



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Påtalemyndighetens adgang til å henlegge straffbare forhold på grunnlag av
kapasitetshensyn**

Sandra Rydningen

Liten Masteroppgave i rettsvitenskap - Høsten 2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Temaets aktualitet	3
1.3	Metodiske spørsmål.....	3
1.4	Fremstillingen videre.....	6
2	Rettslige rammer for påtalemyndighetens henleggelsesadgang	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Straffeforfølgingsplikten og opportunitetsprinsippet.....	7
2.3	Maktfordelingsprinsippet og anklageprinsippet.....	10
2.4	Menneskerettslige rammer	11
3	Den rettslige forankringen for kapasitetshenleggelse	16
3.1	Innledning.....	16
3.2	Kan kapasitetshenleggelse hjemles i lov eller forskrift?.....	17
3.2.1	Innledning.....	17
3.2.2	Forholdet mellom strpl. § 224 og § 62 a	17
3.2.3	Straffeprosessloven § 224	18
3.2.4	Straffeprosessloven § 62 a annet ledd	21
3.2.5	Påtaleinstruksen § 17-1	24
3.3	Bør kapasitetshenleggelse hjemles i lov?	26
3.3.1	Innledning.....	26
3.3.2	Er lovhjemmel påkrevd?	26
3.3.3	Betenkeligheter ved lovfesting.....	27
3.3.4	Forslag til lovfesting i NOU 2016:24.....	29
3.3.5	Konklusjon	30
3.4	Kan kapasitetshenleggelse hjemles i andre rettskilder?.....	32

3.4.1	Innledning.....	32
3.4.2	Opportunitetsprinsippet som rettslig grunnlag for kapasitetshenleggelse	33
3.4.3	Påtalepraksis som rettslig grunnlag for kapasitetshenleggelse	34
3.4.4	Påtaleinstruksen § 7-5 tredje ledd som rettslig grunnlag for kapasitetshenleggelse	35
3.4.5	Konklusjon	36
4	Adgangens rekkevidde.....	38
4.1	Innledning.....	38
4.2	Ubetinget plikt til påtale og etterforskning	38
4.3	Kapasitetshenleggelse med «ukjent»- og «kjent» gjerningsperson	40
4.4	Henleggelse begrunnet i manglende påtalekapasitet	41
4.5	Øvrige retningslinjer for henleggelse av kapasitetsgrunner	42
5	Bør kapasitetshenleggelse være undergitt domstolskontroll?	44
6	Avsluttende bemerkninger	47
	Kildeliste.....	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Politi- og påtalemyndighet utøver sentrale funksjoner i behandlingen av straffesaker. Som håndhever av straffelovgivningen, avgjør påtalemyndigheten om etterforskning skal innledes, eventuelt begrenses eller avsluttes. Dersom etterforskningsmaterialet gir et tilstrekkelig bevismessig grunnlag for straffeskyld, beslutter påtalemyndigheten enten tiltale, forelegg, påtaleunntatelse eller overføring til konfliktråd.¹ Om lag halvparten av sakene blir imidlertid registrert som avsluttet fordi etterforskningsmaterialet ikke gir grunnlag for videre straffeforfølging. Da må straffeforfølgingen innstilles og saken henlegges.²

Henleggelsesbeslutninger betegnes som negative påtalevedtak, og representerer sammen med de positive påtalevedtakene påtalemyndighetens påtaleavgjørelser. Positive påtaleavgjørelser innebærer at straffeforfølging iverksettes, fortsetter og drives frem.³

Henleggelsesbeslutninger derimot innebærer at et anmeldt eller etterforsket forhold avsluttes uten strafferettslig reaksjon.⁴ Imidlertid forutsetter ikke henleggelsesbeslutninger at etterforskning er iverksatt eller at anmeldelse foreligger. Det følger av Ot.prp.nr.53 (1995-1996) at en henleggelsesbeslutning også foreligger i tilfeller hvor påtalemyndigheten beslutter at det ikke er «rimelig grunn til å iverksette etterforskning».⁵

Tema for avhandlingen er påtalemyndighetens adgang til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn. Kapasitetshenleggelse utgjør en av flere begrunnelser for henleggelse. Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter strpl) gir ingen uttømmende regulering av hvilke begrunnelser som blir benyttet ved henleggelsesbeslutninger. I juridisk teori hevdes de ulike henleggelsesbegrunnelsene å være bevismessige, strafferettslige, straffeprosessuelle og påtalemessige henleggelsesgrunner.⁶ Kapasitetshenleggelse inngår som en «underkategori» av påtalemessige henleggelsesgrunnlag. Rent språklig leder begrepet «kapasitet» tanken hen mot mangel på ressurser i form av tid og tilgjengelig arbeidskraft. Ressursbegrensninger innebærer at påtalemyndigheten ikke har mulighet til å straffeforfølge alle straffbare forhold de får kjennskap til, og mange straffbare forhold ender derfor med

¹ Se Straffeprosessloven § 226.

² Gert Johan Kjelby, *Påtalerett* (2017), s. 332.

³ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølging* (2012), s. 41-42 og s. 82.

⁴ Jo Hov, *Henleggelse av straffesaker*, s. 613. Se også Jo Hov, *Rettergang* s.780.

⁵ Ot.prp. nr.53 (1995-1996) s. 8 første spalte.

⁶ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, (2017) s. 189.

henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn.⁷ Ørnulf Øyen definerer kapasitetshenleggelse ved at «påtalemyndigheten ikke vil prioritere saken i lys av sakens art og alvor, og den tilgjengelige etterforsknings- og påtalekapasitet».⁸

Påtalemyndigheten bør være varsom med hyppig bruk av kapasitetshenleggelse, da påtalemyndigheten er undergitt en påtaleplikt etter strpl. § 62 a, og en etterforskningsplikt etter strpl. § 224. Samlet utgjør de nevnte bestemmelsene det straffeprosessuelle utgangspunktet kalt straffeforfølgingsplikten. Når lovgiver har belagt visse handlinger med straff, innebærer straffeforfølgingsplikten at påtalemyndigheten lojalt må forfølge slike handlinger.⁹ Imidlertid gjør kapasitetshensyn det umulig for påtalemyndigheten å straffeforfølge enhver potensielt straffbar handling. Påtalemyndighetens straffeforfølgingsplikt er derfor undergitt modifikasjoner. Både strpl. § 224 og § 62 a annet ledd inneholder skjønnsmessige vilkår som gir uttrykk for opportunitetsprinsippet, også kalt den relative etterforsknings- og straffeforfølgingsplikt.¹⁰ Opportunitetsprinsippet går hovedsakelig ut på at påtalemyndigheten har adgang til å utøve et skjønn, hvilket innebærer at påtalemyndigheten kan unnlate å straffeforfølge selv om de rettslige og faktiske forutsetningene for straffeforfølgning er til stede.¹¹

Avhandlingens tema reiser flere aktuelle problemstillinger. Den sentrale problemstillingen i avhandlingen er hvor kapasitetshenleggelse kan søke sin rettslige forankring, herunder hvilke rettskilder som er aktuelle som rettslig grunnlag for henleggelsesadgangen. Andre problemstillinger er grensene for håndhevelsesskjønnet og om kapasitetshenleggelse bør være gjenstand for domstolsbehandling. Avhandlingens tema må ikke forveksles med problematikken rundt at kapasitetshenleggelse finner sted. Metoder for å redusere selve praksisen med kapasitetshenleggelse, vil følgelig ikke være gjenstand for analyse. Det vil eksempelvis ikke gjøres rede for arbeidet med nærpolitireformen, eller hvordan påtalemyndigheten ellers kan omstrukturere deres praksis for å løsrive flere ressurser til straffeforfølgning. Avhandlingen vil snarere forsøke å belyse problematikken rundt den rettslige forankringen og adgangens grenser.

⁷ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess* (2016), s. 221.

⁸ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess* (2016) s. 221.

⁹ NOU 2017: 5 s. 41.

¹⁰ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess* (2016) s. 228.

¹¹ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo2017, s. 121.

1.2 Temaets aktualitet

I 2018 ble det anmeldt 318 566 lovbrudd.¹² Av den totale mengden anmeldte lovbrudd ble 11 328 registrert som henlagt begrunnet i manglende saksbehandlingsskapasitet.¹³ Imidlertid gjenspeiler denne statistikken ikke et reelt bilde av kapasitetshenleggelse, da kapasitetsbegrensninger også påvirker statistikken for henleggelse på bevisets stilling. I mange tilfeller vil det kreve store mengder ressurser å innhente tilstrekkelig bevis for tiltale. Det vil dermed være utfordrende å føre presis statistikk over hvilke forhold som faktisk henlegges av kapasitetsgrunner. Den utbredte mengden kapasitetshenleggelse viser temaets aktualitet, og styrker behovet for klargjørelse av adgangens rettslige forankring og grenser.

Videre utfordrer kapasitetshenleggelse påtalemyndighetens tillit i samfunnet hva angår opprettholdelse av et akseptabelt håndhevingsnivå.¹⁴ Frustrasjon knyttet til henleggelse av straffesaker er hyppig gjenstand for debatt i media. Kapasitetshenleggelse er i utgangspunktet ikke ønskelig, men er noe som blir tvunget fram av ressursbegrensninger i straffefølgningssystemet.¹⁵ Påtalemyndigheten er på lik linje med annen forvaltning utfordret av begrensninger i ressurser, hvilke tilsier at deres innsatsområder varierer med behovet for prioritering.

Påtalemyndighetens adgang til kapasitetshenleggelse fremstår videre som et rettslig uklart henleggesgrunnlag. Dette understrekes ved at kapasitetshenleggelse har vært forsøkt kodifisert ved flere anledninger.¹⁶ 20. juni 2014 ble det oppnevnt et utvalg til å utforme ny straffeprosesslov. Forslaget ble avgitt 3. november 2016 og publisert i NOU 2016:24. Blant annet foreslår straffeprosessutvalget å kodifisere kapasitetshenleggelse, begrunnet i at adgangen er uklar. Straffeprosessutvalgets forslag vil omtales nærmere i punkt 3.3.3.

1.3 Metodiske spørsmål

Lovgivningen inneholder ingen konkret lovhjemmel som eksplisitt regulerer påtalemyndighetens adgang til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn. Rekkevidden av

¹² Se STRASAK-rapporten 2018 s. 6.

¹³ Se STRASAK-rapporten 2018 s. 29.

¹⁴ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 340.

¹⁵ NOU 1992: 23 s. 245.

¹⁶ Se NOU 1983: 57 s. 105, NOU 1992: 23 s. 245 og NOU 2002: 4 s. 466.

henleggelsesadgangen er først og fremst regulert gjennom påtalemyndighetens direktiv og påtalepraksis, og særlig den praksis som er utformet på et overordnet nivå og som har fått et skriftlig og autoritativt uttrykk gjennom Riksadvokatens rundskriv og retningslinjer.¹⁷

Imidlertid kan det stilles spørsmål ved om påtalepraksis og Riksadvokatens rundskriv har selvstendig rettskildemessig vekt. Forvaltningspraksis har i utgangspunktet begrenset vekt som rettskilde.¹⁸ Myhrer sonderer mellom rettskildevekten ved utfyllende retningslinjer, ikke lovregulerte etterforskningsmetoder og retningslinjer eller praksis med tilslutning fra lovgiver.¹⁹ Forskrift 28. juni 1985 om ordning av påtalemyndigheten (heretter påtaleinstruksen eller påt.instr.) § 7-5 tredje ledd overlater til Riksadvokaten å gi utfyllende regler hva angår henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn. Med utgangspunkt i Myhrers kategorisering kan det faktum at lovgiver har overlatt til Riksadvokaten å gi retningslinjer, gi retningslinjene autoritetsverdi.²⁰ Med autoritetsverdi siktes det til at påtalemyndighetens praksis tillegges vekt i konkurranse med andre rettskilder. Når det gjelder rettskildemessig vekt utenfor egen etat, konkluderer Myhrer likevel med at påtalepraksis først og fremst kun har argumentasjons- eller overbevisningsverdi. Dette innebærer at påtalepraksis tas i betraktning som en sakkyndig vurdering og avveining av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

Retningslinjer fra Riksadvokaten har selvstendig vekt som rettskilde i behandlingen av de rettslige rammene for henleggelse av kapasitetshensyn, da hele «henleggelsesprosessen» skjer innad i påtalemyndigheten. Henleggelseskompetansen ligger til politi og påtalemyndighet etter påt.instr. § 17-1, og klagebehandlingen er intern jf. strpl. § 59a.²¹ Påtalemyndigheten har som nevnt en skjønsmessig adgang til å vurdere om forfølgning skal skje gjennom opportunitetsprinsippet, hvilket understreker hvorfor påtalepraksis er en viktig rettskilde på området.

Så lenge henleggelsesbeslutninger kun kan påklages til nærmeste overordnede innad i påtalemyndigheten etter strpl. § 59a, kan domstolen kun foreta en indirekte rettslig prøving av

¹⁷ Se Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019 s. 45 med videre henvisning til Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis*, s. 21.

¹⁸ Tor-Geir Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde* (2003) s. 224.

¹⁹ Tor-Geir Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde* (2003), s. 230-237.

²⁰ Tor-Geir Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde* (2003) s. 230-231.

²¹ Tor-Geir Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde* (2003), s. 245.

henleggelsesavgjørelser, jf. strpl. § 63. Følgelig er det svært lite rettspraksis som behandler henleggelsesbeslutninger.

Videre vil overordnede normer innebære en begrensning for påtalemyndighetens adgang til å henlegge straffbare forhold ut fra kapasitetshensyn. Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges grunnlov (heretter Grl.) kapittel E inneholder flere allmenne forbud og rettigheter som har straffeprosessuelle konsekvenser. Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter mrl.) § 2 fastsetter at menneskerettighetskonvensjonen gjelder som norsk lov. Etter den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er nasjonalstatene plikt- og ansvarssubjekt. På strafferettens område er politi og påtalemyndigheten den sentrale adressat, og det er disse etatenes faktiske myndighetsutøvelse som er avgjørende for om de individuelle menneskerettighetene beskyttes, og om sikringsplikten er oppfylt.²² Det er følgelig verdt å nevne noe om forholdet mellom norsk rett og de menneskerettslige forpliktelsene etter EMK for å belyse hva påtalemyndigheten må forholde seg til ved kapasitetshenleggelse.

Mrl. § 3 fastsetter at EMK ved motstrid gis forrang for formell norsk lov. Et annet spørsmål er rangforholdet mellom den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og Grunnloven. I utgangspunktet er Grunnloven Norges høyeste rettskilde, og EMK må følgelig vike ved motstrid. Imidlertid ga Grl. § 92 ved vedtakelsen i 2014 grunn til å reise spørsmål ved rangforholdet mellom Grunnloven og EMK. Tvilen knyttet seg til om ordlyden i Grl. § 92 kunne forstås slik at de menneskerettighetstraktater Norge er bundet av, er inkorporert på Grunnlovs nivå. Høyesterett i plenum kom enstemmig i dom 16. desember 2016 til at Grl. § 92 ikke er en inkorporasjonsbestemmelse som gir menneskerettighetskonvensjoner grunnlovs trinnhøyde, men et pålegg til norske myndigheter og domstol om å håndheve menneskerettighetene.²³

Selv om EMK ikke har grunnlovs rang, må de menneskerettslige bestemmelsene i Grunnloven tolkes i lys av tilsvarende rettigheter i EMK. Menneskerettighetsutvalget påpekte i dok. nr. 16 (2011-2012) at når Norge har forpliktet seg til å følge de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, kan ikke den dømmende makt se bort fra disse

²² Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 119.

²³ HR-2016-2554-P, avsnitt 64- 70 og 140.

forpliktelsene ved tolkning av Grunnloven.²⁴ Uttalelsene fra menneskerettighetsutvalget understrekes ved at Høyesterett i Rt.2015 s. 93 tar til orde for at Grunnloven må tolkes i lys av EMK, men presisere videre følgende:

«... framtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolking som ved tolkning av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett, og ikke de internasjonale håndhevingsorganene som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»²⁵

1.4 Fremstillingen videre

I avhandlingens punkt 2 vil det først gjøres rede for rammene for adgangen til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn. Videre vil det i punkt 3 følge en analyse av den rettslige forankringen for kapasitetshenleggelse. Herunder vil det først stilles spørsmål ved om adgangen kan forankres i lov eller forskrift. Deretter vil det foretas en drøftelse av om adgangen bør forankres i lov, eventuelt om adgangen bør presiseres i egen bestemmelse slik straffeprosessutvalget i NOU 2016: 24 foreslår. Videre under punkt 3 vil det følge en analyse av om opportunitetsprinsippet, påtalepraksis eller påtaleinstruksen § 7-5 tredje ledd kan fungere som kapasitetshenleggelses rettslige grunnlag. I punkt 4 vil grensene for kapasitetshenleggelse gjøres rede for og analyseres, med utgangspunkt i Riksadvokatens rundskriv.²⁶ I punkt 5 vil det følge en rettspolitisk drøftelse av om kapasitetshenleggelse bør undergis domstolskontroll. Endelig følger det i punkt 6 avsluttende bemerkninger.

²⁴ Dok nr. 16 (2011-2012) s. 86 flg.

²⁵ Rt-2015-93 avsnitt 57, Rt-2014-1105 og Dok. 16 (2011-2012) s. 86 flg.

²⁶ R nr.3/2016.

2 Rettslige rammer for påtalemyndighetens henleggelsesadgang

2.1 Innledning

Punkt 2 i avhandlingen tar for seg en rekke prinsipper og menneskerettslige rammer som har betydning for kapasitetshenleggelse. Prinsippene og de menneskerettslige rammene er viktig å belyse for å forstå «systemet» som henleggelsesadgangen benyttes i. Norges forpliktelser etter EMK spiller en sentral rolle i utøvelsen av påtalemyndighetens påtalerett og håndhevelsesskjønn. Gjennom påtalemyndighetens utøvelse av håndhevelsesskjønnet, må det ses hen til at konvensjonsforpliktelsene blir tilstrekkelig ivaretatt. Det er derfor behov for å klargjøre de menneskerettslige rammene påtalemyndigheten må forholde seg til ved henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn.

Enkelte av prinsippene kommer til uttrykk i straffeprosessloven, men er sjeldent fullt ut uttrykt i bestemmelsene. Prinsippene danner utgangspunkter for organiseringen av påtalemyndigheten og for deres plikter i utøvelsen av arbeidsoppgaver. Hvilke prinsipper som er av betydning avhenger av hvilket stadium av påtalemyndighetens virksomhet det straffbare forholdet befinner seg på.²⁷ Eksempelvis er anklageprinsippet av betydning for utøvelsen av påtalemyndighetens forpliktelser, og gir samtidig uttrykk for grunntrekkene i forholdet mellom påtalemyndigheten og domstolene. Opportunitetsprinsippet og legalitetsprinsippet er prinsipper som normerer den rettslige forpliktelsen som gjelder for utøvelsen av påtalemyndighetens arbeidsoppgaver.²⁸ De nevnte prinsippene omtales nærmere i det følgende.

2.2 Straffeforfølgningsplikten og opportunitetsprinsippet

Som nevnt innledningsvis opererer straffeprosessloven med utgangspunktet om en straffeforfølgningsplikt.²⁹ Straffeprosessens overordnede mål er å realisere straffansvar, og en grunnleggende forutsetning i vårt straffesystem er derfor at straffbare handlinger forfølges av det offentlige.³⁰

²⁷ Jon Petter Rui, *Straffeprosessen i perspektiv*, punkt 5.

²⁸ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 93.

²⁹ NOU 2016: 24 s. 133.

³⁰ NOU 2016: 24 s. 195.

Det rettslige grunnlaget for straffeforfølgningsplikten følger av strpl. § 62 a som gir uttrykk for en plikt til å påtale straffbare handlinger, og strpl. § 224 som gir uttrykk for en plikt til å etterforske alle straffbare handlinger.³¹ Et rettssystem der utgangspunktet om straffeforfølgningsplikten er absolutt, bygger på det straffeprosessuelle legalitetsprinsippet.³² Legalitetsprinsippet forutsetter en etterforsknings- og påtaleplikt for alle straffbare forhold, og det anses i utgangspunktet ikke relevant å ta i betraktning rimelighetshensyn og hensiktsmessighet ved påtaleutøvelsen.³³ Sistnevnte taler for at en henleggelsesadgang i praksis ikke bør aksepteres.

Det straffeprosessuelle utgangspunktet om en straffeforfølgningsplikt er blant annet begrunnet i prevensjonshensyn og hensynet til den sosiale ro og orden i samfunnet.³⁴ Dersom påtalemyndigheten undergraver lojal håndheving av loven, vil dette kunne resultere i at straffetrusselen verken har realitet eller blir respektert. Borgernes rettsfølelse, rettssikkerhet og tillit til påtalemyndighetens bekjempelse av kriminalitet vil også undergraves. Ved lojal og konsekvent håndheving av loven fremmes likebehandlingshensyn, rettstrygghet og forutberegnelighet.³⁵

Som nevnt innledningsvis begrenses straffeforfølgningsplikten av opportunitetsprinsippet, som gir påtalemyndigheten en skjønnsmessig adgang til å unnlate straffeforfølgning. I norsk rett er opportunitetsprinsippet særlig forankret i tre regelsett, som har til felles at grensen mellom påtalemyndighetens rett og plikt til håndheving av straffelovgivningen er angitt ved svært vide og ubestemte begreper.

For det første åpner strpl. § 224 for å iverksette etterforskning dersom det foreligger «rimelig grunn». Ordlyden «rimelig grunn» gir påtalemyndigheten en vid skjønnsmessig adgang til å unnlate etterforskning ved at bestemmelsen tolkes antitetisk. Dette innebærer at dersom det ikke er «rimelig grunn» til etterforskning, kan påtalemyndigheten beslutte henleggelse.³⁶ Nærmere redegjørelse for bestemmelsen følger i punkt 3.2.2. For det andre gir ordlyden «når ikke annet er bestemt ved lov» i strpl. § 62 a første ledd, påtalemyndigheten adgang til å

³¹ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 97.

³² NOU 2016: 24 s. 133.

³³ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 96

³⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov og straff (straffeloven) s. 487.

³⁵ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2012, s. 133.

³⁶ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2012, s. 25.

unnlate straffeforfølgning. Videre følger det av bestemmelsens andre ledd at påtalemyndigheten har adgang til å henlegge overtredelser med en strafferamme på 2 år eller lavere «hvis ikke allmenne hensyn tilsier påtale». Hva som nærmere bestemt inngår i ordlyden «allmenne hensyn» vil gjøres nærmere rede for i avhandlingens punkt 3.2.3. Det tredje regelsett knytter seg til påtalemyndighetens adgang til å unnlate å fremme straffesak for domstolene selv om det foreligger tilstrekkelig bevis for domfellelse etter strpl. §§ 69 og 70. Imidlertid faller påtaleunnlatelse etter strpl. §§ 69 og 70 utenfor masteravhandlingens ramme, og vil følgelig ikke behandles ytterligere.

Hva angår rammene for påtalemyndighetens skjønnsfrihet etter oppportunitetsprinsippet, bør det tas utgangspunkt i straffens begrunnelser, som er allmennprevensjon, individualprevensjon og sosial ro.³⁷ Overtredelsens grovhet sammenholdt med hvilke interesser som er krenket ved lovbruddet, er avgjørende for hvor stor vekt som skal tillegges de nevnte begrunnelser for straff ved kapasitetshenleggelse. Selv om nevnte hensyn taler for forfølgning, kan det gjøre seg gjeldende mot hensyn som bør tillegges avgjørende vekt.

For unge lovbrøyttere kan møtet med politiet i seg selv ha en avskrekkende virkning slik at individualpreventive hensyn får mindre betydning. Nødvendige ressursprioriteringer og samfunnsøkonomiske betraktninger kan også etter omstendighetene tale for å ikke forfølge forholdet. De kryssende hensynene som gjør seg gjeldende, tilsier en relativt vid skjønsmessig adgang for påtalemyndigheten til å vurdere hvorvidt etterforskning og videre forfølgning skal skje. Samtidig bør reglene ikke undergrave utgangspunktet om at det gjelder en sterk presumsjon for at straffbare forhold skal forfølges.³⁸

En av fordelene med et oppportunitetsprinsipp er at hensiktsmessigheten av straffeforfølgning kan vurderes fra sak til sak. I så måte ivaretar prinsippet hensynet til effektivitet og tillit. Andre lands rettssystemer er skeptisk til for mye skjønn tillagt påtalemyndigheten uten noen form for kontroll, da dette kan medføre forskjellsbehandling og vilkårlighet.³⁹ Det er også fremhevet at politiske eller andre rettslige irrelevante forhold kan bli tatt i betraktning. Dette kan særlig forekomme i retning av å unnlate å ta ut tiltale i saker hvor tiltale skulle vært tatt ut, men det kan også gjøre seg gjeldende ved at påtalemyndigheten tar ut tiltale i saker hvor

³⁷ NOU 2016:24 s.195.

³⁸ NOU 2016:24 s.195.

³⁹ Jon Petter Rui, *Straffeprosessen i perspektiv*, Jussens venner, punkt 5.7.

bevisene ikke er tilstrekkelig.⁴⁰ En forutsetning for at oppportunitetsprinsippet skal fungere er dermed at påtalemyndigheten har stor integritet og nyter stor tillit. Det norske rettssystemet går lenger i å gjennomføre oppportunitetsprinsippet enn de fleste andre land. Likevel er det lite som tyder på at det vidtgående oppportunitetsprinsippet har ført til vilkårlighet, eller at politiske hensyn har fått innflytelse på påtalemyndighetens skjønsmessige avgjørelser.⁴¹

Straffeforfølgingsprinsippet og oppportunitetsprinsippet gir imidlertid ikke føringer på hvilken statlig etat eller hvilket organ som har som sin oppgave å ivareta statens straffe- og straffeforfølgingsplikt. Hvordan straffeforfølgingsprinsippet er gjennomført, beror på vektleggingen av andre prinsipper. I norsk rett har maktfordelingsprinsippet, anklageprinsippet og kravet til uavhengighet og objektivitet til straffesystemets aktører, vært avgjørende for å legge statens anklagerrolle til en særskilt offentlig påtalemyndighet.⁴²

2.3 Maktfordelingsprinsippet og anklageprinsippet

Maktfordelingsprinsippet er et statsrettslig prinsipp som innebærer at statsmakten fordeles på tre uavhengige institusjoner; den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt.⁴³ Som den lovgivende makt vedtar Stortinget lover, som den utøvende makt setter regjeringen i verk politiske vedtak og håndhever gjeldende lover, og som den dømmende makt dømmer domstolene etter gjeldende lover.⁴⁴ Maktfordelingsprinsippet går ut på at statsmaktene skal være adskilt og uavhengig av hverandre, slik at maktmisbruk forhindres. Påtalemyndighetens uavhengighet fremgår av strpl. § 55, og lyder som følger: «[p]åtalemyndigheten er uavhengig ved behandlingen av den enkelte straffesak. Ingen kan instruere påtalemyndigheten i enkeltsaker eller omgjøre en påtaleavgjørelse».

Maktfordelingsprinsippet har betydning for henleggelsesadgangen ved at statsmaktene danner grunnlaget for påtalemyndighetens ansvar for straffeforfølgningen. Påtalemyndigheten plikter som nevnt lojalt å ivareta lovgivers kriminalisering og dermed håndheve gjeldende straffelovgivning. Maktfordelingsprinsippet forutsetter at påtalemyndigheten heller ikke kan utøve sin kompetanse på lovgivers område ved å unnlate håndheving på en slik måte at

⁴⁰ Jon Petter Rui, *Straffeprosessen i perspektiv*, Jussens venner, punkt 5.7.

⁴¹ Jon Petter Rui, *Straffeprosessen i perspektiv*, Jussens venner, punkt 5.7.

⁴² Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 94.

⁴³ Se Grunnloven §§ 3, 49 og 86 flg.

⁴⁴ NOU 2016: 24 s. 135.

enkelte straffbare handlinger i realiteten avkriminaliseres. Straffeforfølgning er en inngripende form for myndighetsutøvelse, og de hensyn som ligger til grunn for å skille mellom lovgivende, utøvende og dømmende makt gjør seg sterkt gjeldende.⁴⁵

Den grunnleggende funksjonsdeling og kompetansebegrensning som maktfordelingsprinsippet bygger på, er i strafferettspleien særlig uttrykt gjennom anklageprinsippet.⁴⁶ Strpl. § 63 fastsetter kjernen i anklageprinsippet:

«Domstolene trer bare i virksomhet etter begjæring av en påtaleberettiget, og deres virksomhet opphører når begjæringen blir tatt tilbake».

Strpl. § 63 tar til orde for at domstolene ikke har anledning til av eget tiltak å behandle en henlagt sak, og anklageprinsippet er i norsk rett gjennomført slik at påtalemyndigheten er organisatorisk adskilt fra domstolene.⁴⁷ Anklageprinsippet markerer således en grense mellom påtalemyndighetens og domstolens kompetanse. Påtalemyndigheten må naturligvis følge rettslige pålegg gitt av domstolene i enkeltsaker og rettspraksis, men uten særlig hjemmel kan ikke påtalemyndigheten utøve kompetanse på domstolens område. Domstolene kan i prinsippet heller ikke, uten særskilt lovhjemmel, direkte eller indirekte utøve påtalesfunksjoner. Når påtalemyndigheten velger å henlegge en sak, skal ikke domstolen «blande seg inn» i denne avgjørelsen, da dette i så fall vil være i strid med anklageprinsippet.

2.4 Menneskerettslige rammer

Grunnloven og Norges forpliktelser etter EMK setter rettslige skranker for håndheving av straffelovgivningen gjennom det straffeprosessuelle regelverk. Påtalemyndigheten må påse at konvensjonsforpliktelsene blir tilstrekkelig ivaretatt ved utøvelse av håndhevelsesskjønnet. Dette understrekes ved at det etter Grl. § 92 følger at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Bestemmelsen fastslår statens generelle plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. Grl. §92 må tolkes i lys av EMK art.1, som pålegger konvensjonsstatene å «secure to everyone within their jurisdiction the rights and

⁴⁵ NOU 2016: 24 s. 134.

⁴⁶ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 62.

⁴⁷ Ømulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2019, s. 454.

freedoms defined in Section I of this convention.» Grunnloven og EMK vil først og fremst ha betydning som rettslig ramme for vurderingen av i hvilket omfang et forhold skal etterforskes, og som en begrensning i henleggelsesadgangen.⁴⁸

EMK art. 1 tolkes slik at statene har plikt til å beskytte borgerne mot at andre borgere krenker deres rettigheter etter EMK.⁴⁹ Plikten etter artikkel 1 kan utløse en etterforsknings- og påtaleplikt der en persons rettigheter etter konvensjonen kan være krenket. Innholdet og omfanget av disse positive sikringsplikter som kan utløse en etterforsknings- og påtaleplikt er utviklet gjennom EMDs praksis.⁵⁰

EMD har formulert et «general principle» som gjengis i en rekke avgjørelser. De positive forpliktelsene inneholder tre elementer eller krav: krav om strafferettslig regulering, straffeforfølgning og preventive tiltak. EMD omtaler de tre elementene som «effective criminal-law provisions», «backed up by law-enforcement machinery» og «to take preventive operational measures».⁵¹

Kravet «criminal-law provision» har adresse til lovgiver, og sikter til lovgivers plikt til å gi strafferettslig vern med kriminalisering.⁵² I tillegg innebærer kravet at lovgiver må legge forholdene til rette for effektiv straffeforfølgning for påtalemyndigheten.⁵³ Kravet til «law-enforcement machinery» dekker blant annet politi- og påtalemyndighetens håndheving eller mangel på håndheving av straffelovgivningen. I praksis betyr kravet at politi- og påtalemyndigheten i nokså vid utstrekning har plikt til å etterforske visse sakstyper som ligger innenfor rettighetsvernet i de materielle artiklene i EMK. Kravet til «preventive operational measures» kan få betydning for påtalemyndighetens skjønn i henhold til om det skal iverksettes etterforskning og benyttes straffeprosessuelle virkemidler.⁵⁴

Praksis fra EMD viser videre at de positive pliktene til å sikre menneskerettighetene er relative. Osman mot Storbritannia er illustrerende ved at EMD uttaler seg om hvilke krav som

⁴⁸ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 129.

⁴⁹ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016, s.229.

⁵⁰ Tor Geir Myhrer, *Kvalitet i etterforskningen*, s. 46.

⁵¹ Se bl.a. EMDs dom 28.oktober 1998, *Osman mot Storbritannia*, pkt.115 (23452/94) og EMDs dom av 25.juni 2009, *Beganovic mot Kroatia* pkt. 71 (46423/06).

⁵² Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019 s. 148.

⁵³ Se EMDs dom av 26.mars 1985, *X og Y mot Nederland* (8978/80).

⁵⁴ Se EMDs dom av 25. juni 2009, *Beganovic mot Kroatia* pkt. 71 (46423/06).

stilles til medlemsstatenes prioriteringer.⁵⁵ En lærer i psykisk ubalanse hadde gitt en 15 år gammel elev en påfallende oppmerksomhet over tid, trakassert hans familie og til slutt drept elevens far. Moren til eleven gikk til sak mot staten med påstand om at staten ikke hadde beskyttet sønnens og ektemannens liv etter EMK art. 2. EMD uttalte:

*«For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities».*⁵⁶

EMDs uttalelse gir uttrykk for at prioriteringer er en nødvendighet i komplekse rettssystemer og at sikringsplikten som er pålagt konvensjonsstatene ikke kan strekke seg uforholdsmessig langt. For øvrig synes EMD å overlate til konvensjonsstatene å regulere nærmere hvordan forpliktelsene skal overholdes og gjennomføres.

Videre er Rt. 2013 s. 588 en påminnelse om påtalemyndighetens plikt til å sikre menneskerettighetsvernet. Dommen er også veiledende for rekkevidden av påtalemyndighetens positive forpliktelser etter EMK art. 2, 3 og 8.⁵⁷ Saken gjaldt spørsmålet om staten etter EMK art. 2, 3, og 8 ga fornærmede i saken tilstrekkelig beskyttelse mot krenkelser av de nevnte bestemmelsene.

Fornærmede i sistnevnte sak hadde vært utsatt for truende og plagsom atferd over lang tid fra en mann som hun i en kort periode hadde hatt et forhold til. Til tross for soning av dom og brudd på flere besøksforbud oppsøkte tiltalte fornærmede i saken til stadighet. Høyesterett kom til at staten ikke hadde ivaretatt kvinnens rettigheter. I avsnitt 41 uttaler Høyesterett at EMK art. 1 pålegger konvensjonsstatene å sikre konvensjonens rettigheter for alle innenfor statens jurisdiksjon. Videre påpeker Høyesterett at dette innebærer blant annet at staten har en plikt til å ta aktive skritt for å hindre at private krenker hverandre, og viser med dette til EMDs praksis.⁵⁸ Momenter av avgjørende betydning var politiets mangelfulle oppfølging av

⁵⁵ Se EMDs dom av 28.oktober 1998, *Osman mot Storbritannia* (23452/94).

⁵⁶ Se EMDs dom av 28.oktober 1998, *Osman mot Storbritannia*, avsnitt 116. Se også EMDs dom av 24.mars 2011, *Giuliani og Gaggio mot Italia* avsnitt 245 (23458/02).

⁵⁷ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 129.

⁵⁸ Se EMDs dom av 29. april 1997, *H.L.R mot Frankrike*, avsnitt 40 (24573/94) og EMDs dom av 28.oktober 1998, *Osman mot Storbritannia* avsnitt 115.

mannens gjentatte brudd på besøksforbud og unnlatt etterforskning av alvorlige trusler. For å beskytte en person mot krenkelser, må staten straffeforfølge den personen som krenker den andres rettigheter. Høyesterett uttaler i avsnitt 46 i dommen at myndighetene må reagere med de tiltak som «ut fra situasjonen er rimelig å forvente». Uttalelsen må forstås slik at det må reageres med tiltak som er forholdsmessige ut fra den konkrete situasjonen. Etter dette legges det til grunn at sikringsplikten er relativ, og at konvensjonsstatene må ha rom til å foreta prioriteringer.

Særlig Grl. §§ 93 (sml. EMK art. 2 og 3) og 102 (sml. EMK art. 8) er relevant som begrensning for påtalemyndighetens håndhevelsesskjønn.⁵⁹ Retten til liv etter EMK art. 2 innebærer en ubetinget plikt for påtalemyndigheten til etterforskning i alle tilfeller av drap, hvilket tilsier at kapasitetshenleggelse ikke er aktuelt i slike tilfeller.⁶⁰ Videre utløser EMK art. 3 håndhevingsforpliktelser, og er av den grunn relevant som begrensninger for påtalemyndighetens henleggelsesadgang.⁶¹ Forpliktelsen gjelder særlig overfor «sårbare grupper» og omfatter tilstedeværelse av tilstrekkelig lovgivning og inngrepshjemler, herunder faktiske og rettslige beskyttelsestiltak.⁶² På samme måte som i forhold til artikkel 2, medfører også artikkel 3 positive forpliktelser i form av effektiv etterforskning.⁶³ Saker hvor mistanken gjelder forhold som krenker rettigheter etter art. 3, kan heller ikke henlegges på grunnlag av kapasitetshensyn.

Artikkel 8 fastslår at «[e]veryone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence». Ordlyden «right to respect» antyder, slik også EMD har lagt til grunn, at rettighetsvernet i art. 8 innebærer positive forpliktelser uavhengig av sikringsplikten i art.1.⁶⁴ Artikkel 8 beskytter «physical and moral integrity of an individual from other persons», hvilket omfatter de fleste straffbare forhold mot liv, legeme og helbred, herunder også visse verbale trusler som ikke følges opp av handling.⁶⁵

⁵⁹ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 122.

⁶⁰ Se EMDs dom av 17. mars 2005, *Bubbins mot Storbritannia* (50196/99), og EMDs dom av 4. mai 2001, *Hugh Jordan mot Storbritannia*.

⁶¹ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2012, s. 344.

⁶² Se EMDs dom av 26. november 2002, *E. m.fl. mot Storbritannia* pkt. 88 (33218/96).

⁶³ Se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2016, s. 189.

⁶⁴ Se EMDs dom av 26. mars 1985, *X og Y mot Nederland* pkt. 23 (8978/80).

⁶⁵ Se EMDs dom av 5. mars 2009, *Sandra Jankovic mot Kroatia*, pkt. 31 og 45 (38478/05) Se også EMDs dom av 30. november 2010, *Hajduova mot Slovakia* pkt. 49 (2660/03).

Den nedre grense for voldshandlinger som kan utløse positiv plikter etter art. 8 illustreres i *Tonchev mot Bulgaria* fra 2009.⁶⁶ Klagers sønn på 4 år hadde sprutet vann på naboen, som etter å ha bedt ham stoppe, reagerte med å kaste en bit av en takstein mot gutten, som fikk et 3-11 mm sår over øyet. Forholdet innvirket ikke slik på «physical or moral integrity» at art. 8 var krenket.

⁶⁶Se EMDs dom av 19. november 2009, *Tonchev mot Bulgaria* pkt.40-42 (18527/02).

3 Den rettslige forankringen for kapasitetshenleggelse

3.1 Innledning

Kjerneområdet for kapasitetshenleggelsene er «masseovertredsene» og den vinningskriminalitet som gjerne omtales som «hverdagskriminalitet».⁶⁷ Hvilke kapasitetsmangler som aktualiserer en henleggelsesbeslutning, vil også variere. Det kan for eksempel være et behov for å begrense bruk av kostbare eller tidskrevende etterforskningskritt, eller det kan være mangel på etterforskere eller påtalejurister på grunn av belastning ved håndtering av høyere prioriterte saker.⁶⁸

Henleggelsesbeslutninger begrunnet i kapasitetshensyn er, som nevnt innledningsvis, anerkjent i både juridisk teori og påtalepraksis. Dette understrekes for det første ved at politiet i påtalemyndigheten har egne koder for henleggelse på grunn av «manglende saksbehandlingskapasitet» i et straffesakssystem kalt STRASAK.⁶⁹ Som nevnt innledningsvis foreslo straffelovkommissjonen både i 1983, 1992 og 2002 å kodifisere adgangen til å henlegge saker begrunnet i kapasitetshensyn. I 2016 kom det nok et forslag i NOU 2016: 24 om å lovfeste adgangen til å foreta kapasitetshenleggelse. Selve henleggelsesadgangen er med andre ord ubestridt.

Til tross for at kapasitetshenleggelse er anerkjent, er det usikkert hvor adgangen til henleggelsesbeslutninger begrunnet i kapasitetshensyn er rettslig forankret. Påtalemyndigheten kan ikke vilkårlig unnlate å håndheve straffelovgivningen, og utgangspunktet er at en beslutning om å henlegge en straffesak krever et rettsgrunnlag.⁷⁰ Punkt tre i disposisjonen tar sikte på å klarlegge den rettslige forankringen av henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn.

⁶⁷ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 344.

⁶⁸ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 343.

⁶⁹ STRASAK-rapporten. *Anmeldt kriminalitet og politiets straffesaksbehandling 2018*. Publisert 15.02.2019. <https://www.politiet.no/aktuelt-tall-og-fakta/tall-og-fakta/anmeldt-kriminalitet-strasak/> (sjekket 2. desember 2019)

⁷⁰ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 190.

3.2 Kan kapasitetshenleggelse hjemles i lov eller forskrift?

3.2.1 Innledning

Lovgivningens utgangspunkt er, som allerede påpekt, at det foreligger en etterforsknings- og påtaleplikt.⁷¹ Straffeprosessloven inneholder ingen bestemmelse som direkte gir hjemmel for å henlegge straffbare forhold på grunn av manglende saksbehandlingsskapasitet. I det følgende vil det undersøkes hvorvidt den rettslige forankringen for kapasitetshenleggelse kan søkes i straffeprosessloven §§ 62a annet ledd og 224, eller påtaleinstruksen § 17-1.

3.2.2 Forholdet mellom strpl. § 224 og § 62 a

Vilkårene «rimelig grunn» i strpl. § 224 og «allmenne hensyn» i strpl. § 62a angir en terskel for anvendelse av etterforsknings- og påtaleplikten. I praksis kan vurderingstemaene bli overlappende, og det er følgelig behov for å avklare forholdet mellom bestemmelsene. Som nevnt har påtalemyndigheten etter en antitetisk tolkning av strpl. § 224, en skjønnsmessig adgang til å unnlate etterforskning dersom det ikke foreligger «rimelig grunn» til etterforskning. Bestemmelsen må videre forstås slik at en sak kan henlegges før etterforskning og etter påbegynt etterforskning, dersom det ikke foreligger «rimelig grunn». Henleggelsesadgangen etter bestemmelsen retter seg dermed mot tidspunktet før etterforskning er iverksatt, og fram til avsluttet etterforskning.

Etter § 62 a annet ledd kan «påtale unnlates» hvis ikke «allmenne hensyn tilsier påtale». Ordlyden «påtale» tilsier at henleggelse etter denne bestemmelsen knytter seg til påtalestadiet, altså etter endt etterforskning. I forarbeidene er det imidlertid presisert at avgjørelser om henleggelse etter § 62 a annet ledd kan treffes på ethvert stadium av saken, herunder før etterforskning i det hele tatt er iverksatt, under etterforskning, og etter avsluttet etterforskning.⁷²

Riksadvokaten har imidlertid besluttet at saken ikke skal henlegges etter «allmenne hensyn» før etterforskning er iverksatt⁷³. Det gjengis i rundskrivet at forholdet mellom henleggelse med hjemmel i §§ 62 a og 224 er uklart. Likevel kan det påpekes at straffeprosessloven § 224

⁷¹ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 190.

⁷² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.487.

⁷³ R nr.3/2016 V avsnitt 31.

åpner for en «bred, skjønnsmessig vurdering av om saken bør henlegges før det er igangsatt etterforskning», hvilket tilsier at det ikke er behov for å anvende strpl. § 62 a annet ledd før etterforskning er startet. Riksadvokaten beslutter derfor i rundskrivet at saken ikke skal henlegges begrunnet i at allmenne hensyn ikke foreligger etter § 62 a før det er iverksatt etterforskning. Også i tilfeller hvor det fremstår klart at allmenne hensyn ikke vil tilsi påtale, skal saken henlegges fordi det ikke er rimelig grunn til å igangsette etterforskning.⁷⁴

Videre vil vurderingene etter strpl. § 224 i initialfasen først og fremst ha sitt fokus på samfunnets behov for undersøkelse, avdekking og oppklaring av mulige straffbare forhold. Vurderingene etter strpl. § 62a annet ledd vil i praksis ha større fokus på samfunnets behov for å sanksjonere straffbare forhold.⁷⁵ Følgende vil det foretas nærmere redegjørelse og analyse av strpl. §§ 224 og 62a.

3.2.3 Straffeprosessloven § 224

Av straffeprosessloven § 224 første ledd følger det at

«[e]tterforskning foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.»

Bestemmelsen suppleres av påt.instr. § 7-4 første ledd, hvor det heter at påtalemyndigheten

«... kan beslutte å henlegge en anmeldelse uten at det foretas etterforskning når det er klart at det anmeldte forhold ikke er straffbart eller gjenstand for offentlig påtale.»

Spørsmålet som søkes avklart under punkt 3.3.1 er om kapasitetshenleggelse kan forankres det skjønnsmessige vilkåret «rimelig grunn» i strpl. § 224. Imidlertid vil det først gjøres nærmere rede for bestemmelsens innhold.

⁷⁴ R nr. 2/2015 punkt VIII.

⁷⁵ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2012, s. 525.

Straffeprosessloven § 224 angir «inngangsporten» og grunnvilkårene for adgangen til å iverksette straffeforfølgning. Ordlyden «rimelig grunn» gir liten veiledning for vurderingen av om etterforskning skal iverksettes, da avgjørelsestemaet er skjønsmessig, og kriteriet er vagt og ubestemt.⁷⁶ Den viktigste kilden for hvordan kriteriet «rimelig grunn» skal anvendes, er Riksadvokatens rundskriv fra 1999.⁷⁷

I tillegg til det grunnleggende saklighetskravet som alltid gjelder, vil vurderingen av om etterforskning skal iverksettes eller fortsette, bero på en forholdsmessighetsvurdering og sannsynligheten for at det foreligger et straffbart forhold.⁷⁸ Av rundskrivet fremgår det at hva angår sannsynlighetskravet, vil «rimelig grunn» mer trolig foreligge hvis det er nærliggende å tro at noe straffbart har funnet sted, sammenlignet med en fjern mulighet.⁷⁹ Videre påpekes det i rundskrivet at det må vurderes om forholdet er så alvorlig at igangsettelse av etterforskning er proporsjonal.⁸⁰ I en mindre alvorlig sak kan det for eksempel være rimelig å undersøke politiets egne arkiver, men ikke foreta avhør av en persons nære familie. Endelig må etterforskningen være saklig begrunnet.⁸¹ En etterforskning kan for eksempel ikke begrunnes i et ønske om å ramme en politisk motstander.⁸²

Hva angår spørsmålet om kapasitetshenleggelse kan forankres i ordlyden «rimelig grunn», er rettskildene tvetydige og upresise. I NOU 2016:24 påpekes det at spørsmålet er «noe omdiskutert».⁸³ De nevnte momentene som skal tillegges vekt ved vurderingen, virker å stille selve saken i sentrum. Riksadvokaten presiserer i rundskriv nr.3/2016 punkt 10 at ressursene skal brukes effektivt og med kvalitet, og at den enkeltes rettssikkerhet ikke kan nedprioriteres. Dersom påtalemyndigheten i vurderingen av om det foreligger rimelig grunn til å etterforske, legger vekt på kapasitetshensyn og derav henlegger det straffbare forholdet, vil den enkeltes rettssikkerhet nedprioriteres. Straffeprosessloven § 224 synes etter dette ikke å åpne for henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn.

⁷⁶ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2012, s. 15.

⁷⁷ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) s.42, med henvisning til R nr.3/1999.

⁷⁸ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019, s. 359.

⁷⁹ R nr.3/1999 s.6.

⁸⁰ R nr.3/1999 s.6.

⁸¹ R nr.3/1999, punkt III/3.

⁸² Steinar Fredriksen, *Innføring i straffeprosess*, Oslo 2009, s. 100.

⁸³ NOU 2016:24 s. 134.

Kjelby tar imidlertid til orde for at manglende etterforskningskapasitet er et relevant hensyn i rimelighetsvurderingen.⁸⁴ Jo Hov innfortolker også kapasitetshensyn i rimelighetsvurderingen, men går lengre og antar at adgangen til å henlegge saker av kapasitetsgrunner direkte kan forankres i strpl. § 224, og uttaler; «... manglende kapasitet er «rimelig grunn», både til å la være å åpne etterforskning og til å innstille en påbegynt etterforskning».⁸⁵

I Sivilombudsmannens årsmelding av 1995 fremgår det at «... det er fast praksis for at prioriteringshensyn er et relevant moment ved avgjørelse av om etterforskning skal iverksettes».⁸⁶ Uttalelsen støttes av Riksadvokaten som påpeker at «[d]et er for eksempel anledning til å unnlate å sette i verk etterforskning i enkelte saker ut fra ressursprioritering eller av andre saklige grunner.»⁸⁷ Ressursprioriteringer nevnes som et eksempel på at etterforskning kan unnlates. Riksadvokaten nevner derimot ikke noe om at ressursprioriteringene springer direkte ut av ordlyden «rimelig grunn», men uttaler at adgangen er akseptert i teori og praksis.⁸⁸ Det later til at Riksadvokaten snarere påpeker hvorfor påtalemyndigheten ikke er undergitt en absolutt etterforskningsplikt etter § 224, enn å ta til orde for at kapasitetshenleggelse kan forankres i ordlyden «rimelig grunn».

Riksadvokaten skriver videre i R nr.3/1999 at det er anledning til å unnlate å sette i verk etterforskning i enkelte tilfeller ut fra ressursprioritering, og at det på dette stadium kan utøves et «skjønn innenfor rammen av det opportunitetsprinsipp som gjelder i norsk straffeprosess».⁸⁹ Utsagnet kan tolkes dit hen at Riksadvokaten forutsetter at selv om «rimelig grunn» til etterforskning foreligger, har påtalemyndigheten i tråd med opportunitetsprinsippet en skjønnsmessig adgang til å henlegge enkelte saker på grunnlag av kapasitet. Med andre ord virker det som at Riksadvokaten mener at kapasitetshenleggelse har sin rettslige forankring i opportunitetsprinsippet snarere enn i ordlyden «rimelig grunn» etter § 224 første ledd. Riksadvokaten fremholder at «[s]traffeprosessloven § 224 regulerer unnlattelse av å iverksette etterforskning også etter en bredere, sammensatt vurdering enn de rene kapasitetshensyn».⁹⁰

⁸⁴ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2013, s. 264.

⁸⁵ Jo Hov, *Rettergang II*, Oslo 2010, s. 784.

⁸⁶ SOMB-1995-44 s.172.

⁸⁷ R nr.3/2016 II/7.

⁸⁸ R nr.3/2016 II/7.

⁸⁹ R nr.3/1999 s.5.

⁹⁰ R nr.3/2016 punkt III/13.

Ordlyden «også» kan umiddelbart virke til å tale for at kapasitetshenleggelse og andre unnlater kan begrunne at det ikke foreligger «rimelig grunn». Riksadvokaten er imidlertid tvetydig ettersom det også påpekes at det brukes ulike henleggelseskode for rene kapasitetshenleggelse, og henleggelse hjemlet i § 224 «av andre saklige hensyn enn rene kapasitetsvurderinger».

Straffeprosessutvalget tar i NOU 2016: 24 til orde for at adgangen bør kodifiseres i ny regel i § 28-2 annet ledd bokstav b, hvilket taler for at bestemmelse i nåværende lovgivning ikke er tilstrekkelig som rettslig grunnlag for påtalemyndighetens adgang til kapasitetshenleggelse. Sistnevnte sett i sammenheng med ordlyden i § 224, hensynet til rettssikkerhet og Riksadvokatens skildringer i de nevnte rundskrivene, taler for at kapasitetshenleggelse ikke kan forankres i ordlyden «rimelig grunn» i strpl. § 224.

Som nevnt må strpl. § 224 ses i sammenheng med påt.instr. § 7-4. Det kan derfor stilles spørsmål ved om kapasitetshenleggelse kan forankres i § 7-4. Kjelby tar til orde for at «det på dette [anmeldelses] stadiet ikke vil være aktuelt å henlegge saken av andre grunner enn de nevnte ... f.eks ... ut fra prosessøkonomiske hensyn».⁹¹ Uttalelsen taler for at det ikke er aktuelt å henlegge saken av kapasitetsgrunner etter bestemmelse. Når det dessuten argumenteres for at kapasitetshenleggelse ikke kan forankres i § 224, kan adgangen heller ikke anses å kunne forankres i påt.instr. § 7-4.

3.2.4 Straffeprosessloven § 62 a annet ledd

Av straffeprosessloven § 62 a annet ledd følger det at «[f]or overtredelse av straffebud med en strafferamme på 2 år eller lavere kan påtale unnlates hvis ikke allmenne hensyn tilsier påtale». Spørsmålet som skal søkes avklart i punkt 3.3.2 er om henleggelse av kapasitetsgrunner kan forankres i bestemmelse ordlyd «allmenne hensyn». Før analyse av bestemmelse, må det gjøres nærmere rede for bestemmelse innhold.

⁹¹ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019 s. 384, med videre henvisning til JD rundskriv 9926/85 til påt.instr.§ 7-4 første ledd. Slik også i Riksadvokatens brev til Justisdepartementet av 26.januar 1990 om henleggelse av kapasitetsgrunner pkt. 4, hvor det ble foreslått inntatt en egen bestemmelse om dette i § 7-4.

Bestemmelsen gir etter sin ordlyd påtalemyndigheten en bred skjønnsmessig adgang til å henlegge straffesaker.⁹² Bestemmelsens anvendelsesområde innskrenkes ved at det kun er forhold med en strafferamme på 2 år eller lavere som kan være gjenstand for henleggelse. Videre avhenger henleggelsesadgangen av at «allmenne hensyn» ikke tilsier påtale. Ordlyden «allmenne» gir uttrykk for hensyn som tar sikte på å ivareta samfunnets interesser. På den ene siden kan en tenke seg at det alltid vil være i samfunnets interesser at straffbare forhold forfølges, og at kapasitetshensyn ikke kan begrunne henleggelse. Men dersom kapasitetshenleggelse er nødvendig for å frigjøre ressurser til mer alvorlige saker, vil det være i samfunnets interesser at saker av mindre alvorlig karakter henlegges. Allmennhetens rettssikkerhetshensyn ivaretas ved at påtalemyndigheten prioriterer de mest alvorlige straffesakene, hvilket er i tråd med retningslinjene gitt av Riksadvokaten i rundskriv.⁹³ Manglende saksbehandlingskapasitet vil i en slik kontekst falle inn under ordlyden «allmenne hensyn».

Av bestemmelsen fremkommer det videre at ved vurderingen av om allmenne hensyn foreligger, «legges det blant annet vekt på overtredelsens grovhet, hensynet til den alminnelige lovlydighet og om den fornærmede, eller en annen som har lidt skade ved overtredelsen ... ønsker påtale.» Ordlyden «overtredelsens grovhet» og «den alminnelige lovlydighet» og om fornærmede eller annen «har lidt skade» virker til å rette seg mot det straffbare forhold, og ikke ta hensyn til omstendighetene rundt saken. Imidlertid er oppregningen av hvilke forhold som skal vektlegges i vurderingen ikke uttømmende, jf. ordlyden «blant annet», hvilket taler for at kapasitetshenleggelse kan forankres i straffeprosessloven § 62 a annet ledd.⁹⁴

I høringen til straffelovkommisjonen i 1992 ble det uttrykt en viss bekymring for skjønnsetøvelsen og den vide adgang til å henlegge straffesaker som strpl. § 62a annet ledd åpner for. Straffelovkommisjonen uttalte at

«[d]et er viktig at politi og påtalemyndighet er seg bevisst skillet mellom henleggelse av kapasitetsgrunner og henleggelse fordi allmenne hensyn ikke tilsier påtale. En

⁹² R nr.3/2016 V/30.

⁹³ R nr.3/2016 punkt III/10.

⁹⁴ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019, s.337.

lovfesting av momentene vedrørende allmenne hensyn kan bidra til en skjerpet bevissthet her, jf. utkastet til strpl. § 62a andre ledd».⁹⁵

Uttalelsen kan på dette punkt oppfattes som en klar avgrensning av innholdet i «allmenne hensyn» mot kapasitetsgrunner. Departementet tok imidlertid ikke eksplisitt stilling til om kapasitetshenleggelse kan forankres i ordlyden «allmenne hensyn».

I juridisk litteratur er det flere som kan synes å ta til orde for at kapasitetshenleggelse kan forankres i ordlyden «allmenne hensyn». Gert Johan Kjelby sier blant annet at departementet ikke ser ut til å ville skille ut kapasitetshensyn fra allmenne hensyn i strpl. § 62 a, uten at han begrunner dette standpunktet nærmere.⁹⁶ Videre henviser Kjelby til Jo Hov som tar til orde for at strpl. § 224 og kriteriet «rimelig grunn» forankrer kapasitetshenleggelse. Kjelby bygger videre på Hov, og uttaler at dersom kriteriet rimelig grunn forankrer kapasitetshenleggelse, «er det etter mitt syn et svakt rettskildemessig grunnlag for å ekskludere slike forhold under «allmenne hensyn»».⁹⁷ Etter mitt syn kan imidlertid ikke kapasitetshenleggelse forankres i strpl. § 224, se drøftelsen i punkt 3.3.2.

Øyen synes å betrakte kapasitetshenleggelse som en egen henleggelsesform i tillegg til henleggelse etter § 224 og § 62a annet ledd. Han beskriver fire forskjellige henleggelseskategorier under «henleggelse av påtalemessige grunner». Øyen fremstiller kapasitetshenleggelse som en tredje kategori, adskilt fra vurderingene av «allmenne hensyn» og «rimelig grunn». Han beskriver kapasitetshenleggelse som en henleggelse der «påtalemyndigheten ikke vil prioritere saken, i lys av sakens art og alvor og den tilgjengelige etterforsknings- og påtalekapasitet». Øyen nevner ikke eksplisitt at henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn ikke kan hjemles i § 224 eller § 62 a annet ledd, men det er nærliggende å tolke kategoriseringen dithen. Videre skriver Øyen at kapasitetshenleggelse på en ærlig måte gjenspeiler de prioritetsutfordringer påtalemyndigheten står ovenfor, og at henleggelse begrunnet i kapasitet hindrer at den reelle henleggelsesgrunnen i en sak blir kamuflert.⁹⁸ Sistnevnte taler også for at Øyen skiller ut kapasitetshenleggelse til en egen

⁹⁵ NOU 2002: 4, *Ny straffelov* s. 187.

⁹⁶ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2012 s. 560.

⁹⁷ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2012, s.560.

⁹⁸ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016, s. 223.

henleggelseskategori, og at kapasitetshenleggelse følger ikke kan forankres i ordlyden i strpl. § 62 a annet ledd.

Det faktum at det er tvetydighet i juridisk teori, forarbeider og rundskriv understreker behovet for nærmere presisering av henleggelsesadgangen. Etter gjennomgang av rettskildene som omtaler § 62 a andre ledd, kan adgangen til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn etter mitt synspunkt ikke forankres i straffeprosesslovens vilkår «allmenne hensyn». I NOU 2016: 24 fremkommer det at henleggelse begrunnet i kapasitet ikke fremgår uttrykkelig av gjeldende lov, og derav behovet for en bestemmelse som kodifiserer adgangen.⁹⁹ Kommisjonens forslag til å lovfeste adgangen til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn taler for at nåværende lovgivning ikke hjemler adgangen.

3.2.5 Påtaleinstruksen § 17-1

I punkt 3.3.4 vil det følge analyse av om kapasitetshenleggelse kan forankres i påtaleinstruksen § 17-1. Av påtaleinstruksen § 17-1 følger det at dersom det ikke er «grunnlag for å fortsette en påbegynt etterforskning, kan politiet beslutte å innstille forfølgningen».

Påtaleinstruksen § 17-1 er en kompetansebestemmelse, og gir med dette regler om hvem som kan beslutte å henlegge en påbegynt etterforskning.¹⁰⁰ Ordlyden «politiet kan beslutte å innstille» er ensbetydende med at de kan beslutte henleggelse.¹⁰¹ Videre kan uttrykket «en påbegynt etterforskning» tyde på at etterforskningen allerede må være iverksatt for at forfølgningen skal kunne innstilles. Dette understrekes ved at bestemmelsen bruker ordet «forfølgningen», hvilket tyder på at straffeforfølgning allerede er igangsatt. En mulig forankring av kapasitetshenleggelse i bestemmelsen vil følgelig være i et begrenset tidsrom.

Ordlyden «ikke grunnlag for» er noe vag, og gir følgelig ingen veiledning isolert sett. Det er som allerede nevnt en forutsetning etter bestemmelsen at etterforskning er startet, hvilket betyr at det allerede foreligger «rimelig grunn» til å etterforske saken. At det ikke er «grunnlag» for å fortsette etterforskning tilsier at det foreligger opplysninger som gjør at det

⁹⁹ NOU 2016:24 s. 360.

¹⁰⁰ NOU 1984: 27 *Ny påtaleinstruks* s. 148 og *Rundskriv fra Justis- og politidepartementet G-1985-205* s. 43.

¹⁰¹ Se bestemmelsens tittel, «Innstilling av straffeforfølgning (henleggelse)».

ikke lenger er «rimelig grunn» til å fortsette straffeforfølgning. I motivene til § 17-1 nevnes eksempler på tilfeller det vil være aktuelt å henlegge etter bestemmelsen:

*«Dette kan skje av forskjellige grunner, f.eks. fordi forholdet ikke rammes av noe straffebud eller fordi man ikke kan føre nødvendige bevis for at de objektive eller subjektive vilkår for straff er oppfylt. En sak vil også kunne henlegges på grunn av omstendigheter utenfor skyldspørsmålet, f.eks. fordi nødvendig påtalebegjæring fra fornærmede mangler, fordi allmenne hensyn ikke krever påtale hvor dette er et vilkår eller fordi forholdet anses foreldet».*¹⁰²

Det er med andre ord ingenting i ordlyden eller forarbeidene som tyder på at kapasitetshenleggelse kan innfortolkes i påtaleinstruksen § 17-1.

Jo Hov hevder derimot at ordlyden «ikke er grunnlag for» i praksis tolkes slik at også manglende etterforskningskapasitet medfører at det ikke foreligger et tilstrekkelig «grunnlag» for å fortsette etterforskning.¹⁰³ Gert Johan Kjelby mener på sin side at det er mer nærliggende å søke forankring for dette synet direkte i strpl. § 224 og kriteriet «rimelig grunn», eller i påtaleinstruksen § 7-4 første ledd.¹⁰⁴ I departementets rundskriv heter det at § 7-4 første ledd «som svarer til straffeprosessloven § 224 første ledd, fastsetter at etterforskning skal foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige, jf. tidligere påtaleinstruks § 14 første ledd. Bestemmelsen innebærer likevel ikke noe forbud mot at forfølgning unnlates på grunn av prioriteringer og kapasitetsproblemer».¹⁰⁵

Det er imidlertid ingenting i ordlyden eller forarbeidene som tyder på at adgangen til å foreta henleggelse begrunnet i kapasitet kan forankres i påtaleinstruksen § 17-1. Videre er juridisk teori tvetydig og upresis i sine analyser av påtaleinstruksen § 17-1, hvilket understreker behovet for en mer presis hjemmel, og tyder på at det er lite som tilsier at adgangen til å foreta kapasitetshenleggelse kan forankres i påtaleinstruksen § 17-1.

¹⁰² NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks s. 148.

¹⁰³ Jo Hov, *Henleggelse av straffesaker*, Oslo 1998 s. 614.

¹⁰⁴ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2012 s.220.

¹⁰⁵ Se JD rundskriv 9926/85 til påt.instr. § 7-4 første ledd.

3.3 Bør kapasitetshenleggelse hjemles i lov?

3.3.1 Innledning

Drøftelsene i punkt 3.2 indikerer at kapasitetshenleggelse ikke uttrykkelig fremgår av straffeprosessloven § 224, § 62 a eller påtaleinstruksen § 17-1, og derfor ikke utgjør det primære rettsgrunnlaget for kapasitetshenleggelse. I mangel av direkte lovhjemmel, medfører det en noe uavklart rettsstilling når henleggesadgangen skal benyttes. Det kan derfor stilles spørsmål ved om kapasitetshenleggelse bør hjemles i lov, slik lovutvalget foreslår i NOU 2016: 24.¹⁰⁶

3.3.2 Er lovhjemmel påkrevd?

Ved drøftelse av om kapasitetshenleggelse bør kodifiseres, kan det først problematiseres om lovhjemmel er påkrevd. Det gjelder ikke et legalitetsprinsipp i straffeprosessen i den forstand at en straffeprosessuell regel må ha hjemmel i lov.¹⁰⁷ Dette betyr dog ikke at adgangen til å oppstille straffeprosessuelle regler ut fra en avveining av ulike hensyn er vid eller at skjønnsfriheten er stor.¹⁰⁸

For det første utgjør det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet etter GrL § 113 en skranke. Det følger av bestemmelsen at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Kravet om lovhjemmel gjelder ikke bare myndighetsutøvelse i form av vedtak. Også faktiske handlinger som har karakter av inngrep må ha grunnlag i lov.¹⁰⁹ Ordlyden «inngrep» tilsier en aktiv handling som trenger inn i noens rettsfære. Hjemmelskravet setter en ramme for all etterforskning, ved at etterforskningstiltak som rettslig eller faktisk griper inn overfor den enkelte bare kan gjennomføres dersom, og så langt, det har grunnlag i lov. Hov fremhever at en henleggelsesbeslutning ikke er å anse som et «inngrep».¹¹⁰ En henleggelse trenger ikke inn i mistenktes rettsfære sammenliknet med pågrep, fengsling, ransaking, beslag osv. Tvert imot fritas eventuelle siktede fra en byrde ved at det offentlige legger saken bort. I denne sammenheng er påtalevedtaket begunstigende, og ikke et «inngrep» som krever lovhjemmel.

¹⁰⁶ NOU 2016:24 s. 360.

¹⁰⁷ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016, s. 39

¹⁰⁸ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016, s.39

¹⁰⁹ Dok nr.16 (2011-2012) s. 247 og s.249

¹¹⁰ Jo Hov *Rettergang II*, Oslo 2010, s.782

Imidlertid berøres eventuelle fornærmede av kapasitetshenleggelse, ved at unnlatt straffeforfølging kan oppleves som et inngrep i den rettsbeskyttelse som straffeloven har gitt vedkommende. Det straffbare forholdet innebærer i seg selv en krenkelse av en rett, et rettsgode eller en interesse som lovgiver i utgangspunktet har kriminalisert. Videre kan henleggelsesbeslutninger være gjenstand for berettigede skuffelser og brutte forventninger til statens evne og vilje til å straffeforfølge, hvilket vil kunne avhjelpest ved forankring i lov. Det vil for offentligheten kunne virke urettmessig å la påtalemyndighetens ressurser avgjøre hvilke forhold som skal straffeforfølges. Kjelby hevder også at det å unnlate inngrep når loven tilsier inngrep, krever hjemmel i lov eller annet rettsgrunnlag, ettersom kriminalisering av handlinger skaper en forventning om håndhevelse.¹¹¹ Videre tar Kjelby til orde for at også annet rettsgrunnlag enn lov er tilstrekkelig, hvilket tilsier at lovhjemmel ikke er påkrevd.

Det må anses avgjørende at henleggelse ikke er å anse som et «inngrep» etter Grl. § 113, og det må følgelig legges til grunn at henleggelse ikke krever hjemmel i formell lov. En rekke hensyn tilsier likevel en viss normering. Det foreligger et behov for å klargjøre grensene som gjelder for kapasitetshenleggelse begrunnet i forutberegnelighet og rettsikkerhet for allmennheten. Sistnevnte kan avhjelpest ved kodifisering av adgangen til å beslutte henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn.

3.3.3 Betenkeligheter ved lovfesting

Det er imidlertid flere betenkeligheter ved å lovfeste kapasitetshenleggelse, som kan tenkes å begrunne hvorfor tidligere lovforslag for kapasitetshenleggelse ikke er tatt til følge. Det første en kan spørre seg, er om lovfesting av kapasitetshenleggelse vil stride mot lovgiverviljen. Ved kriminalisering av handlinger gir den lovgivende myndighet uttrykk for at handlingene skal straffeforfølges. Straffeprosessutvalget fremholder i NOU 2016: 24:

«[n]år lovgivende myndighet har besluttet at visse handlinger skal være belagt med straff, tilsier hensynene til håndheving av den materielle retten [...] at det må påhvile påtalemyndigheten lojalt å forfølge slike handlinger.»¹¹²

¹¹¹ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølging*, Bergen 2013, s. 230-234

¹¹² NOU 2016: 24 s.133

I forlengelsen av dette utsagnet kan det tenkes at kodifisering av kapasitetshenleggelse vil stride mot utgangspunktet om at alle straffbare forhold skal straffefølgjes, og at kodifisering av kapasitetshenleggelse dermed vil kunne harmonere dårlig med rettsfølelsen.

I 2009 ble det i Riksrevisjonens rapport, som er inntatt i påtaleanalysen fra 2017, pekt på svakheter i arbeidet mot økonomisk kriminalitet. En stor mengde saker som omhandlet økonomisk kriminalitet ble henlagt på grunnlag av kapasitetshensyn. I rapporten ble det videre påpekt at kapasitetshenleggelsene vil kunne «påvirke motivasjonen til å utføre økonomisk kriminalitet».¹¹³ En lovfesting av kapasitetshenleggelse vil i verste fall kunne øke faren for at visse handlinger i realiteten blir avkriminalisert. Når det er tale om henleggelse av kapasitetsgrunner, vil det være lovbrudd av mindre alvorlig karakter som vil dominere henleggelsespraksisen. Sannsynligheten for at det vil være de samme overtredelsene som vil gå igjen i henleggelsespraksisen er derfor stor. Slik straffeprosessutvalget fremholder det i NOU 2016: 24, kan systematiske henleggelse for enkelte sakstyper «... undergrave formålet med straffelovgivningen...».¹¹⁴

Videre kan kapasitetshenleggelse i ytterste konsekvens resultere i at potensielle gjerningspersoner vurderer risikoen for å bli oppdaget og straffet, som lavere, og kan videre medføre at enkelte kriminelle handlinger øker i antall og omfang. Det kan stilles spørsmål ved om den allmennpreventive og individualpreventive virkningen av straff blir svekket ved kodifisering av kapasitetshenleggelse. Straff i enkelttilfeller bidrar til å avskrekke allmennheten fra å begå den samme handling, hvilket er den allmennpreventive effekten.¹¹⁵ Etterforskning og straffesaksbehandling har også evnen til å virke allmennpreventivt.¹¹⁶ Iverksettelse av straffefølgning viser at lovovertrедelsen tas på alvor. Straffelovkommisjonen påpekte i 1983 at det er en forutsetning for lovlydighet at det foreligger en nærliggende risiko for å bli oppdaget. Det er for eksempel uheldig at den som begår vinningskriminalitet, vet at det er liten risiko for å bli tatt.¹¹⁷

Også den individualpreventive virkningen kan bli skadelidende som følge av kodifisering av kapasitetshenleggelse. Den individualpreventive virkningen tar sikte på straffens og

¹¹³ Se NOU 2017: 5 s.228

¹¹⁴ NOU 2016:24 s.361

¹¹⁵ Innst. O. nr. 72 (2004-2005) s.15

¹¹⁶ Prop. 61 LS (2014-2015) s.33

¹¹⁷ NOU 1983: 57 s.111

straffetrusselens virkning for den som har begått lovbruddet.¹¹⁸ Unnlatt straffeforfølgning vil kunne bidra til at straffetrusselen ikke er reell, hvilket medfører at det ikke er noe som hindrer vedkommende fra å begå den samme handling på ny. Kodifisering av kapasitetshenleggelse vil potensielt kunne svekke både den allmenne- og individualpreventive effekten.

Videre kan det påpekes at for stramme rammer fra lovgiver, kan begrense påtalemyndighetens behov for fleksibilitet ved endringer i kriminalitetsbilde eller ressursituasjon. Med strenge rettslige rammer for påtalemyndighetens prioriteringer og høye krav til etatens straffeforfølgningsintensitet, gir det lite rom for hensiktsmessig kapasitetsfordeling. Allmennhetens forventninger til påtalemyndighetens arbeid vil kunne bli vanskelig å imøtekomme, og tilliten til etaten kan tenkes å bli ytterligere redusert.

3.3.4 Forslag til lovfesting i NOU 2016:24

Straffeprosessutvalget forslår, som allerede nevnt, at kapasitetshenleggelse forankres i ny straffeprosesslov §28-2 annet ledd bokstav b med følgende ordlyd:

«Saken kan henlegges når forfølgning ikke er i det offentliges interesse, herunder fordi (...) forfølgning vil medføre saksbehandlingstid og kostnader eller øvrig ressursbruk som ikke står i rimelig forhold til sakens betydning.»¹¹⁹

Ordlyden «i det offentliges interesse» og ordlyden «allmenne hensyn» i strpl. §62a annet ledd kan isolert sett virke påfallende like, og en ny bestemmelse kan etter dette virke unødig. Bestemmelsene sett i sin helhet er likevel ulike, og det nye forslaget må anses å appellere bedre til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn. Straffeprosessutvalget peker blant annet på behovet for en bestemmelse som åpner for at interessevurderinger bør kunne skje løsrevet fra strafferammen for det forhold saken gjelder.

Straffeprosessutvalget begrunner blant annet forslaget med å belyse problematikken rundt manglende lovfesting. Det følger av NOU 2016: 24 at det må være en forutsetning at

¹¹⁸ Ståle Eskeland og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, Oslo 2015, s.50

¹¹⁹ NOU 2016: 24 s.187

«kapasitetshenleggelse bare skjer i forsvarlig utstrekning og etter rasjonelle prioriteringer. Særlig kan det være uheldig dersom henleggelse på grunn av kapasitetsbegrensninger skjer systematisk for enkelte sakstyper. Dette vil kunne undergrave formålet med straffelovgivningen, bryte med lovgivers forutsetninger og svekke publikums tillit til politi og påtalemyndighet.»¹²⁰

Lovforslaget belyser de rettslige grensene for kapasitetshenleggelse, hvilket vil kunne gjøre det enklere for påtalemyndigheten å foreta objektive vurderinger uten rom for subjektivt skjønn. Upræcise retningslinjer for kapasitetshenleggelse kan, for de som har en beskyttet interesse og for allmennheten for øvrig, virke vilkårlig hva angår hvilke saker som blir gjenstand for forfølgning og hvilke som henlegges av kapasitetsgrunner. Det kan resultere i at forventningene til straffeforfølgning ikke møtes, og i ytterste konsekvens resultere i redusert tillit til påtalemyndighet og dens straffeforfølgningsfunksjon.

Det pekes også på av straffeprosessutvalget at påtalemyndigheten gis en for omfattende adgang til henleggelse etter § 28-2. Utkastet møter imidlertid slike innsigelser med at det ved en vurdering etter § 28-2 er fraværet av forfølgingsinteresse som må påvises.

Det virker til å medføre en tydeligere rettstilstand og avklaring dersom adgangen til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn hjemles i lov. Lovforslaget tilbyr en fleksibel løsning godt tilpasset det lovgivningsbehovet som foreligger, det vil kunne bedre rettssikkerheten for den enkelte, og potensielt øke befolkningens tillit til rettsapparatet.

3.3.5 Konklusjon

Kapasitetshenleggelse har vært forsøkt lovfestet ved flere anledninger, noe som i seg selv understreker at adgangen bør lovfestes. Straffelovkommisjonen uttalte i forbindelse med revisjon av straffeloven 1902 følgende:

«... politiet og påtalemyndigheten har ikke kapasitet til å etterforske og forfølge alle saker, og må derfor prioritere strengt. Mange saker blir av denne grunn henlagt uten særlig hjemmel.»¹²¹

¹²⁰ NOU 2016: 24 s. 361

¹²¹ NOU 1983: 57 s. 105

I forbindelse med revisjon av påtaleinstruksen i 1984 ble det uttalt at «[i] praksis blir også saker i mange tilfeller henlagt fordi man ikke har kapasitet til å etterforske nærmere ...».¹²² I 1992 tok straffelovkommisjonen igjen opp spørsmålet om kapasitetshenleggelse burde lovreguleres.¹²³ Henleggelsesgrunnen ble av straffelovkommisjonen foreslått lovfestet i straffeprosessloven § 67 åttende ledd. Adgangen skulle innskrenkes til saker av «mindre alvorlig karakter» og den skulle i hovedsak begrenses til tilfeller der det var «helt nødvendig». For saker med kjent gjerningsperson krevdes «svært sterke grunner» for henleggelse begrunnet i kapasitet.¹²⁴ I NOU 2002: 4 ble adgangen foreslått lovfestet i strpl. § 67 syvende ledd. Lovtekstens formulering var slik:

*«Politiet kan henlegge en sak av mindre alvorlig karakter når manglende etterforskningskapasitet gjør dette helt nødvendig og gjerningspersonen ikke er kjent».*¹²⁵

Forslagene til straffelovkommisjonen ble ikke fulgt opp av departementet, og nærmere begrunnelse for dette kan ikke anses gitt. Imidlertid fremhevet departementet at kriminalitetsutviklingen var årsaken til at politi- og påtalemyndighet ikke hadde kapasitet til å forfølge alle straffbare handlinger.¹²⁶ Departementet gjorde videre gjeldende at «[m]anglende håndhevelse kan lett slite på befolkningens tillit til rettssystemet og de rettshåndhevende myndigheter».¹²⁷

Til tross for de nevnte betenkeligheter ved en kodifisering av kapasitetshenleggelse, taler de beste grunner for at en slik kodifisering bør finne sted. Kapasitetshenleggelse vil skje uavhengig av om adgangen lovfestes eller ikke. Følgelig kan ikke betenkelighetene ved adgangen kamufleres ved å unngå lovfesting av kapasitetshenleggelse. Hensyn som forutberegnelighet for borgerne må anses å gjøre seg sterkt gjeldende på et rettsområde som allerede skaper misnøye i samfunnet.

¹²² NOU 1984: 27 s. 148, med henvisning til Flornes, *Prioritering av politioppgaver*, *Politiembetsmennenes Blad* nr. 9/1983 s.7 flg.

¹²³ NOU 1992: 23 s. 245

¹²⁴ NOU 1992: 23 s.245

¹²⁵ NOU 2002: 4 s. 494

¹²⁶ Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 82

¹²⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.82.

Kjelby konkluderer i sin doktoravhandling med at lovgiver i større grad burde

*«ta uttrykkelig stilling til de mest hyppige og vanskeligste interessekonflikter ved håndheving av straffelovgivningen, særlig konflikten mellom kapasitets- og prosessøkonomiske hensyn og det offentliges interesse i å opprettholde straffeforfølgningens preventive formål».*¹²⁸

Kjelbys utsagn kan tolkes som en oppfordring til lovgiver om å fastsette grensene for blant annet kapasitetshenleggelse. Selv om det i utgangspunktet vil kunne synes paradoksalt å vedta en lovbestemmelse som åpner for kapasitetshenleggelse, vil lovforslaget med gode forarbeider kunne avhjelpe betenkelighetene. En lovfesting vil også kunne føre til en mer ensrettet praksis av henleggelse på grunnlag av kapasitet, og vil kunne motvirke at uønskede kapasitetshenleggelse blir foretatt. Dersom kapasitetshenleggelse blir foretatt med grunnlag i en egen bestemmelse, vil dette kunne føre til større likebehandling på tvers av politidistriktene. Videre vil de ulike henleggelsesårsakene generere statistikk, som er et viktig strategisk styringsdokument for politidistriktene og den høyere påtalemyndighetene. Sist vil det være lettere for den som rammes av henleggelse å fremsette en klage når man er klar over den reelle årsaken til henleggelsen, hvilket er mer sannsynlig dersom lovforslaget vedtas.

3.4 Kan kapasitetshenleggelse hjemles i andre rettskilder?

3.4.1 Innledning

Som påpekt i punkt 3.1 kan ikke påtalemyndigheten vilkårlig unnlate å straffeforfølge, og utgangspunktet er at en beslutning om henleggelse krever et rettsgrunnlag. Ettersom kapasitetshenleggelse ikke kan forankres i nåværende lovgivning, vil det følgende stilles spørsmål ved om adgangen kan forankres i et ulovfestet opportunitetsprinsipp, påtalepraksis eller prioriteringsansvaret etter påtaleinstruksen § 7-5 tredje ledd.

¹²⁸ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2013, s. 709

3.4.2 Oppportunitetsprinsippet som rettslig grunnlag for kapasitetshenleggelse

I punkt 2.1 er det påpekt at oppportunitetsprinsippet er forankret blant annet i strpl. §§ 62a og 224. Videre er det i punkt 3.3 konkludert med at kapasitetshenleggelse ikke kan forankres i de skjønsmessige kriteriene i strpl. §§ 62a og 224. Spørsmålet om kapasitetshenleggelse kan forankres i oppportunitetsprinsippet kan derfor sies å dreie seg mer om påtalemyndighetens håndhevingsskjønn rekkevidde enn de gjeldende positive regler. Straffeprosessutvalget legger til grunn at spørsmålet er «tvilsomt», men at det som utgangspunkt ikke er adgang til «henleggelse på ulovfestet grunnlag».¹²⁹ Derimot er det i teori og praksis over lang tid lagt til grunn at det, til tross for mangel på positiv lovgivning, er adgang til henleggelse av kapasitets-, hensiktsmessighets-, og beskyttelsesgrunner etter oppportunitetsprinsippet.¹³⁰ Selv om det er en viss adgang til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn etter et ulovfestet oppportunitetsprinsipp, kan det stilles spørsmål ved om rettsgrunnlaget er forsvarlig og tilstrekkelig.

Ettersom at utgangspunktet etter norsk rett er en straffeforfølgningsplikt, bør det kreves tydelige grenser hvis påtalemyndigheten kan henlegge straffbare forhold etter et ulovfestet oppportunitetsprinsipp. I en rettsstat hvor strafferetten skal fungere som beskyttelse av individers rettigheter, er det betenkelig hvis påtalemyndighetens vurderinger skal avgjøre hvorvidt lovgivers lovfestelse av straffeforfølgningsplikten skal følges eller ikke. Slik rettskildebildet ser ut i dag, er grensene for kapasitetshenleggelse klarlagt i Riksadvokatens rundskriv.¹³¹ Rundskrivet lider av tvetydighet hva angår de rettslige grensene for kapasitetshenleggelse, og temaet er beskjedent behandlet i juridisk teori og øvrige rettskilder. Da kapasitetshenleggelse er gjenstand for tvetydige gresedragninger, bør ikke adgangen kunne forankres i et ulovfestet oppportunitetsprinsipp. Adgangens grenser vil behandles ytterligere i punkt 4.

På den annen side kan positiv lovgivning vanskelig ta høyde for alle mulige kolliderende hensyn, og interessekonflikter som oppstår i praksis bør heller ikke anses som en uttømmende regulering av henleggelseskompetansen. Likevel kan ikke sistnevnte argument tale mot et

¹²⁹ Se NOU 2016:24 s.134, med videre henvisning til Johs. Andenæs/Myhrer, *Norsk straffeprosess*, Oslo 2009, s.343

¹³⁰ Se blant annet Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019, s. 125 og Steinar Fredriksen, *Innføring i straffeprosess*, Oslo 2018, s. 95

¹³¹ Se R. nr. 3 2016

forsøk på å fastsette tydeligere grenser og forankringer på rettsområder som lider av tvetydighet. Slik rettsstilstanden er nå, bør det ikke anses tilstrekkelig eller forsvarlig å forankre kapasitetshenleggelse i et ulovfestet opportunitetsprinsipp. Straffeprosessutvalgets forslag om en helt generell adgang til å henlegge enhver sak, uavhengig av strafferamme, «når forfølgning ikke er i det offentlige interesse», er klart nok en utvidelse av opportunitetsprinsippet og en lovfesting av en hittil ulovfestet kompetanse.¹³² Dette kan bidra til en tydeligere rettsstilstand, og bedre forutberegnelighet for borgerne.

3.4.3 Påtalepraksis som rettslig grunnlag for kapasitetshenleggelse

Når det gjelder påtalepraksis som rettskilde henvises det til punkt 1.3 i avhandlingen hva gjelder dens rettskildemessige betydning. Supplerende til det som allerede er nevnt i punkt 1.3, vil påtalehierarkiet innebære at overordnet nivå kan instruere underordnede, og at underordnede da er forpliktet til å følge disse instruksjoner. Det er en tjenesteplikt å følge instruks.¹³³ Overordnet nivå som klageorgan, jf. strpl. § 59a, og adgang til å omgjøre underordnede avgjørelser, jf. strpl. § 75, innebærer at overordnet nivå rent faktisk kan tvinge sitt syn igjennom. Samlet leder dette til at generelle direktiver fra overordnet nivå 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 bli avgjørende for rettsstilstanden. Dette taler for at påtalepraksis i utgangspunktet er anvendelig som rettsgrunnlag for kapasitetshenleggelse.¹³⁴ Et annet spørsmål er imidlertid om påtalepraksis er tilstrekkelig og forsvarlig som rettsgrunnlag for kapasitetshenleggelse.

Retningslinjer fra Riksadvokaten har primært internrettslig betydning. Tilgjengeligheten av påtalemyndighetens praksis taler med tyngde mot å tillegge den vekt. Påtalemyndighetens praksis både skapes og kommer til uttrykk gjennom avgjørelse av rettsspørsmål i enkeltsaker. Avgjørelsene er ikke offentlige, og det er i liten grad innarbeidet rutiner som på annen måte sørger for at viktige og prinsipielle standpunkter og avgjørelser blir kjent.¹³⁵ Det innebærer at offentligheten ikke har noen forutsetning for å vite hva som vil bli vektlagt og hvordan

¹³² Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019, s. 125 med henvisning til NOU 2016:24 s.360-361 og s.632

¹³³ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019, s. 47

¹³⁴ Tor- Geir Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde*, (2003) s. 15

¹³⁵ Tor- Geir Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde*, (2003) s. 3

prioriteringene foretas ved kapasitetshenleggelse. Det må følgelig anses som en svekkelse av forutberegneligheten å forankre kapasitetshenleggelse i påtalepraksis, og det vil være vanskelig for enkeltpersoner å forutse sin rettsstilling.

Videre knyttes betenkeligheter til å angi praktisering av retningslinjer som en rettskilde, især når praktiseringen er et unntak fra straffeprosesslovens utgangspunkt om en straffeforfølgingsplikt. Dersom påtalepraksis gir adgang til kapasitetshenleggelse tilsier dette at påtalemyndigheten, som en del av den utøvende makt, handler imot det som er bestemt og gitt av Stortinget. En slik situasjon vil kunne rokke ved maktfordelingsprinsippet. De nevnte momenter taler for at påtalepraksis ikke er tilstrekkelig og forsvarlig som rettsgrunnlag for kapasitetshenleggelse.

3.4.4 Påtaleinstruksen § 7-5 tredje ledd som rettslig grunnlag for kapasitetshenleggelse

Påtalemyndighetens overordnede ansvar for en forsvarlig ressursforvaltning innebærer en plikt til å foreta prioriteringer.¹³⁶ Påtalemyndighetens fullmakt til å foreta prioriteringer legges til grunn i påt.instr. § 7-5 tredje ledd.¹³⁷ Av bestemmelsen følger det at «[p]åtalemyndigheten gir nærmere generelle regler om prioritering og gjennomføring av etterforskningen i straffesaker».

Det overordnede prioriteringsansvaret ligger til Riksadvokaten som gir ut årlige mål- og prioriteringsrundskriv. I rundskriv nr.1/2019 er de prioriterte sakene for året grove lovbrudd som drap og alvorlige voldslovbrudd, alvorlige seksuallovbrudd, alvorlig internasjonal og organisert kriminalitet, økonomisk kriminalitet av alvorlig karakter, alvorlige trafikklovbrudd og hatkriminalitet.¹³⁸ De sentralt prioriterte sakene skal søkes oppklart så langt råd er og ved knapphet på ressurser gis de forrang. Grov integritetskrenkende kriminalitet som vold og seksuallovbrudd har vært prioritert i en årrekke og utgjør et alvorlig samfunns- og folkehelseproblem. Det skal her tilstrebes en særlig høy oppklaring.¹³⁹

¹³⁶ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, Bergen 2013, s. 255

¹³⁷ Ot.prp.nr.106 (2001-2002) og NOU 2017: 5 s.184

¹³⁸ Rundskriv nr.1/2019 s.7

¹³⁹ Ra-2018-3 punkt. 4.3.1

Spørsmålet videre er om kapasitetshenleggelse kan forankres i ordlyden i § 7-5 tredje ledd. Det faktum at påtalemyndigheten er gitt fullmakt til å foreta prioriteringer gjennom § 7-5 tredje ledd, kan tilsi at kapasitetshenleggelse kan forankres i bestemmelsen. Ordlyden isolert kan tolkes slik at påtalemyndigheten gis en adgang til å foreta prioriteringer, og derav også en adgang til å foreta kapasitetshenleggelse. Når påtalemyndigheten henlegger straffbare forhold begrunnet i kapasitet, prioriterer de bort et forhold, slik at de får kapasitet til å straffeforfølge prioriterte saker. Imidlertid følger det av forarbeidene at bestemmelsen var ment å gi Riksadvokaten og statsadvokatens adgang til å gi direktiver om prioriteringer.¹⁴⁰ Bestemmelsen er med andre ord ment som en kompetansebestemmelse for påtalemyndigheten til å gi direktiver. Det er videre ingenting i forarbeidene eller juridisk teori som tilsier at kapasitetshenleggelse kan søke sin forankring i påtaleinstruksen § 7-5 tredje ledd. Bestemmelsen virker snarere som en begrensning i adgangen, ved at prioriterte saker ikke kan henlegges på grunn av kapasitetshensyn.¹⁴¹

Politi og påtalemyndigheten er, som andre offentlige myndigheter, tildelt et samfunnsansvar som innebærer å forvalte tildelte midler på en best mulig måte. Kapasitetshensyn gjør det nødvendig å foreta prioriteringer slik at kreftene settes inn der det er mest å vinne på etterforskning, oppklaring av, og påfølgende reaksjoner mot kriminalitet.¹⁴² Påt.instr. § 7-5 tredje ledd kan imidlertid ikke anses å gi påtalemyndigheten adgang til å foreta henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn.

3.4.5 Konklusjon

Til tross for at opportunitetsprinsippet, påtaleinstruksen § 7-5 tredje ledd og øvrig påtalepraksis forutsetter en adgang til å foreta kapasitetshenleggelse, utgjør ingen av disse kildene det primære rettsgrunnlaget for slike henleggelse. Kapasitetshenleggelse har tvunget seg fram på grunn av den økende mengden av kriminalitet i samfunnet, hvilket tilsier at kapasitetshenleggelse snarere kan forankres i en såkalt systemforutsetning. Det er en systemforutsetning at påtalemyndigheten må prioritere noen saker framfor andre, for å være i stand til å utføre den oppgaven de har blitt tillagt som offentlig håndhever av straffelovgivningen. Imidlertid avhjelper ikke sistnevnte behovet for å kodifisere adgangen.

¹⁴⁰ Se NOU 1984: 27, *Ny påtaleinstruks* s.10-11 og s.113

¹⁴¹ Se R nr.3/2018

¹⁴² NOU 2016: 24 s. 120

Det er fortsatt mangel på kriterier som konkret regulerer skjønnsmarginen for henleggelse av kapasitetsgrunner. Manglende tydelighet og forutberegnelighet vil kunne skape uklarheter rundt den rettslige ramme for kapasitetshenleggelser. Videre vil dette kunne medføre at det for allmennheten virker vilkårlig hvilke saker som blir gjenstand for forfølgning og hvilke som henlegges av kapasitetsgrunner. Ingen av de nevnte rettskilder under punkt 3.4 kan avhjelpe behovet om en lovbestemmelse for henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn.

4 Adgangens rekkevidde

4.1 Innledning

Praksis fra EMD tar til orde for at staten er tilkjent en viss skjønnsmargin når det gjelder unnlattelse av straffeforfølgning, begrunnet i at staten er nærmest til å vurdere hva som er den beste måten å reagere på.¹⁴³ Etter norsk rett er politi og påtalemyndigheten tilkjent et vidt håndhevingskjønn. Til tross for at politi og påtalemyndigheten har en slik vid skjønnsmessig adgang til å unnlate straffeforfølgning, har skjønnet en yttergrense gjennom nasjonal lovgivning og gjennom menneskerettslige rammer.

Behovet for en grensedragnings begrunnes blant annet i at kapasitetshenleggelse ikke kan praktiseres slik at adgangen rokker ved de hensyn, interesser og prinsipper som begrunner straffeforfølgningsplikten. Videre kan kapasitetshenleggelse utgjøre en fare for misbruk, hvilket aktualiserer krav om god internkontroll i politi og påtalemyndighet.¹⁴⁴ Det er de nærmere kriteriene og påtalemyndighetens praktisering av henleggelsesadgangen som først og fremst reiser spørsmål ved om den anvendes forsvarlig og hvorvidt den er basert på de riktige prioriteringer.

I 2016 kom Riksadvokaten med et rundskriv som angir retningslinjer og føringer for hvordan kapasitetshenleggelse skal utøves i praksis. Det påpekes i rundskrivet at retningslinjer for kapasitetshenleggelse tidligere ikke har «vært samlet i et lett tilgjengelig styringsdokument».¹⁴⁵ Følgende grensedragninger for kapasitetshenleggelse foretas derfor hovedsakelig med utgangspunkt i rundskrivet. Imidlertid vil det først gjøres rede for tilfeller hvor kapasitetshenleggelse ikke er aktuelt, og hvor det foreligger en ubetinget plikt til påtale og etterforskning.

4.2 Ubetinget plikt til påtale og etterforskning

I enkelte tilfeller oppstår en plikt for påtalemyndigheten til å påtale og etterforske straffbare handlinger, noe som innebærer at begrenset kapasitet ikke kan rettferdiggjøre unnlattelse av straffeforfølgning.

¹⁴³ Se EMDs dom av 15.november 2007, *Pfeifer mor Østerrike* avsnitt 37.

¹⁴⁴ NOU 2016:24 s.361

¹⁴⁵ R nr.3/2016 punkt I/4

Det er blant annet en ubetinget plikt til etterforskning dersom noen dør eller blir alvorlig skadet som følge av politi- og påtalemyndighetens tjenesteutøvelse, jf. påtaleinstruksen § 34-6, gitt med hjemmel i strpl. § 67 åttende ledd. Videre fremgår det en etterforskningsplikt etter påtaleinstruksen § 7-4 femte ledd, ved brann, samt annen ulykke som har voldt alvorlig personsskade eller betydelig ødeleggelse av eiendom. I bestemmelsens sjette ledd følger en etterforskningsplikt når barn under 18 år dør uventet.

Som nevnt i punkt 2.3 foreligger også menneskerettslige rammer for kapasitetshenleggelse. Det er neppe store «spenninger» mellom norsk politi- og påtalemyndighets håndhevingspraksis, og de positive krav til effektiv straffeforfølgning som følger av EMDs tolking av EMK. Forpliktelsene som følger av menneskerettighetene, etablerer med dette ikke nye etterforskningsplikter i forhold til det som allerede følger av nasjonale regler og påtaledirektiver. Det følger av de sentrale og grunnleggende føringer og Riksadvokatens håndhevingsdirektiv at drap, alvorlige integritetskrenkninger, sedelighetssaker, ran, rasistisk motivert vold mv. skal prioriteres høyt.¹⁴⁶ Ren myndighetspassivitet ved at etterforskning ikke iverksettes eller at det foretas en summarisk eller helt begrenset etterforskning, vil derfor sjeldent være tilfelle. Betydningen av de menneskerettslige kravene er først og fremst at det legger begrensninger på hvilke endringer som kan gjøres i våre egne bestemmelser, samt at det understreker betydningen av at de nasjonale regler og prioriteringer følges opp i praksis, jf. Rt-2013-588.¹⁴⁷ Sammenfatningsvis kan man si at en plikt til å iverksette etterforskning oppstår først og fremst i følgende tilfeller: Når noen er berøvet livet, eventuelt forsøkt berøvet livet, med villedede handlinger, uaktsomhet eller ulykker (EMK art. 2). Alvorlig eller vedvarende tilfeller av vold og/eller trusler kan utløse plikt etter både EMK art. 3 og EMK art. 8, avhengig av hvor alvorlige de er.

De nevnte tilfellene representerer forhold som aldri kan være gjenstand for henleggelse begrunnet i kapasitet, og utgjør med dette en klar grense mot kapasitetshenleggelse. Det er imidlertid mer tvilsomt hvor grensen går for de tilfeller som ikke faller inn under nevnte bestemmelser.

¹⁴⁶ Se R.nr.1/2019 *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen*

¹⁴⁷ Tor Geir Myhrer, *Kvalitet i etterforskningen*, s. 46 flg.

4.3 Kapasitetshenleggelse med «ukjent»- og «kjent» gjerningsperson

Hovedregelen for henleggelse begrunnet i manglende saksbehandlingsskapasitet er begrenset til tilfeller hvor gjerningspersonen er ukjent.¹⁴⁸ Utgangspunktet er begrunnet i at det som regel kreves mer omfattende etterforskning og bruk av ressurser dersom gjerningspersonen er ukjent. Riksadvokaten tar dog høyde for at det er en snever adgang til å henlegge saker begrunnet i kapasitetshensyn også i tilfeller hvor gjerningspersonen er kjent. Med kjent gjerningsperson menes en person som er navngitt eller på annen måte identifisert i en anmeldelse til politiet, eller som ved beskjeden bruk av ressurser lett kan identifiseres.¹⁴⁹

Det kreves imidlertid «en særlig grunn» for kapasitetshenleggelse hvor gjerningspersonen er kjent. I sistnevnte tilfeller kan etterforskingsskritt gjennomføres med avgrenset ressursbruk, noe som understreker hvorfor praksisen er vanskelig å akseptere for offentligheten.¹⁵⁰ Dersom politiet har besluttet etterforskning og det er lagt ned betydelige ressurser i for eksempel avhør av vitner og lignende, vil en henleggelse være vanskeligere å begrunne. Justis- og beredskapsdepartementet i NOU 2017:5, tar til orde for at adgangen er «meget snever» og at det må foreligge «svært sterke grunner» for å kunne henlegge på grunn av manglende kapasitet i saker med kjent gjerningsperson.¹⁵¹ Justis- og beredskapsdepartementets uttalelser understrekes ved at Riksadvokaten i rundskriv uttaler at det må foreligge en «særlig grunn», og at adgangen er «meget snever». Videre peker Riksadvokaten på at hver sak må «undergis en konkret vurdering».¹⁵²

Imidlertid kan det stilles spørsmål ved om adgangen til henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn bør være undergitt så strenge tøyler som antydnet i rundskrivet. I NOU 2016: 24 påpekes det at til tross for at gjerningspersonen antas å være kjent, bør ikke dette nødvendigvis utelukke henleggelse av kapasitetsgrunner. Selv om en mulig gjerningsperson er navngitt vil det som regel være behov for å gjennomføre etterforskingsskritt, som avhør av mistenkte og vitner mv. Hvorvidt det er rimelig å bruke ressurser på etterforskning, må vurderes fra sak til sak, og hvorvidt gjerningspersonen antas å være kjent må være et moment i slike vurderinger.¹⁵³

¹⁴⁸ R nr.3/2016 punkt III/14.

¹⁴⁹ R nr.3/2016 punkt III/15.

¹⁵⁰ R nr.3/2016, punkt II/7.

¹⁵¹ NOU 2017: 5 s.42.

¹⁵² R nr.3/2016 pkt. III/21.

¹⁵³ NOU 2016: 24, s.361.

4.4 Henleggelse begrunnet i manglende påtalekapasitet

Videre kan saker henlegges på grunn av manglende kapasitet på påtalesiden i politiet. Henleggelse på grunn av manglende påtalekapasitet er mer begrenset, men ikke helt utelukket. I den grad politiet har brukt ressurser på å etterforske og oppklare saker, er det svært uheldig om sakene henlegges på grunn av manglende kapasitet på påtalesiden i politiet. Det skal derfor foreligge tungtveiende forhold for at slike saker henlegges på grunn av manglende påtalekapasitet, og forutsetter videre en tidsbegrenset beslutning på politimesternivå.¹⁵⁴ Henleggelse begrunnet i begrenset påtalekapasitet tar særlig sikte på situasjoner hvor det har bygd seg opp eldre saker hos påtalemyndigheten. Det er den totale påtalekapasiteten i vedkommende politidistrikt som er avgjørende.¹⁵⁵

Straffeprosessutvalget tar i NOU 2016:24 til ordet for at saker i prinsippet også bør kunne henlegges på grunn av manglende kapasitet selv om det kun er den påtalemessige behandlingen som gjenstår. Påtalemyndigheten har begrensede ressurser, og må følgelig prioritere deretter. Alternativet er at det bygges opp restanser, hvilket etter utvalgets syn har lite for seg.¹⁵⁶ Det må anses uheldig dersom en sak blir liggende lenge hos påtalemyndigheten, uten at det tas stilling til hva som er neste steg i saken.

En etterforskning skal ha høy kvalitet og må i utgangspunktet være grundig. Bevisbildet vil kunne svekkes over tid, hvilket i forlengelsen av dette kan svekke kvaliteten i den videre behandling av saken. Erfaringsmessig vil hurtig behandling bidra til høy oppklaring.¹⁵⁷ Det kan derfor konstateres at henleggelse begrunnet i påtalekapasitet, til tross for at henleggelse på dette grunnlag er svært uheldig, viser et bilde av realiteten. Dersom saker ikke kan henlegges begrunnet i påtalekapasitet, åpnes det for at et betydelig antall saker blir liggende ubehandlet på ubestemt tid, i håp om bedre påtalekapasitet i fremtiden.

¹⁵⁴ R nr.3/2016 pkt.III/23

¹⁵⁵ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019, s. 387

¹⁵⁶ NOU 2016: 24 s.361

¹⁵⁷ R-2018-3 punkt 4.6.1

4.5 Øvrige retningslinjer for henleggelse av kapasitetsgrunner

Riksadvokaten har gitt øvrige retningslinjer som regulerer adgangen til å henlegge straffesaker på grunn av manglende saksbehandlingskapasitet. Av rundskrivet fremkommer det at kapasitetshenleggelse er undergitt den forutsetning at «politidistriktets øverste ledelse har gitt overordnede, skriftlige føringer for slike henleggelse». ¹⁵⁸ Dersom henleggelsesadgangen benyttes på en slik måte at enkelte kriminalitetsområder gjentatte ganger blir nedprioritert, står en i fare for at de samme kriminalitetsområdene blir avkriminalisert.

Videre er henleggelsesadgangen ved kapasitetsgrunner snever, og er som utgangspunkt forbeholdt «unntakstilfeller». ¹⁵⁹ Også i straffelovkomisjonens lovforslag av 2002 begrenses bruken av henleggelsesgrunnen til de situasjoner der manglende etterforskningskapasitet gjør dette «helt nødvendig». ¹⁶⁰ Nødvendighetskriteriet tar etter sin ordlyd sikte på en proporsjonalitetsvurdering. Politidistriktets totale arbeidssituasjon, tilgjengelige ressurser og omfanget av den etterforskningsinnsats saken vil kreve, må veies opp mot sannsynligheten for at etterforskningen vil kunne lede til straffansvar. ¹⁶¹ I Sivilombudsmannens årsmelding av 1995 uttalte Riksadvokaten under saksbehandlingen for Sivilombudsmannen:

*«Det sentrale i vurderingen av om en sak kan henlegges av prioritetsgrunner uten etterforskning er om det ville være en uforholdsmessig bruk av ressurser, sakens art og alvorlighet tatt i betraktning, å søke etter spor eller forfølge foreliggende spor.»*¹⁶²

En proporsjonalitetsvurdering støttes også av Straffeprosessutvalgets lovforslag av 2016, hvor proporsjonalitetsvurderingen utgjør kjernen i lovforslaget. ¹⁶³

Det må videre foretas en konkret vurdering av hver enkelt henleggelse. Riksadvokaten har presisert at «[s]entrale og andre alvorlige lovbrudd kan aldri henlegges av kapasitetsgrunner». ¹⁶⁴ Dette understrekes ved at Riksadvokaten forutsetter at anmeldte

¹⁵⁸ R nr. 3/2016 pkt. III/17

¹⁵⁹ R nr. 1/2016 pkt. IV/2

¹⁶⁰ NOU 2002: 4 s. 494

¹⁶¹ R nr.3/2016 punkt III/(19)

¹⁶² SOMB-1995-44 (1995 s.172)

¹⁶³ NOU 2016: 24 s. 361

¹⁶⁴ R nr. 3/2016, punkt III (18).

lovbrudd «som faller inn under sakstyper som er løftet frem i Riksadvokatens mål- og prioriteringsrundskriv», som «en klar hovedregel» ikke skal henlegges etter strpl. § 62 a annet ledd.¹⁶⁵ Til tross for at det i punkt 3.3 konkluderes med at kapasitetshenleggelse ikke kan forankres i § 62 a annet ledd, må uttalelsen i sistnevnte rundskriv anses å appellere til kapasitetshenleggelse. En av begrunnelsene for å foreta kapasitetshenleggelse er å gi rom for etterforskning av prioriterte saker. Dette er en viktig begrensning, hvilket understrekes ved at hensynet til fornærmede, hensynet til individual- og allmennprevensjon, og tilliten til rettssystemet for øvrig taler for at alvorlige straffbare handlinger forfølges. Henleggelse av et alvorlig straffbart forhold begrunnet i kapasitetshensyn ville dessuten vanskelig bestått en forholdsmessighetsvurdering.

Kriteriet for reaksjon er formulert i Osman mot Storbritannia og er videreutviklet av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Det kreves at staten reagerer mot reell og direkte risiko, som staten er eller burde være kjent med, med de tiltak som det ut fra situasjonen er rimelig å forvente. Unnlattelse av straffeforfølgning eller etterforskning kan dermed utgjøre en krenkelse av menneskerettighetene.

¹⁶⁵ R. nr.2/2015 pkt. VIII/1.4

5 Bør kapasitetshenleggelse være undergitt domstolskontroll?

Det er ingen annen myndighet enn overordnet påtalemyndighet som kan instruere eller omgjøre påtalemyndighetens henleggelsesbeslutninger, hvilket blant annet begrunnes i påtalemyndighetens uavhengighet.¹⁶⁶ Under etterforskning begrenser domstolens overprøvelseskompetanse seg til forespørsler fra påtalemyndigheten om bistand til gjennomføring av etterforskningskritt, deriblant avhør, utleveringspålegg eller andre tvangsmidler.¹⁶⁷ Myhrer uttaler at domstolen kan prøve om etterforskningen forfølger lovlige formål, altså om den er saklig begrunnet, men neppe andre sider av vurderingen.¹⁶⁸ Ordningen understrekes ved at det direkte følger av maktfordelingsprinsippet og anklageprinsippet at påtalemyndigheten og domstolene er uavhengige instanser, som både er organisatorisk og funksjonelt adskilt i straffesaksbehandlingen.¹⁶⁹ Domstolen har derfor ikke anledning til av eget tiltak å ta, eller kreve, en henlagt sak til behandling. Det er påtalemyndigheten, ikke domstolene, som har straffeforfølgningsinitiativet og som utøver påtalerett, hvilket har vært det grunnleggende utgangspunkt langt tilbake i tid.¹⁷⁰

Anklageprinsippets begrensning har vært gjenstand for delte meninger i juridisk teori. Blant annet er det pekt på at en generell regel om at domstolene ikke kan overprøve håndhevingsskjønnet er for absolutt. Hov støtter blant annet dette, og uttrykker at dersom påtaleavgjørelsen er truffet i strid med «de alminnelige anerkjente grenser for utøvelse av det frie skjønn», bør påtalevurderingen kunne avvises såfremt feilen har virket inn på avgjørelsens innhold.¹⁷¹ Standpunktet har imidlertid ikke fått gjennomslag i rettspraksis, og kan derfor ikke anses som et uttrykk for gjeldende rett.

Jon Petter Rui stiller videre spørsmål ved om vår ordning med et svært vidtgående opportunitetsprinsipp uten noen form for uavhengig domstolskontroll er forsvarlig, og om henleggelsesbeslutninger bør undergis domstolskontroll.¹⁷² Rui drøfter imidlertid ikke spørsmålet ytterligere. I tråd med sistnevnte uttalelse kan det stilles spørsmål ved om vår

¹⁶⁶ Se Strpl. § 55 og Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019, s. 80

¹⁶⁷ Tor-Geir Myhrer, *Etterforskningsbegrepet*, s. 21

¹⁶⁸ Se Myhrer, *Etterforskningsbegrepet* (2001), s. 23 og R nr.3/1999

¹⁶⁹ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019, s. 73

¹⁷⁰ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019 s. 83

¹⁷¹ Jo Hov, *Påtalemyndigheten*, s.162-166.

¹⁷² Jon Petter Rui, *Straffeprosessen i perspektiv, Jussens venner*, 2014, punkt 6

ordning uten ytre kontroll over påtalemyndighetens avgjørelser er tilfredsstillende, og om kapasitetshenleggelse bør undergis domstolskontroll.

De hensyn som ligger til grunn for dagens ordning er velbegrunnede argumenter for hvorfor henleggelsesbeslutninger ikke bør være gjenstand for domstolskontroll. Hensynet til påtalemyndighetens uavhengighet og de grunner anklageprinsippet hviler på, medfører at det i liten grad er aktuelt med ytre kontroll med påtalemyndighetens henleggelse.¹⁷³ Videre er behovet for kontroll ivare tatt ved at påtalemyndighetens positive påtaleavgjørelser kontinuerlig vil være gjenstand for rettslig behandling, og vil kunne bringes inn for domstolsprøving. Internt i påtalemyndigheten vil overordnet nivå føre kontroll med underordnede, herunder som ledd i behandling av klage over påtalevedtak. Dessuten kan påtalemyndighetens saksbehandling og avgjørelser klages inn for Sivilombudsmannen.¹⁷⁴ En utstrakt rettslig prøving av påtalemyndighetens skjønn kan dessuten ha negativ innvirkning på effektiviteten i straffeforfølgningen, hvilket er et tungtveiende argument mot at henleggesbeslutninger bør undergis domstolskontroll. Det vil kunne øke saksbehandlingstiden ytterligere dersom en allerede overbelastet domstol pålegges flere arbeidsoppgaver. Praksisen slik den er i dag kan påpekes å være en hensiktsmessig fordeling av arbeidskapasitet.

Det faktum at det ikke føres ytterligere kontroll over påtalemyndighetens avgjørelser vil på den annen side kunne lede til fare for misbruk av den skjønnsmessige adgangen til å unnlate straffeforfølgning. Aktørene som foretar henleggelsesbeslutningen kan havne i et «mønster», hvor de samme typer henleggelsesbeslutninger blir fattet til stadighet. Videre kan det tenkes at påtalemyndigheten treffer beslutninger om henleggelse fordi dette er en «enkel løsning» ved perioder med stor pågang, og kamuflerer dette ved henleggelse begrunnet i kapasitetshensyn. Til tross for at en henleggelsesbeslutning kan påklages til overordnede i påtalemyndigheten, kan kontroll utført av et uavhengig organ medføre ytterligere skjerpede begrunnelser for henleggelse. Videre er det, som påpekt flere steder i avhandlingen, lovgiver som bestemmer hva som er gjenstand for straffeforfølgning, og ikke påtalemyndigheten. Ved en vid skjønnsmessig adgang til å unnlate straffeforfølgning, kan det tenkes at enkelte forhold i realiteten nærmest blir avkriminalisert. I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål ved om

¹⁷³ NOU 2016: 24 s. 197

¹⁷⁴ NOU 2016: 24 s. 186

domstolen, som et uavhengig organ, ville vært bedre egnet til å føre kontroll med at avkriminalisering ikke skjer.

Ved analyse av om henleggelsesbeslutninger bør undergis domstolskontroll kan det være hensiktsmessig å se hen til hvilke rådende hensyn som gjør seg gjeldende ved påtalemyndighetens straffesaksbehandling. I NOU 2017: 5 påpekes det at grunnleggende idealer og verdier for påtalemyndighets straffesaksarbeid blant annet er «[ø]kt rettighetsfokusering, skjerpende krav til begrunnelse, forventninger om åpenhet, internasjonale rettskilder og økt oppmerksomhet om fornærmedes stilling».¹⁷⁵ Især fremheves at påtalemyndigheten skal søke å ivareta en rettsikker og tillitsvekkende strafferettspleie. Momentene om «skjerpende krav til begrunnelse» og «oppmerksomhet om fornærmedes stilling» gjør seg gjeldende ved henleggelsesbeslutninger. Det kan tenkes at en begrunnelse for henleggelse vil skjerpes ytterligere dersom påtalemyndighetens vurdering også kan være gjenstand for domstolskontroll. Videre er det tillitsskapende for en eventuelt fornærmet dersom henleggelsesbeslutningen kontrolleres av et uavhengig organ. Det kan stilles spørsmål ved om domstolskontroll av kapasitetshenleggelse vil sikre nevnte verdier og idealer ytterligere sammenliknet med intern behandling av henleggelsesbeslutninger.

Selv om anklageprinsippet og maktfordelingsprinsippet veier tungt, og i så måte taler mot domstolskontroll av henleggelsesbeslutninger, må det anses avgjørende at en domstolskontroll vil kunne styrke borgernes rettsfølelse og tillit til påtalemyndigheten. En slik kontroll vil som nevnt medføre at saksbehandlingen finner sted i to uavhengige institusjoner. Dette vil kunne bidra til økt tillit, rettsikkerhet og følelse av trygghet for allmennheten. Dersom effektiviseringshensyn og et tradisjonelt anklageprinsipp trumfer borgernes rettsikkerhet, vil dette harmonere dårlig med de hensyn straffeprosesslovgivningen primært ønsker å ivareta. Henleggelsesbeslutninger bør undergis domstolskontroll.

¹⁷⁵ NOU 2017: 5 s. 77

6 Avsluttende bemerkninger

I svært alvorlige straffesaker «roper» befolkningen på de rettshåndhevende myndigheter, som under ordinære samfunnsforhold reagerer med alvor, styrke og uten opphold. Mindre alvorlige forhold som innbrudd i hjem, gjentatt tyverivirksomhet og lommetyverier har også sine ofre. Straffeløp vil også i sistnevnte tilfeller gi de berørte en følelse av beskyttelse, trygghet og rettferdighet. Med bakgrunn i begrensninger er det ikke alltid denne rettsfølelsen kan tilfredsstilles i møte med ressurs- og kapasitetsbegrensninger. Påtalejuristen selv er blitt «formet» i et system hvor vanskelige prioriteringsavgjørelser til stadighet må fattes, samtidig som de møter en vanskelig pedagogisk utfordring og får gjerne forklaringsproblemer overfor ofre for «lavt prioritert» kriminalitet.¹⁷⁶

Påtalemyndighetens adgang til å henlegge straffbare forhold på grunnlag av kapasitetshensyn ble innledningsvis angitt som avhandlingens problemstilling. I de etterfølgende kapitler er de mest påfallende funn i analysen at kapasitetshenleggelse rettslige forankring ikke kan anses tilstrekkelig eller forsvarlig. Det stilles strenge krav til kvalitet ved gjennomføringen av straffesaksarbeidet.¹⁷⁷ Hvis den innsats som er lagt ned er tilfredsstillende, kan kvaliteten på etterforskningen og påtalearbeidet regnes som fullgod uavhengig av om saken ender med henleggelse, eller om den tiltalte frifinnes eller domfelles i tråd med en tiltale. Imidlertid kan det stilles spørsmål ved om kravene til høy kvalitet kan tilfredsstilles når den rettslige forankringen og de rettslige grensene for kapasitetshenleggelse er uklare. De gjennomgående analyser viser et rettsområde som er lite forutberegnelig for allmennheten, hvilket medfører at borgerne sitter igjen med en følelse av at den enkeltes rettssikkerhet nedprioriteres.

Som allerede påpekt ligger det i maktfordelingsprinsippet at det lovgiver kriminaliserer skal forfølges av påtalemyndigheten. Dette betyr at unntak må ha rettsgrunnlag, slik som henleggelse på bevisets stilling og henleggelse der intet straffbart forhold foreligger.¹⁷⁸ En praksis hvor det er opp til påtalemyndigheten å ta stilling til hva som skal etterforskes og irettesføres, medfører at hva som er straffbart, bestemmes av den utøvende makt, og ikke den lovgivende.

¹⁷⁶ Anne Marie Frøseth, Linda Grønning, Ramsus H. Wandall, *Rettsfølelsen i strafferettssystemet*, Oslo 2016, s. 183

¹⁷⁷ Se R-2018-3 punkt 3

¹⁷⁸ Se strpl. § 73

For øvrig er det mye som tyder på positive endringer i framtiden hva gjelder henleggelse av kapasitetsgrunner. Straffeprosessutvalgets lovforslag er et positivt bidrag til dagens straffeprosessuelle regler, forutsatt at forslaget vedtas. Påtaleanalyseutvalget deler Straffeprosessutvalget syn, og synes å anse det som en positiv endring dersom henleggelsesadgangen av kapasitetsgrunner lovfestes, da denne henleggelsesformen er «vanskeligere å akseptere».¹⁷⁹ Riksadvokaten har på sin side påpekt at det vil være «ønskelig at loven klart angir adgangen til, og grensene for, påtalemyndighetens kompetanse til å henlegge straffeforfølgningen av kapasitetsgrunner».¹⁸⁰ Den åpenbare enigheten rundt behovet for lovregulering gir en indikasjon på at endringer på området er nært forestående. Allmennheten vil trolig lettere akseptere at straffesaker henlegges av kapasitetsgrunner dersom det blir stilt tydelige rettslige krav til vurderingen. Dersom lovforslaget vedtas vil det dessuten kunne ha en disiplinerende effekt ved at henleggelse av kapasitetsgrunner i større grad må begrunnes, og påfølgende klager på nevnte beslutninger vil bli vurdert opp mot konkrete rettslige normer.

¹⁷⁹ NOU 2017: 5 s.42

¹⁸⁰ <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2017/12/Høringsuttalelse-om-ny-straffeprosesslov.pdf>. Riksadvokatens høringsuttalelse av 01.12.2017 s.60 (sist sjekket 29.november 2019)

Kildeliste

Norske lover

- 1814 Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1981 Lov av 22. mai 1981 nr. 2 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)
- 1999 Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)

Forskrifter

- 1985 Forskrift av 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)

Konvensjoner

- 1950 Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller av 4.november 1950

Forarbeider

- NOU 1983: 57 Straffelovgivningen under omforming
- NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks
- NOU 1992: 23 Ny straffelov- alminnelige bestemmelser
- Ot.prp. nr. 53 (1995-1996) Om lov om endringer i straffeprosessloven (klagerett over påtalevedtak)
- NOU 2002:4 Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Dok 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov
NOU 2017: 5	En påtalemyndighet for fremtiden. Påtaleanalysen.

Høyesterettsavgjørelser

Rt-1984-1076

Rt-1998- 407

Rt-2013-588

HR-2016-2554 -P

EMDs avgjørelser

1985	X og Y mot Nederland, dom av 26.mars 1985 (38478/05)
1997	H.L.R mot Frankrike, dom av 29. april 1997 (24573/94)
1998	Osman mot Storbritannia, dom av 28 oktober 1998 (23452/94)
2001	Hugh Jordan mot Storbritannia, dom av 4 mai 2001 (24746/94)
2002	E m.fl. mot Storbritannia, dom 26.november 2002 (33218/96)
2005	Bubbins mot Storbritannia, dom av 17 mars 2005 (50196/99)

2007	Pfeifer mot Østerrike, dom av 15 november 2007 (12556/03)
2009	Sandra Jankovic mot Kroatia, dom av 5.mars 2009 (38478/05)
2009	Tonchey mot Bulgaria, dom av 19.november 2009 (18527/02)
2010	Hajduova mot Slovakia, dom av 30.november 2010 (2660/03)

Rundskriv

G-1985-205	Rundskriv fra Justis- og politidepartementet. Regler om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)
R nr. 3/1999	Rundskriv fra Riksadvokaten, Del II- nr.3/1999, Etterforskning
R nr.2/2015	Rundskriv fra Riksadvokaten. Ny straffelov.
R nr. 3/2016	Rundskriv fra Riksadvokaten, Henleggelse på grunn av manglende saksbehandlingskapasitet mv.
R nr. 1/2017	Rundskriv fra Riksadvokaten, Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2017 – Politiet og statsadvokatene
R nr.1/2019	Rundskriv fra Riksadvokaten. Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2019 – Politiet og statsadvokatene
RA-2018-3	Riksadvokatens rundskriv. Kvalitetskrav til straffesaksbehandlingen i politiet og ved statsadvokatembetene mv. (kvalitetsrundskrivet)

Andre offentlige dokumenter

- SOMB – 1995-44 Årsmelding for 1995 fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen)
- Myhrer Myhrer, Tor-Geir. «Etterforskningsbegrepet», Tidsskrift for strafferett, Gyldendal Akademisk 2001
- Myhrer, Tor-Geir. Påtalemyndighetens praksis som rettskilde. Tidsskrift for rettsvitenskap 2003 (TFR- 2003- 219) Universitetsforlaget
- Rui Rui, Jon Petter, Straffeprosessen i perspektiv, *Jussens venner*, 2014

Juridisk litteratur

- Fredriksen Fredriksen, Steinar, *Innføring i straffeprosess*, 2.utgave (Oslo, 2018)
- Frøseth Frøseth, Anne Marie, Linda Gröning og Rasmus H. Wandall, *Rettsfølelsen i strafferettssystemet*, Oslo 2016
- Kjelby Kjelby, Gert Johan. *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning. Den relative etterforsknings- og påtaleplikens rettslige rammer og rettslig utvikling i norsk straffeprosess.* (Bergen 2012)
- Kjelby, Gert Johan. *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning. Den relative etterforsknings- og påtaleplikens rettslige rammer og rettslig utvikling i norsk straffeprosess.* (Bergen 2013)
- Kjelby, Gert Johan. *Påtalerett.* (Oslo 2017)
- Kjelby, Gert Johan. 2019: *Påtalerett*, 2.utgave. (Oslo 2019)
- Hov Hov, Jo. 1998: *Henleggelse av straffesaker. Stat, politikk og folkestyret. Festskrift til Per Stavang på 70- årsdagen*, Alma Mater 1998

Hov, Jo, *Rettergang II*. Straffeprosess studentutgave. 2010
Papinian AS.

Øyen

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess* (Bergen 2016)

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2.opplag (Bergen 2017)

Aall

Aall, Jørgen. 2015: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4.utgave

Elektroniske dokumenter

<https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/strasak/2018/strasak-2018.pdf>
(sist sjekket 2.november 2019)

<https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2017/12/Høringsuttalelse-om-ny-straffeprosesslov.pdf> (sist sjekket 29.november 2019)

