlegging av straffenivået, jf. Grunnloven § 96. En fast og langvarig bøteleggelsespraksis hvorved det er etablert et bestemt straffenivå, vil derfor neppe bli tillagt nevneverdig autoritetsverdi i domstolene. Overbevisningsverdien av praksis og reelle hensyn (ønske om likebehandling) kan

---

<sup>8</sup> Bjerke/Keiserud legger i sin kommentarutgave til straffeprosessloven – side 1080 - det motsatte til grunn.

likevel lede til at domstolen i liten grad vil fravike det straffenivå som er etablert gjennom påtalemyndighetens foreleggspraksis.

### 3.2.2. Noen modifikasjoner i hovedsynspunktet

Det er likevel ikke alltid slik at det å tillegge påtalemyndighetens praksis en selvstendig rettskildevekt, vil trå maktfordelingen, rettssikkerheten og demokratiet for nær. Jeg skal i de følgende peke på seks typetilfeller/situasjoner hvor påtalemyndighetens praksis - etter mitt skjønn –bør tillegges en viss autoritetsverdi også overfor domstolene

#### (1) Presisering av uklare eller skjønnsmessige begrep.

Også på strafferettens og straffeprosessens område finnes lovtekster som har fått en nærmere presisering gjennom etatens praksis, og hvor forståelsen - slik jeg ser det - bør tillegges vekt også i domstolen. Jeg nevner to eksempler:

Etter militær straffelov § 34 første ledd er det straffbart (og refsbart) å ”blive borte fra det Sted, hvor det paaligger ham som militær Pligt at være tilstede”. Innen den militære refselsesmyndighet var det usikkerhet om hva som var ”stedet”. Var soldaten ulovlig fraværende om lå og sov i sivil i sin private bil på leierens parkeringsplass, mens han skulle vært tilstede på oppstillingsplassen i uniform? Generaladvokaten (som nå er en del av påtalemyndigheten) har avgjort at ”stedet” er leieren, og at man ikke kan refses for ulovlig fravær når man befinner seg innenfor leierområdet.

Avgjørelsen og praksis som deretter er fulgt, bør etter mitt skjønn ha en viss autoritetsverdi også hvis domstolene skal prøve spørsmålet.

Et eksempel fra prosessen er knyttet til straffeprosessloven § 182 første ledd, første punktum som pålegger påtalemyndigheten en plikt til å underrette den pågrepnes husstand om pågripelsen. Bestemmelsen sier ikke noe om hvor raskt eller sent etter pågripelsen underretning må skje. I et direktiv av 10. november 1999 har riksadvokaten fastsatt at underretning skal ”gis snarest mulig og i alminnelighet senest 2 timer etter at siktede er brakt til politistasjon eller lensmannskontor”. Som en minimumsstandard for hva som er en forsvarlig behandling bør direktivet tillegges vekt, for eksempel i en sak om ikke-økonomisk skade etter straffeprosessloven § 446 og hvor sen orientering til pågrepnes husstand er en del av den erstatningsbetingende atferd.

#### (2) Varig og fast praksis til gunst for siktede.

En langvarig praksis som innrømmer siktede større rettigheter enn straffeprosessloven gir, kan også tenkes tillagt vekt. For eksempel slik at det krever en særlig aktivitet hvis påtalemyndigheten vil fravike praksisen. Et aktuelt eksempel er tidsfristen ved vedtagelse av forelegg:

Det er en langvarig praksis for at påtalemyndigheten aksepterer vedtagelse av forelegg også etter utløpet av vedtagelsesfristen fastsatt med hjemmel i straffeprosessloven § 256 første ledd nr. 5. I alle fall så lenge det ikke er tatt skritt til pådømmelse etter straffeprosessloven § 268. To over 50 år gamle avgjørelser i Høyesterett – Rt.1949 side 784 og 1950 side 267 –



legger til grunn av vedtagelse etter fristen først trekker rettsvirkninger etter seg når påtalemyndigheten positivt aksepterer vedtagelsen. Avgjørelsene synes akseptert som gjeldende rett.<sup>9</sup> Basert på den langvarige praksis med å godta vedtagelser som kommer etter fristen, ser jeg ser likevel ikke bort fra at domstolene i dag vil kreve at påtalemyndigheten straks gir beskjed hvis vedtagelsen ikke aksepteres. Er dette ikke gjort, og påtalemyndigheten på et senere tidspunkt, for eksempel av taktiske (og påtaleetiske ganske tvilsomme) grunner ønsker det opplagte tilfelle av blotting som det var utferdiget forelegg for, pådømt sammen med en bevismessig vanskelig bedragerisak, skal en ikke se helt bort fra at begjæringen om pådømmelse av blotterforhold avvises etter straffeprosessloven § 51 fordi forholdet anses som rettskraftig avgjort ved den formelt for sene vedtagelsen av forelegget.

(3) Fordeling av myndighet innen påtalemyndigheten.

Når påtalemyndighetens praksis bare fordeler myndighet internt i påtalemyndigheten, kan det også for domstolene være grunn til å legge vekt på denne praksis. Her møter en ikke de samme rettssikkerhetsmessig betenkeligheter som når påtalemyndigheten tiltar seg domstolens kompetanse, jf. Rt. 1936 side 566.

Riksadvokaten har for eksempel i Rundskriv av 3. mars 1997 (nr. 1/1997) og i enkeltsaker trukket opp visse retningslinjer for når De særskilte etterforskningsorganene etter straffeprosessloven § 67 sjette ledd, jf. påtaleinstruksen § 34-1 skal etterforske saker mot ansatte i politi og påtalemyndighet. Retningslinjene og den praksis som er etablert på bakgrunn av disse, må etter mitt skjønn tillegges vekt når retten skal ta standpunkt til om for eksempel en fengslingsbegjæring fremmet av SEFO skal avvises etter straffeprosessloven § 81 (rett påtalemyndighet). Til tider oppstår spørsmålet om en straffesak er henlagt av kompetent myndighet. Også her bør påtalemyndighetens praksis kunne tillegges vekt ved domstolens avgjørelse.<sup>10</sup> Etter påtaleinstruksen § 17-1 annet ledd skal politiet ”som regel” forelegge de saker hvor ikke har påtalekompetanse for overordnet påtalemyndighet når de vil henlegge saken og noen har vært siktet. I flere distrikter synes statsadvokaten uttrykkelig eller stilltiende å ha godtatt at ”som regel” bare omfatter de saker hvor siktelsen følger av varetektsfengsling eller at saken på annet grunnlag har vært gjenstand for rettslig behandling. Bli dette en generell og varig ordning – og som kanskje endog får riksadvokatens velsignelse -, vil jeg tro at dette vil bli tillagt vekt, for eksempel i forhold til tre-månedersfristen i straffeprosessloven § 75 annet ledd som forutsetter at henleggelsen er truffet av kompetent myndighet.<sup>11</sup>

Foranstående har en viss støtte i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1999 side 456. Her synes det tillagt vekt hvilket syn riksadvokatens hadde på hvem som var kompetent påtalemyndighet ved forlengelse av sikringsbemyndigelser.

<sup>9</sup> Andenæs: Norsk straffeprosess I side 295 og Hov: Rettergang II side 88.

<sup>10</sup> Jf. skriv av 31. mai 1999 til Sjøfartsdirektoratet i sak Ra99-103.

<sup>11</sup> Dette vil til en viss grad avbøte den fra siktedes synspunkt sterkt urimelig avgjørelse i Rt. 1976 side 173.

(4) Forståelsen av riksadvokatens utfyllende retningslinjer.

Straffeprosessloven og påtaleinstruksen overlater i visse tilfeller til riksadvokaten å gi utfyllende bestemmelser: Straffeprosessloven § 61c første ledd nr. 8 forutsetter at riksadvokaten skal gi retningslinjer om uttalelser til allmennheten, påtaleinstruksen § 22-2 annet ledd, tredje punktum at det gis retningslinjer for delegasjon av påtalemyndighet til påtalemyndigheten i politiet, og påtaleinstruksen § 5-15 gir adgang til å fastsette bestemmelser om rett eller plikt til å gi melding til offentlig myndighet. Disse hjemler har bl.a. resultert i rundskriv av 12. februar 1981 (1/81) om meddelelser til offentligheten, rundskriv av 28. oktober 1993 (1/93) om tildeling av utvidet påtalekompetanse og rundskriv av 23. desember 1999 (4/99) om plikt til å gi melding til Politihøgskolen om etterforskning mot skolens studenter.

Både det utfyllende regelverk og påtalemyndighetens praktisering av det, blir ved fortolking av lovteksten en særlig form for ”etterarbeider”. Men praksis basert på retningslinjer og direktiver gitt av riksadvokaten blir først og fremst et middel til å finne hva som er ment med bestemmelsene i det utfyllende regelverk, dvs. den såkalte ”lovgiverviljen”. Eckhoff/Helgesen slår på side 148 fast ”At domstolene legger vekt på hva lovgiveren har ment, kan det ikke være tvil om.” Et eksempel fra underrettspraksis tyder på at dette også gjelder når lovgiverviljen fremkommer ved at riksadvokaten anvender sitt eget regelverk: I 1995 ble en statsadvokat satt under tiltale for brudd på taushetsplikten for å ha utlevert etterforskningsfotografier til en avis, og tiltalen var basert på at utleveringen var i strid med retningslinjene i riksadvokatens rundskriv av 12. februar 1981. Han ble enstemmig frifunnet i byrett og under disens i lagmannsretten,<sup>12</sup> men begge domstoler anvendte andre avgjørelser av riksadvokaten i tilknytning til rundskrivet som middel til å avgjøre om normen var overtrådt. Klarest er Oslo byrett som uttaler:

”Regelsettet har ikke forarbeidet ut over selve rundskrivet. Ved tolkningen av reglene vil Riksadvokatens senere praksis kunne gi veiledning.”

(5) Spørsmål som ikke er lovregulert.

Ut fra en alminnelig betraktning er det nærliggende å legge til grunn at normer av lav rang er bedre enn ingen normer. I den grad det internt i påtalemyndigheten er utarbeidet retningslinjer eller formelle instruksjoner for rettsanvendelsen på ikke lovregulerte områder, burde dette ha en viss autoritetsverdi også overfor domstolene.

Det er mest nærliggende å trekke frem riksadvokatens retningslinjer om bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder. Retningslinjene ble først utformet i 1980 – kjent som riksadvokatens 8 punkter,<sup>13</sup> men er fra 26. april 2000 i betydelig omarbeidet form inntatt i rundskriv fra riksadvokaten med

<sup>12</sup> Oslo byretts dom av 22.12.95 i sak 95-4843 M/21 og Borgarting lagmannsretts dom av 14. oktober 1996 i sak 96-00581M. Den frifinnende lagmannsrettsdom ble av påtalemyndigheten anket til Høyesterett, men ble dessverre – i alle fall fra en rettskilde synspunkt – nektet fremmet etter strpl. § 321 annet ledd.

<sup>13</sup> Retningslinjene er gjengitt i NOU 1997:15 – Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet side 83-84.

tittelen: ”Vederlag til politiets kilder og provoaksjon som etterforskningsmetode”.

De tidligere retningslinjer er gitt en forholdsvis bred omtale i tre høyesterettsdommer, - Rt. 1984 side 1076, 1998 side 407 og 2000 side 1223. På bakgrunn av dommene er det ikke helt enkelt å avgjøre om riksadvokatens normering av praksis er tillagt autoritetsverdi, eller om Høyesterett bare bruker riksadvokatens retningslinjer som en anskueliggjøring av hvilke hensyn som gjøre seg gjeldende, dvs. overbevisnings- eller argumentasjonsverdien.

I de tre sentrale dommer fremholdes det at retningslinjene ikke er bindende for domstolen, og at overtredelsen av dem ikke i seg selv er avgjørende for utfallet. Det understrekes at for domstolen er det avgjørende at etterforskningen med provokasjonstilsnitt er forsvarlig vurdert ut fra alminnelige straffeprosessuelle prinsipper. I avgjørelsene brukes det likevel forholdsvis stor plass på å drøfte om fremgangsmåten i saken er i samsvar med riksadvokatens retningslinjer.

I 1984-saken konkluderes det slik:

”Etter det jeg har sagt finner jeg at den fremgangsmåte politiet har benyttet, ikke står i strid med riksadvokatens retningslinjer. Dermed har jeg ikke foranledning til å gå inn på hvilken konsekvens det ville ha hatt om det hadde foreligget slik motstrid. Og - hva som er avgjørende – jeg kan heller ikke se at politiets bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt i denne sak strider mot de overordnede rettsprinsipper som domstolene må legge til grunn. Den fremgangsmåte som her er benyttet, må etter min oppfatning betegnes som forsvarlig.”

I 1998-saken fant førstvoterende at riksadvokatens retningslinjer ikke var fulgt på flere punkter, samt at det også forelå andre mangler ved etterforskningen, og konkluderte slik:

”Jeg finner at den delen av etterforskningen i ”Skrik-saken” som politiets aksjon representerer, er beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas som grunnlag for en domfellelse.”

Også i den så kalte ”Trondheims-saken” eller ”Lokkedue-saken” inntatt i Rt. 2000 side 1223 vier Høyesterett riksadvokatens retningslinjer om provokasjon betydelig oppmerksomhet. Det er uttalelser som tyder på at Høyesterett langt på vei ser retningslinjene som normer som må følges for at etterforskningen skal være rettmessig. Lengst i den retning går vel uttalelsen på side 1229:

”En annen sak er at det etter min mening kan foreligge en tilsidesettelse av punkt 8 i Riksadvokatens retningslinjer, idet jeg som tidligere nevnt stiller meg tvilende til om man står overfor en bevisprovokasjon. Det forelå i så fall ikke en situasjon hvor politiet hadde adgang til å benytte en utenforstående informant.”

På bakgrunn av foranstående sitater – kanskje særlig de to siste – må det være forsvarlig å konkludere med at riksadvokatens normering av provokasjonsetterforskningen er tillagt autoritetsverdi. Med andre ord som

er kilde som sier noe om hva som antas å være gjeldende rett på dette ikke lovfestede område.

(6) Retningslinjer eller praksis med tilslutning fra den formelle lovgiver.

Det hender at normer som først bare er forankret i riksadvokatens retningslinjer eller påtalemyndighetens praksis, på et senere tidspunkt gis en formell forankring i lov.

Et eksempel av dette slag er allerede nevnt. Riksadvokatens retningslinjer om uttalelser til allmennheten i Rundskriv av 12. februar 1981 forelå allerede da påtaleinstruksens § 3-3 nr. 8 ble forberedt ved NOU 1984:27 – Ny påtaleinstruks, og da instruksen ble vedtatt ved Kgl. res. 28. juni 1985, jf. Foredraget inntatt i G. 137/85. Gjennom Ot.prp. nr. 49 (1986-87), hvor reglene i påtaleinstruksens kap. 3 med noen tilføyelser ble foreslått lovfestet som strpl. §§ 61a flg. – er retningslinjene fra riksadvokaten om meddelelser til allmennheten også forelagt Stortinget og indirekte akseptert at den lovgivende forsamling som utfyllende norm til strpl. § 61c første ledd nr. 8. Bortsett fra selve lovteksten finner en imidlertid ingen tegn på at retningslinjene rent faktisk er vurdert.

Det kan med atskillig rett hevedes at i de tilfeller hvor den formelle lovgiver slutter seg til påtalemyndighetens praksis eller inkorporerer retningslinjer gitt av riksadvokaten, er det Stortingets autoritet som lovgiver, og ikke riksadvokatens som gir normene vekt. Og når lovgiver slutter seg til praksis eller retningslinjer, er det normalt fordi disse finnes hensiktsmessige og forstandige. Det er med andre ord normenes argumentasjonsverdi som i denne sammenheng gir dem gjennomslag, og ikke først og fremst deres autoritet. Denne sammenheng fremtrer tydelig i forarbeidene til endringene som ble gjort i straffeloven §§ 238 og 239 ved lov av 15. juni 2001 nr. 64, jf. Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) kap. 9 og Innst. O (2000-2001) side 17.

I tilknytning til spørsmålet om hvilket aktsomhetkrav som skal kreves for domfellelse etter straffeloven §§ 238 og 239 i trafikksaker, inviterte Justisdepartementet i Ot. Prp. nr. 46 (2000-2001) i kap. 9 Stortinget til å gi sin tilslutning til at de retningslinjer riksadvokaten hadde trukket opp for anvendelsen nevnte bestemmelser, skulle ”gjelde som lov”. I proposisjonens punkt 9.6 heter det:

”I brev 29. mars 2000 til departementet uttalte riksadvokaten at man på bakgrunn av brevet 19. mars 1998 (punkt 9.4 foran) og redegjørelser fra statsadvokatene med vedlagt underlagsmateriale kan legge til grunn at «de saker hvor påtalemyndigheten i dag reagerer med tiltale også etter straffeloven §§ 238 og 239 regelmessig vil inneholde én eller flere av følgende karakteristika:

- Fører har vært alkoholpåvirket eller sovnet ved rattet.
- Fører har holdt en markant for høy hastighet ut fra de rådende kjøreforhold.
- Fører har vist mangel på aktsomhet i situasjoner som påkaller en særlig aktpågivenhet som for eksempel passering av fotgjengerfelt, buss som har stanset på holdeplass, små barn i vegbanen m.v.

- Det gis ingen forklaring på hvorfor fører ikke i tide er blitt oppmerksom på eller har innrettet seg på åpenbare faremomenter (markant ubevisst uaktsomhet).
- Fører har bevisst tatt en sjanse.
- Fører har konsentrert sin oppmerksomhet om forhold som er føringen uvedkommende.»

Det heter videre i brevet fra riksadvokaten:

«Ulykker som kun blir irtteført med tiltale etter vegtrafikkloven § 3 vil på den annen side oftest høre hjemme i en av følgende grupper:

- Det kan gis en forstandig forklaring på hvorfor fører ikke i tide er blitt oppmerksom på faremomenter, for eksempel at det er særlig glatt på den aktuelle strekning, jfr. Høyesteretts avgjørelse av 22. desember 1999.
- Ekstraordinær eller ulovlig trafikkatferd fra forulykkede utgjør et sentralt ledd i årsaksrekken.
- Fører har i et komplisert trafikkbilde kortvarig feilfordelt sin oppmerksomhet om trafikkrelevant, men ikke den mest sentrale informasjon.

Man kan vel si det slik - som en oppsummering - at påtalemyndigheten i dag finner det vanskelig å belaste en hverdagsbilist med tiltale for uaktsomt drap, dersom uaktsomheten er av en karakter som alle førere må erkjenne at en gjør seg skyldig i fra tid til annen.»

I proposisjonens punkt 9. 8 fremholdes det så:

”Departementet er av den oppfatning at påtalemyndighetens praktisering av aktsomhetsnormen i § 239, slik det er redegjort for den innledningsvis under punkt 9.6, er hensiktsmessig. Et påtaledirektiv om dette, og med Stortingets tilslutning på grunnlag av proposisjonen her, vil reelt sett bli bestemmende for rettsstilstanden. Men i og med at Høyesterett ikke har funnet rom for å tolke § 239 slik at aktsomhetsnormen ikke er helt sammenfallende med normen i vegtrafikkloven § 3, synes det å være grunn til å justere lovgivningen noe. Departementet foreslår derfor en justering av straffeloven §§ 238 og 239 for å sikre en rettspraksis i samsvar med det som i proposisjonen her er lagt opp til på grunnlag av påtalemyndighetens praksis. Dette vil kunne gjøres ved at det i straffeloven §§ 238 og 239 nevnes noen flere eksempler på situasjoner som omfattes. I dag er det kun bruk av motorvogn som fremheves særskilt. Med støtte i motivene til lovendringen vil domstolene ha den nødvendige frihet til å nytte en noe forskjellig aktsomhetsnorm etter vegtrafikkloven § 3 og straffeloven §§ 238 og 239, i tråd med den påtalepraksis som foreligger i dag.”

Stortinget fulgte Justisdepartementets oppfordring, jf. Innst. O (2000-2001) side 17.

Gjennom denne særegne form for lovgivning er påtalemyndighetens praksis basert på riksadvokatens retningslinjer faktisk, og langt på vei også formelt, blitt avgjørende for lovanvendelsen. Det er imidlertid lett å se at dette ikke er en følge av at påtalepraksis i seg selv tillegges en særlig rettskildeverdi, men at den har fått tilslutning fra den formelle lovgiver. Betydning av denne tilslutning illustreres klart gjennom to avgjørelser fra Høyesterett:

I avgjørelsen i Rt. 2000 side 1788 uttalte Høyesterett – etter at domstolen var gjort kjent med riksadvokatens retningslinjer av 29. mars 2000 - at det ikke var grunnlag for

”å endre den lovforståelse at aktsomhetsnormen er den samme etter begge bestemmelser. Hvis lovgiver ønsker en annen aktsomhetsnorm ved domfellelse etter § 239, forutsetter det etter min mening at lovens ordlyd endres.”

Rent formelt tok Justisdepartementet Høyesterett på ordet, og foreslo en redaksjonell endring og en tilføyelse av ordene ”ved bruk av våpen”. Den reelle endring – nemlig justering av aktsomhetskravet - følger imidlertid bare av motivene. Skulle denne form for lovgivning lede til en endring i aktsomhetskravet ved anvendelsen av straffeloven § 239 i domstolene, fordret det at Høyesterett tok standpunkt til et annet rettskildespørsmål: Hva teller mest, den formelle lov eller den uttalte lovgivervilje? Svaret på dette spørsmål fikk vi ved Høyesteretts avgjørelse av 12. februar 2002 i den såkalte ”Makedonia-saken”. Høyesterett la her til grunn at det var ordlyden i straffeloven § 239 etter lovendringen av 15. juni 2001 som skulle anvendes, og uttalte deretter:

”Den nye ordlyden, der bruk av våpen er tatt inn som et innskudd på linje med bruk av motorvogn, gir i seg selv ingen indikasjon på en mildere aktsomhetsnorm, verken generelt eller spesielt i forhold til motorvognsituasjonen. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at dette har vært formålet med lovendringen. I Ot.prp.nr.46 (2000-2001) redegjøres det først for at Høyesterett i Rt 1963 744 og senere i flere avgjørelser har gitt uttrykk for at aktsomhetsnormen i vegtrafikkloven § 3 og straffeloven § 239 er den samme, med det tillegg at uaktsomheten for domfellelse etter straffeloven § 239 også må omfatte selve dødsfølgen. Det gjøres dernest rede for rettstilstanden før 1988, da man hadde svært få domfellelser for uaktsomt drap forvoldt i trafikken. Ved lovendring 8. juli 1988 nr. 70 kom innskuddet « herunder ved bruk av motorvogn ». På side 56 i proposisjonen heter det om dette:

« Lovendringen hadde ingen direkte juridisk betydning; uaktsomt drap ved bruk av motorvogn var omfattet av § 238 og § 239 også før lovendringen. Formålet var å gi et klart signal om at dødsulykker i trafikken oftere enn før skulle lede til tiltale og domfellelse for uaktsomt drap, og at straffen i slike saker skulle skjerpes. »

Videre i proposisjonen gjør departementet rede for uttalelser om at praksis er blitt vel streng. Det redegjøres for en interpellasjonsdebatt om spørsmålet 31. mai 1999, og for en undersøkelse av påtale- og rettspraksis Justisdepartementet foretok i 1999, med en oversikt fra riksadvokaten over i hvilke typer saker hvor det nå tas ut tiltale for uaktsomt drap. Det gis videre en oversikt over nyere høyesterettsavgjørelser på området. Etter en drøftelse av mulige virkninger av en lovendring heter det på side 65 i proposisjonen:

« ... Dette tilsier at man bør være tilbakeholden med å justere aktsomhetskravet ved lovendring. Hvis ikke praksis gjennomgående er urimelig streng, bør en eventuell justering overlates til rettspraksis, i første rekke til Høyesterett. En mindre lovendring kan imidlertid innebære et budskap til Høyesterett om å justere den praksis som tidligere har vært fulgt, og motivene til lovendringen kan vise hvilken vei justeringen bør gå. »

På side 65-66 uttaler departementet:

« Departementet er enig med riksadvokaten i at man ikke bør « belaste en hverdagsbilist med tiltale for uaktsomt drap, dersom uaktsomheten er av en slik karakter som alle førere må erkjenne at en gjør seg skyldig i fra tid til annen.» »

Videre er departementet av den oppfatning at påtalemyndighetens praktisering av aktsomhetsnormen, slik den tidligere er redegjort for, er hensiktsmessig. Det er likevel grunn til å justere lovgivningen noe. Avslutningsvis heter det på side 66:

« ... I dag er det kun bruk av motorvogn som fremheves særskilt. Med støtte i motivene til lovendringen vil domstolene ha den nødvendige frihet til å nytte en noe forskjellig aktsomhetsnorm etter vegtrafikkloven § 3 og straffeloven § 238 og § 239, i tråd med den påtalepraksis som foreligger i dag. »

En enstemmig justiskomite sluttet seg til forslaget og bemerket at den støttet departementets betraktninger om at en mindre presisering i loven kunne være veien å gå i denne omgang, jf. Innst.O.nr.113 (2000-2001) side 17.

Det fremgår av de lovforarbeider som her er gjengitt, at meningen har vært å lempe noe på bindingen mellom aktsomhetsnormen i straffeloven § 239 og aktsomhetsnormen i vegtrafikkloven § 3. Denne endring er imidlertid ikke kommet til uttrykk i den nye lovteksten, og lovendringen kan - isolert betraktet - vanskelig oppfattes som en presisering i den retning som forarbeidene gir uttrykk for. Siden det imidlertid her er tale om å foreta en lemping av aktsomhetsnormen i forhold til tidligere praksis og dette også har fått tilslutning fra en enstemmig justiskomite, finner jeg at de forutsetninger som er lagt til grunn i forarbeidene må bli antas å være å avgrense mot saksforhold av den type som er omtalt i Rt 1990 1021 og Rt 1991 216.retningsgivende for rettspraksis. Det fremstår likevel som uklart hvor langt lovendringen har ment å lempe på aktsomhetskravet i § 239, ut over henvisningen til riksadvokatens påtalepraksis og en mer generell avgrensning mot uaktsomhet « av en slik karakter som alle førere må erkjenne at en gjør seg skyldig i fra tid til annen ». Meningen må særlig antas å være å avgrense mot saksforhold av den type som er omtalt i Rt. 1990 1021 og Rt 1991 216.”

Gjennom den tilslutning riksadvokatens retningslinjer av 29. mars 2000 har fått både fra Stortinget og Høyesterett, er de tilført en særlig autoritet. Antakelig vil dette også få virkning for den påtalepraksis som videreutvikles basert på retningslinjene. Det er derfor grunn til å tro at denne praksis vil bli tillagt større rettskildemessig vekt enn påtalepraksis generelt. At domstolene etter avgjørelsen i Rt. 1980 side 360 bare får adgang til å avgjøre hvilke tilfeller som rammes av både straffeloven §239 og vegtrafikkloven § 3, og hvilke som bare kan straffes etter vegtrafikkloven § 3, når påtalemyndigheten har tatt ut tiltale etter begge bestemmelser, vil trolig forsterke dette.

### **3.3. Autoritetsverdien internt i påtalemyndigheten**

Når vi nå går over til å se på hvilken autoritet påtalepraksis i form av direktiver og prinsipielle avgjørelse har innen etaten, er vi i den motsatte enden av ”vekt-skalaen”.

Påtalemyndighetens hierarkiske oppbygging innebærer at overordnet nivå generelt kan instruere underordnede, og at underordnede er forpliktet til å følge disse instruksjoner. Det siste er temmelig klart lagt til grunn i provokasjonsdommene i Rt. 1984 side 1076 og Rt. 1998 side 407. Overordnet nivå's rolle som klageorgan, jf. straffeprosessloven § 59a, og adgang til å omgjøre underordnede avgjørelser av eget tiltak, jf. straffeprosessloven § 75, innebærer også at overordnet også rent faktisk kan tvinge sitt syn igjennom. Samlet leder dette til at generelle direktiver fra overordnet om myndighetsutøvelsen, eller avgjørelser med prinsipielt innhold, blir en avgjørende rettskilde for underordnet påtalemyndighet. For spørsmål eller sakstyper som ikke blir gjenstand for rettslig overprøving vil påtalemyndighetens praksis, derfor rent faktisk bli avgjørende for rettsstilstanden. Anne Robberstads prøveforelesning over selvvalgt emne het: ”Er Høyesteretts dommer bindende?”, og jeg har lånt noen setninger fra denne forelesning og byttet om Høyesterett med riksadvokaten. Sitatet blir da som følger:

”Riksadvokaten har makt, slev om han ikke har rett. Derfor vil riksadvokatens avgjørelser blir fulgt av andre. Fordi riksadvokaten i siste instans har makten til å få sin vilje igjennom, ved å endre avgjørelsen.”<sup>14</sup>

Selv om en ikke skulle dele oppfatningen om at maktposisjonen er det eneste som gir Høyesteretts avgjørelser rettskildeverdi, er vel det omarbeidede sitatet forholdsvis dekkende for situasjonen i påtalemyndigheten.

Det er i denne sammenheng grunn til å ta i betraktning at mindre enn ca 1/5 av alle straffesaker som blir gjenstand for rettslig behandling. I en rekke tilfeller bidrar også praksis i seg selv til at rettsanvendelsen ikke blir prøvet av domstolene:

- Dette vil gjelde alle de tilfeller hvor praksis går ut på at påtalemyndighetens frist til å handle er oversittet eller utløpt. Det være seg strafferettslig foreldelsesfrister, frist til å begjære påtale, omgjøringsfristen i strpl. § 75 annet ledd og frist til å anvende rettsmidler.
- På samme måte blir det rent faktisk avgjørende for rettsstilstanden hva påtalemyndigheten selv legger til grunn om hvilke andre vilkår som minimum må være oppfylt for at etterforskningsskritt eller påtalemessige tiltak kan gjennomføres. Når riksadvokaten i et rundskriv fra desember 1999 har gitt direktiver om når det er ”rimelig grunn” til å iverksette eller forsette en etterforskning, blir det avgjørende selv det skulle vise seg ikke å være rettskildemessig dekning for den forståelse riksadvokaten har lagt til grunn.
- Også fortolkning av straffebestemmelser som resulterer i direktiver om når det ikke skal tas ut tiltale, vil langt på vei bli avgjørende for rettsstilstanden. Et ferskt eksempel er allerede nevnt: Riksadvokaten ga i 1998, og med oppfølging av 29. mars 2000 direktiver om anvendelse av straffeloven § 239 i trafikksaker. Anvendelse av straffeloven § 239 reserveres her for den mer graverende uaktsomhet, mens uaktsomhet ”av en karakter som alle førere må erkjenne at en gjøre seg skyldig i fra tid til annen” bare forfølges etter veitrafikkloven § 3. Og domstolen kan – som allerede nevnt ovenfor – ikke henføre ulykken etter straffeloven § 239 fordi det etter straffeprosessloven § 38 er å anse som et annet straffbart forhold, jf. Rt.

---

<sup>14</sup> Jf TfR 2000 side 504. Sitatet er hentet fra side 523 øverst.



1980 side 360. Retten har derfor små muligheter til å korrigere påtalemyndighetens praksis på dette punkt.

Felles for alle disse typetilfeller er at påtalemyndighetens praksis blir avgjørende for rettstilstanden så lenge den følges. Først når praksis fravikes slik at saken bringes inn for retten, og siktede der påberoper seg påtalemyndighetens praksis som grunnlag for frifinnelse, kan en få en rettslig konfirmasjon eller korreksjon av påtalemyndighetens rettsoppfatning.

For den utenrettslige behandling av straffesaker – som utgjør den kvantitativt største del – må det altså konkluderes med at påtalemyndighetens praksis har betydelig autoritetsverdi, og rent faktisk er avgjørende for rettstilstand.

### 3.4. Autoritetsverdien overfor andre rettsanvendere

Med andre rettsanvendere siktes her til forvaltningsorganer utenfor påtalemyndigheten, advokater og Stortingets ombudsmann for forvaltningen. En sikker og underbygget oppfatning om i hvilken grad påtalemyndighetens praksis har noen autoritetsverdi overfor andre forvaltningsorganer eller advokater, vil – som nevnt i innledningen – kreve omfattende undersøkelser. Synspunktene i det følgende er derfor i utpreget grad basert på erfaring fra Riksadvokatembetet.

Det er lang praksis for at spørsmål av strafferettslige art fra *sentralforvaltningen* kanaliseres gjennom Riksadvokatembetet, jf. påtaleinstruksen § 2-3. For generelle spørsmål vil uttalelsen regelmessig også bli avgitt av riksadvokaten. Inntrykket er at for spørsmål av rent strafferettslig eller straffeprosessuelle karakter, legges påtalemyndighetens standpunkt og praksis i stor grad til grunn som et autoritativt uttrykk for hva som er gjeldende rett.<sup>15</sup>

Riksadvokaten mottar også jevnlig forespørsler fra *advokater* om det foreligger rundskriv, prinsipielle uttalelser eller noen praksis knyttet til strafferettslig eller straffeprosessuelle spørsmål. Det kan vanskelig herske tvil om at advokater generelt anser påtalemyndighetens praksis som en relevant rettskilde. Om advokatene bruker påtalemyndighetens praksis som et autoritativt uttrykk for hvordan retten er, eller om de primært gjør bruk av argumentasjonen, krever nærmere undersøkelse. Kanskje er bruken heller ikke mer prinsipiell enn at den avhenger av om påtalemyndighetens praksis passer med det resultat advokaten ønsker å oppnå. Advokatens rolle tillater jo at det prosederes på uholdbar jus, og gir derfor også adgang til å se bort ”brysomme” rettskildefaktorer.

For vurdering av påtalemyndighetens praksis overfor *Sivilombudsmannen* forefinnes det noe sikrere grunnlag. Påtalemyndighetens virke er gjenstand for vanlig kontroll av Sivilombudsmannen, selv om ombudsmannen er tilbakeholden med å prøve det konkrete påtalemessige skjønn, jf. Sivilombudsmannens Årsmelding inntatt i Dokument 4 (2001-2002) side 25-26.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Justisdepartementets lovavdeling representerer nok her et unntak.

<sup>16</sup> Jf. også Audvar Os: Ombudsmannen og strafferettspleien i Festskrift til Anders Bratholm (1990) side 281-88.

Som uavhengig kontrollorgan overfor forvaltningen ligger det i sakens natur av påtalemyndighetens praksis ikke kan være bindende eller styrende for Sivilombudsmannens vurdering. En noe tilfeldig studie av sakene i årsmeldingene etterlater inntrykk av at Sivilombudsmannens rettskildebruk - naturlig nok - tilsvarende dommenes, jf. 3.2. ovenfor om hva som er ”det riktige”. Men Sivilombudsmannens behandler ofte uregulerte rettsspørsmål av slik karakter at de er dårlig egnet for domstolsbehandling, og hvor rettskildesituasjonen er tynn. Et slikt tilfelle på påtalemyndighetens område er gjengitt som nr. 44 i Årsmeldingen for 1995 på side 172, og er av en interesse for hvordan Sivilombudsmannen i en slik rettskildesituasjon ser på påtalemyndighetens praksis. Saken omfattet bl.a. adgangen til å henlegge straffesaker uten etterforskning. Ombudsmannen uttalte i tilknytning til dette bl.a.:

”I hvilken grad saker kan henlegges ut over disse tilfellene [dvs. de mer tradisjonelle] er mer uklart. I praksis har man imidlertid også henlagt saker av prosessøkonomiske grunner og av rene hensiktsmessighetsgrunner.” Den videre drøftelse tyder på at Ombudsmannen aksepterte denne praksis som tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag. I den aktuelle sak anførte riksadvokaten dessuten at når saken om mulig overtredelse av straffeloven § 216 ble henlagt uten etterforskning, var det lagt vekt på at strafferettsapparatet syntet brukte i en sivil tvist om foreldrerett og samværsrett. Til dette uttalte Ombudsmannen:

”Riksadvokaten opplyser at det er lang praksis for at dette er et relevant argument å legge vekt på ved avgjørelsen om det er grunn til å bruke etterforskningsressurser på saken. Jeg har ingen innvendinger til de generelle betraktninger som Riksadvokaten her gir uttrykk for.”

Selv om foranstående bare representerer et enkeltstående gir det i alle fall en indikasjon på at påtalemyndighetens praksis er en autoritativ rettskilde som Sivilombudsmannen tillegger vekt, i alle fall på områder hvor det er sparsomt med andre kilder.

### 3.5. Autoritetsverdien overfor rettsvitenskapen

Hvordan den rettsdogmatiske vitenskapen generelt bør forholde seg til forvaltningspraksis er fyldig og godt behandlet av Jan Fridthjof Bernt i artikkelen ”Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk” inntatt i TfR 1989 side 265 flg. Hans hovedkonklusjon – som jeg ikke har noen vanskeligheter med å slutte meg til - kan gjengis slik:

Rettsvitenskap må ta del i og sette seg inn i forvaltningens praksis og tenkemåte. Dette vil normalt gi ny kunnskap om de hensyn som gjøre seg gjeldende på området (argumentasjonsverdien). Men oppgaven til den dogmatiske rettsvitenskap er ikke å beskrive hvordan den rettslige virkelighet er, men hvordan den skal være. Og da er det den tradisjonelle juridiske rettskildelære – domstolsjussen – som blir det redskap forskeren i første rekke må trekke på. For, sier Bernt, ”uten Høyesterett og domstolsapparatet i ryggen, blir rettsforskeren lett en David uten slynge og sten i konfrontasjon med Goliat i fagetatens skikkelse”.

Kan det sies noe om hvordan påtalemyndighetens praksis brukes i den strafferettslig og straffeprosessuelle litteratur. Heller ikke her har det vært mulig med noen bred undersøkelse, men jeg har foretatt en viss undersøkelse i to verk hvor en kan forvente bruk av påtalemyndighetens praksis, nemlig Jo Hov: Påtalemyndighetens organisasjon og kompetanse, og Auglend, Mæland og Røsandhaug: Politirett.

I ”Påtalemyndighetens organisasjon og kompetanse” henvises til praksis bl.a. i spørsmålet om på hvilket grunnlag saker kan henlegges (s.25), utlån av straffesaksdokumenter (s. 115) omgjøringsadgangen til gunst ved positive påtalevedtak (s.127) og underordnede tjenestemenns klageadgang over overordnede avgjørelser (s.135).

I ”Politirett” vises til påtalemyndighetens praksis bl.a. i tilknytning til politiets og påtalemyndighetens adgangen til å medvirke i presentasjon av uløste straffesaker på TV (s. 338), bruk av uformell advarsler som avgjørelse av straffbare forhold (s. 354 og 360-61) og ved bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder som tekniske sporing, infiltrasjon og provokasjon (s. 519,536-40).

Et fellestrekk ved de emner hvor påtalepraksis er nevnt, er at det foreligger lite annen formell regulering, og det er således en situasjon hvor også andre rettsanvendere – herunder domstolene - i en viss grad tillegger forvaltningspraksis autoritativ vekt. Den bruk av påtalemyndighetens praksis som er nevnt ovenfor, og er vel derfor i samsvar med Bernts ideelle norm.

Min egen fremstilling om taushetsplikten i straffesaksbehandlingen - ”Personvern og samfunnsforvar” (2001) er et nytt tilskudd til faglitteraturen hvor det forekommer relativt hyppige henvisning til påtalemyndighetens praksis og avgjørelser. I det ytre skiller ikke min anvendelse seg vesentlig fra den metodebruk som er beskrevet ovenfor. En nærmere studie vil likevel vise at jeg stort sett bare har brukt avgjørelsens argumentasjonsverdi, jf. nedenfor. Årsaken til dette er åpenbar: Som statsadvokat hos riksadvokaten har jeg i stor utstrekning har forfattet i første hånd de avgjørelser jeg viser til. Når jeg i fotnotene er nøye med å nevne mitt ansvar for avgjørelsene det vises til, er det for å gjøre det klart for leseren at den rettsvitenskapelige tilslutning til forvaltningspraksis i dette tilfelle i realiteten bare utgjør én rettskildedefaktor, og som ikke har nevneverdig større vekt enn forfatterens øvrige standpunkter.

#### **4. Argumentasjonsverdien**

Drøftelsen foran har vist at påtalemyndighetens praksis eller overordnet påtalemyndighets direktiver om hvordan praksis skal være, har forholdsvis beskjedne autoritetsvekt utenfor etaten.

Men også på straffesaksbehandlingens område er det slik at *den best kjenner hvor skoen trykker som har den på*. Påtalepraksis vil derfor gjerne være et produkt av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Som Bernt fremhever i sin artikkel vil

kunnskap om påtalepraksis og begrunnelsen for denne derfor gi økt innsikt i de reelle hensyn som gjør seg gjeldende, uansett hvem som er rettsanvender. Forskjellen mellom autoritets- og argumentasjonsverdien kan illustreres med et eksempel:

Påtalemyndighetens bøtenivå må antas å ha ytterst liten autoritetsvekt overfor domstolene, jf. GrL. § 96. På den annen side kan det ikke herske tvil om at praksis og begrunnelsen for denne vil ha betydelig argumentasjonsverdi når domstolen skal utmåle straffen. Dette kan gjøre seg gjeldende endog helt lokal praksis, for eksempel problemer knyttet til opprettholdelse av ro og orden på en lokalt trafikk-knutepunkt.

Argumentasjonsverdien av påtalepraksis har atskillig slektskap med rettskilden ”reelle hensyn”. Det er derfor naturlig å spørre: Er det er noen grunn til å operere med argumentasjonsverdien av forvaltningspraksis som en selvstendig rettskilde ved siden av reelle hensyn? Etter mitt syn er det det. Påtalepraksis – særlig den som er etablert på bakgrunn av begrunnede og avveide retningslinjer fra overordnet påtalemyndighet - bør overfor andre rettsanvendere få status som en form for sakkyndig uttalelse og avveining av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Selv om domstolen selv kunne å funnet frem til det samme, blir hensynene gjennom en slikt sakkyndig utsagn som en overveid og begrunnet praksis utgjør, tilført en ekstra kvalitet, som gjør det berettiget å beholde påtalepraksis som en egen rettskildedefaktor. Om en skulle være uenig i min konklusjon om at Høyesterett i den grunnleggende provokasjonsavgjørelsen i Rt. 1984 side 1076 legger autoritetverdien av riksadvokaten retningslinjer til grunn, kan det etter mitt skjønn ikke herske tvil om at Høyesterett tar retningslinjene i betraktning som en sakkyndig vurdering og avveining av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

Hvilken overbevisningskraft en slik ”sakkyndig vurdering” vil ha, avhenger her – som for andre sakkyndige – av en rekke faktorer:

- Hvor godt begrunnet praksis er, hvilken kompetanse vedkommende påtalemyndighet har, og hvilken anseelse den nyter. Praksis som er basert på en grundig utretning og overveielse hos riksadvokaten, vil forhåpentlig vis ha vesentlig større overbevisningskraft enn en mer tilfeldig etablert praksis på politinivå.
- Overbevisningskraften vil selvsagt også henge sammen med hvilken kompetanse rettsanvenderen selv mener å ha på området. Retningslinjer fra riksadvokaten som normerer påtalemyndighetens praksis, vil sannsynligvis letter overbevise dommerfullmektigen i forhørsretten og forvaltningstjenestemenn i andre etater, enn fem høyesterettsdommere med betydelig erfaring.
- Rettsanvenderens egen rettspolitiske innstilling er selvsagt også av betydning. Selv med de beste forsetter er det for eksempel åpenbart at David ikke vil være upåvirket av 20 år i Goliats tjeneste.

## 5. Avsluttende oppsummering

Jeg har brukt mest tid på å analysere når påtalemyndighetens praksis må antas å ha autoritetsverdi utenfor egen etat - særlig for domstolene. Konklusjonen er blitt at dette er tilfelle bare i liten utstrekning, og betydningen er gjerne knyttet til spørsmål av forholdsvis marginal betydning. Utad vil rettskildeværdien av påtalemyndighetens praksis derfor først og fremst være knyttet til dens overbevisningsverdi. Det gir en usikker, men også forholdsvis ansvarsfri påvirkning av rettstilstanden - det blir ikke uten videre avgjørende om en har tatt feil.

Påtalepraksis, særlig i form av retningslinjer og prinsipielle avgjørelser, er derimot en sentral og autoritativ rettskilde for de mange og inngripende rettslige avgjørelser som treffes internt i politi og påtalemyndighet, og som i stor grad skjer uten rettslig prøving. For overordnet påtalemyndighet, som i stor grad har det direkte ansvar for tilblivelsen og eksistensen av praksis, blir det i denne relasjon nødvendig å finne den absolutte riktige rettslige løsning. Tidligere riksadvokat Flornæs uttrykte det slik:

”Riksadvokaten tar ikke feil, og når han gjør det, blir det riktig!”