

Inntrykk fra amerikansk strafferettspleie.¹⁾

Av professor, dr. jur. JOHS. ANDENÆS.

I.

Jeg hadde ifjor anledning til å tilbringe et semester som gjesteprofessor ved University of Pennsylvania i Philadelphia. Min hovedoppgave var å lede et kurs i »Comparative Criminal Law«, det vil si å prøve å gi de juridiske studenter et begrep om europeisk strafferett og straffeprosess, med særlig vekt på det som var forskjellig fra deres eget system. Et slikt sammenlignende rettsstudium var et valgfritt fag i gruppen »perspektivutvidende fag«, på linje med rettsfilosofi og folkerett. Min oppgave her i kveld blir den omvendte: Å forsøke å gi en forestilling om noen grunnleggende trekk ved amerikansk strafferettspleie, med særlig vekt på det som er forskjellig fra vårt eget system. Noen ekspert på amerikansk rett er jeg selvsagt ikke blitt i løpet av disse måneder. Mine inntrykk bygger dels på besøk i domstolene, men særlig på lesning og på diskusjon med amerikanske kolleger og studenter.

Det første som slår den fremmede som begynner et studium av amerikansk rett, er de dyptgripende virkninger av det *konstitusjonelle systemet*. U.S.A. består av 50 enkeltstater med hver sin selvstendige lovgivning, og det er store forskjeller mellom lovene fra stat til stat, både med hensyn til hva som er straffbart, hvilke straffer som idømmes, og prosessmåten. For bare å nevne noen eksempler: I ni stater er dødsstraffen avskaffet, i andre kan den brukes ikke bare for mord, men også for kidnapping, voldtekt og kvalifiserte former for ran og innbruddstyveri. I noen stater dominerer systemet med ubestemte straffedommer, i andre blir alltid en bestemt straff utmålt i dommen. Variasjonene i hva som er straffbart er særlig store på sedelighetsforbrytelsenes område. Seksuell omgang utenfor ekteskap er straffritt i noen stater, straffbart med opptil 3 års fengsel i andre. Homoseksuell omgang er straffritt iallfall i én stat (Illinois, ny straffelov 1961), men kan straffes med opptil livsvarig fengsel i andre stater. Også når det gjelder de generelle straffbarhetsbetingelsene er det variasjoner; det finnes således flere forskjellige prinsipper for avgrensningen av den strafferettslige tilregnelighet.

Ved siden av de 50 forskjellige enkeltstatenes strafferett, har vi den federale strafferett. Unionen har ingen generell lovgivningsmyndighet, lovgivningen er i prinsippet enkeltstatenes sak. Ved bedømmelsen av det amerikanske systemet må en alltid ha

¹⁾ Foredrag i Den Norske Kriminalistforening 12. mars 1964. Noen noter er føyd til senere.

for øye den historiske bakgrunn. De enkelte stater bestod før unionen, og da de sluttet seg sammen, var det sterk motstand mot å overlate til unionen mer myndighet enn den trengte for å utføre sine oppgaver. Utgangspunktet er at unionen bare har den myndighet som uttrykkelig er tillagt den ved konstitusjonens oppregning av dens funksjoner. Noen av de viktigste bestemmelser gjelder unionens myndighet til å regulere handel mellom statene («the commerce clause») og til å pålegge skatter. Strid om tolkningen av disse bestemmelser har vært et gjennomgangstema i amerikansk konstitusjonell historie. Utviklingen har imidlertid gått i retning av en rommeligere tolkning, og det er i tidens løp vokst opp også en federal straffelovgivning av betydelig omfang. Tyveri, ran eller bedrageri er i seg selv ikke federale forbrytelser, men bare straffbare etter lovgivningen i enkeltstatene. Men transport av tyvegods fra en stat til en annen, ran av banker som har federal konsesjon, bedrageri ved hjelp av det federale postvesen, er alt sammen federale forbrytelser. Myndigheten til å pålegge skatter er blitt brukt til å utbygge strafferettslige kontrollordninger med hensyn til narkotika, alkohol og spill. Det finnes også særlige bestemmelser om drap og vold overfor unionens tjenestemenn. Oppregningen begynner med dommere og statsadvokater og har bl. a. med alle postbud og toldfunksjonærer men ikke president og senatorer, noe som ble atskillig diskutert i forbindelse med drapet på president Kennedy.

Denne dualismen mellom enkeltstatene og unionen gjelder ikke bare lovgivningen, men også de rettshåndhevende organer. Unionens og enkeltstatenes rettsvesen er helt atskilt. Det gjelder både politi, påtalemyndighet og domstoler. Det ene systemet håndhever statens egen rett, det annet den federale rett²⁾. Den federale høyesterett i Washington er således ikke, som man kanskje kunne tro, en generell appelldomstol for enkeltstatenes domstoler. Normalt er det høyesterett i den enkelte stat som er den øverste instans når det er spørsmål om statens egen lovgivning. En straffesak som er endelig avgjort ved statens egne domstoler, kan bare bringes inn for unionens høyesterett på det grunnlag at tiltaltes forfatningsmessige rettigheter er krenket.

Og dermed er vi over i et annet trekk ved det konstitusjonelle system, nemlig domstolenes rett til å prøve om lovgivningen og domstolenes og forvaltningens praksis tilfredsstiller forfatningens krav. Både unionens og enkeltstatenes forfatninger inneholder utførlige bestemmelser til vern for individenes frihet, likhet og rettssikkerhet, og især de federale domstolers kontroll

²⁾ Jeg tenker her på strafferettspleien. I sivile saker er kompetanse-reglene mer kompliserte, og enkeltstatenes og unionens domstoler har i atskillig utstrekning konkurrerende kompetanse. Se nærmere *Torstein Eckhoff*, *Rettsvesen og rettsvitenskap i U.S.A.* (1953), s. 68 flg.

med lovgivningen har hatt inngripende betydning. Unionens høyesterett i Washington har en maktstilling som neppe noen annen domstol i verden. Og den er ikke redd for å bruke denne makt. Vi taler nok også hos oss om domstolene som den tredje statsmakt, men vi tar det vel ikke helt på alvor. Med all respekt for domstolene og betydningen av en hederlig og uavhengig rettspleie, er det klart at de politiske organer — den lovgivende og utøvende makt — spiller en langt større rolle for utviklingen. I U.S.A. svarer betegnelsen av domstolene som den tredje statsmakt mer til realitetene. Det har været perioder da unionens høyesterett har vært en avgjørende hindring for reformer som de øvrige statsmyndigheter med folkets flertall i ryggen ønsket. Det er nok å minne om president Roosevelts kamp med høyesterett da domstolen underkjente flere av de viktigste lover i hans program til bekjempelse av depresjonen i 1930-årene. Det var den gang vanlig i mange kretser å tale med uvilje om »de ni gamle menn i Washington« som satt som en hindring for gjennomføringen av folkets vilje. I årene etter krigen har forholdet vært et helt annet, domstolen har nå vært en mektig reformativ kraft. Nye tolkinger av gamle grunnlovbestemmelser har krevd forandring av tilvante forhold og berørt millioner av mennesker. Det er nok å tenke på dommene som erklærte raseskille i skolene forfatningsstridig.

De forfatningsbestemmelsene det gjelder, finnes særlig i de forskjellige tillegg (amendments) til konstitusjonen. De ti første amendments ble vedtatt i 1791. De legger bånd på unionens myndigheter, men gjelder ikke for enkeltstatene. Det gjør derimot mange av de senere amendments. Særlig har det trettende, fjortende og femtende amendment betydning. De ble vedtatt etter borgerkrigen og hadde særlig brodd mot rasediskriminering i syd-statene, men stanser ikke med det.

Den bestemmelse som fremfor noen har fått betydning i rettspleien, er forbudet i det femte og fjortende amendment mot å berøve noen liv, frihet eller eiendom »without due process of law« (»uten tilbørlig fremferd etter lov og rett«). Denne generelt formede passus, som formodentlig i enhver europeisk stat ville blitt forstått som en velment, men nokså intetsigende formaning, har vært grunnlag for en streng kontroll fra den federale høyesterett med at rettspleien tilfredsstiller kravene til det som etter høyesteretts mening er forsvarlig rettergang. I straffeprosessen kan det visst trygt sies at den viktigste utvikling i de senere år ikke skyldes lovgivning, men nye avgjørelser av den federale høyesterett med hensyn til tolkingen av konstitusjonelle bestemmelser. I en amerikansk fremstilling av straffeprosessen i dag må konstitusjonelle spørsmål derfor nødvendigvis ta en fremtredende plass. Jeg skal nevne to slike spørsmål, hvor det er truffet viktige avgjørelser i de aller siste år, spørsmålet om til-

taltes rett til forsvarer og spørsmålet om avskjæring av bevis som er ervervet på ulovlig måte.

Retten til forsvarer i federale straffesaker er uttrykkelig fastslått i konstitusjonen i det sjette amendment, og bestemmelsen er tolket slik at det offentlige må sørge for å skaffe forsvarer, med mindre den tiltalte uttrykkelig frafaller kravet. For enkeltstatenes vedkommende har konstitusjonen ingen slik bestemmelse, og i mange stater har regelen vært at forsvarer for en uformuende tiltalt bare blir oppnevnt i særlig alvorlige saker. Spørsmålet er imidlertid blitt reist om dette er i overensstemmelse med kravet om »due process». I 1942 hadde den federale høyesterett oppe en sak mot en mann som i Maryland var blitt tiltalt og dømt for ran, og som hadde fått avslag på sin begjæring om offentlig forsvarer. Høyesterett avgjorde den gang at oppnevning av forsvarer ikke er en slik fundamental rett at den er nødvendig for en forsvarlig rettergang. I 1963 kom spørsmålet opp på ny, denne gang etter anke fra en mann som i Florida var blitt tiltalt og dømt for innbrudd til 5 års fengsel. Høyesterett tok denne gang enstemmig avstand fra sin tidligere avgjørelse, og opphevet domfellelsen³⁾. Domstolen fant nå at i den form for partsprosess (adversary system) som amerikansk strafferettspleie bygget på, kunne en tiltalt som er for fattig til å engasjere forsvarer ikke få en forsvarlig rettergang (»fair trial») med mindre det ble sørget for forsvarer for ham. Det edle ideal om alles likhet for loven kunne etter rettens mening ikke bli realisert hvis den fattige tiltalte måtte stå overfor anklageren uten en forsvarer til å hjelpe seg. For å gjøre historien fullstendig kan jeg nevne at påtalemyndigheten brakte saken inn for retten på ny, og at tiltalte, som denne gang naturligvis hadde forsvarer, nå ble frifunnet.

Spørsmålet om avskjæring av bevis ervervet på ulovlig måte fikk en prinsipiell avgjørelse i den berømte Mapp dom i 1961⁴⁾. Politiet i Ohio hadde med makt trengt seg inn i en privat leilighet uten noen beslutning av retten, og hadde beslaglagt pornografiske bøker og bilder. Innehaveren av leiligheten, miss Mapp, ble tiltalt og dømt for å ha hatt disse bøker og bilder i sin besittelse og kontroll, et forhold som var straffbart etter Ohios lov, og det beslaglagte materiale ble lagt frem i retten som bevis. Dommen ble brakt inn for unionens høyesterett med påstand om at den skulle kjennes ugyldig fordi den var bygget på bevis som var skaffet på ulovlig måte. Hvis det hadde vært en *federal* straffesak, ville saken ha vært klar nok. Konstitusjonens fjerde amendment forbyr nemlig »urimelig ransaking og beslagleggelse» (unreasonable search and seizures), og helt siden en dom

³⁾ Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

⁴⁾ Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

av 1914⁵⁾ har det vært fastslått som en konsekvens av denne bestemmelse at bevis som er skaffet ved en ulovlig ransaking eller beslagleggelse ikke kan brukes som grunnlag for en domfellelse. Det fjerde amendment gjelder imidlertid bare for forbundsstatens myndigheter, ikke for enkeltstatene, og omtrent halvparten av statene — derblant Ohio — har ikke anerkjent noen tilsvarende regel om avskjæring av ulovlig bevis. Nå var spørsmålet om bestemmelsen om »due process of law« i fjortende amendment, som gjelder for enkeltstatene, måtte føre til å avskjære beviset selv om det var tillatt etter lovgivningen i vedkommende stat. I en dom fra 1949 hadde Høyesterett svart nei på spørsmålet⁶⁾. I Mapp-dommen fra 1961 kom retten — under dissens — til det motsatte resultat. Det ble nå sagt med bred penn at alle bevis oppnådd ved urimelig ransaking og beslagleggelse er forbudt også i enkeltstatenes domstoler.

Regelen om utelukkelse av ulovlig bevis går for øvrig langt videre enn til beslaglagte ting. Vitner som er oppdaget ved en ulovlig ransaking kan ikke brukes i retten. Heller ikke tilståelser som en person kommer med når han blir overrumplet ved en ulovlig arrest.⁷⁾ At avpressede tilståelser ikke kan brukes, er et prinsipp som har vært fastslått lenge, og det er en tydelig tendens til å utvide rekkevidden av regelen ved å stille strengere krav til frivillighet. Hvis en person er forhørt av politiet i dagvis uten å bli brakt for retten som han har krav på, vil tilståelser som han har avgitt gjerne bli avvist som ufrivillige, selv om det ikke foreligger noen brutalitet, trusler, løfter eller spesielt utmattende forhør fra politiet.⁸⁾

Jeg har nevnt disse spørsmålene så utførlig for å vise systemet i prøvesesretten, og for å vise hvor dristig den federale høyesterett griper inn i spørsmål av lovgivningspolitisk karakter, også når det er nødvendig å fravike domstolens egne tidligere avgjørelser.

Forfatningens bestemmelser griper inn også i den materielle strafferett. Prinsippet om »due process« opfattes ikke bare som et krav om forsvarlig rettergang, men også som et krav om at straffebestemmelsene skal tilfredsstillende visse krav til form og innhold. For å nevne et eksempel: Den føderale høyesterett har utformet et prinsipp om at straffebestemmelser er ugyldige hvis de er så uklare eller utflytende at de ikke gir lovovretter og domstolen tilstrekkelig veiledning om hvor grensen for det straffbare går. Altså ikke bare slik at domstolen i tvilstilfelle holder seg til den mildere tolking, nei, hele be-

⁵⁾ Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

⁶⁾ Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949).

⁷⁾ Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).

⁸⁾ Se den utførlige drøftelse i Culombe v. Connecticut, 367 U.S. 568 (1961).

stemmelsen blir erklært for ugyldig. Det er den såkaldte »void - for - vagueness doctrine«, som bl. a. har vært brukt til å erklære ugyldig visse lovbestemmelser rettet mot »crime and sex« magasiner.⁹⁾

På den annen side har amerikansk rett like lite som engelsk rett vårt grunnlovfestede prinsipp om at straff bare kan ilegges med hjemmel i skreven lov. I de angelsaksiske land betyr prinsippet »nulla poena sine lege« bare at det må foreligge en *rettsregel* som gir hjemmel for straffen; det er likegyldig om den bygger på lov eller på prejudikat. Riktignok er strafferetten stort sett blitt lovfestet, men flertallet av stater har ved siden av de lovbestemte forbrytelser (»statutory crimes«) beholdt de såkalte »common law crimes«, det vil si forbrytelser som er definert og avgrenset ved gammel rettspraksis.¹⁰⁾ Og en del av disse domstolsskapte forbrytelser har en så vag avgrensning at domstolene til en viss grad har i behold sin tidligere myndighet til å trekke nye forhold inn under området for det straffbare. Særlig gjelder dette for den kategori som heter »public mischief« — det kan visst nærmest oversettes med »krenkelse av almene interesser«. En generell regel som går ut på at domstolene har adgang til å illegge straff for krenkelse av offentlige interesser, gir dem mulighet for å ramme forhold som de synes fortjener straff, selv om de ikke er forbudt ved lov. I en kjent engelsk dom for en del år tilbake blev det antatt at en anmeldelse til politiet av en fingert forbrytelse kunne rammes som »public mischief«, selv om det ikke fantes noe prejudikat om akkurat et slikt forhold.¹¹⁾ Lignende anvendelse av public mischief doktrinen forekommer i amerikansk rett.

Dette at domstolene stiller seg kritisk overfor lovgivningsmaktens frembringelser, og på den annen side betrakter seg selv kompetente til å skape nye rettsregler også på strafferettens område, sier noe vesentlig om synet på forholdet mellom lovgiv-

⁹⁾ *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948). Det gjaldt her en bestemmelse som bl. a. satte straff for distribusjon av magasiner og andre trykksaker som vesentlig bestod av »stories of deeds of bloodshed, lust or crime«. Court of Appeals i New York tolket bestemmelsen slik at den bare rammet trykksaker med slik opphopning av bloddryppende historier at det var egnet til å fremkalle voldsforbrytelser. Men den federale høyesterett fant at selv med denne begrensning var bestemmelsen for uklar til å opprettholdes. »It does not seem to us that an honest distributor of publications could know when he might be held to have ignored such a prohibition«. Hele spørsmålet er utførlig behandlet i en artikkel »The void - for - vagueness doctrine in the Supreme Court«, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 109 s. 67-116.

¹⁰⁾ Se en note »Common law crimes in the United States«, 47 Columbia Law Review 1332 (1947).

¹¹⁾ *R. v. Manley*, (1933) 1 K.B. 529.

ning og domstoler i de angelsaksiske land. Men det skal tilføyes at en slik rettsskapende virksomhet fra domstolenes side er noe som bare forekommer unntaksvis, og at den i de senere år er blitt kraftig kritisert både i England og i U.S.A.¹²⁾

II.

Etter denne innledning om konstitusjonelle forhold skal jeg først peke på noen karakteristiske trekk ved den materielle strafferett.

En vesentlig forskjell i forhold til norsk rett ligger i at amerikansk strafferett er mindre innrettet på lovovertrедerens subjektive forhold. Hovedregelen er riktignok at straff forutsetter forsett, men forsettet behøver ikke slik som hos oss dekke alle ledd av gjerningsinnholdet. Dersom tiltalte har drept en annen under forøvelsen av en forsettlig forbrytelse, kan han således straffes for mord selv om døden ikke var fremkaldt forsettlig (den såkalte *felony-murder doctrine*). En villfarelse vil som regel bare utelukke straff dersom den er rimelig eller forsvarlig (reasonable). — Innenfor den sosiale og økonomiske reguleringslovgivning (social welfare offenses) gjelder i stor utstrekning et rent objektivt straffansvar. Selger et selskap f. eks. forfalskede varer, blir presidenten for selskapet holdt ansvarlig uten hensyn til om det er noe å legge ham til last¹³⁾, og det er vel å merke ikke bare et bøteansvar det kan være tale om. — Rettsvillfarelse kan i alminnelighet ikke føre til straffrihet, selv om den er unnskyldelig. — Også reglerne om utilregnelighet er i de fleste stater snevrere enn våre, og mange steder har tiltalte bevisbyrden for utilregnelighet.

Med hensyn til *reaksjonene* kan man generelt si at de er meget strengere enn hos oss. En handling som hos oss ville blitt avgjort med noen måneders fengsel, koster der kanskje like mange år. Et pussig symptom på dette var at når jeg diskuterte straffutmåling med studentene, talte de alltid om straffen i år. En straff utmålt i måneder eller dager lot til å være en fremmed tanke for dem. Til en viss grad er den strengheten som dommene gir uttrykk for, riktignok fiktiv på grunn av de meget liberale regler om løslatelse. I det federale systemet er det adgang til løslatelse etter en tredjedel av straffetiden, i enkelte stater kan man gå helt ned til fjerdedelen. Men selv om man ser på de avsonte straffer i stedet for de idømte, er systemet utvivlsomt meget strengere enn hos oss. For alle fanger som ble løslatt fra statsfengsler i 1956 var den midlere soningstid ett år og ni

¹²⁾ Se f. eks. *Glanville Williams, Criminal Law*, 2nd ed. 1961, s. 596 flg.

¹³⁾ Se f. eks. *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).

måneder, det vil si halvparten sonde mer og halvparten mindre enn dette.¹⁴⁾

Et annet trek ved straffutmålingen er de store variasjoner, ikke bare fra stat til stat, men også fra dommer til dommer. Det henger sammen med at det ikke blir gitt noen begrunnelse for straffutmålingen, og at det praktisk talt ikke er adgang til å anke over den. Følgen er at hver enkelt dommer kan sitte og utmåle straff etter sine egne begreper uten noen form for korrektiv. I et foredrag om straffutmåling som jeg i sin tid holdt i denne forening, uttalte jeg: »Det ville føre til uholdbare tilstander om én dommer satt og utmålte straff etter almenpreventive synspunkter, en annen etter individualpreventive og en tredje etter rene skyldsynspunkter«. ¹⁵⁾ I Amerika oppdaget jeg at akkurat dette var tilfellet. Enkelte dommer er etter våre begreper fantastiske. Det henger forresten delvis sammen med at man ikke har noe rasjonelt system for utmålingen av straff i konkurransetilfelle. Hovedregelen er at det utmåles en særskilt straff for hver forbrytelse, men så kan dommeren bestemme om disse straffene skal løpe samtidig eller etter hverandre. I siste tilfelle kan man komme opp i formidable straffer. Jeg husker et tilfelle hvor den domfelte ifølge dommen hadde 144 år å sone!

Til bruk for studentene i mitt kurs fikk jeg oversatt et utvalg av norske høyesterettsdommer i straffutmålingssaker. Både den utførlige argumentasjon i dommene og selve utmålingen av straffene vakte stor interesse, både hos studentene og hos dem av mine kolleger som fikk lese materialet. En av universitetets strafferettsprofessorer kommenterte dommene med følgende ord: »You are so civilized!« Studentene festet seg først og fremst ved mildheten i norsk straffutmålingspraksis. En del tok det som utslag av opplyst humanitet, andre ristet på hodet over at noen kunne tenke seg å oprettholde lovlydighet med så latterlig milde dommer. Jeg må tilføye at det var én gruppe av dommene som både studentene og professorene steilet over, og det var promillesakene. Fængselsstraff for en ubetydelig flytning av en bil under en ubetydelig påvirkning av alkohol, fant de ubegripelig, især i et samfunn som ellers venter så lenge med å slippe en lovovertreder inn i fængslet. La meg som en digresjon nevne at det blant min omgangskrets der borte ikke var noen som falt på den tanke å la bilen stå selv om de kom fra en bedre middag hvor det var nydt diverse cocktails før maten og et par pjolttere etterpå. Et slikt komparativt studium bekrefter for så vidt det som vi i grunnen visste fra før, at våre promillebestemmelser har en betydelig virkning i retning av å avholde folk i visse so-

¹⁴⁾ James V. Bennett i *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 339 (1962) s. 145.

¹⁵⁾ Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1958 s. 171 (Også i *Avhandlingar og foredrag*, 1962, s. 134).

siale lag fra å kjøre bil i påvirket tilstand. Om de har en tilsvarende betydning i retning av å redusere antallet ulykker, er et annet og mer komplisert spørsmål.

Vår sondring mellom straff og forholdsregler som ikke er straff, slik som sikring, forvaring og tvangsarbeid, er ukjent i U.S.A. og virket kunstig på amerikanske jurister. Med de lange straffer som blir ilagt, er det heller ikke meget behov for andre foranstaltninger ved siden av straffen.

Spørsmålet om *ubestemte straffedommer* har til tider vært sterkt diskutert hos oss. Byrettsjustitiarius Nikolai Hoff har til og med skrevet en hel bok om spørsmålet.¹⁶⁾ Enkelte har ansett ubestemte straffedommer som en nødvendig konsekvens av det individualpreventive krav at straffen skal fastsettes ut fra hensynet til hvad som er nødvendig for å få lovovertrедeren på rett vei. Dette kan ikke avgjøres i forbindelse med straffesaken, men først på grunnlag av erfaringene under straffullbyrdelsen. I U.S.A. blir som nevnt ubestemte straffedommer brukt i betydelig utstrekning. Men ubestemtheten er alltid relativ, ikke absolutt, det vil si det er alltid et minimum eller et maksimum eller begge deler, fastsatt enten i loven selv eller i den enkelte dom. Med så vidtgående regler om prøveløslatelse som man har i U.S.A., blir for øvrig spørsmålet om bestemt eller ubestemt straff av nokså formell art. Om den tiltalte blir dømt til en ubestemt straff av 5—15 års fengsel, eller til en straff av 15 års fengsel med adgang til prøveløslatelse etter soning av en tredjedel, er jo temmelig likegyldig. Administrasjonens frihet til å velge det hensiktsmessige tidspunkt for løslatelse er nøyaktig den samme i de to tilfelle.

Hos oss er det en av de viktigste innvendinger mot ubestemte straffedommer at de fører til forskjellig straff for samme slags forbrytelse. I U.S.A., hvor det er så store variasjoner i domstolernes straffutmåling, har dette argument ikke særlig vekt. Man kan tvert om undertiden se den ubestemte dom forsvart ut fra et likhetshensyn, idet det blir hevdet at man har større garanti for en ensartet praksis ved en løslatelsesnevnd (Parole Board) for hele landet enn ved den straffutmåling som praktiseres av de forskjellige dommere. Systemet i California er særlig interessant i denne henseende. Der fastsetter domstolen aldri lengden av en fengselsstraff; fastsettelsen innenfor lovens grenser er overlatt til en egen nevnd («Adult Authority»), som foretar fastsettelsen etter at den domfelte har sont en tid, minst 3 måneder. Når nevnden har møte, behandler den gjerne mange saker om samme slags forbrytelse. Professor Sellin forteller¹⁷⁾ at i et møte han overvar, fastsatte nevnden straffen for ni tilfelle av doku-

¹⁶⁾ Nikolai Hoff, *Ubestemte dommer* (Oslo 1932).

¹⁷⁾ I et utrykt memorandum utarbeidet for The American Law Institute.

mentfalsk og ti tilfelle av innbruddstyveri. Denne praksis, sier han, styrker åpenbart tendensen i retning av ensartede straffer for lovovertrедere som er dømt for samme type forbrytelse. I virkeligheten, sier han, var det opprinnelige formål med Californias lov om ubestemte straffedommer mindre å tillate en individualisering av behandlingen enn å skape større likhet i straffene, som under det gamle system ble ilagt av dommere som hver brukte sin egen målestokk, slik at fanger kom fra forskjellige domstoler med dommer av undertiden meget forskjellig lengde for samme forbrytelse. Dette er, synes jeg, et illustrerende eksempel på at et rettsinstitutt aldri kan bedømmes isolert, men bare i sammenheng med hele systemet.

III.

Går vi så over til straffeprosessen, kan man i all alminnelighet si at den følger samme mønster som den engelske straffeprosess, men med enkelte avvikelser. Jeg må her holde meg til behandlingsmåten for de alvorlige forbrytelser. Disse sakene skal alltid behandles med jury, med mindre den tiltalte gir avkall på retten til jurybehandling. I så fald blir saken pådømt av en eller flere fagdommere. Ved siden av den vanlige jury, som svarer til vår lagrette, har man i U.S.A. beholdt anklagejuryen (Grand Jury), som ble afskaffet i England i 1933. I federale saker er anklagejuryen grunnlovfestet ved det femte amendement. Påtalemyndigheten kan ikke reise tiltale på egen hånd, men må forelegge sine bevis for en anklagejury, som avgjør om tiltale skal reises. I enkeltstatene er anklagejuryens medvirkning som regel begrenset til de alvorlige saker; mange steder har anklageren også valget mellom å reise tiltale på egen hånd eller å forelegge saken for anklagejuryen. Det er ikke en skriftlig foreleggelse som skjer, påtalemyndigheten avhører sine vitner og legger frem sine øvrige bevis direkte for anklagejuryen, men dette skjer i lukket møte uten deltakelse av siktede eller forsvarer. Tallet av medlemmer i en anklagejury varierer mellom 6 og 23, og det kreves ikke enstemmighet slik som for juryens kjennelse under hovedforhandlingen. Etter våre begreper virker anklagejuryen som en levning fra fortiden, men under det amerikanske system med politisk valgte anklagere kan den ha den funksjon å virke som en beskyttelse for anklageren mot kritikk for hans avgjørelser.

Et annet særtrekk ved det amerikanske system er det som kalles »voir dire examination«, prøvelsen av de enkelte jury-medlemmers ugildhet. For å bringe på det rene om juryens medlemmer kommer med et åpent sinn, fri for fordommer og forutfattede meninger, og villige til å treffe sin avgjørelse utelukkende på grunnlag av det som kommer frem under rettsforhandlingene,

blir de utsatt for ofte langvarige forhør fra aktor og forsvarer. Et ekstremt eksempel har vi nettopp hatt i saken i Dallas mot Jack Ruby, nattklubbeieren som drepte president Kennedys mor-der. Det tok her nesten to uker å få juryen sammensatt. Selv om eksaminasjonen ikke avslører noen ugildhetsgrunn hos vedkommende jurymedlem, gir den naturligvis ofte partene et bedre grunnlag for utøvelse av utskytningsretten enn de ellers ville ha.

Det som foregår under hovedforhandlingen, er det forholdsvis lett å få innblikk i. Det som skjer før man kommer så langt, er ikke mindre viktig, men er meget vanskeligere å komme til bunns i for en utenforstående.

Spørsmålet om politiets metoder under avhør og etterforskning er et alltid aktuelt stridsspørsmål. I Amerika som i England har frykten for politistaten gjort seg gjeldende og ført til nokså restriktive regler om politiets rettigheter, men det er ingen hemmelighet at disse regler i stor utstrekning blir overtrådt. Politiet gir ofte uttrykk for bitterhet over at lovgivning og rettspraksis trekker alt for snevre grenser, f. eks. om politiets rett til å pågripe og eksaminere mistenkte personer. Domstolene på sin side er mistenksomme overfor politiet og betrakter seg som beskytter av individet, ikke minst gjelder det den federale høyesterett. Reglene om utelukkelse av bevis som er skaffet tilveie på ulovlig måte blir således begrunnet med at man må ta fra politiet motivet til å bruke ulovlige metoder. Enkelte straffettsprofessorer gir politiet medhold i dets klager, f. eks. professor Inbau ved Northwestern University, som selv har vært leder for Chicagopolitiets vitenskapelige laboratorium og har skrevet en bok om etterforskning.¹⁸⁾ Men flertallet sympatiserer nok med domstolenes bestrebelser for å disiplinere politiet.

Forberedelsen av saken er ikke preget av den samme åpenhet som hos os. Vi tar det som en selvfølgelig ting at begge parter må opplyse på forhånd hvilke vitner og andre bevis som vil bli påberopt, og at siktede og hans forsvarer har adgang til å gjennomgå sakens dokumenter før hovedforhandlingen, ikke bare de rettslige avhør, men også politirapportene. I amerikansk prosess er dette helt annerledes. Den tiltalte eller hans forsvarer har ikke krav på å få se politirapporter eller referat av de vitneavhøringer som har funnet sted for anklagejuryen; noen stater, men slett ikke alle, krever at påtalemyndigheten skal oppgi på forhånd hvilke vitner som vil bli ført. Ikke engang den tiltaltes tidligere tilståelser eller forklaringer for politiet har forsvaret krav på å få se på forhånd, men det er nok en utvikling i gang i retning av å forlange større åpenhet fra påtalemyndighetens

¹⁸⁾ *Fred. E. Inbau og John E. Reid, Criminal interrogation and confessions, 1962.*

side under forberedelsen, og domstolene har en viss diskresjonær adgang til å pålegge påtalemyndigheten opplysningsplikt overfor forsvaret.¹⁹⁾ Det sier kanskje noe om de vanskeligheter strafferechtspleien i U.S.A. har å gjøre med at en av de viktigste innvendingene mot å pålegge påtalemyndigheten å opplyse om sine vitner på forhånd, er at vitnene da kan bli utsatt for trusler eller bestikkelsesforsøk, eller til og med drap, især når man har med organisert kriminalitet å gjøre. Forsvaret på sin side står helt fritt til å komme med overraskelser, både med hensyn til saksfremstilling og bevis. Det eneste unntak er at flere og flere stater krever av den tiltalte at han skal si fra på forhånd hvis han vil påberope seg alibi eller sinnssykdom.

Det har vel sammenheng med disse regler når forsvareren i U.S.A. (og i England) synes å utfolde en langt større aktivitet på egen hånd for å finne frem til bevis enn vi er vant til. Jeg har det inntrykk at norske forsvarere stort sett regner etterforskningen for politiets sak, og betrakter som sin hovedoppgave å gjøre det best mulige ut av situasjonen slik som den foreligger opplyst ved etterforskningsdokumentene og den senere bevisførsel under hovedforhandlingen. Den amerikanske advokat utfører ofte en hel etterforskning på egen hånd, gjør jakt på vitner, oppsøker dem og samtaler med dem. Jeg skulle tro at en norsk forsvarer ville finne at meget av denne virksomhet ligger på grensen for det yrkesetisk forsvarlige eller helt utenfor den. På den annen side ville en amerikansk forsvarer formodentlig betrakte sin norske kollega som passiv og lite effektiv. Man får et sterkt inntrykk av den etterforskningsmessige side av forsvarsadvokatens virksomhet ikke bare i TV-saker og kriminalromaner, men også i litteratur av mer seriøs natur. Jeg spurte en av mine kolleger ved universitetet om dette inntrykk var realistisk, og fikk et bekreftende svar. Jeg nevnte at hos oss ville den normale fremgangsmåte for en forsvarer som fikk opplysning om et nytt vitne, være å be om å få det avhørt av politiet. Da lo han og sa at nei, hadde forsvareren funnet et godt vitne, ville han da ikke la politiet ødelegge det for ham! Dessuten er jo politirapportene ikke tilgjengelig for forsvaret.

Under forberedelsen av saken finner det ofte sted forhandlinger mellom påtalemyndighet og forsvarer om en reduksjon av tiltalen, f. eks. slik at påtalemyndigheten frafaller noen tiltaleposter, eller nøyer seg med å påstå tiltalte dømt for *manslaughter* i stedet for *murder*, mot at tiltalte erkjenner seg skyldig. Det rettslige grunnlag for en slik avtale er visst tvilsomt nok, men det er en praksis som har fordeler både for påtalemyndigheten,

¹⁹⁾ Plikten til åpenbaring av bevismaterialet (discovery) har vært meget diskutert i de siste år, se f. eks. utdrag og henvisninger til diskusjonen i *Paulsen and Kadish, Criminal Law and its Processes* (1962) s. 1078–1095.

tiltalte og domstolen. Når tiltalte erkjenner seg skyldig (pleads guilty), er det i alminnelighet ikke nødvendig med bevisførsel og prosedyre om skyldspørsmålet. Hvis retten antar at erkjennelsen er utslag av en fri og overveiet beslutning, blir den uten videre lagt til grunn. Man regner gjerne med at 90 % av sakene blir avgjort på denne måte. Dette er naturligvis en veldig lettelse både for påtalemyndighet og domstoler, ja man kan visst si at hele rettsapparatet ville bryte sammen hvis alle saker skulle behandles på samme omstendelige måte som når tiltalte nekter seg skyldig. Et særlig motiv til en overenskomst med tiltalte har naturligvis påtalemyndigheten hvis den ikke føler seg sikker på at beviset holder. Det hender også at lovens straffebestemmelser er så strenge at påtalemyndigheten finner at det er en fordel å få forholdet pådømt etter en mildere bestemmelse.

Vi kommer så frem til hovedforhandlingen. En norsk jurist, og kanskje enda mer en jurist fra et av de Mellom-europeiske land, som første gang opplever en engelsk eller amerikansk hovedforhandling uten å ha studert systemet på forhånd, vil få seg den ene overraskelse etter den annen, og det tar en tid før han i det hele får tak på hva som foregår. Men takket være film og TV er jo nå ifallfall de ytre trekk ved rettergangen kjent av de fleste.

En stor forskjell ligger i tiltaltes stilling. Vi er vant til at saken begynner med avhøring av tiltalte. Han kan velge å forholde seg taus, men i praksis skjer jo det forferdelig sjelden. Avhøringen av tiltalte er en sentral del av saken og legger grunnlaget for den følgende behandling. Den danske høyesterettsdommer, tidligere statsadvokat, Jørgen Trolle går så langt som til å si at tiltaltes egen forklaring som oftest er hovedbeviset, det som først og fremst, eventuelt ved uoverensstemmelse med vitnes forklaring eller ved mangel på indre sammenheng, feller ham hvis han dømmes.²⁰). I det engelsk-amerikanske systemet er det påtalemyndigheten som først må prestere sitt bevis. Når dette er gjort, vil forsvareren gjerne anmode om frifinnelse uten bevisførsel fra forsvarers side. Hvis dommeren finner at det ikke foreligger tilstrekkelig bevis til at noen forstandig jury kan domfelle, instruerer han juryen om å gi en frifinnende kjennelse. I motsatt fall går saken videre, og først nå behøver forsvarer ta standpunkt til om tiltalte skal gi forklaring, et spørsmål som ofte er gjenstand for kompliserte taktiske overveielser. Det forekommer meget oftere enn hos oss at tiltalte ikke gir forklaring, og bortsett fra et par stater er regelen at påtalemyndigheten ikke har rett til å kommentere denne taushet. Og dommeren vil i sin rettsbelæring fortelle juryen at den ikke kan trekke noen slutning om hans skyld fra tiltaltes taushet, siden det er påtale-

²⁰) Jørgen Trolle, Procedure i straffesager (1951) s. 34.

myndighetens sak å bevise at tiltalte er skyldig, ikke hans sak å vise at han er uskyldig.²¹⁾

Hvis den tiltalte gir forklaring, skjer det som vitne for forsvaret. Han blir tatt i ed som andre vitner, forhørt av forsvareren og krysseksaminert av aktor.²²⁾ I prinsippet kan han også dømmes for mened, og selv om dette sjelden skjer, blir ansvaret for mened undertiden brukt som en omvei til å få tiltalte dømt når ansvaret for den prinsipale forbrytelse av en eller annen grunn ikke kan gjøres gjeldende. Det mest berømte eksempel av denne art er saken mot Alger Hiss. Alger Hiss var en høy embetsmann i utenriksdepartementet som ble beskyldt for spionasje. Straffesak for spionasje ble imidlertid ikke reist før mer enn 10 år etter at spionasjen skulle ha funnet sted, og straffansvaret var dermed foreldet. I stedet ble Hiss tiltalt og dømt for mened fordi han overfor en anklagejury hadde nektet at han hadde gjort seg skyldig i spionasje. Her gjaldt det altså en falsk forklaring for anklagejuryen, i andre lignende tilfelle har domfellelse funnet sted på grunnlag av falsk forklaring fra tiltalte under hovedforhandlingen mot ham.²³⁾

Slik som reglene om saksforberedelsen er, blir det meget større plass for overraskelser under hovedforhandlingen enn hos oss. Dette bidrar naturligvis til å gjøre rettergangen mer spennende. Selve formen for eksaminasjon av vitnene (derunder altså tiltalte) med «spørsmål og svar»-metoden, og den skarpe sontring mellom hovedforhør og kryssforhør, bidrar også meget til den dramatiske spenning i en engelsk eller amerikansk rettssak. Tiden tillater meg ikke å gå nærmere inn på dette. Jeg bare minner om at det under krysseksaminasjonen ikke gjelder noe forbud mot ledende spørsmål. Disse betragtes tvert om som et verdifullt middel til å prøve vitnets troverdighet og holdbarheten av hans forklaring. Kryssforhørets kunst er høyt oppdrevet i de angelsaksiske land, og de fleste angelsaksiske jurister legger stor vekt på dets evne til å få sannheten frem. Den store prosessualist *Wigmore* sier et sted at det viktigste angelsaksiske bidrag til straffeprosessen ikke er jurysystemet, men krysseksaminasjonen. Men det finnes også en del kritiske røster som fremhever kryssforhørets evne til å forvirre og diskreditere også det ærlige vitne. Jeg nøyer meg med å sitere den kjente uttalelse av

²¹⁾ I England er regelen en annen. Mens påtalemyndigheten ikke kan kommentere tiltaltes nektelse av å gi forklaring, kan dommeren gjøre det ifølge en lov av 1898, og det skjer undertiden i særdeles utvetydige ordelag, se *Glanville Williams, The proof of guilt*, 3. ed., London 1963, s. 57 flg.

²²⁾ I England kan han velge den mellomvei å gi sin forklaring fra anklageboksen, uten edfestelse og uten adgang till krysseksaminasjon. Denne fremgangsmåte er ukjent i U.S.A.

²³⁾ Se *Herbert L. Packer i The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 339 (1962) s. 87–88.

den kjetterske dommer *Jerome Frank* som sammenligner det nåværende system med »å kaste pepper i øynene på kirurgen mens han utfører en operasjon«.²⁴⁾

Også de sakkyndige avhøres etter de vanlige vitneregler. Man har ikke vårt system med sakkyndige oppnevnt av retten, selv om dette forekommer enkelte steder i forbindelse med psykiatriske undersøkelser av tiltalte. Den alminnelige regel er at hver part må engasjere sine sakkyndige (expert witnesses), og at de fremstilles til eksaminasjon og krysseksaminasjon som vitner ellers. Dette har naturligvis lett for å føre til en »battle of experts«, ikke minst i rettspsykiatriske spørsmål. Det må også, så vidt jeg kan forstå, føre til et handicap for en uformuende tiltalt. Men amerikanske jurister er ikke uten videre villige til å anerkjenne at vårt system med oppnevnte sakkyndige er overlegent. De er redd for at de domstolsoppnevnte eksperter vil nyte for stor tillit hos domstolen, og at det vil være vanskelig å svekke denne gjennom krysseksaminasjon. Når jeg diskuterte disse spørsmål med amerikanske kolleger og studenter, måtte jeg gjerne peke på at regelen hos oss i Norge er at det skal være to offentlige sakkyndige, og at partene dessuten har adgang til å fremstille private sakkyndige som vitner, før de var villige til å akseptere at det hørtes betryggende ut.

Det som virker aller mest fremmed for oss under en amerikansk straffesak, er de kompliserte bevisreglene. Hos os er jo hovedregelen den enkle at partene har anledning til å føre de bevis de ønsker, og så blir det rettens sak til slutt å vurdere hvilken vekt de skal tillegges. Det engelske, og kanskje enda mer det amerikanske systemet er helt annerledes. Det grunnleggende synspunkt er at juryen må beskyttes mot bevis som er upålitelig og som den kan komme til å legge for stor vekt på. Vel kjent er regelen om at det under forhandlingen om skyldspørsmålet som regel ikke kan føres bevis for tidligere straffbare handlinger av tiltalte, heller ikke ved å eksaminere ham selv. Tanken er at juryen lett vil legge for stor vekt på et slikt bevis, og resonnerer som så at har han stjålet tidligere, er det nok han som har vært på ferde her også. En annen vel kjent regel er at »hearsay evidence«, det vil si vitnesbyrd om hva vitnet har hørt fra en annen, som regel er utelukket. Hvis et vitne har hørt en tredjemann fortelle at han så tiltalte begå forbrytelsen, kan dette ikke brukes som bevis. Begrunnelsen er ikke først og fremst, som man kunne tro, faren for forvanskning av uttalelsen på veien, men at hjemmelsmannen i dette tilfelle ikke kan bli tatt i ed og krysseksaminert, slik at påliteligheten av hans utsagn kan bli prøvet. Bevis for en tilståelse som tiltalte har gitt overfor politiet, er i og for seg hearsay, men siden den tiltalte her selv er til stede under hoved-

²⁴⁾ *Jerome Frank, Courts on trial* (1950), s. 85.

forhandlingen og kan angripe sannhetsverdien av tilståelsen om han ønsker, har man gjort et unntak fra hovedregelen.

Det foreligger en rik litteratur og rettspraksis om den nærmere avgrensning av disse og andre bevisregler. Bevislæren — »Evidence» — er et stort, selvstendig fag ved de amerikanske juridiske fakulteter. Den klassiske håndbok i emnet, *Wigmore's »On Evidence«* er et kjempeverk på ti digre bind. Det finnes nok enkelte som gjør seg den refleksjon, at hvis juryen er så vel skikket til å bedømme faktum som man gjerne går ut fra, er det nokså underlig at dens medlemmer samtidig skal behandles som barn som må beskyttes mot uheldige innflytelser. Av og til må reglene gjøre det særdeles vanskelig for juryen å bruke sin sunne menneskeforstand. Jeg husker en sak, hvor to menn var tiltalt for et ran som de hadde foretatt sammen og hvor de hadde skutt to personer. Den ene av dem hadde tilstått det hele for politiet, og spørsmålet var om denne tilståelsen kunne brukes som bevis under hovedforhandlingen. Dommeren kom til at den kunne brukes som bevis overfor ham selv, men ikke overfor den medtiltalte, og han presiserte overfor juryen at når den skulle avgjøre spørsmålet om den medtiltaltes skyld, måtte den se helt bort fra tilståelsen. En slik personlighetsspaltning kan det ikke være lett å foreta. Men stort sett er nok både jurysystemet og bevisreglene så grunnfestet at noen radikal forandring ikke kan ventes.

Så vidt jeg vet, er bevisreglene i U.S.A. ikke svært forskjellige fra de engelske, men man blir så meget oftere minnet om dem. I engelske retssaler er det etter min erfaring sjelden det blir fremsatt innsigelse i forbindelse med bevisførselen. I U.S.A. er dette derimot i høy grad dagligdags kost. I en straffesak jeg hørte på under mitt opphold i Philadelphia var det ikke et eneste vitne som ble hørt til ende uten at det ble innsigelse om tillatelsen av enkelte spørsmål eller svar. Dommeren treffer som regel sin avgjørelse momentant. Det hele foregår på den måte at den protesterende (aktor eller forsvarer), roper »Innsigelse» (»Objection») og dommeren svarer: »Innsigelsen godtatt» (»Objection sustained») eller »Innsigelsen forkastet» (»Objection overruled»). Men av og til blir det naturligvis diskusjon før dommeren treffer sin avgjørelse. For juryen må det ofte virke noe forvirrende. Når det så meget sjeldnere blir hørt innsigelser i engelske retssaler, kommer det formodentlig av at advokatene der er mer disiplinert så det sjeldnere er grunnlag for innsigelse, og at det regnes for dommerens plikt å gripe inn av eget tiltak når reglene blir overtrådt. I U.S.A. har man inntrykk av at advokatene mer handler etter prinsippet »går det så går det», og dessuten regner med at noen nytte kan det jo gjøre at juryen har hørt spørsmålet, selv om det blir avvist.

Det er visst et vanlig trekk hos jurister i alle land at de synes

best om sitt eget. Angelsaksiske jurister er stort sett meget stolte av sin prosess. De kan kritisere enkeltheter, men betrakter den som høyt hevet over den kontinentale prosess med hensyn til garantier mot en uberettiget domfellelse. At den kan føre til uberettigede frifinnelser, omtaler de med en viss stolthet som den pris som må betales for rettssikkerheten — en pris som andre land altså ikke er villige til å betale. Deres bedømmelse av fremmede systemer bygger som regel på et solid grunnlag av uvitenhet. Det er således en vanlig forestilling blant amerikanske jurister at den kontinentale prosess pålegger den tiltalte å bevise sin uskyld. Det henger kanskje sammen med det inntrykk som en engelsk eller amerikansk jurist får når han overværer en straffesak på kontinentet, og uten å forstå systemet opplever at saken begynner med at dommeren eksaminerer tiltalte. Det lille fåtall som er orientert om kontinental straffeprosess, er mindre sikre på sitt eget systems overlegenhet.

For mitt vedkommende må jeg si at jeg avgjort foretrekker vårt eget system. Det gjelder både strafferetten og processen. Det hindrer selvsagt ikke at det er enkeltheter man kan dra lærdom av. Og på ett punkt er det utvilsomt at den angelsaksiske straffeprosess har et fortrinn fremfor vår, nemlig når det gjelder dramatikk og spenning.

Johs Andenæs