

Norges nasjonale institusjon
for menneskerettigheter

**Høringsuttalelse til justis- og beredskapsdepartementet om NOU
2016: 24 *Ny straffeprosesslov***

Deres ref.: 16/7600 ES AIK/SRY

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
2	NOEN GENERELLE MERKNADER	2
2.1	De normative utgangspunktene for forslaget til ny straffeprosesslov	2
2.2	Lovutkastet og de underliggende utredningene	3
3	RETTFERDIG RETTERGANG	5
3.1	De menneskerettslige utgangspunktene	5
3.1.1	Grunnloven § 95	5
3.1.2	EMK art. 6	6
3.1.3	SP art. 14.....	7
3.2	Særlig om kontradiksjon	7
3.2.1	Opplesing av vitneforklaringer	7
3.2.2	Tilrettelagte avhør	10
3.2.3	Begrensninger i retten til dokumentinnsyn.....	12
3.3	Barns rett til forsvarer	17
3.4	Selvinkrimineringsvernet for upersonlige rettssubjekter	21
3.4.1	Innledning	21
3.4.2	Høyesteretts tolkning av EMK artikkel 6 nr. 1 og Grunnloven § 95 første ledd.....	22
3.4.3	Nærmere om selvinkrimineringsvernet for upersonlige rettssubjekter etter EMK artikkel 6 nr. 1.....	24
3.4.4	Oppsummering og anbefaling	28
3.5	Straffetilsagn	28
3.6	Provokasjon.....	32
4	TVANGSTILTAK	36
4.1	Frihetsberøvelse.....	36
4.1.1	Fremstilling for varetektsfengsling	36
4.1.2	Restriksjoner under varetekt	39
4.1.3	Rettsåndhevelsesarrest	41
4.1.4	Fengsling av barn	43

4.2	Virkemidler for hemmelig informasjonsinnhenting.....	45
4.2.1	Tvangstiltak for å avverge straffbare handlinger	45
4.2.2	Dataavlesing	47
5	JOURNALISTISK KILDEVERN OG INNSYNSRETT.....	52
5.1	Innledning.....	52
5.2	Allmenn innsynsrett	52
5.3	Kildevern	53
5.3.1	Menneskerettslige utgangspunkter	53
5.3.2	Vurdering av utvalgets forslag.....	55
5.4	Oppsummering og anbefalinger	57
6	PÅTALEMYNDIGHETENS UAVHENGIGHET	58
6.1	Utvalgets forslag.....	58
6.2	Normative standarder	58
6.3	Oppsummering og anbefaling.....	63

1 Innledning

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter («Nasjonal institusjon») har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig.¹ Vi skal blant annet gi råd til Stortinget, regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene. I dette ligger det særlig at Nasjonal institusjon skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene.²

Forslaget til ny straffeprosesslov reiser et mangfold av spørsmål, fra de mer overordnede og prinsipielle til de praktiske. Vårt høringsinnspill er begrenset til de menneskerettslige og konstitusjonelle temaene forslaget aktualiserer. Innenfor denne rammen har vi måttet foreta noen prioriteringer. I høringsuttalelsen har vi lagt hovedvekt på de av utvalgets forslag som angår grunnleggende krav til straffesaksbehandlingen, blant annet likebehandling og kontradiksjon, selvinkriminering og frihetsberøvelse. I tillegg har vi prioritert deler av forslaget som innebærer nyvinninger i forhold til gjeldende rett. Våre innspill er hovedsakelig rettslige vurderinger av utvalgets forslag med deravfølgende anbefalinger. For enkelte temaer har vi også forsøkt ytterligere å belyse de menneskerettslige problemstillinger utvalget reiser, til hjelp for departementets videre utredningsarbeid. I våre innspill er det gjennomgående lagt vekt på hensynet til effektiv gjennomføring og operasjonalisering av menneskerettslige standarder i straffeprosessen. For en oversikt over temaene vi behandler, viser vil til innholdsfortegnelsen ovenfor.

Fra et menneskerettslig perspektiv er vi generelt positive til utvalgets forslag. Utvalget har hatt et omfattende mandat og relativt kort tid til disposisjon. Dette synes å prege utredningen i noen grad, blant annet ved at enkelte temaer kunne fortjent en grundigere behandling. Vi mener derfor at departementet i sin videre oppfølging bør ha henblikk på å kartlegge ytterligere utredningsbehov. Helt overordnet vil vi også peke på behovet for en lovteknisk gjennomgang, særlig for å ivareta at et endelig forslag til lovtekst i større grad gjenspeiler menneskerettslige standarder og vurderingstemaer.

Nasjonal institusjon stiller seg til disposisjon for å gi departementet råd og veiledning om menneskerettslige spørsmål i det videre lovarbeidet.

¹ Lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter av 22. mai 2015 («NIM-loven») § 1, 2. ledd.

² NIM-loven § 3, 1 ledd, bokstav b; Innst. 216 L (2014-2015) s. 3.

2 Noen generelle merknader

2.1 De normative utgangspunktene for forslaget til ny straffeprosesslov

Det overordnede utgangspunktet for utformingen av ny straffeprosesslov er beskrevet slik i utredningen på s. 148:

Både overordnede rettsnormer og vår prosesstradisjon – slik den er kort beskrevet ovenfor gjennom sentrale straffeprosessuelle prinsipper – legger føringer for arbeidet med en ny straffeprosesslov, se punkt 5.2 og 5.3. De konstitusjonelle og folkerettslige skranker må respekteres fullt ut, mens de straffeprosessuelle prinsipper legger føringer på den måten at de utgjør et utgangspunkt for vurderingene. Også videreføring krever refleksjon, men argumentasjonsbyrden vil likevel ofte tilligge løsninger som innebærer endring i etablerte prinsipper.

Nasjonal institusjon er positive til utvalgets tilnærming, som også gjennomgående reflekteres i utredningens enkeltdeler. De menneskerettslige skrankene danner et ytre rammeverk for utformingen av straffeprosessen. Innenfor dette rammeverket er det vår prosesstradisjon og straffeprosessuelle prinsipper som er førende for ivaretagelsen av de kryssende hensynene prosessordningen skal ivareta. Idegrunnet bak de materielle menneskerettslige krav til en rettferdig rettergang i Grunnloven og internasjonale konvensjoner er i stor grad sammenfallende med idegrunnlagene bak prinsippene for vår straffeprosess. Innføringen av de *moderne* straffeprosessuelle prinsippene, slik vi kjenner dem i dag, går tilbake til straffeprosessloven av 1887, som ble utformet etter inspirasjon fra straffeprosessordningene i Italia, Østerrike, Danmark, Frankrike, England og Tyskland. Herfra stammer de gjeldende nasjonalrettslige forestillingene om anklageprinsippet, offentlighetsprinsippet, prinsippet om partslikhet, muntlighets- og umiddelbarhetsprinsippet, kontradiksjonsprinsippet, og prinsippet om lekmannsdeltakelse.³ Disse prinsippene er innrettet mot å ivareta det vi også i dag oppfatter som straffeprosessens hovedformål, og som ble artikulert slik allerede i 1889:⁴

Disse ledende prinsipper har loven gjennomført med al den konsekvens, som hensynet til den øverste grundsætning for al strafferetspleie tilsteder. Den øverste grundsætning er samfundets ret og pligt at straffe forbryderne og beskytte den uskyldige og til den ende at udforske den virkelige sandhed.

Disse grunntrekkene ble i hovedsak videreført i någjeldende straffeprosesslov av 1981, noe som blant annet illustreres av Straffeprosesslovkomiteens utredning, NUT 1969: 3. Straffeprosessloven av 1981 innebar likevel en ikke ubetydelig utvikling, særlig i retning av å styrke den straffeforfulgtes rettigheter. Etter inspirasjon fra dansk rett ble blant annet selvinkrimineringsvernet effektivisert ved at poli-

³ A. Qvam, *Den Norske Straffeprosesslov af 1ste juli 1887 med kommentarer*, Kristiania 1889, s.

⁴ A. Qvam, *Den Norske Straffeprosesslov af 1ste juli 1887 med kommentarer*, Kristiania 1889, s. 21.

tiet, og dommeren under hovedforhandling, ble pålagt å informere tiltalte om at han ikke hadde plikt til å forklare seg.⁵

Utredningen virker å representere en fortsettelse av norsk lovgivningstradisjon på straffeprosessområdet. Grunnideene er i hovedsak videreført, men med enkelte endringer, særlig foranlediget av den faktiske og rettslig utviklingen.⁶ Som rettspraksis og lovendringer i någjeldende straffeprosesslov reflekterer, har særlig den internasjonale rettsutviklingen hatt en betydelig innvirkning på straffeprosessen.

Sett i lys av det fremlagte forslaget til ny straffeprosesslov, mener Nasjonal institusjon at utvalgets normative tilnærming i hovedsak har vært vellykket. Forslaget innebærer samlet sett en styrket gjennomføring og operasjonalisering av menneskerettighetene i straffeprosessen. Samtidig ivaretas rettighetsperspektivet ytterligere gjennom en videreutvikling av prinsippene for vår nasjonale straffeprosesstradisjon. På de fleste områder oppfyller utredningen menneskerettslige krav med god margin. Utvalgets tilnærming reflekterer at menneskerettighetene i Grunnloven og internasjonale konvensjoner Norge er bundet av, er minstestandarder som setter de ytre begrensningene for hvordan straffeprosessen kan være. De er ikke nødvendigvis idealmålet for hvordan en human og rettssikker straffeprosess bør være. Nasjonal institusjon mener at dette er en hensiktsmessig tilnærming, også for det videre lovarbeidet.

2.2 Lovutkastet og de underliggende utredningene

Som overordnet betraktning vil vi bemerke at det synes å være en viss diskrepans mellom hvordan utvalgets utredning i de alminnelige motivene og i særmerknadene (del III og IV) er reflektert i forslagene til lovtekst i de enkelte bestemmelsene. Utredningene er på enkelte områder omfattende og svært løfterik, samtidig som det er vanskelig å se hvordan utvalgets intensjoner er reflektert i den foreslåtte lovteksten. Et eksempel på dette er utvalgets utredning av bruk av isolasjon i varetekt. Det menneskerettslige utgangspunktet for bruk av isolasjon kun skal skje helt unntaksvis, der det er strengt nødvendig og som en siste utvei. Utvalget gir i de alminnelige motivene uttrykk for en klar oppfatning om at bruken av isolasjon bør snevres inn og forbeholdes de virkelig alvorlige sakene. Det gis flere gode føringer for hvordan isolasjonsrestriksjoner skal vurderes. Samtidig gjenspeiles ikke dette i ordlyden i utkastet til lovbestemmelsen. Se nærmere om dette i punkt 4.1.2.

Et annet eksempel er utvalgets utredning av det journalistiske kildevernet. Også her fremgår det menneskerettslige utgangspunkt – «at kildevernet langt på vei er absolutt» - klart i motivene. Det gis videre flere gode vurderinger av hvor mye som kreves for å gjøre inngrep, og hvilke kriterier som skal

⁵ NUT 1969: 3, s. 106-107; straffeprosessloven §§ 90 og 232.

⁶ Sml. NUT 1969: 3, s. 72.

vektlegges. Hverken terskelen for inngrep, de relevante vurderingskriterier eller deres indre sammenheng kommer imidlertid tydelig frem i lovteksten, se punkt 5.

På andre områder er det foreslått lovtekst som i liten eller ingen grad er omhandlet i verken de alminnelige motivene eller i særmerknadene. Et eksempel på dette er § 15-11 om fengsling av mistenkte under 18 år. Utvalget mener på generelt grunnlag at det ikke er formålstjenlig med skjerpede reguleringer av forholdsmessighetskravet gjennom språklige forsterkninger. Samtidig ser utvalget at det i enkelte tilfeller er behov for en slik kvalifisering, men at disse bør «standardiseres» til to typer slike kvalifiserende vilkår. I § 15-11 er derfor vilkåret for fengsling av barn at dette bare kan skje «helt unntaksvis». Det er imidlertid ingen redegjørelse i de alminnelige motivene eller særmerknadene om hvordan dette nye fengslingsvilkåret skal forstås, om det er tilsiktet en realitetsendring i terskelen for å fengsle barn eller hvordan det forholder seg til de strenge vilkårene som kan utledes både av Grunnloven, barnekonvensjonen og EMK. Se nærmere om dette i punkt 4.1.4.

Vi har forståelse for at utvalget har hatt et omfattende mandat, og begrenset med tid til å gjennomføre dette på. Flere av de forslagene som fremmes kunne enkeltvis vært gjenstand for svært omfattende utredninger, som ikke lar seg forene med de tidsbegrensninger som lå i mandatet. Nasjonal institusjon mener likevel det er viktig at departementet er oppmerksom på de ovennevnte betraktningene i det videre lovarbeidet.

3 Rettferdig rettergang

3.1 De menneskerettslige utgangspunktene

Retten til en rettferdig rettergang er en av rettsstatens hjørnesteiner. Straffeprosessloven er statens viktigste virkemiddel for å sikre retten til rettferdig rettergang i straffesaker. I norsk rett følger retten til rettferdig rettergang av Grunnloven § 95 og menneskerettsloven § 2, jf. EMK art. 6 og SP art. 14.

Før vi kommenterer nærmere på enkelte av utvalgets forslag som særlig angår retten til rettferdig rettergang, vil vi i det følgende gjøre kort rede for de konstitusjonelle og menneskerettslige utgangspunktene.

3.1.1 Grunnloven § 95

I Grunnloven § 95 fremgår det at «Rettergangen skal være rettferdig (...)». Dette gjelder for straffesaker og sivile saker. Bestemmelsen ble innført ved grunnlovsrevisjonen i 2014, og er modellert etter EMK art. 6 og SP art. 14. De internasjonale forbildene, herunder praksis fra EMD og Menneskerettighetskomiteen, har stor betydning ved tolkningen.⁷

Prinsippet om rettferdig rettergang i Grunnloven § 95, inneholder blant annet følgende sentrale komponenter: **(I)** Retten til å la seg representere av advokat; **(II)** Retten til å bli kjent med anklagen mot seg; **(III)** Retten til tilstrekkelig tid for å forberede sitt forsvar; **(IV)** Retten til å føre og eksaminere vitner; **(V)** Retten til tolk; **(VI)** Retten til offentlig rettergang; **(VII)** Retten til begrunnelse for avgjørelsen; **(VIII)** Retten til anke; **(IX)** Retten til å få prøvd saken for en uavhengig domstol med habile dommere, og **(X)** retten til å få prøvd saken innen rimelig tid.⁸

I innstillingen fra kontroll- og konstitusjonskomiteen omtales retten til en rettferdig rettergang som et «prinsipp», som skal være en «overordnet rettslig skranke». Med henvisning til Lønning-utvalgets utredning vises det likevel til at *prinsippet* om rettferdig rettergang ikke er utformet «som en individuell rettighet eller plikt for staten.»⁹ Sett i sammenheng med de internasjonale forbildene, EMK art. 6 og SP art. 14, som gir en individuell rett til rettferdig rettergang og motsvarende plikter for staten, blir det noe uklart hva som ligger i komiteens uttalelse.¹⁰ Statusen til Grunnloven § 95 ble avklart av Høyesterett i Rt-2014-1292, hvor det i avsnitt 21 fremgår at retten til rettferdig rettergang er «en selvstendig rettsnorm» som må fastlegges i lys av tidligere rettspraksis, de internasjonale forbildene,

⁷ Rt-2014-1292, avsnitt 21.

⁸ Innst. 186 S (2013-2014) s. 23 og Dok. 16 (2011-2012) s. 118. Se også Bårdsen, Arnfinn *Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014*, Jussens Venner Vol. 52, 2017, s. 24-25.

⁹ Innst. 186 S (2013-2014) s. 24-25.

¹⁰ Uttalelsen står også i motsetning til det som ble forutsatt av Lønning-utvalget i Dok. 16 (2011-2012) på s. 122.

samt de tilhørende konvensjonsorganenes praksis og uttalelser. I dette ligger det at prinsippet om rettferdig rettergang i Grunnloven § 95 gir rettigheter for borgerne og plikter for staten.

For lovgiver angir Grunnloven § 95 enkelte konkrete minstekrav som må ivaretas ved reguleringen av straffesaksbehandlingen. I tillegg innebærer Grunnloven § 95 et krav om at lovgivningen sikrer en straffesaksbehandling som helhetlig sett er rettferdig. Konkret innebærer det at lovgiver må se hen til sammenhengen i de ulike delene av straffesaksbehandlingen, og den kumulative ivaretagelsen av grunnkravene til en rettferdig rettergang.¹¹

Retten til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95 må tolkes i lys av EMK art. 6 og SP art. 14, som vi omtaler generelt i det følgende.¹²

3.1.2 EMK art. 6

Minstekravene for straffesaksbehandling følger samlet av det generelle kravet om «fair and public hearing» i EMK art. 6 nr. 1, som utfylles av de særskilte kravene til straffesaksbehandling som følger av EMK art. 6, nr. 2 og 3. Hovedelementene i EMK art. 6 kan fordeles i kategoriene **(I)** retten til domstolsprøving; **(II)** institusjonelle krav til avgjørelsesorganet; **(III)** generelle prosessuelle krav, og **(IV)** spesifikke straffeprosessuelle krav. Innenfor disse hovedkategoriene følger det en rekke spesifikke krav til straffeprosessen, deriblant prinsippene om «equality of arms» og «adversarial proceedings», retten til et effektivt forsvar, prinsippene om muntlig høring og bevisumiddelbarhet, uskyldspresumsjonen, selvinkrimineringsvernet, mv.¹³ Vi kommer tilbake til hva som nærmere ligger i disse enkeltkomponentene i den utstrekning temaene vi behandler i høringssvaret tilsier det.

Som et generelt utgangspunkt kan det fremheves at vurderingen etter EMK art. 6 i stor grad knytter seg til rettergangen sett under ett. En side ved den samlede vurderingen er at flere svakheter ved rettergangen kumulativt kan medføre krenkelse av EMK art. 6, selv om de ikke gjør det enkeltvis. En annen side er at forhold ved prosessen som isolert sett ikke er i samsvar med art. 6 kan kompenseres, med den konsekvens at rettergangen likevel er i overensstemmelse med art. 6.¹⁴

Konsekvensen for det videre arbeidet med ny straffeprosesslov er at vurderinger med utgangspunkt i EMK art. 6 ikke alene kan innrettes mot enkeltbestemmelser eller helt avgrensede temaer i forslaget. Det må også vurderes hvordan de ulike leddene i straffeprosessen virker sammen, med henblikk på å ivareta at rettergangen helhetlig sett blir rettferdig.

¹¹ Se bl.a. HR-2016-1459-A, avsnitt 66.

¹² Rt-2014-1292, avsnitt 21, med videre henvisninger.

¹³ European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb) 2014.

¹⁴ William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – a commentary*, Oxford University Press 2015.

3.1.3 SP art. 14

Retten til rettfærdig rettergang er også beskyttet i SP art. 14, nr. 1, som oppstiller særlige krav til straffesaksbehandlingen i punkt 2-7. SP art. 14 overlappes for en stor del av EMK art. 6. Enkelte steder går imidlertid SP art. 14 lenger enn EMK art. 6. Et eksempel er retten til anke, jf. Rt-2008-1764 og Menneskerettighetskomiteens avgjørelse i den såkalte Restauratørsaken.¹⁵ For de nærmere kravene til straffesaksbehandlingen som følger av SP art. 14, viser vi til General Comment No. 32 fra 2007, (GC-2007-32-CCPR). Vi vil komme nærmere inn på SP art. 14 i den grad temaene vi behandler aktualiserer det.

3.2 Særlig om kontradiksjon

3.2.1 Opplesning av vitneforklaringer

I lovforslagets §§ 7-1 andre ledd og 10-9 fjerde ledd har utvalget gått inn for å styrke siktedes rett til kontradiksjon under rettergangen. Reglene gjelder blant annet adgangen til å lese opp forklaringer der vitnet ikke møter til hovedforhandling.

Etter gjeldende rett åpner straffeprosessloven § 297 for opplesning av et vitnes politiforklaring, dersom vitnet ikke er til stede, og «*muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift*». Bestemmelsen må leses i lys av EMK artikkel 6. En opplesning av en forklaring uten vitnet til stede vil som et utgangspunkt være i strid med tiltaltes rett til krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, jf. artikkel 6 nr. 1.

For tilfeller der vitnet ikke er tilstede i retten har det for opplesningsadgang tidligere normalt blitt krevd at forklaringen ikke må utgjøre det hovedsakelige beviset mot tiltalte. Et sentralt vurderings-tema for opplesning er om domfellelsen «*bare eller i avgjørende grad*» er basert på vitneforklaringer som gjengis, jf. straffeprosessloven § 297.¹⁶ I saken *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia fra 2011* har EMD åpnet opp for en mer nyansert tilnærming ved at det kan tenkes tilfeller hvor det likevel tillates opplesning av et vitnemål, selv om forklaringen utgjør det hovedsakelige beviset mot tiltalte.¹⁷ Som utvalget er inne på, er det et minstekrav for slik opplesning at det finnes tilstrekkelig med «*procedural safeguards*» i saken, og at rettergangen samlet sett fremstår som «*fair*».¹⁸ Som utvalget uttaler: «*jo viktigere vitnemålet er, desto sterkere må de øvrige prosessuelle garantier være for at forklaringen skal tillates ført.*»¹⁹ Slike garantier kan være at forklaringen gjengis ved avspilling av lyd-

¹⁵ CCPR/C/93/D/1542/2007.

¹⁶ Se blant annet Rt. 2010 s. 1414

¹⁷ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (26766/05)

¹⁸ S. 284. Se *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (26766/05) og *Schatschaschwili mot Tyskland* (9154/10).

¹⁹ S. 284

og bildeopptak eller gjennom dommerens rettsbelæring.²⁰ EMDs nyere praksis reflekteres også i Høyesteretts praksis.²¹

Ordningen utvalget legger opp til er ment å være gunstigere for tiltalte enn det praksis etter EMD krever: I begrunnelsen for lovforslaget uttales at de nye reglene, i motsetning til hva som kan utledes av EMDs praksis, ikke skal gi adgang til å gjengi en sentral forklaring i saken når det ikke på noe stadium er gitt tilfredsstillende adgang til å stille vitnet spørsmål.²² Som begrunnelse uttales blant annet følgende: «Dessuten vil en fast regel om bevisforbud ved kontradiksjonssvikt gi mindre risiko for brudd på EMK.»²³ Lovforslaget ser slik ut til å gå lengre enn det minimum EMK artikkel 6 krever på dette punktet.

Det kan være gode menneskerettslige grunner for å velge en løsning som den foreslåtte. Vurderingen etter EMK artikkel 6 knytter seg i stor grad til rettergangen sett under ett. Som nevnt innledningsvis under kapittel 3.3, innebærer dette for eksempel at flere svakheter ved rettergangen kumulativt kan medføre krenkelse av EMK art. 6.²⁴ I dette perspektivet vil en overoppfyllelse av konvensjonen på enkelte punkter, og særlig av minimumsrettighetene i artikkel 6 nr. 3, i praksis gjøre vårt straffeprosessuelle system mer robust til å sikre at rettergangen sett under ett er «fair».

Dette poenget illustreres i EMDs dom *Schatschaschwili mot Tyskland*.²⁵ I saken var en mann tiltalt for å ha ranet prostituerte ved flere anledninger i løpet av samme natt. To av de fornærmede avga rettslig avhør før hovedforhandlingen. Tiltalte fikk ikke anledning til å stille spørsmål til vitnene under det rettslige avhøret, og da vitnene ikke møtte til hovedforhandlingen hadde han heller ikke der mulighet til å konfrontere dem da forklaringene ble tillatt lest opp fordi vitnene ikke møtte.

Vitneavhørene ble sett på som «decisive» slik at forklaringene var det hovedsakelige bevis mot tiltalte, og det var i tillegg godtgjort at det var en god grunn til at vitnene ikke møtte til rettsaken.²⁶ Spørsmålet var da om det forelå tilstrekkelige «counterbalancing measures» i saken til at beviset kunne føres ved opplesning. EMD pekte på en rekke gode tiltak den nasjonale domstolen hadde gjennomført, blant annet at domstolen hadde vist at den var klar over svakhetene ved beviset idet

²⁰ Se s. 248-285

²¹ Se 2013 s. 1412, der denne dommen blir nevnt.

²² S. 287 andre spalte

²³ S. 286 andre spalte.

²⁴ William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – a commentary*, Oxford University Press 2015.

²⁵ *Schatschaschwili mot Germany* (9154/10). Saken er avsagt etter *Al-Khawaja og Tahery mot The United Kingdom*, i 2015, og er en klargjørende dom hva gjelder hvordan rettssetningene i *Al-Khawaja og Tahery mot The United Kingdom* skal forstås.

²⁶ Avsnitt 132-144

det ikke var blitt utsatt for krysseksaminasjon, og at det fantes andre bevis som kunne støtte opp om vitnenes forklaringer.²⁷

Samtidig ble ikke siktede varslet om og fikk heller ikke oppnevnt advokat i forbindelse med at disse vitnene ble avhørt av en «*investigation judge*» i etterforskningsfasen. Avhørsmetoden ble valgt fordi vitnene skulle tilbake til sitt respektive hjemland, og man måtte dermed sikre beviset. Under tysk lov hadde siktede mulighet til å delta i dette avhøret, men dette ble det ikke åpnet for av påtalemyndigheten. EMD pekte særlig på at «*By proceeding in that manner, they took the foreseeable risk, which subsequently materialized, that neither the accused nor his counsel would be able to question O. and P. [vitnene] at any stage of the proceedings*».²⁸

Etter en samlet vurdering av tiltakene for å vurdere om rettergangen i sin helhet var «*fair*», fant EMD at det forelå et brudd på artikkel 6 i saken.²⁹ Det ble særlig lagt vekt på siktedes manglende mulighet til krysseksaminasjon:

«In the Courts view, affording the defendant the opportunity to have a key prosecution witness questioned at least during the pre-trial stage and via his counsel constitutes an important procedural safeguard securing the accused's defense rights, the absence of which weighs heavily in the balance in the examination of the overall fairness of the proceedings under Article 6 §§ 1 and 3 d.»³⁰ (vår understrekning)

Saken viser hvor sammensatt vurderingen av om rettergangen har vært «*fair*» er, og den illustrerer også fordelene med å ha et straffeprosessuelt system der siktedes minimumsrettigheter sikres godt. Når EMD skal avgjøre om rettergangen som en helhet har vært «*fair*», vil det å ha regler som kun legger seg på et minimumsnivå av konvensjonens kjerneverdigheter, kunne øke risikoen for krenkelsers. Forslaget reduserer dermed risikoen for krenkelse av EMK art. 6 sammenlignet med dagens ordning.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon støtter utvalgets forslag til §§ 7-1, andre ledd, og 10-9, fjerde ledd.

²⁷ Avsnitt 145-160

²⁸ Avsnitt 160

²⁹ Avsnitt 161-165

³⁰ Avsnitt 162.

3.2.2 Tilrettelagte avhør

Utvalget har også foreslått å endre ordningen med tilrettelagte avhør, også her for å styrke siktedes rettigheter.

I 2015 ble den mistenktes rettigheter innskrenket ved tilrettelagte avhør, ved at mistenkte som hovedregel ikke skal varsles om avhør og dermed skal heller ikke forsvarer være tilstede under avhøret, jf. straffeprosessloven §§ 239 b og 239 d. Det kan i ettertid bes om supplerende avhør av vitnet, jf. straffeprosessloven § 239 c. Formålet med ordningen er, som det også var før 2015, at avhøret skal spilles av for retten under hovedforhandling, i den hensikt å skåne vitnet, som gjerne er et barn under 16 år eller andre som er i en særskilt sårbar posisjon, for den belastningen det er å vitne i retten.³¹

Utvalget foreslår at siktede som utgangspunkt *skal* varsles om tilrettelagte avhør, og at unntak fra dette må begrunnes i konkrete etterforskningshensyn. Det skal dermed også være adgang for forsvarer til å være til stede under avhøret, og på den måten kunne krysseksaminere vitnet ved første avhør, jf. lovforslagets §§ 3-7 annet ledd bokstav d, 7-1 andre ledd, 10-7 og 10-9 fjerde ledd. Utvalget påpeker at «*dagens ordning begrenser mistenktes rettigheter sterkt*», og begrunner blant annet forslaget med at det vil «*sikre overholdelse av våre folkerettslige forpliktelser på en bedre måte*». ³² Det vises også til at ordningen gir «*en for stor systematisk risiko for uriktige domfellelser – og det er naturlig nok ikke mulig å si noe sikkert om og i hvilken grad denne risikoen manifesterer seg. I denne sammenheng er det også grunn til å peke på at det vil være svært uheldig og belastende også for barnet og dets utvikling om en uskyldig omsorgsperson straffes. Det er i lys av dette ikke avgjørende hvorvidt om ordningen vil gå klar av de lempeligere kravene som følger av EMDs praksis om EMK artikkel 6, se punkt 13.5.2.2 til 13.5.2.4.*» ³³ Det synes altså som at også denne delen av lovforslaget etter utvalgets syn går lengre enn det EMK artikkel 6 krever av oss.

I Prop. 112 L (2014-2015) Endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner) gjennomgår departementet den nye avhørsmodellen i lys av EMDs praksis, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Der fremgår blant annet at departementet ikke ser det som et krav etter EMK at siktede skal måtte varsles før første avhør, og at det, under visse omstendigheter, vil være mulighet til å spille av videoavhør av vitnet selv om tiltalte ikke har hatt mulighet hverken på etterforskningsstadiet eller under hovedforhandling til krysseksaminasjon av vitnet.³⁴

³¹ I Prop 112 L (2014-2015) gir departementet en lengre redegjørelse for hvorfor dagens ordning er i tråd med EMK artikkel 6.

³² S. 288 andre spalte og s. 289 første spalte.

³³ S. 289 første spalte.

³⁴ Prop 112 L (2014-2015) s. 60 flg.

Nasjonal institusjon vil peke på at selv om det ovennevnte *kan* utledes av EMDs praksis, vil det i praksis kunne være slik at det er ved første avhør den siktede har en *effektiv* mulighet til å teste vitnets forklaring igjennom kryssseksaminasjon.³⁵ Det ikke å legge til rette for kryssseksaminasjon på et tidlig stadium i etterforskningsfasen vil i ytterste konsekvens kunne føre til en krenkelse av EMK artikkel 6. En slik konsekvens kan være vanskelig å forutse der og da, men bli tydelig i etterpåkløkskapens lys. Et eksempel er når vitnet ikke kan la seg avhøre på nytt, fordi det vil være for belastende for vedkommende å gjennomgå et nytt avhør.

Dette var situasjonen i *Rosin mot Estland* fra 2014, som departementet selv kommenterer.³⁶ En mann ble i saken domfelt for seksuell omgang med to gutter på 11 og 17 år. Domfellelsen bygget nesten utelukkende på forklaringen til 11-åringen, fordi 17-åringen på grunn av beruselse ikke husket selve overgrepet. 11-åringen ble avhørt av politiet, uten forsvarer tilstede, og videoopptak av avhøret ble spilt av under hovedforhandlingen. Gutten møtte under hovedforhandlingen, men slapp å forklare seg fordi sakkyndige mente det ville være for belastende for ham.

EMD kom til at det var et brudd på artikkel 6 idet den tiltalte ikke var blitt gitt mulighet til å stille spørsmål til gutten. Det ble konstatert brudd til tross for at den siktede, etter at gutten fikk forlate hovedforhandlingen, hadde godkjent at videoopptak av avhøret ble benyttet som bevis. I sin vurdering uttalte EMD blant annet følgende:

*«Although the Court has no doubt that the judicial authorities made a genuine attempt to secure the applicant's defense rights, it appears that at that stage of the proceedings it was already too late to remedy the investigating authorities' failure to give the applicant an opportunity to put questions to the presumed victim, which would have been possible at an earlier stage of the proceedings. The Court notes in this context that the present case did not concern an unknown perpetrator, as the applicant's identity as the suspect was known to the authorities from the outset of the proceedings.*³⁷ (vår understrekning)

Som saken viser, vil det bero på omstendighetene i den enkelte sak om en feil tidlig i prosessen kan la seg avhjelpe senere i prosessen; i én sak vil dagens ordning med tilrettelagte avhør stå seg mot EMK artikkel 6, mens i én annen sak vil den kunne være grunnlag for krenkelse av EMK artikkel 6. Også denne saken illustrerer fordelene med å ha et straffeprosessuelt system der siktedes minimumsrettigheter sikres godt.

³⁵ Nasjonal institusjon har ikke hatt kapasitet til å gå inn i Prop. 112 L (2014-2015) (Endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner) og de vurderinger som der gjøres vedrørende EMDs praksis på området.

³⁶ *Rosin mot Estland* (26540/08).

³⁷ Avsnitt 59

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon støtter utvalgets forslag til § 3-7, andre ledd, bokstav b, § 7-1, andre ledd, § 10-7 og § 10-9. fjerde ledd.

3.2.3 Begrensninger i retten til dokumentinnsyn

Etter EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 b har siktede som hovedregel rett til innsyn i alle relevante opplysninger og dokumenter i straffesaken mot ham, både på etterforskningsstadiet og etter at tiltale er tatt ut. Innsynsretten er en forutsetning for en rettferdig rettergang, idet den sikrer at prosessen blir kontradiktorisk og sikrer partslikhet.³⁸

I kapittel 12 foretar utvalget en helhetlig vurdering av om «*innsynsretten på de ulike stadiene i straffesaken kan reguleres på en mer hensiktsmessig måte*» enn i dag, jf. mandatets punkt 4.12. Herunder er utvalget også bedt om en vurdering av «*innholdet i og en eventuell lovfesting av saksdokumentbegrepet*». I utvalgets lovforslag gjøres omfattende endringer i utformingen av reglene om innsynsrett på alle stadier i straffesaken. Endringene er tilsynelatende først og fremst av lovteknisk karakter, og gjeldende rett videreføres i det vesentligste.³⁹ Nasjonal institusjon ser både styrker og utfordringer ved lovforslaget.

Utover de uttrykkelige lovbestemte unntak for innsyn i gjeldende straffeprosesslov, herunder §§ 242, 242a, 264, 267 og 28, har man i rettspraksis også definert selve gjenstanden for innsynsretten, «*sakens dokumenter*», slik at enkelte opplysninger i saken på den måten ikke blir gjenstand for innsyn.⁴⁰ I tillegg til uttømmende lovbestemte unntak for innsynsretten, går utvalget nå inn for at de ulovfestede begrensningene for gjenstanden for innsynsrett i stor grad *lovfestes* i lovforslagets § 6-1 annet ledd. Det vil si at loven selv uttømmende angir hva som er gjenstand for innsyn, samt hvilke unntak for innsyn som gjelder. Lovforslaget er dermed mer klargjørende enn dagens lov, i det det gir klarere uttrykk for hovedregelen om innsyn, for unntakshjemlene for innsyn, og for hva som faller inn under gjenstanden for innsyn: «*sakens opplysninger*»⁴¹. Lovteknikken gir større forutsigbarhet for siktede

³⁸ *Jasper mot Storbritannia* (27052/95) avsnitt 51. Også EMK artikkel 5 er relevant for innsynsreglene, men holdes utenfor her av kapasitetshensyn.

³⁹ S. 247 flg., særlig kapittel 12.4.1.1

⁴⁰ Som redegjort for av utvalget, har begrepet «*sakens dokumenter*» vært gjenstand for en rekke avgjørelser fra Høyesterett, for eksempel er opplysninger av mer intern karakter, for eksempel arbeidsnotater om tips fra publikum, om informantopplysninger og om spaningsinformasjon, så langt disse ikke inneholder noen selvstendig bevisverdi, unntatt for innsyn ved at de ikke defineres som «*sakens dokumenter*».

⁴¹ Utvalget foreslår å endre dagens ordlyd «*sakens dokumenter*» til «*sakens opplysninger*». I det følgende brukes begrepet «*sakens dokumenter*» der dagens ordning omtales, og «*sakens opplysninger*» der lovforslaget omtales.

og hans forsvar, noe som i seg selv er en viktig rettsikkerhetsgaranti i tråd med de hensyn som EMK artikkel 6 søker å ivareta.

En mulig problematisk side ved forslaget er innordningen av kontrollen ved påtalemyndighetens avgjørelser om hva som inngår i «*sakens opplysninger*», basert på avgrensningskriteriene i lovforslaget § 6-1, annet ledd, jf. uttalelsen i utvalgets begrunnelse:

«Et spørsmål er om påtalemyndigheten kan beslutte at materiale den ikke anser relevant for mistenkte, kan holdes tilbake. Praksis fra EMD taler for at det er anledning til dette. I avgjørelsen Lavrsen mot Danmark la domstolen til grunn at det ikke representerte en krenkelse av EMK artikkel 6 at påtalemyndigheten hadde besluttet ikke å gi innsyn i et dokument med allerede kjente opplysninger som hadde til formål å koordinere etterforskning og påtalebehandling.»⁴²

[...]

Vernet etter Grunnloven og våre konvensjonsforpliktelser er ikke til hinder for at gjenstanden for innsyn avgrenses som foreslått, se blant annet EMDs avgjørelser Lavrsen mot Danmark og Natunen mot Finland.»⁴³

Nasjonal institusjon stiller spørsmål ved om utvalget her bygger på en riktig forståelse av gjeldende rett.

Gjenstanden for innsyn etter EMK artikkel 6 er «*all material evidence in their [påtalemyndighetens] possession for or against the accused*».⁴⁴ Opplysninger i saken kan holdes tilbake fra siktede dersom det er nødvendig av hensyn til nasjonal sikkerhet, for å beskytte et vitne, eller for å holde etterforskningsmetoder skjult. Forutsetningen er at det er strengt nødvendig («*strictly necessary*») å holde slik informasjon borte fra siktede. Alle begrensninger i innsynsretten skal være «*sufficently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities*».⁴⁵ EMD har videre uttalt at i de tilfeller der opplysninger er blitt unntatt siktedes innsyn på grunn av offentlige hensyn («*public grounds*»), vil ikke EMD selv vurdere nødvendigheten av å nekte innsyn, men vil undersøke «*the decision-making procedure to ensure that, as far as possible, it complied with the requirements to provide adversarial*

⁴² s. 246 andre spalte.

⁴³ S. 249 første spalte.

⁴⁴ *Jasper mot Storbritannia* (27052/95) avsnitt 51; *Rowe and Davis mot Storbritannia* (28901/95) avsnitt 60

⁴⁵ *Jasper mot Storbritannia* (27052/95) avsnitt 52.

*proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused».*⁴⁶

I lovforslaget §§ 6-9 og 6-11 legges det opp til en domstolskontroll der dagens system for behandling av begjæringer om å gi eller nekte innsyn i det vesentlige videreføres. Utvalget kommenterer mer detaljert at «*mistenkte skal kunne begjære rettslig kontroll av påtalemyndighetens skjønn knyttet til avgrensning av gjenstanden for innsyn. En forutsetning for slik kontroll er at innsynsbejæringen er tilstrekkelig konkret utformet. En generell utformet bejæring vil ikke gi krav på rettslig behandling.*»⁴⁷

Nasjonal institusjon ser det slik at domstolskontrollen som det legges opp til i lovforslagets §§ 6-9 og 6-11, vil oppfylle kravene til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 der det er *kjent* for siktede hvorvidt opplysninger er unntatt innsyn. Da har siktede en reell mulighet til å vurdere hvorvidt han skal be om rettens vurdering av om vilkårene for å nekte innsyn er tilstede. Dagens ordning, som videreføres, oppfyller, slik Nasjonal institusjon ser det, kravene til de «*safeguards*» EMD krever.⁴⁸

Spørsmålet er hvorvidt *ukjente* opplysninger vil fanges opp av den nevnte domstolskontrollen. Dette omfatter materiale som er unntatt fra innsyn av påtalemyndigheten etter eget skjønn, og som da ikke kommer inn på saksdokumentlisten eller på annen måte gjøres kjent for siktede, altså opplysninger som etter lovforslaget § 6-1, andre ledd, kan holdes utenfor «*sakens opplysninger*». Det avhenger gjerne av tilfeldigheter om forsvarer blir kjent med om påtalemyndigheten har unntatt opplysninger på denne måten, og dermed også om påtalemyndighetens skjønn blir gjenstand for domstolskontroll.⁴⁹ Som et utgangspunkt fremstår dette som utfordrende i et menneskerettslig perspektiv.

I innsynssaker har EMD flere ganger uttalt følgende om temaet:

*«[A] procedure, whereby the prosecution itself attempts to assess the importance of concealed information to the defence and weigh this against the public interest in keeping the information secret, cannot comply with the above-mentioned requirements of Article 6 § 1.»*⁵⁰

⁴⁶ *Jasper mot Storbritannia* (27052/95) avsnitt 53.

⁴⁷ s. 253.

⁴⁸ *Rowe and Davis mot The United Kingdom* (28901/95); *Janatuinen mot Finland* (28552/05); *Natunen mot Finland* (21022/04); *Lavrsen mot Danmark* (46119/99)

⁴⁹ I NOU 2009:15 Skult informasjon – åpen kontroll s. 302 påpekes nettopp dette aspektet ved innsynsreglene.

⁵⁰ *Rowe and Davis mot The United Kingdom* (28901/95) avsnitt 63; *Janatuinen mot Finland* (28552/05) avsnitt 49; *Natunen mot Finland* (21022/04) avsnitt 47

I 2009 gikk Metodekontrollutvalget inn for en hovedregel om å gi innsyn i *alle* opplysninger i alle stadi-er av straffesaken; et såkalt altomfattende saksdokumentbegrep. Dersom noe skulle unntas innsyn, måtte påtalemyndigheten be retten om at opplysningene ble unntatt innsyn etter egne, uttømmen-de unntakshjemler i loven. Metodekontrollutvalget begrunnet sitt syn nettopp i EMDs praksis, som etter utvalgets syn *ikke* tillater at påtalemyndigheten kan unnta opplysninger på egen hånd uten en form for kontroll, jf. sitatet over som ble vist til av utvalget.⁵¹ I Prop 147. L (2012-2013) var departe-mentet uenig med Metodekontrollutvalgets tolkning av EMDs praksis, og mente at utvalgets tolkning var å strekke EMDs praksis for langt. Det ble blant annet pekt på at de relevante uttalelsene ble gitt som ledd i en konkret begrunnelse eller at sakene ikke eksplisitt tok stilling til spørsmålet om påtale-myndighetens skjønn.⁵² Departementet gikk inn for å beholde dagens ordning, der det i visse tilfeller vil bero på påtalemyndighetens eget skjønn hva som inngår i «*sakens dokumenter*».⁵³ Utvalget synes å basere sitt syn på departementets vurderinger, ref. fotnotene i utredningen.

I saken *Matanovic mot Kroatia* fra april 2017, som blant annet dreide seg om nektelse av innsyn i overvåkningsmateriale for siktede i straffesak, uttaler EMD følgende i avsnitt 157-158:

“Failure to disclose to the defence material evidence which contains such particulars as could enable the accused to exonerate him- or herself or have his or her sentence reduced would constitute a refusal of the facilities necessary for the preparation of the defence, and there-fore a violation of the right guaranteed in Article 6 of the Convention.

[...]

*In any case, however, in systems where the prosecuting authorities are obliged by law to take into consideration both the facts for and against the suspect, a procedure whereby the prose-cuting authorities themselves attempt to assess what may or may not be relevant to the case, without any further procedural safeguards for the rights of the defence, cannot comply with the requirements of Article 6 § 1 (see *Natunen*, cited above, §§ 47-49).⁵⁴ (vår understrekning)*

Uttalelsene i det andre avsnittet i sitatet er gitt under den generelle gjennomgangen av innsynsreg-lene etter EMK artikkel 6, og er ikke gitt som ledd i en konkret begrunnelse som i tidligere praksis, herunder i *Natunen mot Finland*. Det understrekes altså, som en generell rettssetning, at et system

⁵¹ NOU 2009:15 Skult informasjon – åpen kontroll s. 302

⁵² Prop 147. L (2012-2013) s. 33 første spalte.

⁵³ Prop 147. L (2012-2013) kapittel 4.3.1.1. Det foreligger selvsagt rettslige føringer for hvordan påtalemyndig-heten skal utøve sitt skjønn, for eksempel at påtalemyndigheten er bundet av sin objektivitetsplikt samt en rekke avklaringer i rettspraksis for hvilke typer opplysninger som skal inngå i begrepet «*sakens dokumen-ter*».

⁵⁴ *Matanovic mot Kroatia* (2742/12)

der en påtalemyndighet som er underlagt en objektivitetsplikt og som selv avgjør hva som er relevant og ikke relevant for saken uten ytterligere kontroll, ikke er forenlig med EMK artikkel 6. I den konkrete begrunnelsen i avsnitt 181-184 kommenterer EMD i tillegg eksplisitt forholdet til spørsmålet om påtalemyndighetens anledning til å utøve skjønn over hva som er relevant og ikke relevant materiale for saken, i motsetning til i tidligere praksis som *Lavrsen mot Danmark*, og kommer til at en slik ordning ikke er i tråd med EMK artikkel 6:

“181. It should be also noted that the Supreme Court, when dismissing the applicant’s appeal against the decision of the Zagreb County Court refusing to disclose evidence to the defence, made no reference to the need to protect the privacy of others. Instead, as already noted above, it dismissed the applicant’s application for access to the recordings at issue on the grounds that he had no right of access to those recordings. The Supreme Court thereby held that it was of no relevance whether the State Attorney, when making his selection of the secret surveillance material to be submitted to the court, excluded certain evidence in favour of the accused since the State Attorney had been in a position to make a selection of the evidence to be used in the proceeding (see paragraph 73 above).

182. The Court notes, however, that such a position of the Supreme Court is at variance with the Court’s case-law according to which in systems where the prosecuting authorities are obliged by law to take into consideration both the facts for and against the suspect – which is the case in Croatian law (see paragraph 87 above) – a procedure whereby the prosecuting authorities themselves attempt to assess what may or may not be relevant to the case, without any further procedural safeguards for the rights of the defence, cannot comply with the requirements of Article 6 § 1 (see paragraph 158 above).

[...]

184. Accordingly, the Court finds that the applicant’s opportunity to acquaint himself, for the purposes of preparing his defence, with the evidence obtained by secret surveillance, was seriously impaired by the absence of an appropriate procedure by which the relevance of evidence obtained by the prosecuting authorities and the necessity of its disclosure could be properly assessed.”

Det er Nasjonal institusjons syn at den nye avgjørelsen *Matanovic mot Kroatia* klarere gir uttrykk for de rettssetninger Metodekontrollutvalget i sin tid la vekt på som begrunnelse for sitt syn, og som dermed støtter opp under den tolkningen av EMDs praksis som da ble gjort. Det knytter seg altså betydelig usikkerhet til det standpunktet som departementet inntok, og som utvalget nå har inntatt. Denne nye dommen må i det minste gjøre at disse reglene utredes av departementet nærmere, både med hensyn til hovedregel og eventuelle unntak.

Som nevnt avhenger det gjerne av tilfeldigheter om siktede får kunnskap om det foreligger informasjon i saken utover det som fremgår av saksdokumentlista. Det er Nasjonal institusjons syn at lovfor-slaget vil harmonerer bedre med standardene utviklet av EMD hvis det i lovgivningen sikres at sikte-de også gjøres kjent med, i de sakene dette skjer, at det finnes opplysninger som påtalemyndigheten anser som irrelevante for saken. En slik kunnskap for siktede vil muliggjøre en effektiv kontroll av påtalemyndighetens skjønn.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon er positive til at lovforslaget kapittel 6 klargjør hovedregelen om innsyn, unntakshjemlene for innsyn, og for hva som inngår i «*sakens opplysninger*».
- Siktede eller hans forsvarer bør gjøres kjent med at det finnes opplysninger som påtalemyndigheten anser som irrelevante for saken, for å sikre en reell domstolkontroll med påtalemyndighetens skjønn.

3.3 Barns rett til forsvarer

Etter lovforslagets § 3-11 skal barn som risikerer ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff, alltid ha forsvarer under hele saken. I § 3-12 er det videre en bestemmelse om at mistenkte skal ha forsvarer ved politiavhør når det i saken kan bli spørsmål om ileggelse av de nevnte straffereaksjonene, denne bestemmelsen vil også gjelde barn. Det er heller ikke mulig å gi avkall på forsvarer for en person under 18 år, jf. lovforslagets § 3-21. Nasjonal institusjon leser reglene slik at dette vil bety at personer under 18 år som er siktet for alvorlige forbrytelser vil ha *offentlig betalt* forsvarer under hele rettergangen, og at det ikke skal være mulig for den mindreårige å frasi seg forsvarerbi-stand, ei heller ved politiavhør.

Etter gjeldende rett har den mindreårige i dag krav på offentlig oppnevnt forsvarer blant annet under hovedforhandling og ved pågrep og fengsling, uttømmende angitt i straffeprosessloven §§ 96-99. Etter straffeprosessloven § 100 annet ledd har den mindreårige rett på forsvarer også under andre omstendigheter i rettergangen enn angitt i §§ 96-99, men kun hvis det foreligger «*særlige grunner*».⁵⁵ Når det gjelder mindreårige vil det i praksis si alltid, også i etterforskningsfasen, dersom det begjæres. Etter påtaleinstruksen § 8-1a skal politi og påtalemyndighet fortløpende *selv* vurdere om vilkårene i straffeprosessloven § 100 annet ledd er oppfylt. Et praktisk eksempel der straffeprosessloven § 100 annet ledd ofte blir brukt, er ved ordinært politiavhør av den mindreårige siktede på etterforskningsstadiet.

⁵⁵ Straffeprosessloven § 100 annet ledd må tolkes i lys av Grunnloven § 104, Barnekonvensjonen og EMK. Se for øvrig Rt. 2015 s. 844.

Det er Nasjonal institusjons syn at lovforslaget vil styrke den adgangen til offentlig oppnevnt forsvarer som allerede ligger i dagens straffeprosesslov kapittel 9. Dagens straffeprosesslov § 100 annet ledd vil for alle praktiske formål gi rett til offentlig oppnevnt forsvarer på ethvert trinn i saken ved alvorlige forbrytelser. Erfaringsmessig ser det samtidig ut som om oppnevning av forsvarer for mindreårige i etterforskningsfasen noen ganger ikke skjer i saker der dette burde ha skjedd; det kan være at den mindreårige tilbys forsvarer før et politiavhør, men takker nei, eller at politiet gjør en feil og ikke sørger for oppnevning selv. En rettighetsfesting som i lovforslagets §§ 3-11, 3-12 og 3-21, som i praksis vil sørge for at det automatisk oppnevnes forsvarer uten at den mindreårige kan frasi seg denne, vil styrke denne viktige straffeprosessuelle garantien ytterligere.

Forslaget er derimot ikke gitt en nærmere barnerettslig begrunnelse basert på våre konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser.⁵⁶ I det følgende vil vi peke på noen rettslige aspekter en slik barnerettslig begrunnelse bør innta og som lovgiver i tråd med Grunnloven § 92 bør vurdere rekkevidden av:

Et rettslig utgangspunkt er Grunnloven § 104 annet ledd, som bestemmer at barnets beste skal være et «*grunnleggende*» hensyn i alle handlinger som gjelder barn. Særlig relevant i denne sammenheng er Grunnloven § 104 som en skranke for lovgiver, der lovgiver ved utformingen av loven ikke kan velge å se bort fra barnets behov; barnets beste vil være styrende for hvordan man utformer reglene om forsvarerbistand.⁵⁷

Utvalget nevner ikke barnekonvensjonen i sin utredning om forsvarerbistand. Barnekonvensjonen artikkel 40 har bestemmelser som skal sikre en rettfærdig rettergang i straffesaker mot barn.⁵⁸ Bestemmelsen er omhandlet i en generell kommentar fra Barnekomiteen om behandlingen av barn i straffesystemet, General Comment nr. 10. De generelle kommentarene er ikke rettslig bindende, men benyttes som kilde av Barnekomiteen selv. Høyesterett har lagt vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer ved tolkning av barnekonvensjonen.⁵⁹ Hvordan Høyesterett veier komiteens uttalelser opp mot andre kilder avhenger av en konkret vurdering, blant annet av hvor klart uttalelsen må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjone-

⁵⁶ Se kapittel 12.

⁵⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 189 andre spalte. Grunnloven 104 annet ledd kom inn i Grunnloven ved grunnlovsrevisjonen i 2014, og Lønnings-utvalget uttalte at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser «*må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse*», se s. 90 første spalte. For Grunnloven § 104 spesielt fremgår at barnekonvensjonen artikkel 3, i likhet med tidligere norsk praksis på området, vil være nyttige bidrag til fortolkningen av grunnlovsbestemmelsen, se s. 189.

⁵⁸ Se også barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav d, som gir rett til advokatbistand ved pågrep og fengsel.

⁵⁹ Se blant annet Rt 2009 s. 161 avsnitt 43-44.

ne.⁶⁰ Særlig vurderer Høyesterett om uttalelsen må anses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område.⁶¹

Etter barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b ii, se også iii, skal staten særlig sikre at barnet skal ha «*legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his or her defence*». I General Comment nr. 10 punkt 49 uttaler Barnekomiteen at det er innenfor statens skjønnsmargin *hvordan* bistand gis, men at den må («*must*») være gratis. Uttalelsen gir uttrykk for Barnekomiteens generelle forståelse av artikkel 40 bokstav b ii, og uttalelsen bruker ordet «*must*» som oppfattes forpliktende. Sett på bakgrunn av at barn sjelden har tilstrekkelige midler til å betale for bistanden på egen hånd, og at barn vil ha et større behov for bistand for å forstå og kunne håndtere saken, ivaretar en slik tolkning barns særlige beskyttelsesbehov, som dermed er i tråd med formålet bak konvensjonen, jf. Wien-konvensjonen om tolkning av traktater artikkel 31 punkt 1. Barnekomiteens uttalelse bør dermed få atskillelig vekt.

Dette var også Justisdepartementets syn i 2011, da Prop. 135 L (2010-2011) (barn og straff) ble skrevet. Da ble det kommentert at Barnekomiteens uttalelse om at advokatbistand bør være gratis, tilsier at barnekonvensjonens bestemmelser rekker «*noe lenger*» enn de tilsvarende bestemmelsene i EMK.⁶² I EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c skiller mellom retten til å la seg representere av en forsvarer og den mer begrensede rett til å kreve at forsvareren skal betales av det offentlige; offentlig oppnevning kan bare kreves når dette er påkrevd «*i rettferdighetens interesse*» (rettferdighetsvilkåret) og der den siktede ikke har økonomiske midler (økonomivilkåret) til å selv besørge forsvarer.⁶³ Det vil føre for langt å gå nærmere inn i de to vilkårene her. Nasjonal institusjon vil likevel påpeke at en mindreårig som er siktet for alvorlige forhold der strafferammen er høy, for alle praktiske formål nok vil oppfylle rettferdighetsvilkåret, mens hvorvidt økonomivilkåret er oppfylt vil variere mer.⁶⁴ Etter barnekonvensjonen vil den mindreåriges økonomi derimot få tilsynelatende liten betydning i vurderingen av om forsvarerbistanden skal betales av det offentlige, jf. overfor.

Videre følger det av barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b vi at barnet har en rett til å «*Not to be compelled to give testimony or to confess guilt*», altså en rett til å ikke inkriminere seg selv. I Barnekomiteens General Comment nr. 10 punkt 58 utdypes retten med følgende uttalelse: «*The child being questioned must have access to a legal or other appropriate representative, and must be able*

⁶⁰ Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151 flg.

⁶¹ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

⁶² S. 154 første spalte.

⁶³ Høyesteretts kjennelse Rt. 2015 s. 844 avsnitt 27,

⁶⁴ For en kort oppsummering av hva som ligger i disse to vilkårene, se «*Handbook on European law relating to access to justice*» 2016 s. 66-71.

to request the presence of his/her parent(s) during questioning.”⁶⁵ Barnekomiteen legger altså opp til at et barn skal ha adgang til forsvarer eller annen passende bistand før avhør. Dette følger allerede av norsk rett i dag, jf. straffeprosessloven § 94 og videreføres ved lovforslaget § 3-6. Spørsmålet er om denne bistanden skal være gratis, jf. over. Et poeng er at det å gi *ubetinget gratis* forsvarerbistand til barnet ved politiavhør ved alvorlige forbrytelser slik forslaget nå legger opp til, vil kunne bidra til å gjøre retten til å ikke måtte inkriminere seg selv mer effektiv.⁶⁶

Etter EMK artikkel 6 er det uansett mulig å frasi seg sine prosessuelle rettigheter. Et slikt avkall må i så fall oppfylle visse minstevilkår for å være gyldig; det må være underlagt en prosess som sørger for at avkallet er blitt gitt av egen fri vilje og på en utvetydig måte.⁶⁷ Sett i et barnerettslig perspektiv kan det likevel være gode grunner for at et barn ikke skal kunne frasi seg sin forsvarer, slik lovforslaget § 3-21 legger opp til. Et spørsmål som melder seg er om en mindreårig forstår konsekvensen av å ikke la seg bistå av forsvarer.⁶⁸ Samtidig kan den mindreåriges medbestemmelsesrett og rett til å bli hørt i alle saker som angår dem være en skranke for hvor langt man kan gå i å pålegge et barn advokatbistand. Heller ikke disse spørsmålene er reist eller kommentert i utredningen.

På bakgrunn av det overnevnte støtter Nasjonal institusjon et forslag som gir mindreårige en sterkere rett til forsvarer, også under etterforskningsfasen. Styrkede regler vil utgjøre et særskilt sikkerhetsnett for å ivareta mindreåriges straffeprosessuelle rettigheter og retten til en rettferdig rettergang. Samtidig etterlyser vi også en nærmere vurdering av hvorvidt retten til forsvarer bør styrkes ytterligere, for eksempel ved å innta også mindre alvorlige forbrytelser i lovforslagets §§ 3-11 og 3-12.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon støtter utvalgets forslag til §§ 3-11, 3-12 og 3-21.

⁶⁵ Det kan synes som om det er oppgitt feil bestemmelse i overskriften til avsnitt 56-58, idet den viser til artikkel 40 nr. 2 bokstav b iii og ikke til romertall vi. Kommentarene i avsnitt 56-58 dreier seg om selvinkriminering, og det antas at dette er en inkurie slik at avsnitt 56-58 dreier seg om artikkel 40 nr. 2 bokstav b vi.

⁶⁶ Også EMD har understreket betydningen av advokatbistand på etterforskningsstadiet, og da særlig ved første politiavhør, som en viktig *“procedural safeguard”* for å sørge for en rettferdig rettergang, og da spesielt vernet mot selvinkriminering, jf. *Salduz mot Tyrkia* avsnitt 54-55, Det nevnes for øvrig at i et forslag til nytt EU-direktiv om barns prosessuelle rettigheter i straffesaker fra 11. mai 2016, er retten til forsvarer ved politiavhør fremhevet som en egen rettighet, se forslaget artikkel 6, Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on Procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings PE 2 2016 REV 1 - 2013/0408 (OLP)

⁶⁷ *Salduz mot Tyrkia* (36391/02) avsnitt 59

⁶⁸ I et tidligere forslag til det nevnte EU-direktivet ble det forslått at barn, på grunn av deres sårbarhet, ikke skal kunne frasi seg sin forsvarer, se Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings COM/2013/0822 final - 2013/0408 (COD)

- Nasjonal institusjon anbefaler departementet å utrede hvorvidt retten til forsvarer etter § 3-11 og 3-12 skal utvides til også å gjelde for de mindre alvorlige forbrytelsene.

3.4 Selvinkrimineringsvernet for upersonlige rettssubjekter

3.4.1 Innledning

Lovutkastet § 3-2 omhandler uskyldspresumsjonen og vernet mot selvinkriminering.

Uskyldspresumsjonen og vernet mot selvinkriminering ligger i kjernen av retten til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6, og også av Grunnloven § 95. Det er derfor positivt at dette er foreslått fastslått i en innledende fanebestemmelse under kapittelet om mistenkte og forsvarer.

I § 3-2 annet ledd annet punktum foreslås det unntak fra selvinkrimineringsvernet i tilfeller der mistenkte er et foretak. Utvalget gjennomgår i punkt 9.3.5. rettskildebildet, herunder Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2011 s. 800 som vi vil omtale nedenfor. I lys av det samlede rettskildebildet mener utvalget at det på *«det nåværende tidspunkt ikke er grunn til å anta at et selvinkrimineringsvern for juridiske personer utgjør en tvingende norm i norsk rett. En slik regel kan slik utvalget ser det, verken utledes av EMK artikkel 6 eller av Grunnloven.»*

Utvalget gir relevante argumenter for hvorfor selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 ikke kommer til anvendelse for upersonlige rettssubjekter. Slik Nasjonal institusjon ser det, er det imidlertid ikke opplagt at selvinkrimineringsvernet ikke kommer til anvendelse for upersonlige rettssubjekter. Vi vil redegjøre for dette i det følgende.

Vernet mot selvinkriminering fremgår ikke eksplisitt av ordlyden i Grunnloven § 95 eller EMK artikkel 6, men det følger av sikker praksis fra EMD at vernet er innfortolket i EMK artikkel 6 nr. 1. Dette kommer for eksempel til uttrykk i *Saunders v. Storbritannia*⁶⁹, hvor domstolen uttaler at retten til å nekte å forklare seg og vernet mot selvinkriminering

«are generally recognized international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6). Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 [...] The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention [...].

⁶⁹ *Saunders v. Storbritannia* (19187/91) punkt 68.

Det er klart at selvinkrimineringsvernet omfatter fysiske personer. Når det gjelder upersonlige rettssubjekter, har EMD ikke tatt eksplisitt stilling til om også disse omfattes av selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 nr. 1.

3.4.2 Høyesteretts tolkning av EMK artikkel 6 nr. 1 og Grunnloven § 95 første ledd

Norsk Høyesterett har imidlertid, i en enstemmig kjennelse inntatt i Rt. 2011 s. 800, slått fast at EMK artikkel 6 og selvinkrimineringsvernet også gjelder for juridiske personer.⁷⁰ Etter en gjennomgang av en rekke momenter uttaler Høyesterett følgende om sin tolkning av konvensjonen:⁷¹

«Det er nok så at det ikke foreligger noen uttrykkelig avgjørelse fra Domstolen som fastslår at selvinkrimineringsvernet også gjelder for juridiske personer. Høyesterett har fastslått at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen, jf. Rt-2000-996 på side 1007-1008 og Rt-2005-833 avsnitt 45 med henvisninger. I vår sak dreier det seg imidlertid om å tolke konvensjonsteksten i lys av formålet og EMDs praksis. Det tolkningsresultat jeg er kommet frem til, fremstår etter mitt syn som rimelig klart hensett til det samlede rettskildebilde og er ikke utslag av en dynamisk tolkning.

Min konklusjon er dermed at juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering etter EMK. [...]»

Utvalget er kritiske til den forståelse av vernet mot selvinkriminering som Høyesterett legger til grunn i nevnte kjennelse. Som nevnt mener Nasjonal institusjon det ikke er opplagt at vernet mot selvinkriminering ikke omfatter upersonlige rettssubjekter, slik utvalget legger til grunn. Dette vil vi komme nærmere tilbake til nedenfor. Først vil vi likevel bemerke at slik Nasjonal institusjon ser det, er den fortolkning Høyesterett har lagt til grunn i Rt. 2011 s. 800 under enhver omstendighet noe lovgiver må forholde seg til. Høyesterett har her foretatt en autoritativ tolkning av en rettskilde som i medhold av menneskerettsloven har forrang fremfor annen lovgivning.⁷² Det resultat Høyesterett kom til er, i alle fall inntil Høyesterett selv eller EMD kommer til et annet resultat, gjeldende norsk rett med forrang fremfor alminnelig lovgivning. At lovgiver må forholde seg til denne tolkningen som menneskerettslig skranke er prinsipielt viktig.

Høyesterett har videre, i Rt. 2014 s. 1292, lagt til grunn at vernet mot selvinkriminering også innfortolkes i Grunnloven § 95 første ledd om retten til en rettfærdig rettergang. Høyesterett uttaler i nevnte dom:⁷³

⁷⁰ Rt. 2011 s. 800

⁷¹ Rt. 2011 s. 800 avsnitt 53-54.

⁷² Menneskerettsloven § 3.

⁷³ Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 15.

«Presumsjonen om uskyld rommer flere regler og prinsipper. Helt grunnleggende er det at i ordinære straffesaker må påtalemyndigheten bevise tiltaltes skyld utover rimelig tvil, jf. Rt-2008-1409 avsnitt 89, Rt-2010-655 avsnitt 17 og EMDs dom i Barberà, Messegué og Jabardo mot Spania [EMD-1983-10588] 6. desember 1988 avsnitt 77. Den tiltalte kan på sin side ikke avkreves bevis for sin uskyld. Han kan heller ikke domfelles fordi han ikke har villet gi en fullstendig forklaring. Regelen her står i sammenheng med den tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv, jf. Grunnloven § 95 første ledd, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Jeg viser til Rt-2011-800 avsnitt 40 og til EMDs dom i John Murray mot Storbritannia [EMD-1991-18731] 8. februar 1996 avsnitt 41-54 og i Telfner mot Østerrike [EMD-1996-33501] 20. mars 2001 avsnitt 15-18. [...]» (Uthevet her)

Av avsnitt 40 i Rt. 2011 s. 800, som Høyesterett henviser til i ovennevnte sitat, fremgår følgende:

«I det siterte avsnittet fra Saunders-saken peker EMD på at retten til å forholde seg taus og til ikke å inkriminere seg selv, ligger innenfor kjerneområdet i begrepet rettferdig rettergang i artikkel 6, og at disse rettighetene har til formål å unngå rettsfornektelse og å ivareta de hensyn bestemmelsen mer allment skal ivareta. Videre fremhever Domstolen den nære sammenheng med uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2. Denne regelen er - som nevnt i min omtale av Västberga-saken - anvendelig i forhold til selskaper. Etter mitt syn er disse generelle rettsikkerhetshensyn et sterkt argument for at også juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering når de risikerer foretaksstraff. En domfellelse kan ha inngripende konsekvenser for dem. Da bør de også ha beskyttelsen mot selvinkriminering.»

Høyesterett konkluderer, som nevnt over, i denne kjennelsen med at selvinkrimineringsvernet også gjelder for upersonlige rettssubjekter.

Høyesterett uttaler videre i Rt. 2014 s. 1292;⁷⁴

«Jeg legger til grunn at retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd er en selvstendig rettsnorm, hvor innholdet må fastlegges «i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området», jf. Dok.nr. 16 (2011-2012) side 122. Samme sted fremhever Lønning-utvalget at den enkelte «vil således kunne påberope seg bestemmelsen overfor domstolene dersom hun eller han mener at retten til rettferdig rettergang ikke er ivaretatt». Og ved «den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD». Dette bekreftes så langt også

⁷⁴ Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21.

av Høyesteretts praksis, jf. Rt-2014-964 avsnitt 10, Rt-2014-1045 avsnitt 40 og Rt-2014-1105 avsnitt 37.» (uthevet her)

I tillegg til å innfortolke selvinkrimineringsvernet i Grunnloven § 95 om rettferdig rettergang, legger Høyesterett her til grunn uttalelser i forarbeidene til grunnlovsrevisjonen om at det ved fastleggelsen av det nærmere innholdet av rettferdig rettergang må sees hen til *tidligere nasjonal praksis på området*. Høyesterett viser også til tidligere nasjonal praksis på dette området, nemlig Rt. 2011 s. 800 punkt 40, hvor domstolen har uttalelser nettopp om selvinkrimineringsvernet for upersonlige rettssubjekter. Høyesterett tar ikke eksplisitt stilling til om upersonlige rettssubjekters selvinkrimineringsvern også har grunnlovs rang. Ser en de to avgjørelsene fra Høyesterett samlet, og også i lys av uttalelsene til Lønningutvalget i Dok. 16 (2011-2012), mener vi likevel at det samlede rettskildebildet peker i retning av at upersonlige rettssubjekters selvinkrimineringsvern har grunnlovs rang. Dette vil i så fall utgjøre en klar skranke for lovgiver, som bør vurderes nærmere i det videre lovarbeidet.

3.4.3 Nærmere om selvinkrimineringsvernet for upersonlige rettssubjekter etter EMK artikkel 6 nr. 1

Som et utgangspunkt gjelder EMKs rettigheter for «enhver», og den vanlige forståelsen er at dette innebærer at også upersonlige rettssubjekter er omfattet. Dette gjelder imidlertid ikke ubetinget for alle rettigheter. Det følger av konvensjonspraksis at også EMK artikkel 6 nr. 1, som et utgangspunkt kan påberopes av upersonlige rettssubjekter.⁷⁵

I *Chap Ltd. v. Armenia* la domstolen til grunn at retten til kontradiksjon ikke var oppfylt, og at Armenia hadde brutt EMK artikkel 1 sett i sammenheng med artikkel 6 nr. 3 (d) overfor selskapet Chap Ltd. Saken gjaldt skatteunndragelse. Domstolen uttalte imidlertid følgende hva gjelder rekkevidden av rettighetene i EMK artikkel 6 i bestemmelsens kjerneområde kontra de mer «perifere» livsområdene, som etter EMDs praksis også faller innenfor EMK artikkel 6:⁷⁶

«What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law (see Jussila, cited above, § 43). Thus, having established that tax-surcharge proceedings could fall within the protection of Article 6, the Court acknowledged that tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees would not necessarily apply with their full stringency (ibid.).»

⁷⁵ Se for eksempel *Västberga Taxi aktiebolag og Vulic v. Sverige*, se også *Chap Ltd v. Armenia* (15485/09).

⁷⁶ *Chap Ltd v. Armenia* (15485/09) avsnitt 41.

Domstolen legger med andre ord til grunn at beskyttelsen etter EMK art. 6 kan være ulik alt ettersom man er innenfor kjernen av virkeområdet til art. 6, den klassiske strafferetten, eller mer i randsonen på et livsområde som domstolen under henvisning til Engel-kriteriene har definert som «criminal charge».

Som nevnt har EMD ikke eksplisitt tatt stilling til om upersonlige rettssubjekter er omfattet av selvinkrimineringsvernet. Når EMD fortolker forpliktelser etter konvensjonen, er det imidlertid flere eksempler på at EMD ved sin fortolkning av EMK har sett hen til praksis fra EU-domstolen.⁷⁷ Det fremgår videre av EUs Charter art. 52 nr. 3 at Charteret skal ha det samme beskyttelsesnivå som etter EMK, slik at EU-domstolen også ser hen til de sammenfallende forpliktelsene etter EMK. Det er med andre ord en vekselvirkning mellom EMDs og EU-domstolens fortolkning av konvensjonsforpliktelsene.⁷⁸

EU-domstolen har behandlet noen saker som berører selvinkrimineringsvernet til upersonlige rettssubjekter på *konkurranserettens område*. EU-domstolen har blant annet lagt til grunn at Kommisjonens beføyelser om å iverksette kontrollundersøkelser overfor juridiske personer og pålegge dem opplysningsplikt, ikke er i strid med forbudet mot selvinkriminering selv om disse opplysningene vil kunne anvendes som bevis for at virksomheten har handlet i strid med konkurransereglene.⁷⁹

Fra saken *Orkem v. Kommisjonen* synes EU-domstolen å legge til grunn at selvinkrimineringsvernet gjelder for upersonlige rettssubjekter, i alle fall i en viss utstrekning.⁸⁰ EU-domstolen uttaler i denne saken:⁸¹

«Accordingly, whilst the Commission is entitled, in order to preserve the useful effect of Article 11(2) and (5) of Regulation No 17, to compel an undertaking to provide all necessary information concerning such facts as may be known to it and to disclose to it, if necessary, such documents relating thereto as are in its possession, even if the latter may be used to establish, against it or another undertaking, the existence of anti-competitive conduct, it may not, by means of a decision calling for information, undermine the rights of defence of the undertaking concerned.

Thus, the Commission may not compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove.

⁷⁷ Christoffersen, EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder s. 78

⁷⁸ Se f.eks. Szabó og Vissy v. Ungarn, 6. juni 2016, avsnitt 68-73, med henvisning til EU-domstolens avgjørelse i Digital Rights mot Irland, 8. april 2014.

⁷⁹ Christoffersen, EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder s. 432-433 med videre henvisninger.

⁸⁰ Case 374/87 av 18. oktober 1989.

⁸¹ Ibid avsnitt 34-35.

The foregoing criteria must be observed in considering the questions to which the Commission, by means of the contested decision, required the applicant to give an answer.” (uthevet her)

I en senere dom, *P Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot Kommisjonen*⁸², uttaler EU-domstolen følgende:

«The parties agree that, since Orkem, there have been further developments in the case-law of the European Court of Human Rights which the Community judicature must take into account when interpreting fundamental rights, as introduced by the judgement in Funke, cited above, on which the appellants rely, and the judgements of 17 December 1996 in Saunders v United Kingdom[...]

However, both the Orkem judgement and the recent case-law of the European Court of Human Rights require, first, the exercise of coercion against the suspect in order to obtain information from him and, second, establishment of the existence of an actual interference with the right which they define.”

Innen konkurranseretten kan det derfor legges til grunn at EU-domstolen har lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet gjelder for upersonlige rettssubjekter, men begrenset til informasjon som kan gi en erkjennelse av lovbrudd det er opp til Kommisjonen å bevise. Praksis fra EU-domstolen taler derfor for at selvinkrimineringsvernet, i hvert fall i en viss utstrekning, også omfatter upersonlige rettssubjekter.

I relasjon til konkurranserett har også norske myndigheter, i forbindelse med lovrevisjoner, langt på vei lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet gjelder for upersonlige rettssubjekter.

I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 141 fremgår det at Justisdepartementet uttalte følgende om selvinkrimineringsvernet i sin høringsuttalelse til NOU 2003:12 Ny konkurranselov:

«Justisdepartementet (JD) viser til at selvinkrimineringsvernet gjør seg gjeldende både i forbindelse med en straffesiktelse i rettsapparatet og på kontrollstadiet. Departementet peker på Sanksjonsutvalgetets utredning og antar at vernet både kan komme til anvendelse for individer og foretak. JD er spesielt opptatt av innholdet i selvinkrimineringsvernet hva angår det faktum at opplysningsplikten etter utvalgets forslag fortsatt skal være straffsanksjonert.»

Justisdepartementets lovavdeling har senere uttalt at:⁸³

⁸² Sak C-238/99 m.fl. av 15. oktober 2002.

⁸³ NOU 2012: 7 punkt 7.3.3.3.1 med videre henvisninger.

«Det kan stilles spørsmål om en juridisk person (normalt et selskap) overhodet har en slik vilje som selvinkrimineringsvernet tar sikte på å beskytte. Under enhver omstendighet antar vi at det skal mer til før et selskaps eventuelle selvinkrimineringsvern – sammenliknet med en fysisk person – krenkes».

Også i NOU 2012: 7: En mer effektiv konkurranselov, konkluderer utvalget slik:

«Utvalget legger etter dette til grunn at også foretak må innrømmes et visst vern mot selvinkriminering, men at det fremstår som usikkert hvor langt dette vernet gjelder.»

Slik Nasjonal institusjon ser det, taler EMDs uttalelser i *Chap Ltd. v. Armenia*, om rekkevidden av beskyttelsen av EMK artikkel 6 i bestemmelsens kjerneområde kontra randsonen, for at selvinkrimineringsvernet på *strafferettens* område rekker lenger enn det gjør for eksempel i konkurranseretten.

I EU er det også de senere år foretatt en rekke skritt i retning av en harmonisering av medlemsstatenes lovgivning når det gjelder mistenkte/tiltaltes prosessuelle rettigheter i straffesaker. Det er allerede vedtatt flere direktiver i denne forbindelse. Direktivene omhandler blant annet retten til tolk, retten til informasjon og retten til forsvarer. 9. mars 2016 ble det vedtatt et nytt direktiv (2016/343), som gjelder styrking av enkelte aspekter ved uskyldspresumsjonen, herunder selvinkrimineringsvernet, og retten til å være tilstede under rettergangen. Formålet med direktivet er å fremme retten til en rettfærdig rettergang ved å oppstille noen minimumskriterier når det gjelder enkelte aspekter ved uskyldspresumsjonen og retten til å være tilstede under hovedforhandling, for på denne måten å lette det rettslige samarbeidet mellom landene.

Det fremgår av direktivet punkt 12 at det kun gjelder fysiske personer. Det fremgår videre av punkt 13 - 15 at:

«This Directive acknowledges the different needs and levels of protection of certain aspects of the presumption of innocence as regards natural and legal persons. As regards natural persons, such protection is reflected in well-established case-law of the European Court of Human Rights. The Court of Justice has, however, recognized that the rights flowing from the presumption of innocence do not accrue to legal persons in the same way as they do to natural persons.

At the current stage of development of national law and of case-law at national and Union level, it is premature to legislate at Union level on the presumption of innocence with regard to legal persons. This Directive should not, therefore, apply to legal persons. This should be without prejudice to the application of the presumption of innocence as laid down, in particular, in the ECHR and as interpreted by the European Court of Human Rights and by the Court of Justice, to legal persons.

The presumption of innocence with regard to legal persons should be ensured by the existing legislative safeguards as case-law, the evolution of which is to determine whether there is a need for Union action.” (uthevet her)

Direktivet taler for at det i EU, også innenfor strafferettens område, legges til grunn at selvinkrimineringsvernet kommer til anvendelse for upersonlige rettssubjekter, men at det er mer uklart hvor langt vernet strekker seg for denne gruppen. Direktivet gir også uttrykk for at det er en rettsutvikling på dette området, at det ikke er konsensus blant medlemsstatene og at det derfor er prematurt å «lovfeste» upersonlige rettssubjekters vern på overnasjonalt nivå.

Gjennomgangen av rettskildene overfor, med særlig vekt på den vekselvirkning som er mellom EU-domstolens tolkning og EMDs tolkning, taler derfor for at vernet mot selvinkriminering også omfatter upersonlige rettssubjekter.

Den nærmere rekkevidden av vernet for upersonlige rettssubjekter, er imidlertid mer uklart. Dette tar heller ikke Høyesterett stilling til i Rt. 2011 s. 800, hvor det uttales at *«omfanget av beskyttelsen etter artikkel 6 avhenger av de konkrete omstendigheter.»*⁸⁴

3.4.4 Oppsummering og anbefaling

Etter denne utredningen av gjeldende menneskerettslige skranker kan Nasjonal institusjon ikke støtte forslaget i lovutkastet § 3-2 annet ledd annet punktum. Det kan stilles spørsmål ved om upersonlige rettssubjekter etter gjeldende rett er vernet mot selvinkriminering både av lov med forrang fremfor alminnelig lovgivning og av Grunnloven § 95 første ledd. Nasjonal institusjon mener videre at det samlede rettskildebildet taler for at upersonlige rettssubjekter er omfattet av selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 nr. 1.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon støtter ikke forslaget i lovutkastet § 3-2 annet ledd annet punktum om at upersonlige rettssubjekter ikke vernes mot selvinkriminering.

3.5 Straffetilsagn

Utvalget foreslår i lovutkastet § 28-7 en ordning hvor påtalemyndigheten kan gi tilsagn om straffepåstand i tilfeller hvor mistenkte tilstår eller på annen måte bidrar med opplysninger av betydning. Tilsagnet skal nedfelles skriftlig og inneholde nærmere konkretiserte opplysninger.⁸⁵ Et slikt straffetilsagn kan omgjøres dersom mistenkte ikke står ved tilståelsen eller de opplysninger som er gitt, eller

⁸⁴ Rt. 2011 s. 800 avsnitt 57.

⁸⁵ Lovutkastet § 28-8 første og tredje ledd.

dersom hans forhold er mer alvorlig enn det han har forklart mv.⁸⁶ Mistenkte skal på forhånd gjøres kjent med adgangen til, og vilkårene for, omgjøring.⁸⁷

Foreligger det straffetilsagn, kan domstolen bare gå utover påtalemyndighetens påstand dersom der fremstår som klart at reaksjonsfastsettelsen ellers ville bli feil.⁸⁸

Som utvalget beskriver i utredningen, forekommer det også i praksis i dag avtaler mellom påtalemyndigheten og siktede der påtalemyndigheten forplikter seg til å nedlegge en bestemt straffepåstand for domstolene under forutsetning at tiltalte tilstår. Høyesterett har godtatt en slik praksis, med den presisering at det ved domstolens straffeutmåling ikke har selvstendig betydning at påstanden er fremsatt som ledd i en slik avtale.⁸⁹

Også EMD har ved enkelte tilfeller tatt stilling til slike liknende avtaler mellom påtalemyndigheten og siktede (såkalt plea bargaining). EMD uttalte i *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* at det er vanlig prosedyre i mange land i Europa at tiltalte gis lavere straff eller dømmes etter en mildere tiltale dersom vedkommende tilstår eller samarbeider i forbindelse med etterforskning.⁹⁰ Domstolen uttalte videre:⁹¹

«There cannot be anything improper in the process of charge or sentence bargaining in itself[...]. In this connection the Court subscribes to the idea that plea bargaining, apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners.

The Court considers that where the effect of plea bargaining is that a criminal charge against the accused is determined through an abridged form of judicial examination, this amounts, in substance, to the waiver of a number of procedural rights. This cannot be a problem in itself, since neither the letter nor the spirit of Article 6 prevents a person from waiving these safeguards of his or her own free will [...].

⁸⁶ Lovutkastet § 29-8.

⁸⁷ Lovutkastet § 28-7 annet ledd.

⁸⁸ Lovutkastet § 32-3 første ledd siste punktum.

⁸⁹ NOU 2016:24 s. 364-365 og Rt. 2009 s. 1336 avsnitt 20 og 28.

⁹⁰ *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* (9043/05) 29. april 2014 punkt 87.

⁹¹ *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* (9043/05) 29. april 2014 punkt 87-88.

However, it is also a cornerstone principle that any waiver of procedural rights must always, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance. [...]”

Det kan utledes av denne dommen at en ordning med plea bargaining ikke er i strid med EMK artikkel 6 i seg selv. I de tilfellene hvor en slik avtale medfører at straffesaken behandles på en forenklet måte, frasier mistenkte seg i realiteten rettigheter etter EMK artikkel 6. For at en fraskrivelse av grunnleggende rettigheter etter EMK artikkel 6 skal stå seg, må det fremkomme på en utvetydig måte at vedkommende frivillig har frasagt seg sine rettigheter, og det må gjelde visse minimumsrettigheter. Domstolen legger blant annet vekt på om avtalens «fairness» og måten den kom i stand på kan prøves i domstolene.⁹² Dette har sammenheng med selvinkrimineringsvernet og at det må foreligge tilstrekkelige garantier mot misbruk av en ordningen («abuse of process»).

Spørsmålet om å innføre en ordning med plea bargaining eller straffetilsagn har, som utvalget også redegjør for, vært utredet tidligere. Et forslag tilnærmet likt det utvalget nå foreslår, ble foreslått av Justis- og beredskapsdepartementet i et høringsnotat i 2006. Forslaget møtte betydelig motstand, og departementet gikk derfor ikke videre med det under henvisning til at det var behov for å utrede dette spørsmålet nærmere.

Nasjonal institusjon ser det ikke som sin oppgave å ha en formening om hensiktsmessigheten ved å innføre en slik ordning. Vi vil likevel fremheve at all den tid det i praksis forekommer slike avtaler mellom påtalemyndigheten og mistenkte, er det positivt at ordningen foreslås lovfestet. Selv om det ikke fremkommer spesifikt at dette er et krav som oppstilles etter EMK artikkel 6, la domstolen i *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* likevel vekt på at de rettslige konsekvensene av å inngå en slik avtale fremgikk av klare nasjonale lovbestemmelser.⁹³ En lovfesting vil på en bedre måte sikre klarhet og forutberegnelighet i de tilfeller hvor slike avtaler blir inngått.

For å kunne vurdere måten avtalen er kommet i stand på og dens «fairness», har EMD vektlagt viktigheten av at det sikres *notoritet* for slike avtaler.⁹⁴ Det er derfor positivt at det i lovutkastet foreslås at slike straffetilsagn skal utformes skriftlig. Det er også positivt at mistenkte på forhånd skal gjøres kjent med adgangen til og vilkårene for omgjøring av avtalen. Slik Nasjonal institusjon ser det, vil det imidlertid også være viktig at mistenkte informeres om de rettslige konsekvensene av å inngå en slik avtale, for eksempel om saken da oversendes retten til pådømmelse som tilståelsessak, domstolens mulighet til å gå ut over påtalemyndighetens jf. lovutkastet § 32-3 første ledd siste punktum m.v.

⁹² *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* (9043/05) 29. april 2014 punkt 89.

⁹³ *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* (9043/05) 29. april 2014 punkt 93.

⁹⁴ *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* (9043/05) 29. april 2014 punkt 91.

Lovutkastet om straffetilsagn bør også sees i lys av utvalgets forslag om rett til å få offentlig oppnevnt forsvarer allerede i første politiavhør i saker hvor det er aktuelt å idømme ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff.⁹⁵ Se mer om retten til forsvarer generelt i punkt 3.3 om barns rett til forsvarer. Det fremgår av merknadene til utkastet § 28-8 at det regelmessig vil være aktuelt å gi tilsagn om straffepåstand allerede i første politiavhør. EMD har fremhevet viktigheten av å ha rett til forsvarer allerede i tidlig etterforskningsfase for å sikre retten til en rettferdig rettergang, herunder vernet mot selvinkriminering.⁹⁶ Det forhold at domfelte hadde vært bistått av forsvarer under plea bargaining-prosessen ble også tillagt vekt av EMD i *Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia*.⁹⁷ Mistenket rettigheter i forbindelse med straffetilsagn vil derfor sikres best ved at vedkommende kan la seg bistå av forsvarer allerede i første politiavhør.

De norske drøftelsene om avtaler inngått mellom påtalemyndigheten og siktede hvor påtalemyndigheten har forpliktet seg til å nedlegge en bestemt påstand dersom siktede tilstår, har vært mer forankret i vår strafferettstradisjon. Spørsmålet om i hvilken grad slike straffetilsagn binder domstolene har vært omstridt. Høyesteretts storkammeravgjørelse i Rt. 2009 s. 1336 illustrerer dette. Av nevnte dom fremgår det at påtalemyndighetens tilsagn om en bestemt straffepåstand ikke kan tillegges selvstendig betydning for straffeutmålingen.⁹⁸

Lovforslaget fraviker nevnte storkammeravgjørelse og legger opp til at domstolen i utgangspunktet er bundet av påtalemyndighetens straffepåstand, med mindre «*det fremstår som klart at reaksjonsfastsettelsen ellers vil bli feil.*»⁹⁹

EMD har vektlagt viktigheten av at domstolen ikke er bundet av en slik avtale.¹⁰⁰

«As a further guarantee of the adequacy of the judicial review of the fairness of the plea bargain, the Court attaches significance to the fact that the Kutaisi City Court was not, according to applicable domestic law, bound by the agreement reached between the first applicant and the prosecutor. On the contrary, the City court was entitled to reject that agreement depending upon its own assessment of the fairness of the terms contained in it and the process by which it had been entered into. Not only did the court have the power to assess the appropriateness of the sentence recommended by the prosecutor in relation to the offences charged, it had the power to reduce it [...]». (uthevet her)

⁹⁵ Lovutkastet § 3-12.

⁹⁶ *Salduz mot Tyrkia* avsnitt 54 og 55

⁹⁷ *Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia* (9043/05) 29. april 2014 punkt 90.

⁹⁸ Rt. 2009 s. 1336 avsnitt 28.

⁹⁹ Lovutkastet § 32-3 (1) siste punktum.

¹⁰⁰ *Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia* (9043/05) 29. april 2014 punkt 92.

Slik Nasjonal institusjon ser det, oppstiller ikke EMK noen absolutte skranker mot den ordning som er foreslått hvor domstolen er noe mer bundet av påtalemyndighetens straffepåstand enn i dag, men hvor domstolen kan komme til et annet resultat om det er klart at den straff aktor har foreslått vil bli feil. Forslaget legger opp til at det må foretas en reell domstolskontroll, ettersom domstolen vil måtte påse at reaksjonsfastsettelsen ikke blir feil.

Nasjonal institusjon savner imidlertid en nærmere redegjørelse og vurdering av hvordan utvalget ser for seg at ordningen med straffetilsagn skal foregå i praksis, både på etterforsknings-, påtaleavgjørelse-, og på dømmesstadiet. Det er for eksempel ingen redegjørelse for hvordan domstolen skal forholde seg dersom det fremstår som klart at reaksjonsfastsettelsen blir feil. Nasjonal institusjon legger til grunn at dette må være et spørsmål retten bør ta opp med partene under rettsmøtet, og som partene bør få uttale seg om. Det er videre *et generelt straffutmålingsprinsipp* at tiltalte som tilstår eller i vesentlig grad har bidratt til oppklaring av andre lovbrudd skal idømmes mildere straff.¹⁰¹ Det er ikke foreslått endringer i denne bestemmelsen. Det er uklart for Nasjonal institusjon hvordan utvalget ser for seg at disse to ordningene skal fungere ved siden av hverandre.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon er positive til en lovfesting av straffetilsagn, all den tid dette forekommer i praksis i dag.
- Nasjonal institusjon anbefaler at departementet i det videre lovarbeidet vurderer og redegjør nærmere for hvordan en eventuell ordning med straffetilsagn skal foregå i praksis.

3.6 Provokasjon

Lovutvalget foreslår i kapittel 21 å lovfeste enkelte politimetoder som hittil har vært brukt på ulovfestet grunnlag. Dette er etter Nasjonal institusjons syn positivt, ettersom det kan gi metodene demokratisk forankring og bidra til forutberegnelighet.

I lovtkastet § 21-5 foreslås grunnvilkårene for påvirkning av hendelsesforløp og bevisprovokasjon lovfestet. Lovfestingen er en kodifisering av gjeldende ulovfestede rett, og det fremgår implisitt at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring av gjeldende rett ved lovfesting. Merknadene til bestemmelsen henviser til Riksadvokatens rundskriv RA-2000-2, og lovteksten må derfor leses i sammenheng med de retningslinjene som er oppstilt for provokasjon i nevnte rundskriv. Bestemmelsen utfylles videre av det generelle vilkåret i utkastet § 14-1 om at etterforskningsmetoden må være nødvendig og forholdsmessig. I utkastet § 21-6 foreslås det også lovfestet hvem som har beslutningsmyndighet og krav til gjennomføring, kontroll og dokumentasjon.

¹⁰¹ Straffeloven § 78 bokstav f.

Høyesterett har oppsummert grunnprinsippene for bruken av provokasjon i gjeldende rett slik:¹⁰²

«Grensene for etterforskning med provokasjonstilsnitt er utviklet i rettspraksis. Det er et grunnvilkår for å tillate slik etterforskning at politiet ikke aktivt fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. I tillegg kreves at de metoder som blir benyttet, på bakgrunn av forholdets alvor og grad av mistanke fremstår som proporsjonale, og at etterforskningskrittene blir besluttet og gjennomført på en forsvarlig og dokumenterbar måte, se Rt-1984-1076, Rt-1992-1088, Rt-1994-319, Rt-1998-407, Rt-2000-1223, Rt-2000-1482 og Rt-2008-1659.»

Menneskerettslig er begrensninger i adgangen til etterforskning med provokasjonstilsnitt innfortolket i kravet om rettfærdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1.

EMD har anerkjent behovet for spesielle etterforskningsmetoder, og slike metoder er i seg selv ikke i strid med EMK artikkel 6 nr. 1. For at slike etterforskningsmetoder skal være i samsvar med EMK artikkel 6, forutsettes det at de straffbare handlingene ikke initieres av politiet («police incitement»). EMD har definert «police incitement» slik:¹⁰³

«Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution [...]»

Gjeldende ulovfestede rett synes å være innenfor de rammer som følger av EMK artikkel 6. Det norske systemet legger opp til at initiativet til handlingen må tas av siktede, og at politiet bare kan tre inn i tilfeller hvor det allerede eksisterer «et marked» for den aktuelle typen straffbar virksomhet.¹⁰⁴ Metoden er videre kun tillatt benyttet dersom dette fremstår som forholdsmessig, vurdert opp mot det samfunnsøkonomiske den aktuelle kriminaliteten representerer.¹⁰⁵ Også Høyesterett har lagt til grunn at de vilkår som er oppstilt for bruk av provokasjon i norsk rettspraksis, tilfredsstillende de krav som følger av EMK.¹⁰⁶

¹⁰² Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 35.

¹⁰³ Ramanauskas v. Litauen (74420/01) avsnitt 55. Se også Matanovic v. Kroatia (2742/12) avsnitt 121 flg.om hvordan domstolen konkret vurderer om det har forekommet «police incitement».

¹⁰⁴ RA-2000-2 punkt 2.2.

¹⁰⁵ RA-2000-2 punkt 2.3.

¹⁰⁶ Rt. 2011 s. 1455 avsnitt 35-36.

EMD har videre uttalt at slike metoder må skje *innenfor klare rammer* («within clear limits»)¹⁰⁷

Slik Nasjonal institusjon ser det vil det foreslåtte grunnvilkåret i lovutkastet § 21-5 første ledd, supplert av Riksadvokatens retningslinjer i RA-2000-2 som er basert på praksis fra Høyesterett, bidra til å sikre enda klarere rammer for politiets bruk av provokasjon. Dette er positivt.

EMD har også fremhevet behovet for *klare og forutsigbare prosedyrer for beslutninger* om bruk av slike etterforskningsmetoder, samt for kontroll av bruken.¹⁰⁸ Domstolen har fremhevet at rettslig kontroll vil være det mest hensiktsmessige, men at kontroll utført av påtalemyndigheten også kan benyttes dersom det foreligger prosedyrer med tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier.¹⁰⁹ Lovforslaget § 21-6 bidrar til å tydeliggjøre rammene for bruken av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder. Riksadvokatens rundskriv inneholder også i dag retningslinjer for beslutning av og kontroll med provokasjon, samt krav til dokumentasjon. En lovfesting av hvem som har beslutningskompetanse og andre prosessuelle forhold (plikten til å utarbeid en plan og pålegg om at etterforskningsmetoden må gjennomføres slik at den kan kontrolleres og dokumenteres, samt at tillatelse kun kan gis for fire uker av gangen) bidrar slik Nasjonal institusjon ser det likevel til mer klarhet og forutsigbarhet. Det er derfor positivt at kompetansereglene og andre prosessuelle forhold fremgår av lovteksten.

Samlet sett bidrar de foreslåtte lovbestemmelsene, supplert av retningslinjer fra Riksadvokaten og rettspraksis, til å synliggjøre og styrke rettighetene til de som blir utsatt for slike etterforskningsmetoder. En lovfesting av grunnvilkårene vil på en tydeligere måte angi hva som er ytterrammene for bruken av provokasjon. Nasjonal institusjon støtter derfor utvalgets forslag om å lovfeste grunnvilkårene for slike metoder.

Nasjonal institusjon savner imidlertid en litt mer inngående redegjørelse for lovutkastet § 21-5 annet ledd, om unntak fra grunnvilkåret i første ledd ved såkalt bevisprovokasjon. Denne type provokasjon er heller ikke utfyllende omhandlet i Riksadvokatens retningslinjer. Som det også påpekes i NOU 2004:6 *Mellom effektivitet og personvern*, kan den konkrete bruken av denne metoden i gitte situasjoner reise vanskelige problemstillinger knyttet til vernet mot selvinkriminering.¹¹⁰ Nasjonal institusjon anbefaler at dette utredes nærmere i det videre lovarbeidet.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon støtter utvalgets forslag om å lovfeste grunnvilkårene for bruk av provokasjon.

¹⁰⁷ Bannikova v. Russland (18757/06) punkt 35.

¹⁰⁸ Bannikova v. Russland (18757/06) avsnitt 49.

¹⁰⁹ Bannikova v. Russland (18757/06) avsnitt 50

¹¹⁰ NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern, s. 88.

- Nasjonal institusjon etterlyser en nærmere redegjørelse for og utredning av lovutkastets § 21-5 annet ledd i lys av selvinkrimineringsvernet.

4 Tvangstiltak

4.1 Frihetsberøvelse

4.1.1 Fremstilling for varetektsfengsling

Fremstillingsfristen ved fengsling er i lovforslagets § 15-15 foreslått til å være «*senest den andre dagen etter pågripelsen*». Nasjonal institusjon er positive til en innskjerping av fengslingsfristen, som er i tråd med anbefalinger i vår årsmelding for 2015.¹¹¹

Samtidig mener Nasjonal institusjon at lovforslaget ikke operasjonaliserer våre menneskerettslige forpliktelser godt nok. Utvalget drøfter grundig flere av de relevante rettskilder, men konkluderer ikke konkret med hva våre folkerettslige forpliktelser krever, utover å vise til at «*Norges folkerettslige forpliktelser tilsier i denne situasjonen nokså klart en innskjerping av fremstillingsfristen*» (vår understrekning). Utvalget legger deretter til grunn at fremstilling av en pågrepet person etter 48 timer krever «*en særskilt begrunnelse*», men den eksplisitte fristen fremgår ikke i selve lovforslagsteksten.¹¹² I lys av våre forpliktelser etter både Grunnloven og menneskerettighetene, ser Nasjonal institusjon ingen grunn til å ikke ta hovedregelen om en 48 timers frist direkte inn i loven.

Som det redegjøres for av utvalget, følger det av FNs menneskerettskomité's General Comment nr. 35 punkt 33 at mistenkte må fremstilles for fengsling senest innen 48 timer.¹¹³ For å gjøre unntak fra fristen må omstendighetene være «*absolutely exceptional*».¹¹⁴ For alle praktiske formål innebærer dette at fristen for fremstilling for fengsling vil være 48 timer og at bare helt *ekstraordinære* omstendigheter kan begrunne et unntak. Det er Nasjonal institusjons syn at fristen som fremgår av General Comment nr. 35 må legges til grunn ved tolkningen av artikkel 9 i FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter.¹¹⁵ De generelle kommentarene er ikke rettslig bindende, men benyttes som kilde av FNs menneskerettighetskomité selv. Høyesterett har tillagt slike uttalelser fra FNs menneskerettskomité en «*betydelig vekt*» som rettskilde ved tolkningen av konvensjonen.¹¹⁶ Høyesterett har i andre sammenhenger gitt uttrykk for at den rettskildemessige vekten av General Comments blant annet vil avhenge av hvor klart uttalelsen må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen, se Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151 flg. og Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44 (i relasjon til barnekonvensjonen).

111 Årsmelding 2015 Dok 18 (2015-2016) s. 10.

112 Se s. 328. I merknadene gis det en noe klarere konklusjon på hva våre menneskerettslige forpliktelser er:

«*fristen må praktiseres strengt i lys av våre menneskerettslige forpliktelser, og ikke minst kan det bare rent unntaksvis aksepteres at den pågrepne fremstilles mer enn 48 timer etter pågripelse.*» s. 606 første spalte.

113 Se s. 327-328.

114 General Comment nr. 35 punkt 33.

115 Se vår årsmelding for 2015 s. 20

116 Rt. 2015 s. 1142 avsnitt 31 og 29, HR-2017-241-A avsnitt 24–25 og 31 jf. Rt 2008 s. 1764 avsnitt 81.

Det er Nasjonal institusjons syn at den generelle kommentarens punkt 33 er en tolkningsuttalelse som gir uttrykk for menneskerettskomiteens forståelse av forpliktelsen til å fremstille en siktet for varetektsfengsling «*promptly*» jf. FNs konvensjon for politiske og sivile rettigheter artikkel 9. Den må derfor tillegges betydelig vekt Komiteens uttalelse om fremstillingsfrist er godt forankret i konvensjonens ordlyd, som statene har akseptert ved ratifikasjon av konvensjonen. Videre er uttalelsen forankret i selve formålet med artikkel 9, som er å unngå «*the risk of ill-treatment*».¹¹⁷ En slik formålsbetragtning er i tråd med Wien-konvensjonen om tolkning av traktater artikkel 31 punkt 1. Kommentaren er også en konsolidering av komiteens tidligere praksis i individklagesaker om fremstillingsfrist.¹¹⁸

Etter menneskerettsloven innebærer dette at fristen for fengsling etter nasjonal rett vil være 48 timer med mindre det foreligger ekstraordinære omstendigheter som tilsier at det kan gjøres unntak, jf. menneskerettsloven § 3.

Det er Nasjonal institusjons syn at denne fristen *også* kan utledes av Grunnloven § 94 andre ledd, som ikke er ikke nevnt i utvalgets redegjørelse for rettsgrunnlaget for fremstillingsfristen.¹¹⁹ Etter Grunnloven § 94 andre ledd skal den pågrepne «*snarest mulig fremstilles for en domstol*». Bestemmelsen kom inn i Grunnloven kapittel E igjennom grunnlovsrevisjonen i 2014. Formålet med grunnlovsfestingen av fremstillingsfristen var å løfte en av de mest grunnleggende prosessuelle rettighetene fra menneskerettighetskonvensjonene inn i Grunnloven.¹²⁰

Lønnings-utvalget uttalte at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser «*må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse*».¹²¹ Dette er fulgt opp i Høyesteretts praksis, som har tolket Grunnloven «*i lys av*» de internasjonale konvensjonsorganenes praksis knyttet til menneskerettskonvensjonene.¹²² I Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 uttalte Høyesterett følgende om betydningen av praksis tilkommet *etter* grunnlovsrevisjonen: «*Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de interna-*

¹¹⁷ Avsnitt 33 i General Comment nr. 35.

¹¹⁸ Se for eksempel *Kovsh (Abramova) mot Hviterussland*, (1787/2008), 27. mars 2013, punkt 7.4. Se også Oslo tingretts dom om politiarrest og 48-timersregelen av 2. juni 2015.

¹¹⁹ Kapittel 14.4.5.9

¹²⁰ Dokument 16 (2011-2012) s. 117 første spalte: «*Av hensyn til Grunnlovens knappe form anser utvalget det for uaktuelt å foreslå en omfattende bestemmelse om prosessuelle garantier, men enkelte prosessuelle rettigheter er likevel mer grunnleggende enn andre. Dette gjelder først og fremst retten til snarlig å få prøvet lovligheten av frihetsberøvelsen av en domstol. Her krever menneskerettighetskonvensjonene at den pågrepne raskt skal fremstilles for en dommer, mens andre frihetsberøvede selv skal kunne ha adgang til å begjøre domstolsprøving.*» Fremstillingsfristen kommenteres ikke eksplisitt i Innst. 186 S (2013-2014) s. 23.

¹²¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 90 første spalte.

¹²² Se blant annet Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 14, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40.

sjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»

Nasjonal institusjon er av den oppfatning at ordlyden «*snarest*» i Grunnloven § 94 andre ledd må tolkes i samsvar med den eksplisitte fristen som kommer til uttrykk igjennom praksis fra FNs menneskerettighetskomité; en tolkning som har vært anvendt av komiteen også før grunnlovsrevisjonen.

Både FNs konvensjon for politiske og sivile rettigheter artikkel 9 og Grunnloven § 94 andre ledd skal etter vårt syn forstås som at fristen for å fremstille en pågrepet for fengsling er 48 timer, og at bare helt ekstraordinære omstendigheter kan begrunne en fristoversittelse. Når handlingsrommet er så snevert som her, mener vi at hensynet til å sikre respekt for menneskerettighetene, tilsier at hovedregelen bør gjenspeiles direkte i lovteksten, jf. Grunnloven § 92.

Under enhver omstendighet må det også som et minstekrav fremgå klart av forarbeidene hvordan skjønnet for unntak fra 48-timersfristen skal utøves. Utvalget berører temaet i andre spalte s. 328, blant annet at hovedregelen skal «*praktiseres strengt i den forstand at unødige forsinkelser ikke kan aksepteres ...*». ¹²³ Det er etter vårt syn rom for noen suppleringer til utvalgets redegjørelse.

I Rt. 2015 s. 1142 gir Høyesterett visse føringer for hvordan unntaket fra 48-timersfristen skal forstås. ¹²⁴ I saken kom Høyesterett til at fristoverskridelsen ikke representerte brudd på FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter artikkel 9, slik bestemmelsen er tolket av menneskerettskomiteen. ¹²⁵ Nasjonal institusjon stiller likevel spørsmål ved deler av begrunnelsen for å godta fristoverskridelsen i saken. I avgjørelsen avsnitt 33 uttales at fristoverskridelsen hadde sammenheng med tingrettens bemanningspraksis. FNs menneskerettighetskomité har eksempelvis ved et tilfelle i en individklagesak ikke akseptert ressursmessige hensyn som begrunnelse for en fristoverskridelse. ¹²⁶

I lys av det ovennevnte, som ikke blir nevnt i Høyesteretts avgjørelse, fremstår det dermed noe problematisk at domstolens berammingspraksis inntas som en del av begrunnelsen for en fristoverskridelse, all den tid det er myndighetene som selv har ansvaret for å tilrettelegge for en berammingspraksis som ivaretar våre menneskerettslige forpliktelser. En slik begrunnelse *kan* sende et feilaktig signal om at fristoverskridelser som kan begrunnes i ressursmessige hensyn på statens hånd, faller innenfor det strenge unntaket etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 9.

¹²³ S. 328 andre spalte.

¹²⁴ Se særlig avsnitt 33.

¹²⁵ Høyesteretts avgjørelse er påklaget til FNs menneskerettskomité.

¹²⁶ *Fillastre og Bizouarn mot Bolivia*, (336/1988), para. 6.4. Den pågrepne satt pågrepet i ti dager før fremstilling for fengsling.

Nasjonal institusjon mener at lovgiver bør gi klare føringer for hvordan skjønnet for unntak fra hovedregelen skal utøves, herunder eksplisitt tar stilling til begrunnelsen i Rt. 2015 s. 1142.

I lys av det ovennevnte er det for øvrig naturlig for Nasjonal institusjon å minne om vår anbefaling fra årsmelding 2015 om å harmonisere nåværende straffeprosesslov § 183 og fristen for overføring til politiarrest i politiarrestforskriften § 3-1 som i første punktum lyder: «*Den innsatte skal overføres innen to døgn etter pågripelsen, med mindre dette av praktiske grunner ikke er mulig.*»¹²⁷ En harmonisering vil bidra til å sikre menneskerettighetene ytterligere.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon anbefaler lovfesting av fremstillingsfristen på 48 timer og at fristen kun kan fravikes hvis ekstraordinære omstendigheter tilsier det.
- Nasjonal institusjon anbefaler at departementet ytterligere presiserer hvordan skjønnet for unntak fra hovedregelen på 48 timer skal utøves.
- Nasjonal institusjon anbefaler at politiarrestforskriften § 3-1 harmoniseres med ny straffeprosesslov.

4.1.2 Restriksjoner under varetekt

Isolasjonsrestriksjoner er forsøkt strammet inn på flere måter i lovforslaget. Nasjonal institusjon støtter slike tiltak. Samtidig kan det synes som om den prinsipielle og strenge tilnærmingen i selve lovteksten som vi etterlyste i vår årsmelding for 2015, ikke er blitt helt gjennomført i utvalgets lovforslag.¹²⁸ Nasjonal institusjon mener at rettsoppfatningen som utvalget gir uttrykk for i sin begrunnelse bør gjenspeiles mer presist i lovteksten enn hva som er tilfellet nå.¹²⁹

Et eksempel er å finne i lovforslaget §15-12, jf. § 15-2. Etter § 15-12, kan restriksjoner ved fengsling ved bevisforspillelsesfare gis «*i den utstrekning hensynet til ettforskningen tilsier det*» jf. første ledd første punktum. Videre følger det av første ledd siste punktum at «*mistenkte kan bare helt nektes samvær med andre innsatte når slik isolasjon antas å være av vesentlig betydning for etterforskningen*». Bestemmelsen må tolkes i lys av den overordnede bestemmelsen § 14-1 annet ledd: «*Tvangstiltak kan bare benyttes når inngrepet er nødvendig og forholdsmessig*». I § 14-1 annet ledd er det videre en henvisning til minste inngreps prinsipp, samt flere momenter som skal gå inn i vurderingen, herunder at «*sakens karakter*» kan få betydning i forholdsmessighetsvurdering.

¹²⁷ Årsmelding 2015 Dok 18 (2015-2016) s. 11-12

¹²⁸ Årsmelding 2015 Dok 18 (2015-2016) s. 11.

¹²⁹ Se kapittel 14.4.5.6.

Nasjonal institusjon mener at ordlyden bør gjenspeile det grunnleggende menneskerettslige utgangspunktet om at isolasjon bare skal kunne brukes der det er *strengt nødvendig*. Bruken av ordlyden «*nødvendig og forholdsmessig*» i § 14-1 annet ledd og «*av vesentlig betydning*» i § 15-12, samt uttrykk som «*sakens karakter*» i § 14-1 annet ledd, gir ikke samlet sett uttrykk for den samme kvalifiserte normen for bruk av isolasjonsrestriksjoner som menneskerettighetene oppstiller. Selv om det i *begrunnelsen* for lovutkastet er gitt en rekke gode føringer for hvordan isolasjonsrestriksjoner skal vurderes, bør disse føringene reflekteres bedre i lovteksten.¹³⁰

Et annet eksempel der ordlyden i større grad bør gjenspeile rettsoppfatningen, er å finne i lovforslagets § 15-12 annet ledd. Der gjøres det en reduksjon i *hvor lenge* man kan sitte fengslet med isolasjonsrestriksjoner, til to uker. En reduksjon til to uker vil antageligvis minske risikoen for unødig isolasjonsbruk, og Nasjonal institusjon støtter en slik reduksjon. Samtidig er det gitt et generelt unntak i ordlyden: isolasjonsrestriksjonene «*kan bare unntaksvis forlenges*». Unntakets ordlyd gjenspeiler ikke utvalgets mer prinsipielle uttalelser om at isolasjon utover to uker bør være «*forbeholdt de helt sjeldne tilfeller*», og at «*det bør gjelde strenge vilkår for forlengelse av isolasjon utover 2 uker*».¹³¹ Ved så alvorlige inngrep som isolasjon bør vilkårene for en forlengelse i så fall gjenspeiles i lovteksten. På et mer overordnet og prinsipielt nivå stiller Nasjonal institusjon uansett spørsmålsteget ved om slike generelle unntaksbestemmelser i praksis kan uthule hovedregelen.

I doktoravhandlingen «*Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse*» argumenterer Thomas Horn overbevisende for et mer prinsipielt fundert utgangspunkt for isolasjonsrestriksjoner ved bevisforspillelsesfare. Staten har over lang tid og gjentatte ganger fått kritikk fra traktatorganene for isolasjonsbruk, og det forestående lovgivningsarbeidet er derfor en god mulighet til å tilnærme seg dette mer prinsipielt, for eksempel langs de linjer Horn forfekter.¹³²

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon anbefaler at de menneskerettslige vilkår for bruk av isolasjon under varetekt klarere gjenspeiles i lovteksten.

¹³⁰ Se nærmere om dette temaet i vår årsmelding 2015 Dok 18 (2015-2016) s. 22-24. I sin begrunnelse for forslaget ser det ut til at utvalget langt på vei er enige i vårt utgangspunkt om at det stilles strenge vilkår for å ilegge noen isolasjonsrestriksjoner, se kapittel 14.4.5.6.

¹³¹ S. 325 andre spalte.

¹³² «*Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse*» av Thomas Horn (2015) kap. 16.6, se særlig s. 278.

4.1.3 Rettshåndhevelsesarrest

I lovforslaget videreføres reglene om rettshåndhevelsesarrest i § 15-3. Utvalget har ikke gått inn på den menneskerettslige siden av instituttet, men karakteriserer instituttet som «*problematisk*» men nødvendig, uten å gå nærmere inn på begrunnelsen for dette.¹³³

EMD setter svært strenge krav til anvendelsen av rettshåndhevelsesarrest. Nasjonal institusjon stiller spørsmål ved om ordlyden i lovforslaget § 15-3 reflekterer disse kravene fullt ut.

Etter EMK artikkel 5 har alle personer en rett til å ikke bli berøvet sin frihet. Bestemmelsen karakteriseres som «*of the highest importance 'in a democratic society'*». Unntakene fra hovedregelen er uttømmende angitt i artikkel 5 nr. 1, og unntakene skal tolkes strengt.¹³⁴ EMD har flere ganger tatt stilling til hvorvidt rettshåndhevelsesarrest er i tråd med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c, jf. nr. 3. I saken *Geisterfer mot Nederland* fra 2014 uttalte EMD følgende om instituttet:

*“The Court accepts that, by reason of their particular gravity and public reaction to them, certain offences may give rise to a social disturbance capable of justifying pre-trial detention, at least for a time. In exceptional circumstances this factor may therefore be taken into account for the purposes of the Convention, in any event in so far as domestic law recognises - as does Article 67a of the Netherlands Code of Criminal Procedure - the notion of disturbance to public order caused by an offence. However, this ground can be regarded as relevant and sufficient only provided that it is based on facts capable of showing that the accused's release would actually disturb public order. In addition detention will continue to be legitimate only if public order remains actually threatened; its continuation cannot be used to anticipate a custodial sentence. More generally, the need to continue the deprivation of liberty cannot be assessed from a purely abstract point of view, taking into consideration only the gravity of the offence (see *Letellier v. France*, 26 June 1991, § 51, Series A no. 207; see also *Ječius v. Lithuania*, no. 34578/97, § 94, ECHR 2000-IX; *Ilijkov v. Bulgaria*, no. 33977/96, § 81, 26 July 2001; *Goral v. Poland*, no. 38654/97, § 68, 30 October 2003; *Panchenko v. Russia*, no. 45100/98, § 101, 8 February 2005; and as a recent authority, *Idalov v. Russia [GC]*, no. 5826/03, § 145, 22 May 2012)”* (vår understrekning).¹³⁵

Som det fremgår av sitatet over, aksepterer EMD instituttet som sådant, men den allmenne rettsfølelse kan bare ved «*exceptional circumstances*» være en del av begrunnelsen for en fengsling. Samtidig kreves det at begrunnelsen for fengslingen må bygge på fakta som er egnet til å vise at den anklagedes løslatelse «*would actually disturb public order*». Rettshåndhevelsesarrest kan ikke bygge abs-

¹³³ Se kapittel 14.4.5.7.

¹³⁴ *Geisterfer mot Nederland* (15911/08) avsnitt 37 og 38 med videre henvisninger

¹³⁵ *Geisterfer mot Nederland* (15911/08) avsnitt 39. I tillegg til henvisningene i sitatet, er også *I.A. mot Frankrike* (1/1998/904/1116) punkt 2.b.i. relevant.

trakt på anklagens alvorsgrad; retten må gi en konkret begrunnelse i den enkelte sak og vise at løslatelsen faktisk («*actually*») vil støte allmennhetens rettsfølelse.

Høyesterett har på denne bakgrunn presisert at straffeprosessloven § 172 må anvendes med «*stor varsomhet*». ¹³⁶ Videre har Høyesterett uttalt følgende:

*«det er ikke tilstrekkelig å foreta en abstrakt vurdering av om hensynet til rettshåndhevelsen eller samfunnets behov tilsier fengsling - det må angis hvilke konkrete omstendigheter som har betydning. På den annen side kreves det ikke påvisning av en konkret og nærliggende fare i den aktuelle saken for at en eventuell løslatelse vil medføre en allmenn reaksjon».*¹³⁷

Samtidig har Høyesterett også kommentert noe av den tidlige praksisen fra EMD på området, som også er referert til i sitatet over fra *Geisterfer mot Nederland*:

*«For EMD synes det som nevnt å ha vært avgjørende at de franske domstolene ikke hadde foretatt noen konkret vurdering om det var tilstrekkelig grunn til rettshåndhevelsesarrest i de aktuelle sakene, og ikke at det kreves noen «konkret og nærliggende fare for at eventuell løslatelse vil medføre en allmenn reaksjon».*¹³⁸

Høyesteretts utgangspunkt om at det ikke kreves «*påvisning av en konkret og nærliggende fare ...for ... en allmenn reaksjon*», kan synes vanskelig å forene med EMDs generelle utgangspunkt som er hvorvidt en løslatelse «*would actually [faktisk] disturb public order*».

I lovforslaget § 15-3 er vurderingstemaet for fengsling hvorvidt det å løslate den mistenkte er «*egnet til*» å støte allmenhetens rettsfølelse.¹³⁹ Slik vi leser EMDs praksis, legger EMD opp til et strengere vurderingstema enn det som gjenspeiles i ordlyden eller i merknadene til lovforslaget. Begrepet «*egnet til*» antyder en mer hypotetisk vurdering enn EMDs praksis tilsier. Normen gjenspeiler heller ikke at det skal ekstraordinære omstendigheter til før den allmenne rettsfølelse kan begrunne en fengsling. Ved et så alvorlig inngrep som rettshåndhevelsesarrest bør gjeldende rett også reflekteres i ordlyden, slik at regelverket operasjonaliserer menneskerettighetene på en bedre måte enn lovforslaget nå gjør.

Anbefaling:

¹³⁶ Rt-2003-974 se også Rt. 2015 s. 935.

¹³⁷ Rt. 2002 s. 842, se også Rt. 2015 s. 935 der denne kjennelsen er referert til.

¹³⁸ Rt. 2001 s. 855

¹³⁹ I tillegg er det krav til alvorlighetsgraden til det aktuelle straffebedet som mistenkes overtrådt, samt styrket mistankekrav.

- Nasjonal institusjon anbefaler at vilkåret «*egnet til*» strammes inn, slik at de strenge vilkårene for rettshåndhevelsesarrest også gjenspeiles i ordlyden.

4.1.4 Fengsling av barn

I 2012 trådte det i kraft flere lovendringer som omhandlet barn i straffeprosessen. Lovendringene ble vedtatt av et samlet Storting etter forslag fremsatt i Prop. 135 L (2010-2011) Barn og straff. Bakgrunnen for lovforslagene var et mål om at barn ikke skal fengsles, og satsingen lovforslagene la opp til var nær knyttet opp mot vilkårene i barnekonvensjonen om at barn kun skal fengsles som siste utvei og for kortest mulig tidsrom.

Etter gjeldende rett er vilkåret for å pågripe barn at dette er «særlig påkrevd».¹⁴⁰ Barn kan ikke fengsles med mindre det er «tvingende nødvendig».¹⁴¹ Vilkåret om at fengsling må være «tvingende nødvendig» ble innført ved den nevnte lovendringen i 2012. Før denne lovendringen var vilkåret for pågripelse og fengsling av barn det samme, nemlig at slike tvangsmidler måtte være «særlig påkrevd».

Høyesterett la i 2004 til grunn at det var samsvar mellom vilkåret om at pågripelse og fengsling skulle være «særlig påkrevd» og barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b, som fastslår at frihetsberøvelse av barn bare skal «*benyttes som en siste utvei*».¹⁴² Det fremgår av forarbeidene at innføringen av vilkåret om at fengsling må være «tvingende nødvendig» neppe ville medføre noe realitetsendring, men at endringen i første rekke tok sikte på å tydeliggjøre at terskelen for varetektsfengsling av barn skal være høy.¹⁴³ Vilkåret om at fengsling skal være «tvingende nødvendig» er derfor i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b.

Utvalget foreslår i lovutkastet § 14-1 (2) første punktum en generell bestemmelse om at tvangstiltak bare kan benyttes når det er «nødvendig og forholdsmessig». Det følger av bestemmelsens annet punktum at det ved vurderingen av om tvangstiltaket er nødvendig og forholdsmessig skal sees hen til om mindre inngripende tiltak er tilstrekkelige til å ivareta formålet. Det skal også sees hen til blant annet «*inngrepets virkning for den som rammes*». Et moment i denne vurderingen er alder.¹⁴⁴

Utvalget mener på prinsipielt grunnlag at en rekke særreguleringer av ulike sider av forholdsmessighetsvurderingen som man finner i gjeldende straffeprosesslov ikke bør videreføres.¹⁴⁵ Utvalget mener at slike «*[s]kjerpede reguleringer av forholdsmessighetskravet som skjer utelukkende gjennom en*

¹⁴⁰ Strprl. § 174

¹⁴¹ Strprl. § 184 annet ledd annet punkt

¹⁴² Rt. 2004 s. 1655

¹⁴³ Prop. 135 L (2010-2011) Barn og straff s. 58-59

¹⁴⁴ NOU 2016:24 s. 313.

¹⁴⁵ NOU 2016:24 s. 313.

språklig forsterkning av de generelle krav (som «tvingende» nødvendig osv.), er vanskelig operasjonaliserbare og innebærer ikke uten videre noen virksom skranke.» Utvalget uttaler videre:¹⁴⁶

«I en del tilfeller er det vanskelig å finne presise og dekkende faste vilkår, samtidig som det er behov for kvalifisering av forholdsmessighetskravet. Utvalget legger til grunn at det er tilstrekkelig med to vilkår av denne typen. For det første kreves det i enkelte bestemmelser at metodebruken må være av «vesentlig betydning for etterforskningen». For det andre spiller enkelte bestemmelser etter utvalgets forslag på det som kan betegnes som frekvensbetraktninger med normativt innslag, ved at et tiltak bare kan tillates unntaksvis.»

Et eksempel på sistnevnte vilkår fremkommer i lovutkastet § 15-11, som er en særskilt bestemmelse om fengsling av barn. Etter denne bestemmelsen kan en mistenkt under 18 år «bare helt unntaksvis fengsles».

Utover de generelle betraktningene som er redegjort for ovenfor, inneholder forslaget ingen nærmere redegjørelse for de foreslåtte endringene i vilkårene for fengsling av barn. Særmerknadene til lovforslaget er også svært knappe.¹⁴⁷ Det er ingen redegjørelse for hvordan det foreslåtte vilkåret om at barn «bare helt unntaksvis» kan fengsles stiller seg i lys av de strenge krav som oppstilles i Grunnloven, barnekonvensjonen og EMK. Det er heller ikke noen nærmere redegjørelse for terskelen for å pågripe barn, som når skal være at et slikt inngrep må være «nødvendig». Nasjonal institusjon legger til grunn at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring i terskelen for å pågripe og fengsle barn, men dette fremgår ikke av utredningen.

Nasjonal institusjon er heller ikke ubetinget enig i utvalgets uttalelser om at skjerpede reguleringer av forholdsmessighetskravet gjennom en språklig forsterkning er «vanskelig operasjonaliserbare» og ikke innebærer noen «virksom skranke». Vi bemerker i den forbindelse at lovgiver i 2012 skjerpet kravet for fengsling av barn fra at fengsling skulle være «særlig påkrevd» til at fengsling må være «tvingende nødvendig». Dette for å synliggjøre bedre de strenge vilkår som følger av barnekonvensjonen. Vårt inntrykk er at dette nå er et godt innarbeidet begrep, og at dette i all hovedsak praktiseres i tråd med de føringer som fremgår av forarbeidene.

Etter vårt syn sikres barns menneskerettigheter best ved at de allerede innarbeidede vilkårene for pågripelse og fengsling av barn, og som Høyesterett har tatt stilling til at er i samsvar med barnekonvensjonen, videreføres. Innføring av ny terminologi kan skape grobunn for omkamper om hvor terskelen for slike inngrep overfor barn ligger. Videre kan det være en fare for at mer standardiserte begreper, slik utvalget legger opp til, etterlater enda mer skjønn til rettsanvenderne og i mindre grad

¹⁴⁶ NOU 2016:24 s. 314.

¹⁴⁷ NOU 2016:24 s. 605.

synliggjør det begrensede handlingsrom myndighetene har når det gjelder fengsling av barn både etter Grunnloven, barnekonvensjonen og EMK.

For det tilfelle at departementet ønsker å gå videre med utvalgets forslag, mener vi det i forarbeidene må tydeliggjøres at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring ved de nye vilkårene. Det bør også fremgå at vilkåret er ment å speile de strenge vilkår som oppstilles for frihetsberøvelse av barn både etter Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon støtter ikke utvalgets forslag om å innføre ny terminologi for vilkårene for pågrepelse og fengsling av barn. Vi anbefaler at gjeldende vilkår for pågrepelse og fengsling av barn, slik de fremkommer i straffeprosessloven § 174 og § 184, videreføres.
- Dersom vilkårene for pågrepelse og fengsling av barn endres, må det foretas en vurdering av de nye vilkårene opp mot Grunnloven, barnekonvensjonen og EMK.

4.2 Virkemidler for hemmelig informasjonsinnhenting

4.2.1 Tvangstiltak for å avverge straffbare handlinger

I forslaget § 14-2 går utvalget i hovedsak inn for å videreføre rettstilstanden etter någjeldende straffeprosesslov § 222d, som senest ble endret ved lov 17. juni 2016.¹⁴⁸

Forslaget innebærer at det fortsatt skal være adgang til hemmelig ransaking, romavlytting og dataavlesing i private hjem, dersom det er grunnlag for å åpne etterforskning og det er grunn til å tro at en nærmere bestemt straffbar handling vil bli begått.¹⁴⁹ Det er ikke et vilkår for tvangsmiddelbruken at det foreligger holdepunkter for at en straffbar handling er begått. Samtidig åpner bestemmelsen også for tvangsmiddelbruk hvor holdepunktene ikke utpeker det som mer nærliggende at en straffbar handling vil bli begått enn at den allerede er begått, eller hvor det samtidig foreligger mistanke om at en straffbar handling er begått og at en straffbar handling vil bli begått. Bestemmelsen er dermed også anvendelig hvor det foreligger mistanke om at en straffbar handling.

I 2016 utarbeidet Nasjonal institusjon for menneskerettigheter temarapporten *Grunnloven § 102: Hva må ikke finne sted, unntatt i hvilke tilfeller?* I rapporten behandles spørsmålet om skjult tvangsmiddelbruk i avvergende eller forebyggende øyemed, i medhold av henholdsvis straffeprosessloven § 222d og politiloven § 17d, er forenelig med husransakelsesforbudet i Grunnloven § 102, andre

¹⁴⁸ Utredningen s. 311-312; Prop 68 L (2015-2016).

¹⁴⁹ Vilkårene for å åpne etterforskning er videreført i forslaget § 13-2.

punktum. Et sentralt funn i temarapporten er at det er betydelige svakheter ved departementets utredning av forholdet til Grunnloven § 102, andre punktum, i Prop. 68 L (2015-2016), som ledet frem til lovendringen 17. juni 2016.

Hovedkonklusjonen om straffeprosessloven § 222d fremgår i rapporten på s. 42, og hitsettes her:

Husransakelsesforbudet omfatter ransakelse av steder som er private hjem. Antageligvis omfatter også forbudet romavlytting og enkelte former for dataavlesing i private hjem, uavhengig av om tiltakene gjennomføres ved innbrudd. Trolig kan Innbrudd for å iverksette romavlytting eller dataavlesing i seg selv anses som en husransakelse, men det vil kunne bero på omfanget av gjennom søkningen og den etterfølgende tvangsmiddelbruken. Dette gjelder når inngrepet skjer i avvergende øyemed etter straffeprosessloven § 222d, (...).

Hvis et myndighetsinngrep omfattes av husransakelsesforbudet, mener vi det kun er tillatt i den utstrekning det skjer «i kriminelle tilfeller». Ut fra de foreliggende rettskildene mener vi den mest nærliggende tolkningen er at det må foreligge en bestemt mistanke om at en straffbar handling av en viss alvorlighetsgrad er begått. (...) . Straffeprosessloven § 222d kan oppfylle dette kravet i den grad det foreligger saklig sammenheng mellom husransakelsen og en straffbar handling som mistenkes begått. Ut over disse tilfellene antar vi at heller ikke straffeprosessloven § 222d oppfylder vilkåret «i kriminelle tilfeller».

For den nærmere begrunnelsen viser vi til rapporten kapittel 2 og 3. Slik vi ser det har vurderingene som ligger til grunn for konklusjonen overføringsverdi til utvalgets forslag.

For å være i samsvar med Grunnloven § 102, andre punktum, må ransaking av bolig, og trolig også enkelte former for dataavlesing og romavlytting, i medhold av forslaget § 14-2, skje i saklig tilknytning til en straffbar handling som mistenkes begått. Slik tvangsmiddelbruk kan antageligvis ikke skje utelukkende basert på holdepunkter om at en straffbar handling kan bli begått.¹⁵⁰ Hva som ligger i tilknytningskravet er nærmere utredet i rapporten punkt 3.6 hvor vi går inn på forholdet mellom unntaksvilkåret i Grunnloven § 102, andre punktum, «i kriminelle tilfeller», og straffeprosessloven § 222d. Om tilknytningskravet fremgår følgende i rapporten:

Når det er mistanke om at en straffbar handling er begått, må borgerne finne seg i at politiet foretar undersøkelser i private hjem, og når det først er tilfellet, er det ikke avgjørende hensyn som taler mot at politiet som ledd i samme undersøkelse også skal kunne innhente opplys-

¹⁵⁰ Spørsmålet om hvordan «i kriminelle tilfeller» skal forstås er i senere tid behandlet av Arnfinn Bårdsen i foredrag for advokatforeningen 21. april 2017, s. 16-19. Manuset er publisert på Høyesteretts nettsider: <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Artikler-med-mer/artikler-og-foredrag-2017/grunnloven-og-overvakning/>

ninger for å avverge straffbare handlinger under oppseiling. Antageligvis er ikke § 102, andre punktum, til hinder for at en husransakelse har et todelt formål, så lenge det andre formålet er avledet av den straffbare handlingen som mistenkes begått. Dette kan også eksemplifiseres slik:

«Når det er tilstrekkelig mistanke om at ei straffbar førebuingshandling alt er gjort, og politiet går inn i eit hus for å undersøka dette, kan Grunnlova vanskeleg stå i veien for at politiet også brukar undersøkinga til å forsøka å avverja at det planlagte drapet eller ranet blir realisert.» [Husabø, utredning til metodekontrollutvalget, NOU 2009: 15, s. 417]

Adgangen til bruk av tvangsmidler i medhold av straffeprosessloven § 222d forutsetter ikke at det allerede er iverksatt etterforskning. Hvis det er forhold som gir grunnlag for å anvende tvangsmidler i medhold av straffeprosessloven § 222d, vil det samtidig kunne oppstå mistanke om at en straffbar handling er begått, typisk en straffbar forberedelseshandling. Også i disse tilfellene kan det være en saklig sammenheng mellom husransakelsen i medhold av straffeprosessloven § 222d og en mistanke om et begått lovbrudd, selv om avvergingsformålet blir mer fremtredende. (...) I og for seg kan nok også mistanke om grovt bedrageri fremstå som del av en samlet virksomhet som tar sikte på fremtidig straffbar terrorfinansiering. Det sentrale må være om det er grunnlag for at den fremtidige handlingen inngår i samme handlingskompleks eller virksomhet som den straffbare handlingen som mistenkes begått.

Som det fremgår ovenfor, må bruk av de aktuelle tvangsmidlene for å avverge en straffbar handling i medhold av forslaget § 14-2 stå i en viss saklig sammenheng med en straffbar handling som mistenkes begått. Dette tilleggskravet gjelder antageligvis kun hvor tvangsmiddelbruken innebærer et inngrep som innebærer ransaking av privat bolig, eller innebærer et tilsvarende inngrep i hjemmet.

Anbefaling:

- Departementet bør foreta en nærmere utredning av i hvilken grad tvangsmiddelbruk i medhold av straffeprosessloven § 222d er forenelig med Grunnloven § 102, andre punktum.
- For ransaking av bolig, samt romavlytting og enkelte former for dataavlesing i noens hjem, bør det oppstilles et krav om saklig tilknytning mellom en straffbar handling som mistenkes begått og den straffbare handlingen som tvangsmiddelbruken tar sikte på å avverge.

4.2.2 Dataavlesing

Ved samme lov som endret straffeprosessloven § 222d, ble det innført et nytt tvangsmiddel, *dataavlesing*, i straffeprosessloven §§ 216o – 216p. Metoden er foreslått videreført i lovutkastet § 20-4.

I årsmelding for 2016 fra Nasjonal institusjon for menneskerettigheter, er det påpekt noen potensielt problematiske sider ved utformingen av reglene om dataavlesing.¹⁵¹ En forutsetning for å kunne gripe inn i retten til privatliv etter EMK art. 8 er at inngrepet skjer «*in accordance with law*». I dette ligger det ikke bare at inngrepet må ha et rettsgrunnlag som er anerkjent i nasjonal rett. På området for hemmelig statlig overvåking gjelder særlig strenge krav til at inngrepet skal skje i henhold til lov. Herunder blir det særlig vektlagt i hvilken grad det er «safeguards» (sikkerhetsmekanismer) for å hindre misbruk og at overvåkingsmetodene ikke brukes i andre tilfeller enn hvor det er «strictly necessary» for å ivareta et legitimt formål. Ved vurderingen av sikkerhetsmekanismene legges det særlig vekt på utformingen og innholdet i rettsgrunnlaget, samt prosessuelle virkemidler og kontroll som bidrar til at myndighetsutøvelsen kun skjer i den utstrekning lovgrunnlaget tillater og er «strictly necessary».¹⁵²

Dataavlesing innebærer «*avlesing av ikke offentlig tilgjengelige opplysninger i et datasystem*». Metoden er ikke begrenset med hensyn til hvilken type informasjon som kan avleses i datasystemet. Informasjonstilgangen beror på funksjonaliteten i maskin-programvaren i det konkrete datasystemet som avleses, og hvordan politiets tekniske kapasiteter kan utnytte denne funksjonaliteten.¹⁵³ Mobiltelefoner, printere, alarm- og sikkerhetssystemer, TV-er, biler og klokker kan inneholde datasystemer som har ulik funksjonalitet og som dermed kan gi tilgang på ulike typer informasjon. Hvis systemet f.eks. har et aktivert kamera eller en mikrofon, slik mobiltelefoner eller datamaskiner kan ha, gir dataavlesing lovlig tilgang på både bilde- og lydstrømmen. Tilsvarende vil metoden også kunne gi tilgang på koordinatinformasjon fra GPS-systemer, som f.eks. finnes i biler eller treningsklokker. I tillegg kan dataavlesing blant annet gi tilgang til informasjon som ellers er lagret i datasystemet eller på en brukerkonto til en nettbasert lagringstjeneste.¹⁵⁴ Som denne eksemplifiseringen viser, er det særegne ved dataavlesing at det kan gi samme form for informasjon og samme type informasjon som en rekke av de eksisterende, men mer spesifikke tvangsmidlene i straffeprosessloven, f.eks. kommunikasjonskontroll, romavlytting, ransaking av datasystem, videoovervåking og teknisk sporing. Dataavlesing kan også gi informasjon som ikke er mulig å få tilgang på gjennom eksisterende metoder.

Reguleringen av dataavlesing skiller i utgangspunktet ikke mellom de ulike formene for informasjonstilgang. Iverksetting av dataavlesing kan f.eks. bygge på et spesifikt og strengt nødvendig behov for overvåking av kommunikasjon gjennom såkalt «key-logging». Samtidig kan tilgangen til datasystemet gi adgang til avlesing av lyd, bilde og filer. Når tillatelse til dataavlesing er gitt, begrenser i utgangs-

¹⁵¹ Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, Årsmelding 2016 Dokument 6 (2016-2017), s. 50-53. Innspillet om dataavlesing er i stor grad basert på årsmeldingen, men med enkelte utdypninger og presiseringer.

¹⁵² Se blant annet Liberty m.fl. mot UK, 1.7.2008, Kennedy mot UK, 18.5.2010, Roman Zhakarov mot Russland, 4.12.2015 og Szabó og Vissy mot Ungarn, 12.1.2016,

¹⁵³ Prop. 68 L (2015-2016) s. 224.

¹⁵⁴ Prop. 68 L (2015-2016) s. 224.

punktet ikke lovgivningen at politiet eller PST også benytter seg av den ytterligere informasjonstilgangen. Om den skal brukes beror da på politiets eller PSTs skjønn, som det ikke er gitt nærmere retningslinjer for. Det er her reglene om dataavlesing kan komme i et problematisk forhold til lovskravet i EMK art. 8.¹⁵⁵

For så vidt gjelder skjønnsutøvelse ved bruk av hemmelige overvåkningsmetoder, fremgår følgende generelle utgangspunkt i Szabó og Vissy mot Ungarn, avsnitt 65:

Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity.

Reguleringen må angi yttergrensene for skjønnsutøvelsen og gi tilstrekkelig klare føringer for hvordan skjønnnet skal utøves. Dette må ses i sammenheng med det overordnede kravet om at overvåkningslovgivning skal være særlig presist utformet.¹⁵⁶

Rotaru mot Romania gjaldt blant annet spørsmål regelverket for etterretningstjenestens innhenting, lagring og bruk av informasjon, tilfredsstilte lovskravet i EMK art. 8. I vurderingen ble det blant annet vist til følgende, jf. avsnitt 57:

No provision of domestic law, however, lays down any limits on the exercise of those powers. Thus, for instance, the aforesaid Law does not define the kind of information that may be recorded (...)

I den konkrete saken var det flere mangler ved lovverket, som til sammen ledet til at EMD konstaterte krenkelse av art. 8. Det var neppe i seg selv avgjørende at lovgivningen ikke nærmere foreskrev hvilke typer informasjon som kunne innsamles. Avgjørelsen viser likevel at fraværet av slike presiseringer har betydning i vurderingen.

I vurderingen av om overvåkningsinngrep skjer i henhold til lov, er det sentralt om og hvordan myndighetsutøvelsen er underlagt uavhengig kontroll. I Rotaru mot Romania, avsnitt 59, fremgår blant annet følgende:

In order for systems of secret surveillance to be compatible with Article 8 of the Convention, they must contain safeguards established by law which apply to the supervision of the relevant services' activities. Supervision procedures must follow the values of a democratic socie-

¹⁵⁵ Spikkeland, Katharina, *Dataavlesing og lovskravet i EMK*, foreløpig upublisert masteroppgave, juridisk fakultet, Universitet i Oslo, 2017, s. 13-32.

¹⁵⁶ Kruslin mot Frankrike, 24.4.1990, avsnitt 33.

ty as faithfully as possible, in particular the rule of law, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention. The rule of law implies, inter alia, that interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to effective supervision, which should normally be carried out by the judiciary, at least in the last resort, since judicial control affords the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure (see the Klass and Others judgment cited above, pp. 25-26, § 55).

I Roman Zhakarov mot Russland, avsnitt 270, går EMD nærmere inn på hva som må være gjenstand for kontrollorganets prøving:

Turning now to the authorisation authority's scope of review, the Court reiterates that it must be capable of verifying the existence of a reasonable suspicion against the person concerned, in particular, whether there are factual indications for suspecting that person of planning, committing or having committed criminal acts or other acts that may give rise to secret surveillance measures, such as, for example, acts endangering national security. It must also ascertain whether the requested interception meets the requirement of "necessity in a democratic society", as provided by Article 8 § 2 of the Convention, including whether it is proportionate to the legitimate aims pursued, by verifying, for example whether it is possible to achieve the aims by less restrictive means (...)

Prøvingen må blant annet innbefatte om tiltaket er forholdsmessig, herunder om det er mulig å ivareta behovet på en mindre inngripende måte. Prøvingen må derfor kunne sikre at metodebruken kun tillates i den utstrekning det er strengt nødvendig. Indirekte stiller også dette krav til lovgivningen som retten prøver på grunnlag av. Lovgivningen skiller ikke mellom de ulike inngrep dataavlesing kan gå ut på. Den legger heller ikke opp til at domstolen nærmere skal kunne begrense tillatelsen til inngrep som er strengt nødvendige, f.eks. kun avlesing av GPS-data. Sett i sammenheng med bredden i hva dataavlesingen kan innebære, begrenser lovgivningen rettens forutsetninger for å kunne vurdere hvilke inngrep som faktisk vil bli gjort, og dermed hva som er strengt nødvendig.

Til en viss grad kan etterhåndskontrollen som utføres av KK-utvalget eller EOS-utvalget kunne avhjelpe de forannevnte svakhetene ved forhåndskontrollen. Den gir blant annet mulighet for etterprøving av hvordan metodebruken ble gjennomført. Herunder kan det føres kontroll med at dataavlesing ikke har blitt brukt til å innhente informasjon i større utstrekning eller på andre måter enn det som var strengt nødvendig.

Når den regulatoriske gjennomføringen ses i sammenheng med kontrollregimet, er det neppe grunnlag for å konkludere med at dataavlesingsreglene ikke oppfyller lovskravet i EMK art. 8. Basert på momentene EMD vektlegger i sine vurderinger, mener vi likevel at regelverket kunne vært mer hensiktsmessig utformet. Dette har ikke bare en side mot gjennomføring og operasjonalisering av menneskerettslige standarder av hensyn til borgerne. Det har også en side mot politiets og PSTs mulighet

for effektivt å nyttiggjøre seg av dataavlesing som teknisk metode. På grunn av bredden i hva dataavlesing kan innbefatte er terskelen for å tillate metodebruken nødvendigvis høy. Det kan legge uheldige restriksjoner på bruken av dataavlesing som teknisk metode hvor det konkrete behovet er avgrenset, f.eks. hvor det er nødvendig kun for å avlytte samtaler.

Anbefaling:

- Lovgrunnlaget for dataavlesing bør utformes slik at det i større grad reflekterer de ulike inngrepene metoden reelt omfatter. Reguleringen bør sikre at dataavlesingen begrenses til de inngrep som er strengt nødvendige. Dataavlesing kan f.eks. knyttes opp mot eksisterende tvangsmidler, med tillegg av særreguleringer for øvrige inngrep det er strengt nødvendig at metoden gir adgang til.

5 Journalistisk kildevern og innsynsrett

5.1 Innledning

To spørsmål som særlig berører den del av samfunnets informasjonsfrihet som ivaretas av *journalister og medier* er kildevern og allmennhetens innsynsrett. Lovutvalget behandler dem i hhv. pkt. 13.4.3 og 12.4.4.

Informasjonsfriheten er en del av ytringsfriheten, og er menneskerettslig beskyttet bl.a. av GrL. § 100, EMK art. 10 og SP art. 19. Både av hensyn til tiltaltes rettssikkerhet og samfunnets informasjonsfrihet, fastslår Grunnloven § 95 og EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1 at rettergang skal være *offentlig*. Hensynene til rettssikkerhet og samfunnets informasjonsfrihet må ved spørsmål om allmenn innsynsrett vurderes opp mot det menneskerettslige personvern i GrL. § 102 og EMK art. 8.

5.2 Allmenn innsynsrett

Lovutvalget forklarer at dets «sammensetning og øvrige forutsetninger har vært til hinder for en inngående drøftelse» av spørsmålet om allmenn innsynsrett, og at dette kunne fortjene «en særskilt utredning der blant annet pressen og Datatilsynet er representert» (s. 252). Nasjonal institusjon støtter en videre utredning av innsynsspørsmål, både de som er foreslått og de som tematiserer en mulig utvidelse av allmennhetens innsynsrett.

Senere Høyesterettspraksis om innsynsrett, herunder «Legevaktkjennelsen» i Rt. 2015 s. 1467 kan tyde på at hensynet til ytringsfrihet tillegges større vekt enn tidligere i avveien mot andre hensyn.¹⁵⁷ Utvalget mener at dette generelt tilsier at «terskelen for å gi innsyn i straffesaks materiale senkes noe» (s. 251).

En bredt anlagt utredning fremstår enda viktigere nå enn da Lovutvalget skrev sin utredning. Etter den tid har EMD avsagt storkammeravgjørelse i saken *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn*.¹⁵⁸ Dommen går langt i å generalisere retten til innsyn som del av informasjonsfriheten etter EMK art. 10: «...in circumstances where access to information is instrumental for the exercise of the applicant's right to receive and impart information, its denial may constitute an interference with [article 10 ECHR]». ¹⁵⁹ Dommen ser ut til å være nettopp en slik storkammeravgjørelse som både flertallet og mindretallet i Legevaktkjennelsen etterspurte.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Nasjonal institusjon, Årsmelding 2016, s. 25.

¹⁵⁸ *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn* [EMD-2011-18030]

¹⁵⁹ Id., §155

¹⁶⁰ Rt. 2015 s. 1467, avsnittene 62 og 100-102.

I et menneskerettslig perspektiv fremstår det nærliggende med en vurdering av om allmennheten som utgangspunkt bør kunne gis innsyn også på etterforskningsstadiet, på de vilkår som er nødvendige for å ivareta hensynene til etterforskningen og til sakens opplysning. Både fra et informasjons- og offentlighetsperspektiv og fra et rettssikkerhetsperspektiv kunne man for en videre utredning se hen til den svenske ordningen, der journalister kan få tilgang til straffesaksdokumenter når tiltale tas ut. Slik offentligheten utvikler seg er det stadig viktigere å ha tidlig tilgang til informasjon. Slik innsynssituasjonen nå er regulert, har politi og påtalemyndighet et klart informasjonsfortrinn fremfor medier og allmennheten på etterforskningsstadiet, noe som kan gi en skjevhet i den tidlige, offentlige saksfremstilling.

En videre utredning av spørsmål allmenn innsynsrett på etterforskningsstadiet må se hen til både ytrings- og informasjonsfriheten, retten til en rettferdig og offentlig rettergang og personvernet.

5.3 Kildevern

5.3.1 Menneskerettslige utgangspunkter

Pressens kildevern innebærer at journalister og redaktører kan verne om sine kilder, og ikke skal måtte pålegges å forklare seg om kildenes identitet eller innholdet i de opplysninger de mottar fra kildene. Det innebærer også at beslag av upublisert materiale som kan medføre en «nedkjølende effekt» på potensielle kilders opplysningsvilje ikke kan tillates.

Enhver som arbeider journalistisk f.eks. med saker om årsaker til kriminalitet og kriminelle virkeområder er kjærkomne depoter for mulig bevismateriale i viktige terrorsaker. Kildevernet kommer derfor lett i konflikt med samfunnets straffeprosessuelle interesse i å forfølge og opplyse straffbare forhold. Kildevernet (mis)forstås tidvis som et privilegium for journalister. Begrunnelsen for vernet er imidlertid hensynet til samfunnet som helhet. Det er et vern for den delen av ytringsfriheten som kalles informasjonsfrihet – vår kollektive rett til å få høre det andre har å si. Informasjonsfriheten verner vår felles rett til å holde oss informert om de kritikkverdige eller samfunnsutfordrende forhold ingen kilder ville snakket med noen om, kildevernet tenkt borte.

Lovutvalget anser (s. 279) bestemmelser som gir forklaringsfritak til beskyttelse av kildevernet som «en sentral del av lovgivers ansvar etter Grunnloven § 100, 6. ledd for «å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale». Nasjonal institusjon er enig i dette. I tillegg til denne positive forpliktelsen til å ivareta ytringsfriheten, er kildevernet også en sentral del av den *negative* forpliktelse staten har til ikke å gripe inn i ytrings- og informasjonsfriheten slik denne følger av bl.a. Grunn-

loven § 100, EMK art. 10. Utgangspunktet er at kildevernet er en av grunnforutsetningene for pressefriheten og at kun «meget tungtveiende hensyn» kan begrunne inngrep i kildevernet.¹⁶¹

Etter EMDs praksis beror rettmessigheten av inngrep i kildevernet – slik forklaringsplikt vil innebære – på en helhetsvurdering, der den reelle effekten av innsyn i kilder eller opplysninger og det reelle behovet for beskyttelse av ytringsfriheten avveies mot hverandre. Vurderingen må gjøres konkret, men under hensyntagen til de virkningene inngrep kan ha utenfor den enkelte sak.

Det sentrale for kildevernets *omfang* er om inngrep i vernet kan ha en dempende - og derved skadelig - virkning på journalisters tilgang til kilder.¹⁶² Denne dempende effekten skal ikke bare vurderes ut fra den enkelte sak, men ut fra den virkning inngrep i kildevernet kan ha generelt.¹⁶³ I tillegg til å beskytte den enkelte kilde mot potensielt uønsket publisitet, er kildevernet særlig viktig ved sin generelle virkning: Hvis mulige kilder er usikre på om deres identitet kan avsløres dersom journalister de betror seg til stilles for retten, vil tilfanget av kilder med potensielt samfunnsviktige opplysninger skrumpe inn. Dette vil igjen ha en negativ demokratisk effekt, ved at det offentlige ordskiftet risikerer å gå glipp av sentrale opplysninger av samfunnsmessig betydning. Det kan også ha en negativ effekt for muligheten til kriminalitetsforståelse og dermed -bekjempelse, ved å vanskeliggjøre andre belysninger av årsaker og drivkrefter for f.eks. organisert kriminalitet enn det politiet oppnår gjennom overvåkning og etterforskning.

Ut over den skadelige virkningen på journalisters kildetilfang er det etter rettspraksis og teori avgjørende om det beviset kildevernet omfatter er avgjørende nødvendig for *sakens opplysning*. Dette innebærer etter teori og rettspraksis at informasjonen «ikke kan fremskaffes på annen praktikabel måte».¹⁶⁴

Når *upublisert materiale* kan avsløre mulige kilder vil opplysninger om slikt materiale være vernet.¹⁶⁵ Det har i norsk rett vært usikkert om innholdet i opplysningene og upublisert materiale generelt også

¹⁶¹ Se Goodwin mot Storbritannia [EMD-1995-28957] og Venice Commission, *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Freedom of Expression and Media* CDL-PI(2016)011, Strasbourg 2016, pkt. 7.2.

¹⁶² Rt. 2015 s. 1286, avsnitt 54.

¹⁶³ Lindahl, *Massemedienes kildevern* (2009) s. 128

¹⁶⁴ Rt. 2015 s. 1286, avsnitt 63, med henvisning til Aarli, *Massemedienes kildevern* (2015) s. 436

¹⁶⁵ Se EMDs dom 18. april 2013 Saint-Paul Luxembourg S.A. mot Luxembourg [EMD-2010-26419] og dom 16. juli 2013 Nagla mot Latvia [EMD-2010-73469].

har vern. Et slikt vern fremgår av EMDs praksis,¹⁶⁶ og er også er lagt til grunn i nyere høyesterettspraksis.¹⁶⁷

Et utviklingstrekk de senere år, er at kildevernet ikke lenger er eksklusivt forbeholdt tradisjonelle, redigerte medier og deres journalister, men også *andre aktører som driver journalistisk virksomhet*.¹⁶⁸ I 2015 la Høyesterett til grunn at vernet omfattet en dokumentarfilmskaper.¹⁶⁹

5.3.2 Vurdering av utvalgets forslag

Beslagsforbudet for kildevernet materiale i gamle strpl. § 204 er ivaretatt gjennom forslag til ny § 8-4, som oppstiller bevisforbud for kildevernede opplysninger. Kildevernet, som tidligere var beskyttet av strpl. 125 er foreslått beskyttet i ny § 9-4 om forklaringsfritak. Forslaget til § 9-4 har denne ordlyden:

(1) Ingen har forklaringsplikt om opplysninger fra fortrolig kommunikasjon i sitt journalistiske virke eller om kildene til opplysningene. Forklaringsfritaket gjelder også materiale som står i nær sammenheng med den fortrolige kommunikasjonen.

(2) Det gjelder likevel forklaringsplikt når særlige forhold unntaksvis tilsier det. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om forklaringen er nødvendig for sakens opplysning, om vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis, og journalistens arbeid og den samfunnsmessige betydningen av dette.

På overordnet nivå, mener Nasjonal institusjon at kildevernet kunne vært utredet bredere. Et perspektiv som mangler, men som har vært påpekt som viktig i flere tidligere utredninger av tilgrensede spørsmål,¹⁷⁰ er den svenske løsningen av kildevernsproblematikken. I Sverige har journalister i redigerte medier et lovpålagt kildevern, og det er ulovlig å etterforske hvem deres kilder er.¹⁷¹ Vernet er primært begrunnet i varslervern. En bedret beskyttelse av varslere er for tiden under utredning av et ekspertutvalg som skal levere sine anbefalinger 1. mars 2018. Vi er av den oppfatning at det videre lovarbeid, også det straffeprosessuelle, bør vurdere norske regler i lys av de svenske erfaringene på dette området.

¹⁶⁶ Se EMDs dom 8. desember 2005 *Nordisk Film & TV A/S mot Danmark* [[EMD-2002-40485](#)], og storkammerdom 14. september 2010 *Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland* [[EMD-2003-38224-2](#)].

¹⁶⁷ Rt. 2015 s. 1286.

¹⁶⁸ Se Rekommandasjon 30. april 2014 av Europarådets Ministerkomite.

¹⁶⁹ Rt. 2015 s. 1286, avsnitt 49.

¹⁷⁰ Se bl.a. St.meld. nr. 26 (2003-2004) s. 163 og 165, Innst.S. nr. 270 (2003-2004) s. 67, NOU 2011:12 s. 129-130, Innst. 205S (2015-2016) og Innst. 155S (2016-2017).

¹⁷¹ Tryckfrihetsgrunnlagen 3. kap. og Yttrandefrihetsgrunnlagen 2. kap., se omtale i NOU 2011:12 s. 129-130.

Nasjonal institusjon bifaller måten forslaget til § 9-4 tydeliggjør at det er kildevern som er utgangspunktet ved vurderinger av forklaringsplikt (1), og at inngrep i dette vernet fremstår som et unntak, både ved sin formulering og sin plassering i (2).

Ettersom det menneskerettslige ytringsvernet er der for å sikre den informasjonsfunksjon journalistisk virksomhet har generelt, støtter vi også lovtekstens klargjøring av at forklaringsfritaket gjelder enhver som driver journalistisk virke. Vi er enige med utvalget i at dette er avgjørende i en tid der medieutviklingen er i stadig utvikling. Slik rettspraksis har tydeliggjort hvilket omfang kildevernet har, finner vi det også positivt at man nå foreslår lovfestet at forklaringsfritaket omfatter både innholdet i, og kilden til de fortrolige opplysninger – i tillegg til materiale i nær sammenheng med det beskyttede.

Det er uklart ut fra lovteksten hvilken betydning det har for fritaksvurderingen om opplysninger består av upublisert materiale i tilknytning til fortrolige opplysninger, eller slikt materiale som verner kilders identitet. Etter rettspraksis er også upublisert materiale vernet av ytringsfriheten, men det har vært diskutert om rettskildesituasjonen tilsier en forskjell i vurderingen av forklaringsfritak for upublisert materiale generelt, og slikt materiale som kan identifisere kilder.¹⁷² I det videre lovarbeid anbefaler Nasjonal institusjon at dette spørsmålet utredes nærmere.

Vi er enige med utvalget i (s. 280) at hensynet til forutberegnelighet og ensartet praksis tilsier at lovteksten bør angi momentene som skal inngå i vurderingen av om inngrep i kildevernet likevel kan skje. Vi er mer i tvil om hvorvidt unntaksbestemmelsen i (2) – både dens innledning og dens ulike momenter – er formulert på en måte som er tydelig nok til å klargjøre de terskler og vurderingstema som er menneskerettslig relevante. Går man gjennom norske kildevernsaker, kan man få inntrykk av at forståelsen av kildevernet både i deler av påtalemakten og i rettsapparatet er ganske beskjeden. Dette taler for at skjønnsrommet for inngrep i kildevernet innsnevres via tydelige føringer i lovteksten. Uttømmende formuleringer er selvsagt umulig. Men særlig på ytringsfrihetens område er tvil om hvor grensene for hva man kan ytre seg om – og la være og ytre seg om – uheldig. Ved slik tvil kan både journalister og kilder gi seg selv «sikkerhetsmargin» som i seg selv har en nedkjølende effekt på ytrings- og informasjonsfriheten.

Det fremgår av kommentarene til § 9-4 (på s. 579) at (2) er ment som en snever unntakshjemmel «forbeholdt ekstraordinære tilfeller». Dette er søkt kommunisert i lovteksten ved formuleringen «unntaksvis», som etter kommentarene «er benyttet for å markere at vilkåret for å gjøre unntak er svært strengt, og at adgangen ikke skal benyttes hyppig». Vi stiller spørsmål om hvor godt den valgte

¹⁷² Se Rt. 2015 s. 1286, avsnittene 54-59 og *Nordisk Film & TV A/S mot Danmark* [EMD-2002-40485], *Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland* [EMD-2003-38224-2], *Nagla mot Latvia* [EMD-2010-73469], *Luxembourg S.A. mot Luxembourg* [EMD-2010-26419] og Appendiks til Recommendation No. R (2000) 7 fra Europarådets Ministerkomité artikkel 1.

ordlyd egentlig kommuniserer at unntakshjemmelen er så snever som det kommentarene – og våre menneskerettslige forpliktelser – tilsier at den skal være.

Etter EMDs og Høyesteretts praksis er det klart at inngrep i ytringsfriheten fordrer en bred helhetsvurdering, som både ser hen til virkningen av inngrep i den konkrete saken som vurderes, og også virkningen for ytringsfriheten generelt. Lovteksten bør gjenspeile at det må foretas en helhetsvurdering som også ser hen til et kildeverninngreps virkning ut over den aktuelle sak.

Formuleringen av det første vurderingsmomentet, «om forklaringen er nødvendig for sakens opplysning», fremstår språklig som et langt svakere krav enn det Høyesterett har lagt til grunn, nemlig at informasjonen forklaringen kan antas å avsløre «ikke kan fremskaffes på annen praktikabel måte».

Det er viktig «om vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis». Men det burde klargjøres av vurderingen av hva som er «vektige samfunnsinteresser» må vurderes konkret. Betydningen av dette poenget ble tydelig i Rt. 2015 s. 1286, som omhandlet bekjempelse av terror. Dette er åpenbart en svært «vektig samfunnsinteresse». Den kan likevel ikke begrunne et inngrep i kildevernet med mindre inngrepet i den aktuelle saken etter en konkret vurdering kan antas å bidra til slik bekjempelse.

5.4 Oppsummering og anbefalinger

For å Nasjonal institusjon mener forslagene til ny *kildevernbestemmelse* bedre ivaretar den menneskerettslige informasjonsfriheten ved å lovfeste kildevernet som utgangspunkt og inngrep i kildevernet som unntak; tydeliggjøre at vernet gjelder alle som driver journalistisk virksomhet og lovfeste vern også for upublisert materiale.

Anbefaling:

- Kildevernet bør utredes bredere hva gjelder menneskerettslige krav som utpenslet av EMD og Høyesterett.
- Kildevernet bør vurderes i lys av den svenske kildevernsmodellen, som bedre ivaretar informasjonsfriheten.
- Bestemmelser om inngrep i kildevernet bør formuleres på en måte som synliggjør den høye terskelen for inngrep og som overlater mindre rom for skjønn til rettsanvenderne.
- Allmennhetenes innsynsrett bør utredes bedre med utgangspunkt i nyere praksis fra EMD og Høyesterett.
- Allmennhetens innsynsrett bør vurderes i lys av de svenske innsynsreglene.

6 Påtalemyndighetens uavhengighet

6.1 Utvalgets forslag

Etter gjeldende rett har Kongen i statsråd påtalekompetanse, samt instruksjonsmyndighet over påtalemyndigheten. Utvalget påpeker at det riktignok er en fast og langvarig praksis for at politiske myndigheter avstår fra å instruere påtalemyndigheten i enkeltsaker.

I utkastet til § 2-3(2) foreslår utvalget å lovfeste at påtalemyndigheten er unndratt instruksjonsmyndighet i enkeltsaker. I utredningen på s. 201-202 foreslår utvalget videre å grunnlovfeste statsanklageprinsippet og påtalemyndighetens uavhengighet. Utvalget foreslår å gjennomføre dette ved å tilføye *uavhengig anklage* som konstitusjonell forutsetning for straff i Grunnloven § 96, i tillegg til någjeldende krav om lov og dom.

Vi oppfatter at hovedformålet med disse forslagene er å styrke vernet mot vilkårlig straffeforfølgning. Utvalget viser særlig til at uavhengighet ved behandlingen av enkeltsaker er en viktig garanti for at anklagefunksjonen kan utøves objektivt og etter strengt faglige vurderinger.

6.2 Normative standarder

Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som er rettslig bindende for Norge oppstiller ikke eksplisitte krav til påtalemyndighetens uavhengighet. Sammenlignet med straffesakens øvrige institusjonelle aktører, er påtalemyndighetens rolle i straffesaksbehandlingen, herunder dens uavhengighet, i liten grad omtalt i konvensjonsorganenes praksis. Bakgrunnen for dette er nok at påtalesfunksjonen er organisert til dels svært ulikt i forskjellige land. Bare i Europa er det grunnleggende systemiske forskjeller, hvor skillelinjene blant annet går mellom parts- og inkvisisjonsprosess, og den legislative avveiningen mellom legalitetsprinsippet og opportunitetsprinsippet. Blant europeiske land er det også ulikt om og i hvilken grad påtalemyndigheten er hierarkisk underlagt den utøvende makts instruksjonsmyndighet.¹⁷³ En annen grunn til at påtalemyndigheten i liten grad er omhandlet i rettslig bindende menneskerettighetsinstrumenter er sammenhengen med domstolkontrollen, som innebærer en uavhengig prøving av påtalemyndighetens kjernevirksomhet. Det er likevel klart at påtalemyndigheten spiller en helt sentral rolle for gjennomføringen av grunnleggende rettigheter som kan aktualiseres ved straffeforfølgning, blant annet retten til rettferdig rettergang og forbudet mot tortur.¹⁷⁴

Påtalemyndighetens uavhengighet er omtalt i internasjonale standarder for påtalemyndighetenes virksomhet. Standardene er ikke rettslig bindende for Norge, men reflekterer omforente prinsipper

¹⁷³ Venice Commission, *Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – the Prosecution Service*, Strasbourg 2011, s. 6-7.

¹⁷⁴ UNODC, *The Status and Role of Prosecutors*, Criminal Justice Handbook Series, New York 2014, s. 2.

for påtalemyndighetens virksomhet som vel kan karakteriseres som *soft law*. Felles for standardene er at de utspringer fra grunnidealene om rettferdig rettergang og *rule of law*. Det generelle konseptet om uavhengig påtale kan formuleres slik:¹⁷⁵

Prosecutorial independence refers to individuals as well as institutions. (...) On the other hand, prosecutorial independence should also underpin the institutional and operational arrangements that the State must establish to enable prosecutors to exercise their responsibilities properly and impartially. This means that protecting the prosecution of a case from political influence or other interference must be assured by the authority and independence of the prosecution service to which the prosecutor belongs and must be guaranteed by government.

Utvalgets forslag handler om påtalemyndighetens institusjonelle uavhengighet, og det er også denne formen for uavhengighet vi omtaler i det følgende.

FNs kongress 27. august til 7. september 1990, om kriminalitetsbekjempelse og behandlingen av lovbrøyttere, vedtok *Guidelines on the Role of Prosecutors* («Havana Guidelines»)¹⁷⁶. Formålet med retningslinjene er formulert slik i fortalens siste avsnitt:

The Guidelines set forth below, which have been formulated to assist Member States in their tasks of securing and promoting the effectiveness, impartiality and fairness of prosecutors in criminal proceedings, should be respected and taken into account by Governments within the framework of their national legislation and practice, and should be brought to the attention of prosecutors, as well as other persons, such as judges, lawyers, members of the executive and the legislature and the public in general. The present Guidelines have been formulated principally with public prosecutors in mind, but they apply equally, as appropriate, to prosecutors appointed on an ad hoc basis.

Retningslinjene tar opp temaer som berører påtalemyndighetens uavhengighet. I retningslinjene punkt 13, bokstav a, heter det at påtalemyndighetene skal «*Carry out their functions impartially (...)*». I samme punkt, bokstav b, oppstilles krav om at påtalemyndigheten skal «*act with objectivity*». I punkt 14 fremgår det videre at en påtalemyndigheten ikke skal initiere eller fortsette straffeforfølgningen, og stanse forfølgningen, dersom en «*impartial investigation*» viser at det ikke er grunnlag for anklagen.

For så vidt gjelder eksplisitte krav om uavhengighet, oppstiller Havana Guidelines krav om at påtalemyndighetene skal være «*strictly separated from judicial functions*», jf. punkt 10. Retningslinjene

¹⁷⁵ UNODC, *The Status and Role of Prosecutors*, Criminal Justice Handbook Series, New York 2014, s. 3.

¹⁷⁶ United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, *Guidelines on the Role of Prosecutors*, Havana 27. august til 7. september 1990.

oppstiller ikke krav om uavhengighet fra den utøvende makt. Som forannevnte punkt 13 og 14 viser, skal påtalemyndigheten likevel være upartisk og objektiv ved behandlingen av enkeltsaker, noe som etter omstendighetene kan forandre uavhengighet fra politisk styring.

International Association of Prosecutors (IAP) ble etablert i 1995 ved FNs kontorer i Wien.¹⁷⁷ IAP har blant annet utviklet retningslinjene *IAP Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors* («IAP-standardene») som angir prinsipper for påtalevirksomhet. Ved resolusjon i 2008 av FNs Commision on Crime Prevention and Criminal Justice, ble IAP-standardene anerkjent som komplementære til Havana Guidelines.¹⁷⁸ IAP-standardene er langt på vei tilsvarende som Havana Guidelines, særlig om upartiskhet og objektivitet, men de går lenger i å stille eksplisitte krav til uavhengighet. I punkt 1, om *Professional Conduct*, fremgår det i sjetten avsnitt at påtalemyndighetene skal «*strive to be, and to be seen to be, consistent, independent and impartial*»;». Her oppstilles en innsatsplikt for at påtalemyndigheten ikke bare skal være uavhengig, men også fremstå uavhengig i sitt virke. Punkt 2 i IAP-standardene omhandler uavhengighet særskilt, og hitsettes i sin helhet:

2.1 The use of prosecutorial discretion, when permitted in a particular jurisdiction, should be exercised independently and be free from political interference.

2.2 If non-prosecutorial authorities have the right to give general or specific instructions to prosecutors, such instructions should be:

- *transparent;*
- *consistent with lawful authority;*
- *subject to established guidelines to safeguard the actuality and the perception of prosecutorial independence.*

2.3 Any right of non-prosecutorial authorities to direct the institution of proceedings or to stop legally instituted proceedings should be exercised in similar fashion.

I gjeldende norsk straffeprosess og utvalgets forslag, utgjør opportunitetsprinsippet en betydelig begrensning i straffeforfølgningsplikten (legalitetsprinsippet). Påtalemyndigheten har til dels utstrakt skjønnsmessig kompetanse til å avstå fra konvensjonell straffeforfølgning, selv om de rettslige og faktiske vilkårene for straffeforfølgning er oppfylt. I forslaget til ny straffeprosesslov er det også en-

¹⁷⁷ UNODC, *The Status and Role of Prosecutors*, Criminal Justice Handbook Series, New York 2014, s. 3.

¹⁷⁸ CCPCJ, res. 17/2, 2008.

kelte nyvinninger som medfører økt skjønnsmessig kompetanse for påtalemyndigheten, blant annet ordningen med straffetilsagn, og at retten i utgangspunktet ikke skal dømme strengere enn påtalemyndighetens straffepåstand. IAP-standardene foreskriver at denne type skjønnsutøvelse bør være uavhengig og uten politisk påvirkning. Hvis andre myndigheter har adgang til å instruere påtalemyndigheten i enkeltsaker, følger det av IAP-standardene at det bør oppstilles prosessuelle krav som ivaretar åpenhet og legalitet, samt retningslinjer som samtidig ivaretar uavhengighet.

På regionalt nivå har Europarådets ministerkomite utarbeidet Rec(2000)19 om *the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System*. Anbefalingen gir ikke føringer for om påtalemyndigheten bør være uavhengig fra den utøvende makt eller ikke, men likestiller de to systemene og oppstiller alternative anbefalinger. Bakgrunnen for dette fremgår i kommentarene til Rec(2000)19.¹⁷⁹

Legal Europe is divided on this key issue between the systems under which the public prosecutor enjoys complete independence from parliament and government and those where it is subordinate to one or other of these authorities while still enjoying some degree of scope for independent action.

Inasmuch as this is an institutional question - concerned with the fundamental distribution of power in the state - and currently, in many countries, a key factor in internal reforms occasioned either by changes in the historic context or by the existence of problems in the relationship between justice and politics, the very notion of European harmonisation around a single concept seemed premature.

Da anbefalingen ble gitt var praksis blant europeiske stater sprikende, og det var derfor ikke grunnlag i europeisk statspraksis for å anbefale den ene modellen foran den andre. Selv om praksis fortsatt er sprikende, er det i sammenhengen grunn til å nevne at utviklingstendensen går i retning av at påtalemyndigheten blir mer uavhengig, noe som på sikt kan danne grunnlag for europeisk harmonisering.¹⁸⁰

Rec(2000)19 punkt 13 omhandler tilfellet hvor «*the public prosecution is part of or subordinate to the government*», og angir nærmere retningslinjer i påfølgende bostav a-f. Disse svarer i hovedsak til IAP-standardene, punkt 2.2 og 2.3, sitert ovenfor, men er noe mer detaljerte. For så vidt gjelder instruks i enkeltsaker, fremgår følgende i bokstav d og e:

¹⁷⁹ Rec(2000)19 Explanatory Memorandum, s. 11.

¹⁸⁰ Venice Commission, *Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – the Prosecution Service*, Strasbourg 2011, s. 16.

d. where the government has the power to give instructions to prosecute a specific case, such instructions must carry with them adequate guarantees that transparency and equity are respected in accordance with national law, the government being under a duty, for example:

– to seek prior written advice from either the competent public prosecutor or the body that is carrying out the public prosecution;

– duly to explain its written instructions, especially when they deviate from the public prosecutor's advices and to transmit them through the hierarchical channels;

– to see to it that, before the trial, the advice and the instructions become part of the file so that the other parties may take cognisance of it and make comments;

e. public prosecutors remain free to submit to the court any legal arguments of their choice, even where they are under a duty to reflect in writing the instructions received;

Her følger det blant annet at det bør sikres at instruksjoner bygger på og iakttar råd fra påtalemyndigheten. Instruksene bør også være åpne og begrunnede. Videre bør det ikke kunne instrueres i lovanvendelsesspørsmål i rettergang. Instruks om ikke å påtale straffbare handlinger står i en særstilling i anbefalingen, jf. bokstav f, hvor det innledningsvis fremgår at «*instructions not to prosecute in a specific case should, in principle, be prohibited.*». Selv om anbefalingen aksepterer at påtalemyndighetene kan være hierarkisk underlagt den utøvende makt, følger det av de forannevnte prinsippene at instruksjonsmyndigheten ikke bør gjelde uavkortet. Utøvelse av instruksjonsmyndighet bør oppfylle visse prosessuelle krav om åpenhet og begrunnelse, og instruksjonsmyndigheten bør materielt avgrenses mot visse avgjørelser.

Hvis påtalemyndigheten er uavhengig, følger det av anbefalingen punkt 14 at uavhengigheten bør være nærmere fastsatt i lov.

At det er gitt alternative anbefalinger for de to modellene, innebærer forutsetningsvis at det bør tas klart legislativt stilling til om påtalemyndigheten skal være uavhengig eller ikke, herunder hvordan kompetanseforhold og eventuell instruksjonsmyndighet skal innrettes.

Venezia-kommisjonen utarbeidet i 2011 *Report on European Standards as Regards the Independence of the Judicial System: Part II – the Prosecution Service*. Rapporten gir en beskrivelse av europeisk praksis og internasjonale standarder om påtalemyndighetens virksomhet, samt anbefalinger for å sikre

påtalemyndigheten mot illegitim ytre påvirkning. I konklusjonen oppsummerer kommisjonen sitt hovedsyn på påtalemyndighetenes uavhengighet slik:¹⁸¹

The 'independence' of prosecutors is not of the same nature as the independence of judges. While there is a general tendency to provide for more independence of the prosecution system, there is no common standard that would call for it. Independence or autonomy are not ends in themselves and should be justified in each case by reference to the objectives sought to be attained.

Etter vårt syn er dette en dekkende oppsummering av internasjonale standarder på området. I hvilken grad påtalemyndigheten skal være uavhengig, bør fastsettes på grunnlag av hvilke målsetninger man derigjennom tar sikte på å oppnå. De forannevnte internasjonale standardene oppstiller gjennomgående krav til upartiskhet og objektivitet. Som det fremgår ovenfor, kan dette sikres på flere måter, blant annet ved prosessuelle regler og materielle begrensninger i instruksjonsmyndigheten.

6.3 Oppsummering og anbefaling

Norge har neppe en menneskerettslig forpliktelse til å innrette påtalemyndigheten slik utvalget foreslår. Internasjonale soft law-standarder er heller ikke entydige med hensyn til om påtalemyndigheten bør være institusjonelt uavhengig eller i så fall hvordan. Nasjonal institusjon ser det derfor ikke som sin rolle å ta standpunkt til om utvalgets forslag bør tas til følge, eventuelt om dagens ordning bør videreføres, dette hører til den politiske beslutningssfæren. Det som likevel kan utledes fra internasjonale standarder er at det bør tas et klart legislativt standpunkt til valg av modell, og at sentrale sider av forholdet mellom påtalemyndighet og den utøvende makt bør reguleres nærmere, særlig utøvelse av eventuell instruksjonsmyndighet.

Anbefaling:

- Nasjonal institusjon anbefaler at departementet utreder utvalgets forslag om uavhengig påtale, herunder hvordan forholdet til den utøvende makt bør reguleres.
- Det bør tas et klart legislativt standpunkt til valg av modell, og sentrale sider av forholdet mellom påtalemyndighet og den utøvende makt bør reguleres nærmere, særlig utøvelse av eventuell instruksjonsmyndighet.

¹⁸¹ Venice Commission, *Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – the Prosecution Service*, Strasbourg 2011, s. 16.

Vennlig hilsen

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

Petter F. Wille

Direktør

Oslo, 6. juni 2017