



Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 16/7600 ES AIK/SRY  
Vår ref.: 243151

Dato: 13. juni 2017

## **Høring – NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov**

### **1. INNLEDNING**

Vi viser til departementets høringsbrev av 5.12.2016 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for strafferett og straffeprosess og bistandsadvokatutvalget. Lovutvalget for strafferett og straffeprosess består av Halvard Helle (leder), Thomas Horn, René Ibsen, Knut Rognlien, Nicolai V. Skjerdal, Lorentz Stavrum, Frode Sulland, Inger Marie Sunde. Bistandsadvokatutvalget består av Hege Salomon (leder), Morten Engesbak, Sjak R. Haaheim, Kristin Fagerheim Hammervik, Karoline Henriksen, Cecilie Schjatvet, Birgit Vinnes og Erik Widerøe.

Under følger Advokatforeningens høringsuttalelse. En innholdsfortegnelse er for oversiktens skyld tatt inn i slutten av dokumentet.

## 2. OVERORDNEDE MERKNADER

### 2.1 Innledning

Advokatforeningen støtter forslaget til ny straffeprosesslov. Utredningen og lovforslaget bærer preg av et godt og prinsipielt arbeid, og oppdateringen av dagens straffeprosesslov, som er helt nødvendig, blir totalt sett godt ivaretatt ved dette forslaget.

Selv om helhetsinntrykket er godt, mener Advokatforeningen at forslaget på enkelte punkter har *vesentlig* forbedringspotensial. Et sentralt punkt er at forslaget har menneskerettslige mangler. Enkelte rettigheter som en siktet har under straffeforfølgningen etter EMK artikkel 6 er ikke nevnt i loven. Andre rettigheter *tolker* utvalget bort – med dårlig dekning i rettskildene. Med tanke på den korte tiden som utvalget hadde til disposisjon er det forståelig at ikke alle menneskerettslige krav er tatt med. Men dette understreker viktigheten av at departementet tar en grundig gjennomgang av dette for å sikre at menneskerettighetene blir tilstrekkelig ivaretatt og reflektert i en ny straffeprosesslov. Advokatforeningen vil her peke på muligheten for at dette arbeidet løftes ut av departementet, og for eksempel tas hånd om av Nasjonal institusjon for menneskerettigheter, som bør være særlig egnet til en slik gjennomgang.

En annen sentral innvending er at forslaget gjennomgående legger opp til unødvendig skjønnspregede vilkår. Dette er uheldig fordi det svekker forutberegnelighet og gir påtalemyndigheten og domstolene et unødig stort spillerom på siktedes bekostning. Det kan særlig vises til kapittel 6 om innsyn og kapittel 14 om tvangstiltak.

Advokatforeningen er videre helt uenig i forslaget om ankesiling i alle straffesaker, til forskjell fra dagens regler hvor tiltalte i saker med strafferamme over 6 år har ubetinget ankerett. Dette er et forslag som Advokatforeningen ser som svært problematisk, ettersom overprøving er en fundamental rettssikkerhetsgaranti – og å frata denne i de mest alvorlige sakene i vårt rettssystem er noe Advokatforeningen vil advare mot. Ankesiling vil ofte ikke tilfredsstille kravene i SP og EMK til full og reell overprøving, særlig når parts- eller vitneforklaringer er avgjørende for resultatet – se nærmere i punkt 3.30.1. En slik omfattende ankesiling vil dessuten kunne legge beslag på store ressurser i landets lagmannsretter, og ikke minst for partene, både for aktor og forsvarer.

Et annet forslag Advokatforeningen stiller seg svært kritisk til er at retten skal ha tilgang til alle sakens dokumenter, både under saksforberedelsen og under hovedforhandlingen. Dette bryter helt grunnleggende med muntlighetsprinsippet og innebærer en stor risiko for at dommerne påvirkes, bevisst eller ubevisst, av bevis som ikke skal føres. Se nærmere om dette i punkt 3.26.1

Videre er forslaget om at vitneforklaringer skal tas opp på video ved behandlingen i tingretten i utgangspunktet godt – men Advokatforeningen er kritisk til at det legges opp til omfattende gjenbruk av slike vitneforklaringer i ankeforhandlinger, noe som kan svekke siktedes reelle mulighet for overprøving særlig av skyldspørsmålet. Se nærmere i punkt 3.10.4.

Innledningsvis vil vi knytte noen ytterligere bemerkninger til det (manglende) menneskerettslige perspektivet. Vi kommer nærmere tilbake til de konkrete innvendingene under merknadene til de enkelte kapitler og paragrafer i punkt 3. Avslutningsvis er det et eget punkt om hvordan barns rettigheter under straffeprosessen er ivaretatt i forslaget, se punkt 3.34.

### 2.2 Utkastet har menneskerettslige mangler

Det er ikke mulig å gi en detaljert gjennomgang av alle de spørsmål om forholdet til menneskerettighetene som lovforslaget reiser. Som kjent er de internasjonale menneskerettighetskonvensjonenes vern om retten til en rettferdig rettergang i dag meget velutviklet, omfattende og detaljert, særlig gjennom EMK og EMDs praksis. I denne gjennomgangen gis det derfor

kun noen overordnede bemerkninger, og det er ikke tale om en uttømmende oversikt over mulige problemstillinger. En mer systematisk gjennomgang og vurdering opp mot menneskerettighetene vil helt sikkert reise en rekke ytterligere spørsmål.

Det er i det alt vesentlige en sammenligning med kravene som følger av EMK og praksis fra EMD som gjennomgangen baseres på. Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser danner også skranker, men det er nok riktig som utvalget sier at *"med få unntak"* er det – i alle fall i dag – slik at *"konvensjonsforpliktelsene rekker lenger eller i alle fall lettere lar seg fastslå"*.<sup>1</sup> Menneskerettighetene i Grunnloven tas derfor ikke opp særskilt her.

I kapittel 5 drøfter utvalget Grunnlovens og folkerettens skranker og føringer, samt hovedprinsipper og grunnleggende hensyn i straffeprosessen. Innledningsvis refereres mandatet hvor det heter:<sup>2</sup>

*"En ny straffeprosesslov må utformes slik at de forpliktelser som følger av menneskerettighetene ivaretas og gjennomgående reflekteres i loven."*

Videre uttaler utvalget selv at *"det er en selvsagt ambisjon at utvalgets arbeid skal være forenlig med de overordnede rettsnormer som gjelder"*.<sup>3</sup>

EMK er en slik overordnet norm, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Ved motstrid går EMKs rettigheter i utgangspunktet foran; helt klart er dette når motstriden er ubevisst. Mer omdiskutert er situasjonen hvor motstriden er bevisst. Uansett kan det derfor ikke utelukkes at det vil oppstå uklarhet dersom etterfølgende lovgivning gjennom sin ordlyd åpenbart innskrenker de konvensjonsbaserte rettighetene, jf. at det også er klart at lovgiver kan endre menneskerettsloven ved alminnelig lovvedtak. Og uansett er det uheldig og gir en unødig komplisert lovregulering dersom ordlyden i den nye loven står i motstrid med konvensjonsrettighetene, slik de for eksempel er utpenslet gjennom EMDs praksis, eventuelt at lovteksten tilsynelatende gir politi, påtalemyndighet og domstoler større spillerom enn det menneskerettighetene tillater.

Advokatforeningens overordnede gjennomgang viser at det er behov for en grundig og systematisk gjennomgang og vurdering av om menneskerettighetene – slik mandatet ber om – gjennomgående reflekterer de forpliktelsene som følger av traktater Norge er bundet av. Viktige straffeprosessuelle rettigheter i barnekonvensjonen er ikke drøftet eller hensyntatt. Drøftelsen i utredningens kapittel 5 for øvrig er svært overordnet. Også ellers er EMK bare trukket inn i utredningen på enkelte punkter, og noen bestemmelser reflekterer EMK-rettighetene på en ufullstendig måte, se punkt 3.3.1. Utvalget velger i alle fall på ett sentralt punkt å foreslå at grunnleggende rettigheter innskrenkes i forhold til gjeldende rett, jf. forslaget om at foretak ikke lenger skal være beskyttet mot tvungen selvinkriminering,<sup>4</sup> se nærmere i punkt 3.3.2.

Samlet sett er det Advokatforeningens oppfatning at det må foretas en grundig og systematisk gjennomgang av lovforslaget for å sikre at ordlyden i de enkelte bestemmelser fullt ut ivaretar og reflekterer menneskerettighetene.

<sup>1</sup> NOU 2016:24, pkt. 5.2.3 (på s. 313, venstre spalte)

<sup>2</sup> NOU 2016:24, pkt. 5.1 (på s. 129, venstre spalte)

<sup>3</sup> NOU 2016:24, pkt. 5.2 (på s. 129, høyre spalte)

<sup>4</sup> NOU 2016:24 pkt. 9.3.5 (på s. 207 flg.)

### 3. KOMMENTARER TIL DE ENKELTE KAPITLER OG BESTEMMELSER

#### 3.1 Kapittel 1. Lovens virkeområde og forhold til folkeretten

##### 3.1.1 Overordnet

Advokatforeningen mener at loven bør ha en *formålsbestemmelse*. Dette finnes i dag i tvisteloven § 1-1, og det er enda større grunn til å ha en slik bestemmelse i ny straffeprosesslov. Det vil være nyttig å avklare at formålet med loven er å sikre en rettferdig og offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler innen rimelig tid. Det bør fremheves særskilt at loven er ment å sikre ivaretagelse av de rettigheter som følger av menneskerettighetene – samtidig som samfunnets krav til en effektiv strafferettspleie ivaretas innenfor disse rammene.

##### 3.1.2 Kommentarer til § 1-2

Utvalget foreslår å avvikle ordningen med sektormonisme på straffeprosessens område.<sup>5</sup> Folkeretten skal altså ikke lenger få forrang, annet enn for så vidt gjelder regler om "immunitet og jurisdiksjon". I lys av menneskerettslovens generelle virkeområde er dette naturlig, men medfører etter Advokatforeningens syn et særlig behov for presisjon i lovteksten slik at man sikrer at ordlyden i den nye lovens enkelte bestemmelser er i overensstemmelse med Norges konvensjonsforpliktelser. Mandatets overordnede føring om at "*de forpliktelser som følger av menneskerettighetene .... gjennomgående reflekteres i loven*" blir altså særlig viktig.

Advokatforeningen har også forståelse for utvalgets synspunkt om at det *i teorien* kan være vanskelig å overskue alle konsekvenser av en regel om sektormonisme (selv om regelen i praksis aldri har bydd på problemer i så måte). Advokatforeningen vil likevel understreke at hverken loven eller forarbeidene må utformes på en slik måte at det alminnelige *presumsjonsprinsippet* undergraves. Det bør tvert om fremheves – i det minste i forarbeidene – at presumsjonsprinsippet *står særlig sterkt på straffeprosessens område*, slik det den någjeldende regelen om sektormonisme også er et uttrykk for.

#### 3.2 Kapittel 2. Påtalemyndigheten

##### 3.2.1 Kommentarer til § 2-2

Forslaget innebærer en oversikt over påtalemyndighetens oppgaver i straffeforfølgningen. Advokatforeningen mener det er uheldig når det i første ledd slås fast at "*[s]om ledd i forfølgningen skal påtalemyndigheten*" foreta ulike handlinger, herunder "*b) beslutte og fremsette begjæring om tvangstiltak*". Skal bestemmelsen tas på ordet innebærer den en plikt for påtalemyndigheten å benytte seg av tvangsmidler i etterforskningen. Advokatforeningen foreslår istedenfor at ordet "skal" benyttes ut med "kan", slik at det fremkommer tydelig at de oppregnede handlingene i a til e – og særlig bruk av tvangsmidler – ikke er plikter for påtalemyndigheten under straffeforfølgningen.

##### 3.2.2 Kommentarer til § 2-4

Bestemmelsen fastslår at "*Riksadvokaten leder påtalemyndigheten ...*". Dette innebærer at någjeldende ordning med Kongen i Statsråd som formell leder av påtalemyndigheten oppheves. Advokatforeningen er enig i forslaget, og kan slutte seg til begrunnelsen som er gitt på side 184-186. Det knytter seg klare betenkeligheter til at spørsmålet om å ilegge samfunnets mest inngripende reaksjon – straff – skal kunne være undergitt politisk styring. Når adgangen i praksis heller ikke blir brukt, kan ikke Advokatforeningen se at det foreligger noen tungtveiende argumenter for å opprettholde dagens ordning.

---

<sup>5</sup> NOU 2016:24 pkt. 7.2 (på s. 182-183)

### **3.2.3    *Kommentarer til § 2-8***

Henvisningen til domstoloven § 106 bør utvides til å gjelde hele bestemmelsen, med unntak av alternativet å ha handlet for påtalemyndigheten i nr. 6. Derved vil enhver som har handlet i saken for fornærmede (eller en annen part), være inhabil som etterforsker.

Dette vil ikke være til hinder for at påtalemyndigheten knytter til seg personer med ansettelsesforhold i for eksempel Skatteetaten for å bistå i en etterforskning, men det vil være til hinder for at den som har vært saksbehandler i Skatteetaten – og gjerne stått bak anmeldelsen – kan sitte på innsiden av etterforskningen og forstyrre den objektive sannhetssøken.

Dette vil også være best i tråd med prinsippet om påtalemyndighetens uavhengighet, som styrkes i dette lovutkastet. Påtalemyndighetens tjenestemenn kan ikke instrueres politisk, mens dette ikke er tilfellet for statstjenestemenn i andre etater.

### **3.2.4    *Kommentarer til § 2-11***

Bestemmelsen innebærer en utvidelse av politiets påtalekompetanse for straffbare forhold som kan straffes med fengsel, fra inntil 1 år til inntil 2 år. Selv om i det i gjeldende § 67 annet ledd er en rekke unntak fra 1-årsgrensen for politiet, innebærer forslaget en utvidelse for en rekke lovbrudd, se oppregningen på side 198 i utredningen.

Advokatforeningen ser at dette gir en retts teknisk enklere regel, ettersom det i dag er en mengde unntak i § 67 annet ledd. Selv om foreningen i utgangspunktet er skeptisk til en slik utvidelse av politiets påtalekompetanse, ser vi at forslaget er balansert sammenliknet med forslag som tidligere har vært drøftet om utvidelse til både 3 og 6 år. Advokatforeningen forutsetter likevel at dersom dette skal gjennomføres må utvidelsen ledsages av en reell faglig oppfølging fra statsadvokatembetet, noe som riktignok er forutsatt i utkastets § 2-5 tredje ledd – men som må gjennomføres også i praksis.

### **3.2.5    *Kommentarer til § 2-12***

Advokatforeningen mener at adgangen for ikke-jurister i politiet til å møte for domstolene er gått ut på dato og bør fjernes. Den benyttes ikke, og er historisk sett begrunnet av reiseavstander ol. som kunne gjøre det aktuelt at lensmannen møtte i retten i unntakstilfeller. Nå har man mange flere påtalejurister og domstolene er i stor grad sentralisert slik at de ligger i nærheten av der politijuristene er stasjonert.

### **3.2.6    *Kommentarer til grunnlovsforslaget***

Utvalget foreslår å grunnlovsfeste anklageprinsippet i Grunnloven § 96. Advokatforeningen slutter seg til forslaget. Grunnlovsfesting av prinsippet om uavhengig anklage vil sikre politisk uavhengighet i enkeltsaker for påtalemyndigheten på lang sikt, noe som er særlig viktig i dagens globalpolitiske klima, hvor rettsstaten blir utfordret oftere og oftere – også i land vi liker å sammenlikne oss med.

## **3.3    *Kapittel 3. Mistenkte og forsvareren***

### **3.3.1    *Kommentarer til § 3-1***

Bestemmelsen gir en oversikt over mistenktes rettigheter under straffeforfølgingen. Oppstillingen ligner på den man finner i EMK artikkel 6 annet og tredje ledd, men fremstår som mangelfull i forhold til denne. Det er uklart hvorfor ikke alle rettigheter som er sikret i EMK artikkel 6 også er gjengitt i § 3-1. Selv om

bestemmelsen er gitt av "pedagogiske grunner"<sup>6</sup> og "ikke er ment å være uttømmende"<sup>7</sup> fremstår det som forvirrende at ikke alle grunnleggende rettigheter som er direkte nevnt i EMK artikkel 6 annet og tredje ledd er nevnt. Dette forsterkes av at lovutkastet § 3-1 også bruker til dels andre – og mindre krevende – formuleringer enn i EMK artikkel 6, og dermed tilsynelatende ivaretar siktedes rettigheter på en dårligere måte:

- *Vedr. bokstav b:* Mistenkte skal etter utkastet bli gjort kjent med mistanken og "hva saken gjelder". I EMK artikkel 6 tredje ledd bokstav a understrekes det at slik underretning skal gis "straks" og "i et språk han forstår og i enkeltheter". Disse mer detaljerte kravene presiseres heller ikke i *lovutkastet § 10-4*. EMK artikkel 6 tredje ledd bokstav a krever også at "grunnen til siktelsen mot ham" skal opplyses – en formulering som er mer presis enn "hva saken gjelder", og som mer konkret sikrer at siktede får opplysninger som er nødvendig for å forberede forsvaret. Loven bør her følge EMKs ordlyd.
- *Vedr. bokstav e:* Mistenkte skal etter utkastet ha rett til å "imøtegå bevis og anføre omstendigheter til sin fordel ...". Dette fremstår som snevrere enn etter EMK artikkel 6 tredje ledd bokstav d hvoretter siktede har rett til å "avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham, og få innkalt og avhørt vitner på hans vegne under samme vilkår som vitner ført mot ham". Formuleringen i utkastet til § 3-1 kan – særlig når den sammenholdes med EMK – indikere at loven ikke fullt ut tar sikte på å garantere "equality of arms" og at siktede settes i en underlegen stilling i forhold til påtalemyndigheten når det gjelder mulighetene til å føre bevis. Dette til tross for at utvalget i sine konkrete vurderinger tvert om går inn for å styrke retten til kontradiksjon.<sup>8</sup> Ordlyden i § 3-1 bør endres slik at den reflektere dette.

Det er i tillegg noen grunnleggende rettigheter som ikke listes opp i lovutkastet § 3-1. Dette kan – særlig når lovutkastet sammenholdes med EMK artikkel 6 – indikere at de utelatte rettighetene vurderes som mindre viktige. Advokatforeningen peker særlig på følgende:

- Retten til å få tilstrekkelig tid og muligheter til å forberede sitt forsvar, jf. EMK artikkel 6 tredje ledd bokstav b. Dette er en viktig rettighet som har en rekke konkrete konsekvenser for straffeprosessen. Så vidt vi kan se er heller ikke denne rettigheten nevnt noe annet sted i lovforslaget, slik at den synes å være helt utelatt fra lovforslaget.
- Retten til å bli underrettet i et språk han forstår og rett til vederlagsfri tolkebistand, se EMK artikkel 6 tredje ledd bokstav a og e. Domstolsloven inneholder rett nok regler om tolking, men det hadde vært naturlig å fremheve retten til meddelelser på språk siktede forstår og retten til tolk i en slik generell oversikt som i utkastet § 3-1. Kravet om meddelelse av siktelse på et språk vedkommende forstår er helt grunnleggende og retten til tolkebistand gjelder generelt i forbindelse med straffesaken.<sup>9</sup> Disse rettighetene er heller ikke tatt inn andre steder i lovforslaget, slik at disse synes å være helt utelatt fra forslaget til ny lov.

Advokatforeningen mener at *lovutkastet § 3-1* må skrives om slik at det reflekterer på en dekkende måte de grunnleggende straffeprosessuelle rettighetene som sikres i EMK artikkel 6. Det samme gjelder de lovbestemmelsene det vises til når ordlyden ikke gir en dekkende beskrivelse av rettigheten, slik som angitt ovenfor. Videre mener Advokatforeningen at rettigheten til meddelelser på språk som siktede forstår og retten til vederlagsfri tolking gjennom hele straffesaken må sikres i ny straffeprosesslov.

<sup>6</sup> NOU 2016:24 s. 551.

<sup>7</sup> Samme sted som note 7.

<sup>8</sup> Se NOU 2016:24, pkt. 13,5

<sup>9</sup> Se Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017) s. 708.

Videre innebærer bestemmelsen at man går bort fra "siktete" som begrep og koblingsord. Begrunnelsen bak dette er dels at begrepet i dag brukes i ulike betydninger i loven – i både snever og vid forstand – noe som kan være forvirrende. Videre begrunnes det med at en ny straffeprosesslov ikke bør gi dårligere rettigheter enn det som følger av minstekravene i EMK artikkel 6 ettersom det kan medføre en uoversiktlig situasjon om man etter straffeprosessloven bare regnes som "mistenkt", men som "charged" etter EMK artikkel 6, og at man derfor skal ha rettighetene til en som er "siktet". I tillegg er forslaget begrunnet med at en del mistenkte i dag har behov for det sterke vern som følger av stillingen som "siktet", blant annet vern mot omgjøring av henleggelse, erstatning for uberettiget forfølgning mv.

Advokatforeningen er enig i at dette er gode argumenter for å oppheve "siktete" som begrep i en ny straffeprosesslov. Det synes også å innebære en utvidelse av rettighetene for mistenkte og en styrking av mistenktes rettssikkerhet. Det er imidlertid visse betenkeligheter ved forslaget som ikke er drøftet i utredningen: For det første kan en slik opphevelse gjøre det mer belastende enn tidligere å bli mistenkt i en straffesak. Når det ikke lenger er noen gradering av mistenktes status, får en uskyldig mistenkt samme status som en utvilsomt skyldig "siktet" etter dagens begrepsbruk. Dette gjelder spesielt ved omtale i media. For det andre må ikke denne utvidelsen innebære at dagens "kantete" rettigheter en siktet har blir relativisert når rettighetene skal tilkomme alle mistenkte.

### **3.3.2 Kommentarer til § 3-2**

#### *3.3.2.1 Loven burde klargjøre virkningen av at mistenkte benytter sin rett til forholde seg nøytral*

Advokatforeningen er av den klare oppfatning at loven burde klargjøre virkningen av at man benytter seg av sin rett til å forholde seg nøytral. Det bør slås uttrykkelig fast at det ikke kan brukes mot vedkommende at han velger å benytte seg av sin rett til å forholde seg nøytral. Ellers vil det i seg selv representere et betydelig indirekte press i motsatt retning av den rettighet som reglen legger opp til. Dette vil videre være mer i tråd med EUs direktiv om presumption of innocence<sup>10</sup> artikkel 7 (5) hvoretter bruk av denne rettighet ikke skal brukes mot den siktede i bevisvurderingen.

#### *3.3.2.2 Selvinkrimineringsvern for foretak*

Utvalget foreslår at vernet mot tvungen selvinkriminering ikke skal gjelde når mistenkte er et foretak, se *lovutkastet* § 3-2 (2). Forslaget fremmes til tross for at Høyesterett i Rt. 2011 s. 800 har fastslått at selskaper omfattes av vernet mot selvinkriminering, og at Stortinget nylig har vedtatt en ny § 48 i forvaltningsloven om varsling om selvinkrimineringsvernet som bygger på at også foretak er vernet. I Rt. 2011 s. 800 foretar førstvoterende, dommer Møse, en grundig gjennomgang av rettskildene og oppsummerer med at det tolkingsresultat han er kommet til – at selskap omfattes av selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 – ”*fremstår ... som rimelig klart hensett til det samlede rettskildebildet og er ikke utslag av en dynamisk tolking*”.<sup>11</sup> Dommen var enstemmig og justitarius Schei var rettens formann.

Utvalget mener likevel at Høyesterett tolker EMK artikkel 6 feil og 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.”<sup>12</sup>*

<sup>10</sup> Directive 2016/343 On the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings

<sup>11</sup> Rt. 2011 s. 800, avsnitt 53.

<sup>12</sup> NOU 2016:24, pkt. 9.3.5.2 (på s. 211, høyre spalte)



Det må ligge i dette at utvalget mener at EMK artikkel 6 ikke skal tolkes slik at foretak er vernet av forbudet mot selvinkriminering. Advokatforeningen er uenig i dette, og mener at foretak er vernet mot selvinkriminering. Det kan generelt vises til Høyesteretts grundige tolking i Rt. 2011 s. 800, som Advokatforeningen mener fortsatt gir en overbevisende begrunnelse for det standpunkt at foretak er vernet mot selvinkriminering av EMK artikkel 6. Det vil derfor etter Advokatforeningens syn være i strid med menneskerettsloven §§ 2 og 3 og Grunnloven § 92 dersom lovgiver fjerner denne rettigheten i en ny straffeprosesslov.

Når det gjelder utvalget begrunnelse for sitt forslag, må det for det første bemerkes at redegjørelsen for Høyesteretts rettslige analyse i Rt. 2011 s. 800 er mangelfull. Det sentrale i Høyesteretts premisser er en *rettslig analyse av EMDs praksis* som klart underbygger at foretak er vernet mot selvinkriminering. Analysen bygger dels på EMDs helt generelle uttalelser om at fysiske og juridiske personer har samme beskyttelse etter EMK artikkel 6,<sup>13</sup> og at EMD selv har understreket den nære sammenhengen med uskyldspresumsjonen, som det er sikker rettspraksis for at også gjelder for foretak.<sup>14</sup>

I tillegg til dette bygger Høyesterett på at EU-domstolen har lagt til grunn at foretak er vernet mot tvungen selvinkriminering og at EMK artikkel 6 kommer til anvendelse.<sup>15</sup> Høyesterett tillegger dette betydelig vekt. Høyesterett legger også vekt på at det i forbindelse med norske lovrevisjoner har vært lagt til grunn at EMK gir juridiske personer vern mot selvinkriminering, jf. sanksjonslovutvalgets vurdering i NOU 2003: 15 og konkurranselovutvalgets innstilling i NOU 2003: 12.<sup>16</sup> Videre er det vist til at den vanligste oppfatningen i litteraturen er at rettighetene i artikkel 6 gjelder for foretak.<sup>17 18</sup>

Utvalget imøtegår ikke på en systematisk måte den rettslige analysen som Høyesterett bygger sin konklusjon på. Utvalget viser imidlertid til noen nasjonale domstolars vurdering av egen nasjonal lovgivning på området. Disse avgjørelsene var antageligvis også lagt frem for Høyesterett, uten at dette endret Høyesteretts tolking av EMK artikkel 6.<sup>19</sup> For utvalget er det et "avgjørende argument" at:

*"representanter for selskapet ikke vil befinne seg i en slik samvittighetskonflikt som selvinkrimineringsvernet bør verne mot: å måtte forklare seg inn i straffeansvar eller forklare seg uriktig under straffeansvar."*<sup>20</sup>

Høyesterett vurderte også dette argumentet, men fant at generelle rettssikkerhetshensyn taler for at også juridiske personer er beskyttet.<sup>21</sup> I forlengelsen av dette uttalte Høyesterett:

*"Derne vil det i praksis alltid være enkeltpersoner som treffer beslutninger og handler på*

---

<sup>13</sup> Rt. 2011 s. 800, avsnitt 30-33.

<sup>14</sup> Rt. 2011 s. 800, avsnitt 38-40, med henvisninger til EMD-praksis.

<sup>15</sup> Rt. 2011 s. 800 avsnitt 43-47.

<sup>16</sup> Rt. 2011 s. 800, avsnitt 50.

<sup>17</sup> Rt. 2011 s. 800, avsnitt 51. Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (4. Utgave 2015) s. 54 bekrefter at det "neppe lenger er tvilsomt at artiklene 6, 7 og 13 kommer til anvendelse på selskaper", nettopp med henvisning til Rt. 2011 s. 800

<sup>18</sup> Høyesterett viser også til de to fremstillingene som drøfter selvinkriminering særskilt hvorav Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* (2010) kommer til at foretak ikke er vernet, mens Elgesem og Wahlen, *Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen*, *Tidsskrift for forretningsjuss*, 2010 s. 59 flg. kommer til motsatt resultat. Utvalgets vurderinger hviler tungt på Øyens fremstilling.

<sup>19</sup> Rt. 2011 s. 800, avsnitt 48.

<sup>20</sup> NOU 2016:24 pkt. 9.3.5.4 (på s. 213 venstre spalte).

<sup>21</sup> Rt. 2011 s. 800, avsnitt 42.



*selskapets vegne. Det kan hevdes at den tvang selskapsrepresentantene utsettes for når en strafforfølgning rettes mot selskapet, er markert forskjellig fra den tvang en fysisk person utsettes for når strafforfølgningen gjelder ham personlig. Men selv om straff som rammer foretaket kan ramme selskapsrepresentantene mindre hardt, dreier det seg etter mitt syn mer om enn gradsforskjell enn en prinsipiell ulikhet som kan begrunne at juridiske personer ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering. Selskapsrepresentantene vil i mange tilfelle kunne være i en tvangssituasjon som gjør det naturlig å identifisere dem med selskapet. Et av hensynene bak foretaksstraff er nettopp å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet, jf. Ot.prp.nr.27 (1990-1991) side 6.”<sup>22</sup>*

Advokatforeningen er enig i disse betraktningene. I tillegg kan det bemerkes at det i saker om foretaksstraff ofte vil være ansatte – i en del saker også ledende ansatte – som vil være vernet mot selvinkriminering i samme sak. Det kan være svært utfordrende å ivareta det grunnleggende vernet mot selvinkriminering samtidig som vedkommende i samme sak kan ha forklaringsplikt som selskapsrepresentant. En slik forklaringsplikt i samme sak kan – selv om man forsøker å holde egne forhold utenfor – i praksis uthule selvinkrimineringsvernet for selskapsrepresentanter som selv er siktet i saker hvor også foretaket er siktet.

Utvalget hevder også at det vil medføre ”nye og betydelige avgrensingsproblemer” dersom foretak skal beskyttes mot selvinkriminering. Etter Advokatforeningens oppfatning er dette for det første et argument uten nevneverdig vekt i et spørsmål om å sikre grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Dessuten er det neppe tale om ”nye” avgrensingsproblemer, jf. at det ikke er tale om å utvide virkeområdet til EMK artikkel 6, men å innskrenke den tolkingen som har ligget fast i alle fall siden 2011. For det tredje er det neppe riktig at disse problemene blir ”betydelige”. I den danske rettsikkerhetsloven § 10 forstås for eksempel vernet slik at det skjer en identifikasjon mellom den juridiske personen og alle fysiske personer med tilknytning til den juridiske personen.<sup>23</sup>

Sammenfatningsvis mener Advokatforeningen at utvalgets forslag om å frata foretak vernet mot selvinkriminering ikke bygger på en riktig tolking av EMK artikkel 6, og det vil være i strid med våre internasjonale forpliktelser og følgelig også menneskerettsloven og Grunnloven dersom forslaget gjennomføres i ny straffeprosesslov.

### **3.3.3 Kommentarer til § 3-7**

Bestemmelsen angir hva forsvareren "skal" gjøre i første ledd og hva forsvareren "kan" gjøre i annet ledd. Oppregningen innebærer at dagens skille ettersom forsvareren er offentlig eller privat med tanke på hvilke rettigheter forsvareren har, oppheves. Advokatforeningen støtter dette forslaget, og ser ikke noen grunn til at offentlige og private forsvarere skal ha ulike rettigheter under strafforfølgningen.

### **3.3.4 Kommentarer til § 3-8**

Det fremgår av domstolloven § 223 at «[e]nhver advokat har rett til å ha en autorisert fullmektig til å opptre for seg i rettergang». Advokatfullmektigen opptrer da i prinsipalens navn, og det er i praksis klart

<sup>22</sup> Se også drøftelsen hos Elgesem og Wahlen, Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen, Tidsskrift for forretningsjuss, 2010 s. 59 flg., på s. 72-73.

<sup>23</sup> Se om dette Elgesem og Wahlen, Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen, Tidsskrift for forretningsjuss, 2010 s. 59 flg., på s. 74 med videre referanser til dansk litteratur.

at advokatfullmektigen kan yte rettshjelp i prinsipalens navn både i og utenfor rettergang. Dette skulle tilsi at man i en straffesak oppnevner advokat X v/advokatfullmektig Y som forsvarer for tiltalte. Dagens praksis er imidlertid annerledes. Begrunnelsen er at oppnevning av forsvarer er personlig og gjør at en advokatfullmektig ikke kan opptre på vegne av sin prinsipal i hovedforhandling. I praksis oppnevnes dermed fullmektigene som forsvarere i eget navn. Ettersom strpl. § 95 ikke eksplisitt nevner advokatfullmektiger som en av dem som kan være forsvarer, oppnevnes advokatfullmektigene som «annen skikket person».

Advokatforeningen mener det vil være fornuftig med en endring som gjør at straffeprosesslovens regler om hvem som kan opptre som forsvarer harmonerer med domstollovens regler om adgangen til å la en advokatfullmektig opptre for advokat i rettergang. Ettersom en autorisert advokatfullmektig er underlagt prinsipalens instruksjon og kontroll samtidig som prinsipalen etter forholdene kan holdes ansvarlig for fullmektigens handlinger, er også dagens praksis misvisende for hvordan forholdet mellom prinsipal og fullmektig faktisk er.

Advokatforeningen mener muligheten for at en advokatfullmektig kan utøve forsvaret på advokatens vegne bør fremgå direkte av lovteksten, og foreslår av den grunn følgende endring ilovutkastet § 3-8:

*§ 3-8. Formelle krav for å være forsvarer. Bistand til forsvareroppgdraget*

(1) Forsvaret kan utføres av

- a) advokat med norsk advokatbevilling eller
  - b) utenlandsk advokat eller annen skikket person når det er ubetenkelig, jf. § 3-9.
- Som forsvarer ved Høyesterett brukes advokat med møterett for Høyesterett.

(2) Forsvareroppgdraget skal utføres av den som påtar seg det. *Forsvaret kan på advokatens vegne utøves av autorisert advokatfullmektig med de begrensninger som følger av domstolloven § 223.* ~~Advokatfullmektig kan bistå ved utførelsen av oppdraget med de begrensninger som følger av domstolloven § 223.~~ Forsvareren kan også la seg bistå av andre når det er hensiktsmessig og ubetenkelig.

Advokatforeningen mener videre at tilsvarende endring bør gjøres i den foreslåtte § 4-6 som gjelder bistandsadvokat:

*§ 4-6. Formelle krav for å være bistandsadvokat. Bistand til advokatoppdraget*

(1) Bistandsadvokatoppdraget kan utføres av

- a) advokat med norsk advokatbevilling, eller
- b) utenlandsk advokat når det er ubetenkelig, jf. § 4-7.

Som bistandsadvokat ved Høyesterett brukes advokat med møterett for Høyesterett.

(2) Bistandsadvokatoppdraget skal utføres av den som påtar seg det.

*Bistandsadvokatoppdraget kan på advokatens vegne utøves av autorisert advokatfullmektig med de begrensninger som følger av domstolloven § 223.* ~~Advokatfullmektig kan bistå ved utførelsen av oppdraget med de begrensninger som følger av domstolloven § 223.~~

Bistandsadvokaten kan også la seg bistå av andre når det er hensiktsmessig og ubetenkelig.

### **3.3.5 Kommentarer til § 3-9**

Annet ledd bør omformuleres slik at det kommer tydeligere frem at det *kun* er hensynet til å sikre mistenkte uavhengig bistand som kan vektlegges ved vurderingen av «motstridende interesser». Det må med andre ord komme klart frem at politiets interesser i å unngå at forsvarerne for flere siktede

samordner sin strategi aldri skal være noe relevant moment ved anvendelsen av bestemmelsen (jf. også at forsvarere kan og bør samarbeide uavhengig av hvilket kontor man arbeider ved).

Det samme gjelder utilrådelighetsvurderingen i tredje ledd – denne må ikke tillates å være en åpning for at politiet kan bli kvitt en litt for dyktig/«plagsom» forsvarer.

### **3.3.6 Kommentarer til § 3-10**

Det bør fremkomme tydeligere at «andre i forsvarerens tjeneste» også omfatter medhjelpere som ikke er ansatt, som for eksempel revisorer, privatetterforskere, teknisk sakkyndige e.l., jf. at disse også er omfattet av den ordinære taushetsplikten og det tilhørende bevisforbudet.

I någjeldende straffeprosesslov brukes uttrykket "andre som utfører tjeneste eller arbeid for forsvareren eller et advokatkontor denne er tilknyttet", som er et mer presist vilkår. Kanskje kan delen med advokatkontor sløyfes, slik at vilkåret istedenfor blir "andre som utfører tjeneste eller arbeid for forsvareren".

### **3.3.7 Kommentarer til § 3-11**

Etter § 3-11 skal mistenkt under 18 år alltid ha forsvarer når "det i saken kan bli spørsmål om å idømme ubetinget fengsel". Etter § 3-12 gjelder det samme vilkåret for at en mistenkt som skal i politiavhør, uavhengig av alder, skal ha rett til forsvarer. I begge disse tilfellene har mistenkte rett til forsvarer på det offentliges bekostning, jf. § 3-24 første ledd jf. § 3-22 første ledd.

Advokatforeningen mener at et vilkår som innebærer at man må ha kjennskap til straffutmålingspraksis for å finne ut om man har rett til forsvarer på det offentliges bekostning eller ikke, er uheldig. Et vilkår som knytter seg til strafferammer er et mer objektivt kriterium som er enkelt å forstå og sette seg inn i for borgerne. Retten til forsvarer på det offentliges bekostning er en sentral rettssikkerhetsgaranti for enhver mistenkt, og hvorvidt vilkårene for å få denne sentrale rettssikkerhetsgarantien er oppfylt, bør ikke bero på politiets skjønn over hvor alvorlig straff som til enhver tid er sannsynlig – men på en retsteknisk klar og enkel regel. Advokatforeningen ser at et krav som knytter seg til strafferammer kan medføre at enkelte mistenkte får forsvarer hvor det kanskje ikke er like stort behov for det, men disse ulempene oppveies av å ha en mer tilgjengelig regel for borgeren.

### **3.3.8 Kommentarer til § 3-23**

Et av Straffeprosessutvalgets forslag som allerede har skapt debatt er forslaget om å endre ordningen med faste forsvarere. En halvpart av utvalget mener ordningen «bør utvides betydelig», mens den andre halvparten mener «ordningen må videreføres», se punkt 9.4.3.8. Det er riktignok ikke fremmet noe forslag til endring i lovteksten, men etter § 3-27 skal dette skal være opp til departementet å fastsette i forskrift. Advokatforeningen finner derfor grunn til å kommentere forslaget.

Forslaget om å utvide ordningen er ikke nærmere konkretisert, og det er uklart hva dette er ment å skulle innebære. Flertallet synes ikke å foreslå at ordningen skal omfatte alle som oppfyller et generelt kvalifikasjonskrav og selv ønsker å stå på en liste. De argumenterer imidlertid med at mange kvalifiserte advokater holdes utenfor, og at det er en del av de faste som ikke alltid selv utfører de tildelte oppdragene.

Advokatforeningen vil gi klart uttrykk for at vi støtter mindretallet, som går inn for å beholde ordningen, og

kan tilre deres argumentasjon. Ordningen har fungert godt i mange år, og den er nødvendig for å sikre at de mistenkte får god bistand og at domstolene sikres tilgang på forsvarere med god kompetanse.

Flertallet argumenterer blant annet med at enkelte av de faste forsvarerne ikke utfører alle oppdrag, eller alle deler av et oppdrag, selv, og at ordningen kan virke konkurransevridende. Advokatforeningen vil understreke at oppdrag som følger av vervet som fast forsvarer eller fast bistandsadvokat er personlig. Slike oppdrag bør ikke omfordeles til andre advokater på samme kontor.

### **3.3.9 Kommentarer til § 3-24**

I annet ledd bør det tilføyes (i samsvar med gjeldende forståelse av dagens tilsvarende bestemmelse) at bestemmelsen likevel ikke er til hinder for at klienten må betale den nye forsvareren for det arbeid han ikke får honorert som følge av avkortning på bakgrunn av det som er betalt til tidligere forsvarer, i tillegg til at man kan motta betaling for reisekostnader og fraværsgodtgjørelse fra klienten.

### **3.3.10 Kommentarer til § 3-26**

Tredje ledd om at den særskilte advokaten ikke kan gjøre tjeneste som forsvarer i saken bør kvalifiseres og utvides. For det første bør den også gjelde rolle som bistandsadvokat. Men lovgrunnen for begrensningen faller bort på det tidspunkt alt som har vært hemmelig er lagt inn i saksdokumentene, og således er åpent tilgjengelig for den ordinære forsvareren. På dette stadium er det ingen grunn til å opprettholde begrensningen.

## **3.4 Kapittel 4. Fornærmede og bistandsadvokaten mv.**

### **3.4.1 Overordnet**

Advokatforeningen mener bruken av begrepet "fornærmede" før skyld er konstatert er uheldig, særlig sett hen til uskyldspresumsjonen, jf. EMK artikkel 6 og Grunnloven § 96 annet ledd. Advokatforeningen foreslår at man istedenfor bruker begrepet "anmelder" generelt. Når det gjelder de som i dag er fornærmede med partsrettigheter kan man istedenfor bruke betegnelsen anmelder med partsrettigheter. Bruken av begrepet "anmelder" vil beskrive rollen. Begrepet fornærmet er svært ladet, og forutsetter at man fester lit til en anklage, mens "anmelder" er nøytralt og baseres på en rolle i saken, ikke som en som er påført lidelse under omstendigheter utenfor selve saken.

### **3.4.2 Kommentarer til § 4-9**

*Til første ledd:* Advokatforeningen er uenig i forslaget om at overtredelser av oppholds- og besøksforbud ikke lenger skal gi ubetinget rett til bistandsadvokat. Advokatforeningen opplever at dette er saker der den fornærmede ofte har stort behov for bistandsadvokat. Fornærmede som er i en situasjon der besøksforbud ilagt av politiet blir brutt av siktede, vil ofte føle frykt og usikkerhet, og befinner seg ofte i en sårbar situasjon der en har behov for både å kunne konsultere bistandsadvokat og få bistand til anmeldelse av brudd på besøksforbudet med videre. I mange tilfeller kan også barn bli berørt av brudd på besøksforbudet, og barna kan bli påført utrygghet i sin hverdag.

Advokatforeningen er enig i utvalgets forslag om at overtredelse av strl. § 266 om personforfølgelse og § 274 om grove kroppskrenkelser, skal gi ubetinget rett til bistandsadvokat.

Når det gjelder utvalgets forslag om at ran, jf. strl. § 327, skal gi ubetinget rett til bistandsadvokat, mener Advokatforeningen at en slik ubetinget adgang til bistandsadvokat bør gjelde ved grovt ran. I saker som gjelder grovt ran, vil erfaringsmessig fornærmedes behov for bistandsadvokat ofte oppleves som stort.

Saker som gjelder simpelt ran kan derimot ha svært ulik karakter – for eksempel ved ran av mobiltelefon – og her vil det variere om behovet for bistandsadvokat er til stede.

*Til femte ledd:* Advokatforeningen støtter ikke forslaget om adgang til å etablere en unntaksregel for oppnevning av bistandsadvokat i saker som i utgangspunktet gir en ubetinget rett. Dersom det ikke er nødvendig for fornærmede å ha bistandsadvokat, er det heller ingen grunn til å begjære oppnevnt bistandsadvokat. Man har en rett, men ingen plikt til å la seg representere ved bistandsadvokat. Ved å innføre en skjønsmessig adgang for retten til å nekte å oppnevne advokat, frykter Advokatforeningen at retten til bistandsadvokat gradvis kan bli innskrenket.

Det vil også medføre ekstraarbeid for både retten og advokaten dersom advokaten skal måtte begrunne og dokumentere at det er et behov for bistandsadvokat. Bistandsadvokaten vil regelmessig være nærmere til å vurdere behovet for advokat enn retten. For eksempel vil det tilfelle at partene i en familievoldssak flytter sammen igjen etter voldsepisoder, ikke nødvendigvis innebære at det ikke er behov for bistandsadvokat, selv om behovet i enkelte tilfeller faller bort.

### **3.4.3 Kommentarer til §§ 4-10 og 4-11**

Ordningen med koordinerende og/eller felles bistandsadvokat for flere fornærmede er praktisk, og kan med fordel benyttes i større utstrekning.

En forutsetning for at flere fornærmede skal benytte felles bistandsadvokat vil selvsagt være at det ikke foreligger interessekonflikt mellom de fornærmede. Det vil også være avgjørende at felles bistandsadvokat etableres så tidlig som mulig i prosessen, der en så langt som mulig må unngå at en fornærmet påtvinges å måtte bytte bistandsadvokat. Hensynet til fornærmedes frie valg av advokat må ivaretas.

Ved bruk av koordinerende bistandsadvokater bør ansvaret for vitneavhør knyttet til den enkelte fornærmedes sak, ligge hos den enkelte fornærmedes bistandsadvokat. Den enkelte fornærmedes bistandsadvokat bør også som hovedregel ha ansvar for å fremme og prosedere erstatningskrav på vegne av sin klient i saker der skade og skadeomfang har et individuelt tilsnitt.

### **3.4.4 Kommentarer til § 4-12.**

Advokatforeningen mener at ordningen med faste bistandsadvokater bør videreføres. Ordningen sikrer fornærmede rask tilgang til kompetente bistandsadvokater. Antallet faste bistandsadvokater kan med fordel utvides i enkelte rettskretser, blant annet i Oslo. Se også kommentarene over til § 3-23 om ordningen med faste forsvarere.

## **3.5 Kapittel 5. Domstolene. Rettens sammensetning**

### **3.5.1 Dommerfullmektigers adgang til å behandle alvorlige straffesaker**

Det fremgår ikke av lovutkastet, men i de generelle motivene på side 236 foreslår utvalget å oppheve dagens grense for hvor alvorlige straffesaker en dommerfullmektig kan behandle. Begrunnelsen er at *"det er liten tvil om at dommerfullmektiger kan ha like gode forutsetninger for å pådømme saker med høy strafferamme som saker med lavere strafferamme"*, og videre at det kan *"være påkrevd med særlige egenskaper, for eksempel knyttet til å kunne håndtere stort press fra forsvarerkorps eller media. Blant samtlige dommere kan det være større eller mindre variasjoner i slike egenskaper"*, se side 236.

Advokatforeningen mener at dette er lite overbevisende argumenter. Sakene med strafferamme på fengsel i mer enn 6 år er særlig alvorlige, og det er betenkelig at disse sakene skal kunne behandles av uerfarne dommere. Selv om det er klart at egenskaper som gjør en dommer skikket til å behandle store og alvorlige saker varierer, må det være en klar presumsjon for at dommere med mer erfaring har bedre forutsetninger for å gi slike saker en forsvarlig og tillitvekkende behandling.

Til dette kommer også at en domstolleder i en presset situasjon av ressurshensyn kan tenkes å gi en dommerfullmektig mer alvorlige saker enn denne er klar for. Et slikt press vil ikke oppstå ved en klarere grense for hvor alvorlige saker dommerfullmektigen kan behandle. Selv om ordningen etter tvisteloven er lik den utvalget foreslår – at det skal være opp til den enkelte domstolleders skjønn å fordele saker til dommerfullmektiger – underspilles den grunnleggende forskjellen som eksisterer mellom sivile saker og straffesaker. I straffesaker, hvor det er snakk om å anvende samfunnets mest inngripende reaksjon, er det særlig viktig at domstolsbehandlingen får en forsvarlig behandling av en dyktig dommer.

Dette settes særlig på spissen i saker hvor det er spørsmål om å idømme forvaring og andre strafferettslige særreaksjoner. I ytterste konsekvens innebærer utvalgets forslag at en nyutdannet dommerfullmektig som kommer rett fra studiet skal avgjøre drapssaker og andre alvorlige saker, for eksempel om forvaring. Dette er Advokatforeningen kritisk til.

På denne bakgrunn mener Advokatforeningen at dagens grense med strafferamme inntil 6 år bør beholdes.

## **3.6 Kapittel 6. Innsyn i sakens opplysninger**

### **3.6.1 Overordnet**

Innsynsretten er en av de viktigste operasjonelle rettighetene som tilligger mistenkte/tiltalte, og helt konkret den sentrale forutsetningen for å ivareta retten til kontradiksjon – både på mistankestadiet og under hovedforhandlingen: Retten til å begjære etterforskningsskritt, til å føre egne bevis og til å eksaminere vitner på en meningsfull måte blir umulig å utøve uten innsyn i saken.

Straffeprosessutvalgets forslag synes også å hegne om det prinsipielle utgangspunktet om rett til fullt innsyn i alle opplysninger fremkommet under etterforskning og rettergang, jf. utredningens side 248 første spalte. Det fremgår at Straffeprosessutvalget er enig med Metodekontrollutvalgets flertall i at begrensninger i innsynsretten som hovedregel bør fremgå av *uttømmende lovfestede unntakshjemler* slik at hva som er gjenstand for innsyn i mindre grad enn i dag tenkes styrt av påtalemyndighetens skjønn.

Dette utgangspunktet gir Advokatforeningen sin støtte til.

Opp mot det ideelle utgangspunktet som utvalget fremholder, burde imidlertid utkastet til regler om innsyn vært strammere utformet. Advokatforeningen har flere bemerkninger til regelen om hva som er gjenstanden for innsyn, og til unntakene fra mistenktes innsynsrett.

Advokatforeningen har også enkelte merknader til hhv. fornærmedes og allmennhetens innsynsrett. Lovutkastet kapittel 6 er utformet slik at det først gis hovedregler om innsynsrett for ulike grupper (mistenkte, fornærmede m.fl og «enhver») i forslaget §§ 6-1 til 6-3, deretter fellesregler for unntak knyttet opp til stadier i straffesaken og/eller type opplysninger – forslaget §§ 6-4 til 6-8, og til slutt saksbehandlingsregler og forskriftshjemmel – forslaget §§ 6-9 til 6-12.



Idet Advokatforeningen har flest merknader til reglene vedrørende mistenktes innsynsrett, herunder den avveining mot mistenktes prosessuelle rettigheter som unntakshjemlene avstedkommer, vil kronologien i lovutkastet forlates, og det vil først knyttes enkelte kommentarer til bestemmelsene om fornærmede og «enhver» herunder allmennheten. Advokatforeningen vil også gjøre oppmerksom på en beslektet problemstilling; siktedes tilgang til databeslag tatt hos andre enn siktede, som er kommentert nærmere i punkt 3.19.3.

### **3.6.2 Rett til innsyn for fornærmede, etterlatte, skadelidte og andre med rettslig interesse**

Fornærmede er ikke bare part i saken – men er også *vitne* i egen sak, og ofte et *sentralt* vitne. Det generelle utgangspunktet for *øvrige* vitner, er *ikke* innsyn, og at vitner ikke tillates å følge de rettslige forhandlingene før vitnet selv har avgitt forklaring. Dette er for å sikre at vitnets forklaring skal være mest mulig uhildet. Det er ukontroversielt å hevde at et vitnebevis, som hviler på menneskelig erindring, er sårbart for (ubevisst) påvirkning.

For fornærmede gjelder som kjent andre regler enn for *øvrige* vitner – fornærmede har både rett til innsyn og til å følge hele saken uavhengig av forklaringsrekkefølge. Advokatforeningens anliggende er ikke å ta dette opp til ny vurdering. Imidlertid mener vi at de hensyn som gjør seg gjeldende overfor alminnelige vitner, *også* gjør seg gjeldende overfor fornærmede som vitne – selv om det for fornærmede også kommer andre hensyn inn som har fått avgjørende vekt for utformingen av en del prosessuelle regler.

Rettsordenen har uansett en sterk interesse i at fornærmedes forklaring er mest mulig upåvirket av det *øvrige* bevisbildet i saken. Særlig når de første politiforklaringer avgis. Dette bør tillegges vekt ved utformingen av innsynsreglene.

I utkastet § 6-2 fremgår at fornærmede, etterlatte, skadelidte og andre med rettslig interesse (forkortes heretter til «fornærmede») har rett til innsyn i sakens opplysninger «*så langt det er nødvendig for at de skal kunne ivareta sine interesser*». Som det fremgår i de alminnelige motiver på s. 250 annen spalte, innebærer forslaget en viss innskrenkning sammenlignet med gjeldende rett. Dette er begrunnet i at følsomt materiale ikke bør spres unødig, og at sakens opplysninger kan være omfangsrikt og inneholde betydelige mengder sensitive opplysninger uten betydning for disse aktørenes rettsstilling.

Advokatforeningen støtter det utgangspunktet som ordlyden gir uttrykk for, og begrunnelsen bak. Imidlertid mener vi at det kan være behov for noen ytterligere presiseringer. Utkastet § 6-2 hviler implisitt på at påtalemyndigheten skal foreta et skjønnsmessig utvalg av hvilke opplysninger som er *nødvendige* for fornærmede å få innsyn i. Det ligger da også implisitt at det ofte ikke er et saklig begrunnet behov for fornærmede å få oversendt samtlige dokumenter i et sakskompleks – det være seg opplysninger om andre tiltaleposter som vedkommende fornærmet ikke er berørt av, eller for eksempel legeuttalelser mv. om tiltalte som ikke angår ansvarsgrunnlag/skyldspørsmål eller utmåling av erstatning.

Det svekker imidlertid den rettsregel som ordlyden i utkastet gir uttrykk for når det av de spesielle motivene – utredningens side 565 annen spalte – fremgår at det må «av effektivitetsgrunner kunne aksepteres at påtalemyndigheten sender over de samlede opplysninger når saken ikke inneholder materiale som det er grunn til å begrense spredningen av». Altså en vurdering med *motsatt fortegn* av hva ordlyden i lovforslaget legger opp til.

En bør ikke vedta lovbestemmelser som ikke forutsettes håndhevet etter sitt innhold. Advokatforeningen støtter som nevnt den foreslåtte ordlyd, men mener at det også bør føyes til i utkastet § 6-2 at påtalemyndigheten *skal* gjøre en konkret vurdering av nødvendigheten. I alle fall bør dette fremgå klart av forarbeidene.

Det bør videre presiseres at innsynsretten uansett er begrenset mot opplysninger fra etterforskning av lovbrudd som fornærmede ikke er berørt av. Dette kan være praktisk i saker hvor mange tiltaleposter er forent til behandling.

Dessuten bør det etter Advokatforeningens oppfatning inntas en særskilt mulighet til å gjøre unntak fra fornærmedes innsynsrett *før tiltale er tatt ut* som er konkret knyttet opp til det formål å skulle sikre en forklaring fra fornærmede som er upåvirket av øvrige forklaringer og bevis.

Dette kan for eksempel formuleres slik:

*Under etterforskningen kan fornærmede, etterlatte, skadelidte og andre med rettslig interesse nektes innsyn i opplysninger dersom innsyn kan utgjøre en fare for påvirkning av vedkommendes vitneforklaring og når vitneforklaringen vil utgjøre et bevis av betydning for utfallet av skyldspørsmålet.*

Siden et slikt unntak vil være særlig knyttet opp til fornærmede/dennes funksjon som vitne i egen sak – og ikke berører mistenkte eller allmennheten – bør unntaket tas inn i § 6-2.

Dokumentklausulering overfor fornærmede kan naturligvis også tenkes hjemlet i utkastet § 6-4 første ledd bokstav c. Ved å løfte et slikt unntak inn i hovedregelen i § 6-2 – slik som enkelte grupper opplysninger er unntatt fra innsyn i hovedregelen om mistenktes innsyn i § 6-1 – vil man imidlertid i lovteksts form bevisstgjøre påtalemyndigheten om at man skal vurdere innsyn opp mot faren for at fornærmede – ikke minst ubevisst – tilpasser seg til bevisbildet, for eksempel i saker der det er flere fornærmede med lignende opplevelser, eller for eksempel der tekniske undersøkelser tilsynelatende bekrefter omstendigheter som fornærmede ikke husker. Dette er særlig viktig i alvorlige saker der det er få andre bevis enn fornærmedes forklaring. Fornærmedes troverdighet vil dessuten styrkes dersom en klausulerer noe mer overfor fornærmede under etterforskningen. Hensynet til sannhetssøken støtter også dette.

Advokatforeningen mener altså det er behov for i noen grad å innskjerpe praktiseringen av innsyn overfor fornærmede på et tidlig stadium av saken sammenlignet med dagens praksis.

### **3.6.3 Rett til innsyn for enhver**

Advokatforeningen har merknader til lovbestemmelsen i utkastet § 6-3 *annet* ledd. Her *utvides* retten til innsyn i sakens dokumenter/sakens opplysninger for «enhver», sammenlignet med gjeldende rett (se påtaleinstruksen §§ 16-5 og 22-7, samt politiregisterforskriftenkapittel 27).

Den rettslige standarden «når det er ubetenkelig» er vid. Straffeprosessutvalget skriver at en rekke momenter kan tas i betraktning, og at de momentene som er nevnt i annet ledd annet punktum ikke er uttømmende. Det fremgår imidlertid av de spesielle motivene – jf. utredningen side 566 første spalte – at terskelen er ment å være høy for å gi allmennheten tilgang til andre saksopplysninger enn tiltale og dom, jf. første ledd, og at terskelen for pressen skal ligge noe lavere.

Advokatforeningen er enig i at terskelen må være ulik for disse to ulike gruppene, men mener dette må synliggjøres i lovteksten, og ikke bare i forarbeidene. Hensynet til klarhet tilsier at loven reflekterer at det faktisk er ment å være ulike terskler. Håndhevingen av bestemmelsen blir i motsatt fall uforutsigbar og i for stor grad avhengig av det skjønnet som utøves til enhver tid.

Advokatforeningen er i tillegg uenig i at man skal gi innsynsrett i sakens dokumenter til den delen av allmennheten som ikke har en yrkesmessig begrunnelse for slikt innsyn. Ordlyden slik den nå er foreslått åpner for dette, selv om dette ut fra bestemmelsens motiver ikke synes å være noe bærende formål bak forslaget.

Saksopplysninger i enhver straffesak vil alltid være personsensitive (i ulik styrkegrad), særlig for mistenkte og fornærmede, men også for andre vitner og berørte. Det er i våre dager stor spredningsfare av alle typer opplysninger grunnet tilgang på internett til enhver tid og stor bruk av sosiale medier. «Allmennhetens behov for informasjon» – som begrunner forslaget – må i første rekke vise til pressen, som har dette samfunnsoppdraget, og dessuten er bundet av egne etiske regler for sin publisering. En privatperson som for eksempel driver en egen blogg, har ikke et tilsvarende samfunnsoppdrag, opererer ikke nødvendigvis innenfor faglige og etiske minstestandarder, og vil i regelen ikke være nødvendig for å ivareta allmennhetens behov for informasjon. Det er heller ingen grunn til å verne eventuelle rene kikkerbehov.

Advokatforeningen er for øvrig ikke enig i at vurderingen må «skje i lys av at straffesaker er offentlige og at mistenkte og andre i mange tilfeller må påregne at personlige opplysninger blir eksponert» (vår uthevelse), jf. utredningen side 566 første spalte. For den uskyldige mistenkte, eller for fornærmede og vitner, er det intet fritt valg å være en del av en straffesak.

Personvernet til de berørte parter, herunder mistenkte, bør tillegges sterkere vekt enn det merknadene til bestemmelsen gir uttrykk for.

Pressen vil naturligvis kunne ha legitime behov for innsyn, og det samme gjelder for eksempel forskere og enkelte andre yrkesgrupper. Advokatforeningen mener imidlertid at allmennheten – dvs. personer uten legitime innsynsbehov knyttet til nødvendig yrkesutøvelse/samfunnsoppdrag – som utgangspunkt *ikke* skal ha rett til innsyn i sakens dokumenter/opplysninger. Selv en som er skyldig i et alvorlig straffbart forhold, bør ha krav på et minimumsvern av sin personlige integritet – jf. spredningsfaren i sosiale medier mv. som nevnt ovenfor. Rehabiliteringshensyn tilsier også dette. Sakens dokumenter/opplysninger kan dessuten inneholde svært omstridte påstander som ikke blir lagt til grunn i den fellende dommen, eller senere blir motbevist. At det gis rett til innsyn i tiltale og dom etter første ledd, må være tilstrekkelig for å ivareta åpenhet og offentlighetshensyn overfor allmennheten *i tillegg til* hva pressen (og eventuelt forskere mv.) gjennom sitt arbeid ivaretar.

Når en leser de alminnelige merknadene fra utvalget i kapittel 12.4.4./side 250 flg., ser en også at det er pressens behov for innsyn som i all hovedsak ligger til grunn for utkastet § 6-3. Ordlyden bør være i samsvar med begrunnelsen for lovutkastet, slik at man ikke risikerer utilsiktede virkninger av bestemmelsen.

Advokatforeningen foreslår derfor følgende tilføyelse til utkastet § 6-3 annet ledd første punktum:

"Enhver har ellers rett til innsyn i sakens opplysninger når det er ubetenkelig og *innsynsbehovet har en saklig sammenheng med utøvelse av et samfunnsoppdrag.*"

### **3.6.4 Kommentarer til § 6-1**

#### *3.6.4.1 Sakens opplysninger*

Advokatforeningen tiltrer Straffeprosessutvalgets valg av terminologien «sakens opplysninger» og utvalgets forståelse av uttrykket «opplysninger».

Det fremgår i utredningen side 248 at avgrensningen av hva som prosessuelt er samme sak, dvs. hva som tilhører «saken», skal videreføre dagens praksis, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1435.

Hvilke opplysninger innsynet avgrenses mot, dvs. hvilke opplysninger som skal anses å høre til «sakens opplysninger», er nå tenkt å være uttømmende regulert i lovutkastet § 6-1 annet ledd, og bestemmelsen legger opp til at påtalemyndigheten i praksis gjør vurderingen, jf. også side 248 annen spalte.

De ulovfestede unntak fra innsyn i type dokumenter/opplysninger som i utgangspunktet tilhører «saken», men som ikke skal defineres inn i «sakens opplysninger», foreslås nå altså lovfestet, hvilket Advokatforeningen som nevnt innledningsvis støtter. Unntakene fremgår i annet ledd.

Advokatforeningen vil imidlertid påpeke at lovgivningsteknikken med uten videre å ekskludere de aktuelle typer dokumenter/opplysninger fra «sakens opplysninger» gir unntakene et videre omfang enn hva som er saklig begrunnet. Fremfor å ekskludere de aktuelle kategorier dokumenter som sådanne, bør bestemmelsen heller gi *anledning* til å unnta slike opplysninger.

Videre mener Advokatforeningen at selv om annet ledd også inneholder en reservasjon fra unntakene der opplysningene «kan ha betydning for mistenktes forsvar», må ordlyden for så vidt gjelder avgrensningen av innsynsretten strammes opp.

I motsatt fall vil forsvarer litt for ofte være henvist til å argumentere ut fra at opplysninger en ikke er kjent med innholdet av, men mistenker at finnes, har betydning for forsvaret, for å få tilgang til å vurdere de samme opplysningene.

Hva gjelder vilkåret om betydning for forsvaret, forutsetter Straffeprosessutvalget at påtalemyndigheten uten problemer vil være i stand til å sette på seg forsvarerbriller – og gir flere henvisninger til det ideelle utgangspunkt slik det beskrives i Rt. 2007 s. 1435. Dette er imidlertid intet effektivt botemiddel mot en for snever avgrensning av gjenstanden for innsyn. I praksis erfarer Advokatforeningen at det i en del saker utvikler seg en sterk partskultur. Sett med politi/påtalemyndighetens briller er det for eksempel ikke uten videre enkelt å se at deres egne handlinger kan gi grunnlag for argumentasjon fra forsvarer om at bevis er sikret på lite betryggende måte – hvilket kan ha betydning for vurderingen av beviset. Om noe av denne type uenighet kan løses ved en noe klarere ordlyd, vil det være en fordel.

#### *3.6.4.2 Avgrensningen av sakens opplysninger i § 6-1 annet ledd annet punktum*

Sakens opplysninger omfatter som utgangspunkt ikke informasjon som stammer fra politiets forebyggende virksomhet, og informasjon som foranlediget etterforskningen.

Advokatforeningen mener at formuleringen «informasjon som foranlediget etterforskningen» er for vid.

Det fremgår i de spesielle merknadene på side 565 første spalte sammenholdt med de alminnelige motiver på side 249 første spalte at det særlig er informanter, kilder og spaningsinformasjon som man med dette vil beskytte. Dette behovet er det naturligvis viktig at ivaretas.

Et absolutt vilkår for at inngangsinformasjonen kan unntas, må være at de beviser man har sikret ved bruk av inngangsinformasjonen står fullt ut på egne ben uavhengig av troverdigheten eller motivene til de kildene som beskyttes. Er det foretatt et narkotikabeslag er det et bevis i seg selv. Er det derimot forklaringer man har fått «inngang til» vil det være nærliggende at omstendighetene rundt inngangsinformasjonen kan være relevant for vurderingen av de forklaringer som sikres.

Således kan ikke *all* informasjon som foranlediget etterforskningen etter Advokatforeningens syn unntas (tenkt uavhengig av det skjønnsmessige unntaket «kan ha betydning for mistenktes forsvar», jf. nedenfor). Det vises for eksempel til Rt. 2008 s. 1053, hvor ankeutvalget kom til at tiltalte hadde rett til innsyn i dokumenter som gjaldt fornærmedes kontakt med politiet forut for anmeldelse i anledning de forhold tiltalen gjaldt. Dette er ikke et upraktisk eksempel – også i Lime-saken var tilsvarende problemstilling aktuell, hvor politiets uformelle kontakt med de senere fornærmede var det som foranlediget etterforskningen. Her ble dette imidlertid avskåret gjennom begjæring og behandling i parallelspor jf. § 242a, mer om dette nedenfor i punkt 3.6.8.

Straffeprosessutvalget mener tilsynelatende å videreføre gjeldende rett, og viser blant annet til Rt. 2004 s. 1642, men dette illustrerer nok et dilemma: Her opphevet kjæremålsutvalget lagmannsrettens kjennelse om innsynsnekt med henvisning til at dersom forsvarers *faktiske* beskrivelse av «inngangsopplysningene» var riktig, skulle siktede hatt innsyn. Det vises også i sistnevnte kjennelse – og i utredningen side 565 – til Rt. 1993 s. 1121. Men her er det som unntas fra innsyn karakterisert som «arbeidsnotater om tips som mottas fra publikum, tysteropplysninger mv. ...», altså dels det som kan kalles interne arbeidsnotater, dels informantopplysninger. Formuleringen som er foreslått i utkastet, er ut fra dette for vid.

Med henvisning til hvordan grensene er trukket opp i rettspraksis, og med utgangspunkt i det syn at det er uheldig dersom gjenstanden for innsyn beskjæres i for stor grad, foreslår Advokatforeningen at «informasjon som foranlediget etterforskningen» byttes ut med formuleringen «opplysninger som er egnet til å avsløre identiteten til personer som har gitt opplysninger til politiet». Behovet for å beskytte informanter/kilder og tipsere vil da være ivaretatt. Det er også *dette* behovet som har vært det bærende hensyn ved tidligere drøftelser/høringsrunder om temaet. Se til sammenligning Metodekontrollutvalget i NOU 2009: 15 side 309 flg., og side 361 første spalte, og Prop. 147L (2012-2013).

#### 3.6.4.3 Avgrensningen av sakens opplysninger i § 6-1 annet ledd tredje punktum

Hva gjelder den ytterligere avgrensning av «sakens opplysninger», fremgår i utkastet § 6-1 annet ledd tredje punktum at «[d]et samme gjelder opplysninger utarbeidet for intern bruk». Her forutsettes også gjeldende rett videreført, og Advokatforeningen støtter som nevnt innledningsvis at alle unntak fra innsynsretten er lovfestet. En har dessuten forståelse for at det i enkelte tilfeller kan være behov for å holde noe intern kommunikasjon, notater, vurderinger mv. utenfor. Imidlertid er lovgivningsteknikken også her uheldig ved at man ekskluderer langt mer enn hva behovet tilsier.

Det presiseres imidlertid i de alminnelige motiver på side 249 første spalte at dersom slike dokumenter inneholder opplysninger som ikke fremkommer noe annet sted, skal opplysningene inntas i saken. Dette er etter Advokatforeningens oppfatning en viktig reservasjon.

Dette synes klart når det gjelder opplysninger om faktiske forhold som ikke fremgår noe annet sted, og som ikke omfattes av andre unntaksbestemmelser.

Viktig vil imidlertid også kunne være omfattende analyser/sammenstillinger av for så vidt kjent grunnlagsmateriale, men som vil kunne ha selvstendig bevisverdi. Det er politiets oppgave å belyse saken til bruk for alle sakens parter, hvoretter alle analyser og sammenstillinger av sakens faktiske forhold må inngå i «sakens opplysninger». Tradisjonelt er det særlig vurderinger fra underordnet til overordnet påtalemyndighet som har vært omfattet av dette unntaket, og det er viktig at dette ikke utvides til å omfatte analyser og sammenstillinger som også forsvarer/bistandsadvokat vil ha nytte av i sitt arbeid med saken.

Et eksempel fra en større straffesak hvor det var snakk om noe under tusen angivelige lånebedragerier:

I hver av lånesøknadene var det oppgitt et mobilnummer hvor lånesøker kunne nås. Det dreide seg om svært mange forskjellige telefonnumre. Forsvarer mente at det var av interesse for en tiltalt som var anklaget for å ha en slags bakmannsfunksjon å gjøre en analyse av hvilke mobilnumre som var oppgitt i tilknytning til de ulike navnene lånesøknadene stod i. Forsvarer hadde tilgang på de noe under tusen søknadene, enkeltvis, men det var – grunnet begrensninger i tid og ressurser/mannskap – ikke mulig for forsvarer å gjøre en analyse av telefonnumrene. Aktoratet hadde hatt flere analytikere i arbeid med materialet over lang tid. Forsvarer ble kjent med at aktorats analyse-team hadde laget et excel-ark med oversikt over alle telefonnumrene som var brukt i søknadene, og formentlig med videre henvisninger til de enkelte søknader, slik at det ville ha vært mulig å se mønstre ut fra oversikten. Forsvarer ba om innsyn, men ble nektet med henvisning til at dette var et internt arbeidsdokument. Aktoratet hadde et annet syn på relevansen, og aktet ikke å fremlegge telefonnummer-oversikten i retten. Spørsmålet ble ikke prøvd rettslig.

Eksemplet viser at i saker med omfattende bevismateriale, vil innsynsretten ha en side til *equality of arms* når det gjelder enkelte interne arbeidsdokumenter.

Advokatforeningen foreslår derfor at reservasjonen om «*opplysninger som ikke fremkommer noe annet sted, herunder sammendrag og annen bearbeidelse av faktum*» inntas i lovteksten. Sammenstillinger som kaster nytt lys over et stort grunnlagsmateriale vil da omfattes – for igjen å bruke eksemplet gjengitt over: «Hvor ofte benyttes telefonnummer X i tilknytning til lånesøknader i navnet til Y» må sies å være en opplysning som ikke fremkommer for forsvarer noe annet sted.

Det vises til at et enstemmig Metodekontrollutvalg fremholdt tilsvarende syn i NOU 2009: 15 – se særlig side 305, hvorfra hitsettes:

*«Unntaksretten gjelder imidlertid ikke de delene av dokumentet som inneholder faktiske opplysninger, sammendrag eller annen bearbeidelse av faktum som ikke finnes i andre dokumenter mistenkte eller tiltalte har tilgang til. Reservasjonen bygger på forvaltningsloven § 18c, og skal sikre at avgjørelsen i saken ikke treffes på et faktisk grunnlag parten ikke har fått mulighet til å undersøke og eventuelt korrigere. Med «faktiske opplysninger» forstås ikke bare de rene data som finnes i saksdokumentene, men også skjønsmessige vurderinger av de faktiske forhold, herunder prognoser eller sannsynlighetsvurderinger som knytter seg til rent objektive forhold. At det brukes vurderingspregede beskrivelser utelukker ikke at dette omhandler faktiske*



opplysninger.

*Typiske eksempler på «sammendrag» vil være politiets samlerapporter for eksempel om innholdet i et stort databaseslag. «Annen bearbeidelse av faktum» vil kunne være systematiske fremstillinger av data, for eksempel i en tabell. Der et dokument inneholder både fakta, sammendrag eller bearbeidelser og vurderinger som ikke finnes andre steder i saken, vil de deler av dokumentet som inneholder fakta etc. måtte gjøres tilgjengelig. Det er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig til å nekte innsyn i et sammendrag eller en bearbeidelse at opplysningene finnes i andre dokumenter, det må kreves at sammendraget eller bearbeidelsen finnes i andre dokumenter.»*

Og side 360:

*«Typiske eksempler på «sammendrag» vil være politiets samlerapporter for eksempel om innholdet i et stort databaseslag. «Annen bearbeidelse av faktum» vil kunne være systematiske fremstillinger av data, for eksempel i en tabell»*

Også Straffeprosessutvalget ser ut til så vidt å gi uttrykk for et tilsvarende synspunkt i de alminnelige motivene.

Videre må det understrekes at korrespondanse med fornærmede, kontrolletater e.l. under ingen omstendighet kan falle inn under unntaket for interne dokumenter. Korrespondanse med ansatte i kontrolletater e.l. vil kun være politi-intern dersom det er tale om eksternt personell som er avgitt til politi/påtalemyndigheten for å utføre etterforskningsoppgaver, og disse utelukkende er under instruksjon av påtalemyndigheten – jf. prinsippet om at straffesaksbehandling skal foretas av personell som ikke er undergitt instruksjonsmulighet fra Regjeringen.

#### *3.6.4.4 Reservasjon fra avgrensningene i § 6-1 annet ledd*

Det følger av de spesielle merknader til bestemmelsen at opplysninger som i utgangspunktet faller utenfor sakens opplysninger, jf. utkastet § 6-1 annet ledd, likevel klart nok inngår i disse dersom de fremlegges i rettsmøte, eller hvis opplysningene blir påberopt som bevis – jf. også gjeldende rett. Dette fremgår imidlertid ikke av lovteksten, men er antagelig klart nok til at det er unødvendig.

Videre følger det av lovutkastet § 6-1 annet ledd annet punktum at opplysninger som i utgangspunktet faller utenfor sakens opplysninger, og som ikke skal brukes som bevis, likevel skal inngå i saken dersom de «kan ha betydning for mistenktes forsvar». Det fremgår i motivene at terskelen er ment å være lav, jf. formuleringen «kan ha», og utvalget viser til påtalemyndighetens objektivitetsplikt samt at påtalemyndigheten skal et særlig øye for hvordan opplysningene vil kunne brukes fra forsvarers ståsted. Påtalemyndigheten må være særlig obs på – og legge terskelen lavt for – opplysninger som kan gi grunnlag for å stille spørsmål ved objektiviteten eller grundigheten i politiets etterforskning. Slike forhold vil det ofte være vanskelig for påtalemyndigheten selv å vurdere kritisk.

Advokatforeningene slutter seg til at denne reservasjonen inntas i lovteksten slik som foreslått, og til merknadene som gir uttrykk for hvordan den forutsettes brukt. Advokatforeningen mener allikevel at det er nødvendig å innta de tilføyelser/presiseringer i lovbestemmelsen som vi har tatt til orde for ovenfor.

### 3.6.4.5 Rett til innsyn i andre saker, jf. dagens strpl. § 264 åttende ledd og § 242 sjette ledd

I gjeldende straffeprosesslov § 264 åttende ledd, fremgår:

*«Tiltalte har rett til å gjøre seg kjent med dokumenter fra andre saker i den utstrekning de er av betydning for avgjørelsen av skyld- eller straffespørsmålet i tiltaltes sak».*

Åttende ledd ble tatt inn i bestemmelsen ved lov av 21. juni 2013 nr. 86. Tilsvarende regel ble samtidig inntatt i strpl. § 242 sjette ledd knyttet til mistenkte/før tiltale. Bakgrunnen for tilføyelsen, var slikt forslag fra Metodekontrollutvalget i NOU 2009: 15. Terskelen for innsyn i annen sak ble imidlertid lagt noe høyere i departementets endelige utkast enn hva Metodekontrollutvalget foreslo («i den utstrekning de antas å ha betydning..»).

Advokatforeningen savner tilsvarende presisering i Straffeprosesslovutvalgets utkast til innsynsregler. Det ville vært naturlig å innta en tilsvarende bestemmelse i utkastet § 6-1.

Reservasjonen i utkastet § 6-1 annet ledd om at en allikevel skal få innsyn i opplysninger som kan ha «betydning for mistenktes forsvar» vil etter vår oppfatning *ikke* sikre det behovet som strpl. §§ 264 åttende og 242 sjette ledd er ment å ivareta. Utkastets reservasjon viser jo – etter ordlyden – til opplysninger som annet ledd bestemmer at faller utenfor «sakens opplysninger» som følge av opplysningenes *art*, men som fortsatt springer ut av det som prosessuelt er samme sak. Straffeprosessloven §§ 264 åttende og 242 sjette ledd viser på den annen side til opplysninger som stammer fra en prosessuelt sett *annen* sak. Vurderingstemaet de to ulike formuleringene legger opp til er også noe ulikt, og strpl. §§ 264 åttende og 242 sjette ledd er dessuten operativ for forsvarer på en annen måte enn utkastets foreslåtte vurderingstema om «betydning for mistenktes forsvar».

I Prop. 147L (2012-2013) punkt 11.1 (merknad til tilsvarende § 242 sjette ledd) fremgår at tilføyelsen «lovfester den rettsregel departementet mener er utviklet gjennom Høyesteretts praksis, jf. Rt. 2007 s. 1435».

Advokatforeningen antar at Straffeprosesslovutvalget her ikke mener å endre gjeldende rett. Det kan imidlertid tolkes slik når nevnte bestemmelse «tas ut» av lovens ordlyd. Dagens bestemmelse om innsyn i annen sak vies også liten plass i utredningen, og nevnes knapt under drøftelsene som gjelder hva som prosessuelt er samme «sak», jf. «sakens opplysninger» - se side 244 nederst første spalte – øverst andre spalte, samt side 249 nederst andre spalte – side 250.

Advokatforeningen mener altså at en tilsvarende bestemmelse som i dagens lov må fremgå i lovteksten. *Prinsipalt* støtter Advokatforeningen Metodekontrollutvalgets opprinnelige forslag til ordlyd; «antas å ha betydning», jf. blant annet utvalgets henvisning til mindretallsvotumet i Rt. 2007 s. 1435.

Det vises ellers til begrunnelsen fra et enstemmig Metodekontrollutvalg – jf NOU 2009: 15 side 314 flg./punkt 26.7.7.- og herfra hitsettes (fra side 315-316, vår understreking):

*"Utvalget finner at hensynet til klarhet i lovverket tilsier at det bør lovfestes et vurderingstema for når opplysninger fra andre saker skal tas inn i «sakens dokumenter». Utvalget finner at innsynsretten minst må omfatte opplysninger av betydning for skyld- eller straffespørsmålet. Utvalget har videre lagt vekt på at retten til innsyn er noe annet enn retten til bevisførsel, den er en forutsetning for at mistenkte skal kunne utøve retten til bevisførsel. Hensynet til sakens*

*opplysning og mistenktes rettssikkerhet tilsier derfor at det ikke bør kreves påvist at opplysningene har betydning for skyld- eller straffespørsmålet for at mistenkte skal ha rett til innsyn, men at det må være tilstrekkelig at opplysningene kan antas å ha betydning for saken.*

*Dette vilkåret krever noe mindre av opplysningenes relevans, det er kjent fra tidligere § 292a og finnes fremdeles blant annet i § 296 om at vitner som kan gi forklaring som kan antas å ha betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen. Utvalget foreslår derfor at det tas inn en regel om at opplysninger fra andre saker omfattes av innsynsretten i den utstrekning de kan antas å ha betydning for saken i nytt § 242 sjette ledd og § 264 niende ledd. Regelen er ment å videreføre dagens rettstilstand, som gir mistenkte rett til innsyn i alt materiale fra skjult tvangsmiddelbruk gjennomført i den andre saken dersom dette brukes som bevis i den mistenktes sak. I saker der materiale fra andre saker ikke brukes som bevis i den aktuelle saken vil mistenkte bare ha krav på innsyn i den grad retten finner at opplysningene vil være av betydning for saken. "*

#### 3.6.4.6 Oppsummering § 6-1

Oppsummeringsvis foreslår Advokatforeningen flere tilføyelser til lovutkastet § 6-1. Selv om dette mulig går på akkord med ønsket om letteste lovbestemmelser, mener vi at hensynet til en klar og forutsigbar lovregulering av innsynsretten må gå foran.

### 3.6.5 Kommentarer til § 6-4

#### 3.6.5.1 Overordnet

Det fremgår i utredningens punkt 12.4.1.1/side 247 første spalte at utvalget mener at adgangen til å unnta informasjon fra mistenktes innsyn i det vesentlige bør være som etter gjeldende rett. Advokatforeningen vil fremsette merknader knyttet til sider ved rettstilstanden som vi mener bør endres noe og peke på bestemmelser i utkastet som vi derfor mener bør endres noe.

#### 3.6.5.2 Første ledd bokstav c – særlig om "klausulering"

Utkastet § 6-4 første ledd bokstav c bestemmer at innsyn kan nektes forut for tiltale når innsyn kan være til skade/utgjøre en fare for *etterforskningens øyemed*. Bestemmelsen viderefører dermed dagens regel i strpl. § 242 første ledd om at mistenkte skal gis innsyn i sakens dokumenter «såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed».

Dette er hjemmelen som benyttes når saksdokumenter i dag klausuleres for mistenkte/siktede under etterforskningen.

Dagens praktisering av regelen er etter Advokatforeningens oppfatning problematisk, og vilkåret om skade/fare for etterforskningens øyemed har dermed vist seg å være altfor vidt. Ordlyden åpner for skjønnsutøvelse hos politi/påtalemyndighet i alt for stor utstrekning, og bør endres i ny straffeprosesslov.

Litt om praktiseringen av regelen i dag:

Advokatforeningen sitter med det bestemte inntrykk at klausulering av sakens dokumenter/sakens opplysninger benyttes i stadig økende grad – i alle fall gjelder dette i Oslo-området. Dette oppfatter Advokatforeningen som en helt unison oppfatning i forsvarerkorpset. Påtalemyndigheten synes nå å klausulere dokumenter i *vesentlig flere* saker, og i saker med stadig *mindre alvorlighetsgrad*.

Også hva gjelder *type* dokumenter reageres det på klausuleringspraksisen som har utviklet seg de senere årene. Eksempelvis erfarer forsvarere oftere at siktedes *egne* politiforklaringer klausuleres. Det samme gjelder beslag tatt hos siktede av materiale han må forutsettes å allerede være kjent med. Klausulering i slike tilfeller kan i ytterste konsekvens svekke sakens opplysning fordi siktede blir henvist til en "gjettekonkurranse" istedenfor å gi en objektivt riktig fremstilling av saksforholdet. Det samme gjelder fengslingskjennelsene som er grunnlaget for frihetsberøvelsen av siktede under varetekt.

Hva gjelder eksempler om klausulering og *alvorlighetsgrad*, fikk Forsvarergruppens styre nylig fortalt at etter klienthenvendelse i sak om to ikke-vedtatte forelegg for butikknaskeri, hadde en forsvarer bedt om innsyn i sakens dokumenter. Dokumentene ble klausulert (for øvrig uhjemlet, jf. strpl. § 264 jf. § 268).

Dette er kun ett eksempel – og som en kan innvende ikke nødvendigvis må representere en generell tendens. Forsvarergruppen i Advokatforeningen hører imidlertid stadig om lignende hendelser, og en benytter anledningen til å *oppfordre departementet til å gjennomføre en empirisk undersøkelse av dagens klausuleringspraksis*, slik at en kan enes om hvilket erfaringsgrunnlag som skal ligge til grunn for drøftelser og utforming av nye innsynsregler, og dessuten hvorvidt praksis er i samsvar med gjeldende rett.

Det er nemlig etter Advokatforeningens oppfatning et demokratisk problem at en – etter loven – *unntaksadgang* i praksis utvides til å bli en hovedregel. Hovedregelen skal tvert i mot være innsyn. En bør derfor avstemme ordlyden i nye lovregler etter hvordan dagens regler faktisk benyttes i praksis, og etter hvorvidt dette er en praksis som lovgiver *ønsker* eller ikke.

Inntrykket Advokatforeningen sitter med er dessuten at klausuleringen ikke nødvendigvis benyttes for å hindre at etterforskningen skal bli skadelidende, jf. lovens ordlyd, men for å få en siktet til å forklare seg uten at han/hun kjenner til hva anklagen nærmere bestemt består i, for eksempel hva slags stoff og hvor mye som er beslaglagt i saken. Man kan av og til nesten mistenke politi og påtalemyndighet for ikke å ville dele ut strafferabatt for tilståelse hvis tilståelsen er tilpasset det politiet sitter med av informasjon i saken.

Dette er imidlertid etter Advokatforeningen ikke en legitim begrunnelse for å nekte en innsynsrett som mistenkte i utgangspunktet skal ha. Heller ikke faren for andre typer tilpasninger – «andre veien» - av mistenktes egen forklaring bør kunne begrunne klausulering. Sml. Rt. 2000 s. 343, m.fl.: Det er ikke bevisforspillelse at en siktet tilpasser sin egen forklaring til foreliggende bevis.

Sett i lys av selvinkrimineringsvernet, bør det anerkjennes at en legitim funksjon av innsynsretten er at mistenkte settes i stand til å vurdere hvordan han/hun vil forholde seg til anklagen – også på etterforskningsstadiet.

En siktet har dessuten alltid rett til å la være å forklare seg – for eksempel kan han velge å forholde seg taus helt frem til hovedforhandling. På tiltalestadiet *skal* han ha innsyn. Det er således alltid en fare for at en siktet/tiltalt på et tidspunkt tilpasser sin forklaring til de øvrige bevis, noe som i stedet må tas i betraktning i troverdighetsvurderingen og i rettens vurdering av den eventuelle tilståelsesrabattens størrelse.

Det er imidlertid ikke, etter Advokatforeningens oppfatning, grunnlag for å frarøve siktede prosessuelle

rettigheter av hensyn til å begrense hans styringsrett over egen forklaring.

*Prinsipalt* mener Advokatforeningen at alternativet om skade/fare for «etterforskningens øyemed» i utkastet § 6-4 bokstav c bør tas ut av loven. Ordlyden kan fange opp nærmest hva som helst. Alternativet gir ingen føringer på vurderingstema og er det motsatte av forutsigbart og klart. Vi kan ikke se at Straffeprosessutvalget drøfter dette vilkåret i utredningen overhodet. Vi mener at de øvrige alternativer i utkastet – bokstav a til f – fanger opp alle de beskyttelsesverdige hensyn som kan begrunne nektelse av innsyn.

*Subsidiært* mener Advokatforeningen at det i alle fall må presiseres i lovteksten at hensynet til å hindre at mistenkte tilpasser sin forklaring til foreliggende bevis, ikke kan begrunne innsynsnekt, det vil si at «etterforskningens øyemed» i lovteksten avgrenses negativt mot dette.

### 3.6.5.3 Annet ledd

Når det gjelder utkastet § 6-4 *annet ledd*, er Advokatforeningen av den oppfatning at det bør tas inn en uttrykkelig passus om at mistenkte uansett ikke kan nektes innsyn i opplysninger som utgjør en vesentlig del av grunnlaget for begjæring eller avgjørelse om varetektsfengsling og/eller bruk av restriksjoner under varetekt.

Ved innsynsnekt i slike opplysninger vil mistenkte i praksis miste muligheten til kontradiksjon når spørsmålet om varetektsfengsling skal behandles. Dette er ikke holdbart når det er snakk om et så alvorlig og inngripende virkemiddel som varetekt og eventuelt isolasjon, og hensynene bak vilkårene for unntak fra innsynsretten må etter vår oppfatning i slike tilfeller vike.

### 3.6.6 Kommentarer til § 6-11

Straffeprosesslovutvalget presiserer i utredningen side 254 at utkastet § 6-11 skal forstås slik at spørsmål om omgjøring av innsynsnekt i medhold av utkastet § 6-8 overlates den særskilte dommeren uansett når i saken spørsmål om omgjøring måtte oppstå. Dette er forøvrig i samsvar med det som er lagt til grunn i gjeldende rett, jf. HR-2016-604U og HR-2016-605U og redegjørelsen for disse avgjørelsene i utredningen side 254.

Advokatforeningen tar til orde for at man må endre rettstilstanden i enkelte tilfeller. Advokatforeningen mener for eksempel at den regel som følger av utkastet § 6-11 fjerde ledd er svært problematisk.

Fjerde ledd medfører at en forutgående avgjørelse om å nekte innsyn i en gitt opplysning, tatt av en dommer uten annen kjennskap til saken enn hva som fremgår av begjæringen om innsynsnekt, *sperrer for den dømmende retts rett og plikt til å sikre full og forsvarlig opplysning av saken*. Således medfører bestemmelsen at dersom den dømmende rett kommer til at den trenger vedkommende opplysning for å kunne foreta en fullverdig vurdering av saken, er den likevel avskåret fra å oppfylle sine plikter etter utkastet § 7-4 til å påse at saken er tilstrekkelig opplyst.

Bestemmelsen er bygget opp ut fra en illusjon om at sakens øvrige parter ikke skal komme på sporet av den opplysningen som besluttes holdt tilbake (sml. tredje ledd i utkastet). I den praktiske verden er det svært ofte ikke slik. Når forsvarerne graver i faktum skjønner man gjerne at opplysningen finnes, hvoretter den etterspørres. Da får man svaret om at denne er besluttet unntatt innsyn. Derved blir gjerne opplysningens tema bevis- og prosedyretema for den dømmende rett. Det er da den dømmende rett

som har forutsetninger for å ta stilling til om nektelse av innsyn i opplysningen vil medføre vesentlige betenkeligheter for mistenktes forsvar eller ikke, jf. utkastet § 6-8 annet ledd – og/eller om tungtveiende hensyn tilsier at avgjørelsen om innsynsnekt omgjøres, jf. § 6-11 fjerde ledd. Dersom den dømmende rett kommer til at opplysningen er av betydning for mistenktes forsvar, *må* den etter Advokatforeningens syn fremlegges med mindre påtalemyndigheten frafaller saken.

Et eksempel fra Lime-saken er illustrerende: Politiet hadde innledningsvis i saken uformelle samtaler med de angivelige menneskehandelsopfrene. De samme personene avga noe senere anmeldelser og formelle politiforklaringer. Ut fra andre opplysninger i bevisbildet, var det nærliggende å anta at de aktuelle personene under de uformelle samtalene ble motivert av løfter eller beskrivelser av muligheter for oppholdstillatelse i Norge, økonomiske ytelser og/eller unnlatt strafforfølgning av egne straffbare forhold før de valgte å fremkomme med politiforklaringene der de fremsatte påstandene om tvangsarbeid.

Det var således av største betydning for saken å få klarlagt hvilke forventninger som var skapt hos de fornærmede gjennom de aktuelle samtalene, da slike forventninger åpenbart er egnet til å gi grunnlag for oppkonstruering av falske forklaringer. Samtalene var tatt opp på lyd. En særskilt dommer ved Nedre Romerike tingrett ga påtalemyndigheten medhold i innsynsnekt.

Hva som faktisk hadde blitt sagt i de aktuelle samtalene ble naturligvis et sentralt prosedyretema i retten, knyttet til påliteligheten av de fornærmedes forklaringer som følge av etterforskernes potensielle manipulering av de påstått fornærmede før de avga forklaring. Når først avgjørelsen om innsynsnekt var tatt, fantes det imidlertid ingen måte for den dømmende rett eller forsvarerne å få overprøvd vurderingen – på tross av at den særskilte dommeren åpenbart ikke kan ha hatt hele det relevante vurderingsgrunnlaget da han/hun traff sin avgjørelse. Den særskilte advokaten hadde selvsagt heller ikke forutsetninger for å by på noen reell kontradiksjon i en slik situasjon.

Som det fremgår i utredningen side 254, bygger utkastet § 6-11 på gjeldende rett. Det betyr at det heller ikke i utkast til ny straffeprosesslov legges opp til at forsvarer under hovedforhandling har mulighet til å fremsette begjæring om omgjøring overfor den særskilte dommeren. Det er kun den særskilte advokaten som kan begjære omgjøring eller anke. Den særskilte dommeren kan vurdere omgjøring på eget initiativ. Det legges imidlertid heller ikke opp til å gi forsvarer i hovedforhandlingen noen mulighet til å kontakte den særskilte forsvareren eller den særskilte dommeren for å gi informasjon og oppfordre om fremsettelse av omgjøringsbegjæring.

Den omgjøringsadgang som utkastet § 6-11 legger opp til, blir da helt illusorisk. Bestemmelsen foreskriver mulighet for omgjøring under hovedforhandling dersom grunnen til å nekte innsyn har falt bort, og tungtveiende hensyn tilsier at avgjørelsen omgjøres. Hvordan skal den særskilt oppnevnte forsvareren eller den særskilte dommeren på eget initiativ vurdere slik omgjøring dersom disse ikke er kjent med hva som foregår under hovedforhandlingen? Eller – på et tidligere stadium, etter at avgjørelse om innsynsnekt i medhold av utkastet § 6-8 er tatt – få kunnskap om at det på annen måte har kommet til nye opplysninger som tilsier at vilkårene for nektelsen ikke lenger er oppfylt, jf. utkastet § 6-11 *annet ledd*, dersom dette ikke skal formidles av mistenktes oppnevnte forsvarer?

Forholdet mellom annet ledd og fjerde ledd i utkastet § 6-11 er for øvrig også noe vanskelig tilgjengelig og uklart ut fra ordlyden i bestemmelsen. En oppfatter at annet ledd regulerer vilkårene for omgjøring i fasen før hovedforhandlingen, og at fjerde ledd gir *tilleggsvilkår* for omgjøring etter at



hovedforhandlingen har startet («grunnen til å nekte innsyn har falt bort, og tungtveiende hensyn tilsier at avgjørelsen omgjøres»). En er imidlertid ikke helt sikker på om dette er riktig forstått, og ordlyden bør klargjøres.

Advokatforeningen oppfatter også tilleggsvilkåret «tungtveiende hensyn» i fjerde ledd som en innskjerping av dagens praksis, jf. utredningen side 254 første spalte, noe en finner unødvendig og er uenig i. Det materielle vilkåret for omgjøring i medhold av § 6-11 bør utelukkende knyttes opp til om det har fremkommet nye opplysninger som tilsier at vilkårene for innsynsnekt allikevel ikke er oppfylt – herunder vilkåret om at nektelsen ikke må medføre vesentlige betenkeligheter av hensyn til mistenktes forsvar – jf. utkastet § 6-8 – også på stadiet for hovedforhandling.

Advokatforeningen kan ikke se at det skal være noen grunn til å gjøre omgjøringsadgangen snevrere på dette stadiet av saken, og en kan heller ikke se at Straffeprosessutvalget begrunner hvorfor det skal være slik. Én ting er at det sjelden vil være praktisk å få behandlet en omgjøringsbegjæring under forløpet av en hovedforhandling. Men på den annen side er det nettopp i de lange sakene som gjelder potensielt alvorlige forhold og risiko for høy straff at rettssikkerhetshensynene med tyngde gjør seg gjeldende.

Det er også grunn til å peke på at når den dømmende rett er avskåret fra å beslutte bevisførsel om et forhold som forsvaret pretenderer å være relevant for bevisvurderingen, vil retten i mangel av motbevis i praksis måtte legge pretensjonen til grunn med mindre den fremstår som fullstendig usannsynlig. Dersom det for eksempel pretenderes at politiet har lovet et vitne motytelser i form av oppholdstillatelse eller lignende dersom vedkommende velger å forklare seg om forhold som inkriminerer siktede, og opptakene fra disse forhåndssamtalene ikke fremlegges fordi de er avskåret, vil retten ut fra bevisbyrdeprinsippet måtte legge til grunn at det er gitt slike løfter, hvilket nødvendigvis vil ha betydning for vurderingen av vitnets forklaring.

Advokatforeningen mener **oppsummeringsvis** at:

- Hovedforhandlingsdommer bør få hjemmel til å behandle begjæring om omgjøring av innsynsnekt etter utkastet § 6-8.
- Subsidiært bør ordinært oppnevnt forsvarer få adgang til å fremsette begjæring overfor særskilt dommer om omgjøring av innsynsnektelse i medhold av § 6-8, og oppnevnt forsvarer bør også få anledning til å videreformidle informasjon til særskilt forsvarer.
- De materielle vilkårene for omgjøring under hovedforhandling bør ikke være snevrere under hovedforhandlingen enn ellers.

## 3.7 Kapittel 7. Alminnelige regler om bevis

### 3.7.1 Kommentarer til § 7-1

Bestemmelsens annet ledd gir rett til kontradiksjon om sakens faktiske sider, og går lenger i tiltaltes favør enn det som følger av gjeldende EMD-praksis, blant annet i sak Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia omtalt i utvalgets punkt 13.5.2.2 og 13.5.2.3. Utvalget legger til grunn at «en forklaring som utgjør et viktig bevis, ikke kan danne grunnlag for en domfellelse dersom det ikke har blitt gitt tilfredsstillende kontradiksjonsmuligheter», jf. side 288.

Advokatforeningen er tilfreds med den begrensning utvalget her gjør i retten til opplesning av vitneforklaringer uten kontradiksjon, og støtter dette forslaget – som innebærer en styrking av tiltaltes rettssikkerhet.

### **3.7.2    Kommentarer til § 7-2**

Bestemmelsens første ledd er en kodifisering av prinsippet i gjeldende rett om fri bevisføring. Unntakene fra regelen om fri bevisføring finnes i §§ 8-2 og 8-5, som verner angitte typer informasjon og fortrolige relasjoner.

Etter bestemmelsens annet ledd skal partene gi retten opplysninger om sine bevisstilbud, og denne bestemmelse må sees i sammenheng med plikten til å inngi bevisoppgave etter § 34-1. Utover pliktene etter denne bestemmelsen, angir § 7-2 annet ledd de opplysninger retten kan etterspørre hos partene som ledd i forberedelsene til hovedforhandlingen. Utover plikten til å inngi bevisoppgave med det innhold som fremgår av utkastets § 7-2, må understrekes den vesentlige forskjell det er mellom påtalemyndighetens objektivitetsplikt sett i forhold til mistenkte, og forsvarers rett til å forholde seg passiv så langt dette er nødvendig av hensyn til forsvaret.

Advokatforeningen kan ikke se at de foreslåtte bestemmelser innebærer begrensninger i mistenktes rett til å forberede sitt forsvar, sett i lys av plikten til gjennom bevisoppgave å gi oversikt over de bevis som vil bli ført av forsvarets side.

Se for øvrig kommentarene under 3.27.2.

### **3.7.3    Kommentarer til § 7-3**

Bestemmelsen pålegger etter sin ordlyd en plikt for retten til å nekte bevisførsel som ikke angår saken, eller som ikke har beviskraft, jf. forslagetets første ledd.

Advokatforeningen forutsetter at det ikke skjer noen endring i den praksis som følges i dag, i lys av straffeprosesslovens § 292 annet ledd bokstav a om «forhold som er uten betydning for dommens innhold».

Slik bevisavskjæring bør kun finne sted der det er på det rene at et tilbudt bevis etter sitt innhold ikke er egnet til å belyse hverken skyld eller straffespørsmålet.

Det må legges til grunn at rettens avgjørelse av slik bevisavskjæring skjer etter tilstrekkelig kontradiksjon, og at det vises tilbakeholdenhet fra rettens side når det gjelder anvendelsen av en slik rett til bevisavskjæring.

Bestemmelsen har videre en hjemmel for retten til å avskjære bevis som ikke bidrar til sakens opplysning og som ikke står i et rimelig forhold til hensynet til effektiv saksavvikling.

Også på dette punkt må det forutsettes en betydelig tilbakeholdenhet fra rettens side idet en slik mulig bevisavskjæring finner sted i forkant av en hovedforhandling, og bevisbildet kan fremstå annerledes under hovedforhandlingen enn det bevisbildet tilsa på etterforskningsstadiet. Det er likeledes uakseptabelt å legge opp til en kontradiktorisk behandling mellom påtalemyndighet og forsvarer om et bevis' betydning allerede under saksforberedelsen. Det bør videre legges betydelig vekt på mistenktes behov for å føle at han har fått en rettfærdig rettergang, og mulighet til å belyse saken på en måte som for den mistenkte fremstår best mulig uten at hensynet til effektiv saksavvikling blir den dominerende begrunnelse for bevisavskjæring.

### **3.7.4 Kommentarer til § 7-5**

Et annet av forslagene fra Tilregnelighetsutvalget som videreføres i forslaget til ny straffeprosesslov gjelder beviskravet for tilregnelighet. I utkastet § 7-5 foreslås det å lovfeste en helt generell regel om at det «[f]or straffansvar kreves bevis utover enhver rimelig tvil». I utredningen side 264 fremgår at det er meningen at beviskravet som bestemmelsen legger opp til skal gjelde fullt ut for alle straffbarhetsvilkårene, også tilregnelighet. Etter gjeldende rett er beviskravet for tilregnelighet mer nyansert, jf. blant annet Rt. 1998 s. 1945.

Advokatforeningen mener at det er uheldig at man forsøker å få endret rettstilstanden på dette området som ledd i en omfattende straffeprosessreform – hvor dette viktige spørsmålet vies liten eller ingen oppmerksomhet. Det viktigste formål med dette synes å være at utvalget vil følge opp Tilregnelighetsutvalgets syn og få slått fast at beviskravet skal gjelde fullt ut også i forhold til tilregnelighet, se omtalen på side 264. Tilregnelighetsutvalgets forslag på dette punkt ble også gjenstand for offentlig kritikk og omtale. Advokatforeningen gikk i høringsuttalelsen av 2.6.2015 imot Tilregnelighetsutvalgets forslag. Det ble anbefalt at det ikke ble gjort endringer i gjeldende rett. Det vises til denne vedlagte uttalelsen punkt 3.2, som fastholdes.

Advokatforeningen støtter i utgangspunktet at viktige regler står i loven og at beviskravet derfor lovfestes, men kun under den forutsetning at dette ikke vil innebære noen endring av gjeldende rett. Det kan være grunn til å vurdere om nyanseringen av beviskravet da bør skrives inn som et tredje punktum i bestemmelsen.

## **3.8 Kapittel 8. Bevisforbud**

### **3.8.1 Kommentarer til § 8-2**

Bestemmelsen viderefører i all hovedsak gjeldende rett, jf. straffeprosessloven §§ 117 og 242 a) femte ledd.

Forslaget inneholder lovfesting av bevisforbud, om innholdet i regjeringskonferanser og regjeringsnotater, jf. tilvarende bestemmelse i tvisteloven § 22-2 som utvalget har antatt også gjelder på straffeprosesslovens område.

Advokatforeningens stiller spørsmål ved om denne antagelsen er korrekt. Analogien til tvisteloven § 22-2 er ikke nærmere begrunnet. Rettspraksis synes ikke å gi støtte for et slikt bevisforbud. Tvert imot gjengir retten i Treholt-saken store deler av innholdet i et regjeringsnotat om militærstrategiske forhold på Island, jf. LE-1985-21 side 114-118.

Hensynet til mistenkte tilsier likevel at forslagens § 8-2 b) bør innføres. Regjeringen har ikke en generell taushetsplikt om innholdet i regjeringskonferanser, kun taushetsrett, og den vil etter eget skjønn og interne retningslinjer kunne gi offentligheten innsyn i regjeringsnotater, helt eller delvis. For mistenkte som ikke vil ha mulighet til å etterprøve regjeringens skjønnsbaserte offentliggjøring, vil bevis for innhold i regjeringskonferanser og regjeringsnotater utgjøre en risiko knyttet til hvorvidt regjeringen har vært tilstrekkelig uavhengig og objektiv ved offentliggjøring i den enkelte sak. Problemstillingen kan komme på spissen i politisk betente saker, hvor regjeringen typisk vil kunne ha interesse av et bestemt utfall i saken. Et bevisforbud vil således hindre at en slik situasjon oppstår og Advokatforeningen er derfor enig i forslagens § 8-2 b).

Utvalget foreslår intet tilsvarende bevisforbud for kommuner og fylkeskommuner, hvilket Advokatforeningen er enig i.

### **3.8.2 Kommentarer til § 8-3**

Utkastet strammer her inn reglene om bevisforbud der opplysningene er underlagt lovbestemt taushetsplikt for ansatte i forvaltningen, tilbydere av elektronisk kommunikasjonsnett eller elektronisk kommunikasjonstjeneste m.v., se utkastet § 8-3 annet ledd, sammenholdt med utkastet § 8-6 annet ledd. Utkastet § 8-6 annet ledd "snur" regelen i någjeldende straffeprosesslov § 118. Etter gjeldende rett er utgangspunktet at det bør gis samtykke og at samtykke bare kan nektes dersom «*åpenbaringen vil kunne utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold*».

Etter utkastet synes hovedregelen å være at det i utgangspunktet gjelder bevisforbud, men at likevel ikke gjelder "når særlige forhold tilsier unntak".

Det er klart at denne begrensingen på adgangen til å føre vitner kan gripe inn i siktedes rettigheter, jf. EMK artikkel 6 tredje ledd bokstav d. Etter EMDs praksis er det særlig krenkelse av likebehandlingsprinsippet som kan reise alvorlige spørsmål om oppfyllelsen av rettighetene som følger av EMK, men også ellers der tiltalte avskjæres fra å føre relevante vitner. Dette må vurderes konkret og sees i lys av bevissituasjonen ellers og behovet for å føre ytterligere vitner for å kunne imøtegå bevis og vitner ført av påtalemyndigheten.<sup>24</sup> Utvalgets forslag åpner selvfølgelig for å ta hensyn til tiltaltes rettigheter, men verken forarbeidene eller lovteksten fremhever betydningen av menneskerettighetene på dette punktet. Det ville vært naturlig at forarbeidene ga veiledning og dessuten at hensynet til å sikre tiltaltes grunnleggende rett til å føre vitner til sitt forsvar ble nevnt som et særlig viktig hensyn i lovteksten. Dette ville både innebære en modernisering av loven og en nødvendig påpekning sett i lys av den tilsynelatende innstramning av bevisforbudet som den foreslåtte lovteksten legger opp til.

### **3.8.3 Kommentarer til § 8-5**

Bestemmelsen lovfester den nåværende ulovfestede læren om ulovlig ervervede bevis med enkelte justeringer sammenlignet med gjeldende rett.

Advokatforeningen er tilfreds med at utkastet forutsetter praktisert en strengere anvendelse av bruk av ulovlige ervervede bevis enn etter gjeldende rett. Advokatforeningen er således tilfreds med at det ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis kan benyttes, skal legges vekt på hensynet til disiplinering av politiet for å forebygge overtredelser under etterforskningen, og at dette moment skal tillegges større vekt enn i dag.

Advokatforeningen er likevel skeptisk til den skjønnsutøvelse som ligger i begrepet «når det er grunn til det» – idet dette begrepet i for stor grad åpner for en ren skjønsmessig vurdering av beviset på den ene side og alvoret i det straffbare forhold på den annen side. Sentralt ved denne vurdering må under enhver omstendighet være alvoret i overtredelsen knyttet til innhenting av det ulovlige bevis, og graden av forsettlig opptreden ved bevisinnhenting.

Advokatforeningen reiser også spørsmål ved om bevisforbud må være den eneste reaksjonsmåte ved

---

<sup>24</sup> Se nærmere om dette hos Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017) s. 697 flg. og Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter (4. Utgave 2015) s. 490 flg.

ulovlig ervervede bevis eller om dette også, dersom beviset tillates etter en samlet vurdering, bør være et moment som tillegges vekt ved straffeutmålingen.

### **3.8.4 Kommentarer til § 8-6**

Bestemmelsen skal rette seg mot tilfeller der klienten/pasienten e.l. og den profesjonelle part vedkommende kommuniserer med, er medskyldige i samme straffbare forhold. Tredje ledd har en formulering som favner vesentlig videre enn hva som nok er ment. Utkastets formulering medfører at det strengt tatt er nok at klienten har en prest som medskyldig for at bevisforbudet for klientens kommunikasjon med sin (ikke-medskyldige) advokat skal oppheves.

I lys av at bevisforbudet typisk vil bli behandlet under etterforskningsfasen, er det også vesentlig å avklare hvilken bevisterskel som må være oppfylt for at bevisforbudet skal oppheves, og hvordan situasjonen skal stille seg dersom det senere viser seg at det ikke var grunnlag for mistanken om medskyldighet. Er det nok at det var skjellig grunn til mistanke mot advokaten på beslagsstadiet, til at advokatens arkiver kan benyttes som bevis mot klienten under hovedforhandling etter at saken mot advokaten er henlagt? (Krav om at det må reises tiltale mot advokaten for å kunne bruke beviset, kan få uheldige konsekvenser for advokaten, jf. Transocean.)

### **3.8.5 Kommentarer til § 8-7**

Her burde logisk sett bestemmelsene om hvordan ransaking skal gjennomføres der det er presumsjon for eller konkrete holdepunkter for at det ransakes og søkes tatt beslag i opplysninger undergitt bevisforbud. Alternativet er å regulere dette i kapitlene om hhv. vitner, ransaking og beslag, men Advokatforeningen mener disse reglene bør stå i kapittel 8, da de prinsipielt er felles for alle typer bevis der det er spørsmål om hvorvidt beviset er undergitt bevisforbud.

Bestemmelsen bør derfor utvides noe i følgende retning:

- (4) Dersom det i forbindelse med politiavhør, utleveringspålegg, ransaking eller beslag fremkommer opplysninger som tilsier at de opplysninger som innhentes er undergitt bevisforbud, eller det fremsettes begrunnet begjæring fra den som besitter opplysningen eller noen part i saken om at opplysningene er undergitt bevisforbud, skal opplysningene overleveres retten på egnet måte, slik at politiet ikke blir kjent med innholdet.
- (5) Retten avgjør om opplysningene er undergitt bevisforbud. Ved bevisforbud etter § 8-3 skal den taushetspliktige, og etter § 8-4 vedkommende presseorgan, gis anledning til å uttale seg om bevisforbudsspørsmålet for de respektive opplysninger før retten treffer sin beslutning. Det samme gjelder den som har krav på hemmelighet, så langt vedkommende er part i straffesaken. Politiet og andre parter gis anledning til å uttale seg så langt det er mulig uten at disse får kunnskap om de opplysninger prøvingen gjelder. Retten kan tillate noen som har krav på hemmelighet uten å være part i straffesaken, kan uttale seg.
- (6) Retten kan engasjere ekstern bistand til å tilrettelegge rettens avgjørelsesgrunnlag, herunder ved teknisk bearbeiding og tilrettelegging.
- (7) Retten kan avgrense eller avslå å foreta gjennomgang av opplysninger som presumeres å være undergitt bevisforbud, dersom den finner at betydningen av de opplysninger som kan tenkes unntatt fra bevisforbud som følge av gjennomgangen ikke står i noe rimelig forhold til ressursbruken.

(8) Dommer som har deltatt i håndheving av bevisforbud etter bestemmelsen her kan så lenge noen behandlede opplysninger fortsatt er undergitt bevisforbud, ikke delta ved behandlingen av andre spørsmål i samme sak eller annen sak om samme forhold.

### 3.9 Kapittel 9. Forklaringsplikt og forklaringsfritak

#### 3.9.1 Kommentarer til § 9-4

Pressens kildevern er en sentral del av pressens ytringsfrihet som er vernet av EMK artikkel 10.

Høyesterett har behandlet spørsmålet om pressens kildevern i flere saker. I Rt. 2013 s. 1290 avsnitt 25 – 27 oppsummeres de generelle retningslinjene for interesseavveining som Høyesterett legger til grunn,<sup>25</sup> basert på praksis fra EMD:

(25) *Jeg går så over til den samlede vurderingen. Etter lovens ordlyd skal denne være relativt åpen. Det er imidlertid på det rene at vurderingen må foretas i samsvar med EMK artikkel 10. Selv om det ikke fremgår direkte av bestemmelsen, er det klart at artikkel 10 sikrer journalisters kildevern, jf. saken Goodwin mot Storbritannia avsagt 27. mars 1996 avsnitt 39 [EMD-1990-17488], der EMD uttalte:*

*«Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom,*

*...*

*Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected. Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Article 10 (art. 10) of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest.»*

(26) *Og videre i avsnitt 40:*

*«In sum, limitations on the confidentiality of journalistic sources call for the most careful scrutiny by the Court.»*

(27) *Disse synspunktene har EMD gjentatt i en rekke avgjørelser, for eksempel Tillack mot Belgia avsagt 27. november 2007 avsnitt 53 [EMD-2005-20477] og Financial Times Ltd. med flere mot Storbritannia avsagt 15. desember 2009 avsnitt 59 [EMD-2003-821]. I Ot.prp.nr.55 (1997-1998) side 16 uttales at det følger av Goodwinsaken at «det må foreligge betydelig interesseovervekt for de motstående hensyn for at kildevernet skal vike». Og videre at kildevernet ikke er absolutt, men at unntak bare bør være aktuelt der «meget tungtveiende hensyn» kan oppveie de hensyn som taler for kildevern, jf. proposisjonen side 27.*

Reglene om pressens kildevern er i utvikling og gir i dag et sterkt vern for denne delen av pressens ytringsfrihet. Utvalgets lovforslag reflekterer ikke fullt ut dette, jf. at man også her finner en ganske åpen lovtekst som åpner opp for unntak *”når særlige forhold unntaksvis tilsier det”*. Og at det ved vurderingen skal legges *”særlig vekt på”* de momentene som nevnes i strekpunktene i annet ledd. Enmer moderne og tilpasset lovtekst burde reflektert direkte kravene om *”betydelig interesseovervekt”* og *”meget*

<sup>25</sup> Se henvingingen i Rt. 2015 s. 2308, avsnitt 67.



tungtveiende hensyn". Videre er Advokatforeningen kritisk til at det legges helt generelt opp til en vurdering av den "samfunnsmessige betydningen" av journalistens arbeid. Det er klart at viktigheten av de opplysningene journalisten har frembragt kan ha betydning for rekkevidden av vernet i noen tilfeller, men slik det er formulert i lovtkastet kan det lede til at domstolene som et mer alminnelig ledd i vurderingen foretar en kvalitetskontroll av det journalistiske arbeidet. Det har nok ikke vært meningen.

Advokatforeningen mener etter dette at utkastet til regulering av pressens kildevern bør gjennomgås og regelen strammes opp slik at den reflekterer direkte de krav som følger av EMK og Høyesteretts praksis. Behovet for en gjennomgang av utkastet til § 9-4 må gjøres for å sikre at de kvalitative krav til rettsreglene oppfylles, særlig at de inneholder rettssikkerhetsgarantier som står i forhold til inngrepets alvor og det at skjer en tilstrekkelig effektiv domstolsprøvelse av inngrepet.<sup>26</sup>

### **3.10 Kapittel 10. Politiavhør og forklaringer i rettsmøte**

#### **3.10.1 Kommentarer til § 10-1**

Advokatforeningen er enig i at vitner i utgangspunktet har møteplikt for politiet og retten, som lagt til grunn i utkastet § 10-1.

Advokatforeningen er imidlertid usikker på hvordan utkastets annet ledd skal forstås i praksis. Politiets henvendelse til et vitne vil forutsetningsvis understreke møteplikten etter utkastets første ledd, uten å angi mulighet til å unnlate dette ved å gi uttrykk for at vedkommende vitne ikke ønsker å forklare seg. Vitnet vil uten videre oppfatte situasjonen slik at vitnet har en møteplikt som vedkommende ikke kan reservere seg mot, dersom denne reservasjonsmulighet ikke klargjøres i forbindelse med innkalling til avhør.

Det reises således spørsmål om på hvilken måte et gjenstridig vitne, som ikke ønsker å forklare seg, skal få gjort dette standpunkt kjent slik at formålet om unødig ressursbruk blir oppfylt.

#### **3.10.2 Kommentarer til § 10-4**

Straffeprosessutvalget uttaler som et klart prinsipielt utgangspunkt at «enhver – også barn – bør omfattes av nærståendeunntaket og øvrige forklaringsfritak», se punkt 13.4.2 side 278. Likevel foreslår utvalget i utkastet § 10-4 annet ledd at man skal kunne unnlate å opplyse om fritaksretten overfor «vitner som på grunn av alder eller psykisk avvikstilstand ikke har forutsetninger for å ta stilling til om vedkommende bør forklare seg».

Advokatforeningen mener dette forslaget ikke ivaretar barns rettssikkerhet på en tilfredsstillende måte. Ved dette overlates ivaretagelsen av en sentral rettssikkerhetsgaranti til den som foretar avhøret, og både i relasjon til barn og de voksne som omfattes av bestemmelsen bør dette undergis en klarere regulering.

I dag er barns rett til å nekte å forklare seg mot nærstående regulert i strpl. §§ 122 og 239a. Det er ved dette fastsatt en generell grense på 12 år for når fritaksretten inntreffer, og en grense på 15 år i enkelte sakstyper. Ved dette er det klarlagt at det ikke kan overlates den enkelte som foretar avhøret å vurdere om vitnet er modent nok til å forstå innholdet i fritaksretten, eller å avveie hensynet til sakens opplysning opp mot vitnets interesse i å kunne nekte å avgi forklaring og derved eventuelt kunne gi grunnlag for

---

<sup>26</sup> Se Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. udgave (2017) s. 1015-1016.

straffeforfølgelse mot nærstående.

Behovet for å gjøre fritaksretten reell også for barn som omfattes av denne ble nylig vurdert av Høyesterett i sak HR-2016-02171-A. Problemstillingen der var hvorvidt en jente på 14 år i tilstrekkelig grad var blitt orientert om sin rett til ikke å forklare seg i forkant av et dommeravhør under etterforskning mot hennes far, jf. strpl. § 127. Høyesterett redegjorde for gjeldende rettsregler og påpekte deretter at omstendighetene rundt et slikt avhør ikke nødvendigvis peker i retning av at avhøret kan bli brukt i en straffesak (avsnitt 29). Høyesterett viste også til at det i forarbeidene ble lagt avgjørende vekt på at når et barn først er gammelt nok til å forstå spørsmålet om fritaksretten, bør det også selv få treffe avgjørelsen om denne skal benyttes (avsnitt 33). Barnet måtte da også forstå at avhøret ville kunne brukes i en straffesak (avsnitt 38). Lovgivers forutsetninger var ifølge Høyesterett basert på grundige overveielser, blant annet basert på Barnekonvensjonens bestemmelser i artikkel 3 og 12 (avsnitt 39). Ut fra dette fant Høyesterett at lagmannsretten som tillot avhøret brukt hadde bygget på en uriktig tolkning av strpl. § 127.

Straffeprosessutvalget har ikke ved sitt forslag i tilstrekkelig grad vektlagt de hensyn som er trukket fram av Høyesterett under henvisning til tidligere lovforarbeider.

Som det fremgår av de spesielle motivene til § 10-4 skal etter forslaget «den som forestår avhøret, foreta en individuell vurdering av den som avhøres», se side 582. Det vises i den forbindelse blant annet til at «det å informere om forklaringsfritaket kan ødelegge for den kontakten som er etablert med barnet under forberedelsen til avhøret».

Ved dette legges det til rette for at både barn og voksne som omfattes av bestemmelsen i stor utstrekning vil kunne bli forledet til å forklare seg uten å ha hatt mulighet til å benytte sin fritaksrett. Det er mulig at utvalget ved sitt forslag kan ha ment å gi fritaksretten sterkere gjennomslag, men etter Advokatforeningens syn vil det motsatte lettere bli resultatet. Dette står klart i strid med både utvalgets eget prinsipielle utgangspunkt, med de hensyn som bærer dagens lovgivning og med de hensyn som bærer Høyesteretts avgjørelse fra 2016.

Advokatforeningen vil sterkt fremheve at det er viktig for å ivareta barns rettssikkerhet at det både opereres med klare grenser for når fritaksretten inntreffer og at loven gir klare anvisninger på at fritaksretten skal være reell ved at vitnet gis en klar og utfyllende forklaring om denne retten i samsvar med Høyesteretts anvisninger.

Det kan også være grunn til å se nærmere på hvor aldersgrensen skal gå og om det bør være samme grense uansett hva slags lovbrudd som etterforskes. Ønsket om å oppklare mulige lovbrudd må veies grundig mot de hensyn som bærer fritaksretten og som gjør seg gjeldende med minst slike stor styrke overfor barn som vitner i forhold til voksne. Den ulikhet som er i dag mellom grensen etter §§ 122 og 239a bør undergis en helhetlig vurdering hvor hensynet til barnets beste og barnets rett å bli hørt må være tungtveiende (Barnekonvensjonens artikkel 3 og 12).

Advokatforeningen vil for øvrig slutte seg til utvalgets forslag til § 8-5 hvoretter unnlatt varsling om nærståendefritaket etter utkastet § 9-4 vil utgjøre en saksbehandlingsfeil og kunne medføre bevisforbud.

Se før øvrig punkt 3.32 i denne høringsuttalelsen hvor vi tar opp hvordan utredningen ivaretar barns rettigheter i straffeprosessen mer generelt.

### **3.10.3 Kommentarer til § 10-7**

Forslaget innebærer at utgangspunktet blir at mistenkte skal varsles om avhøret og få anledning til å konferere med en forsvarer etter eget valg eller som oppnevnes av påtalemyndigheten. Dette i motsetning til gjeldende § 239. I tillegg skal spørsmål fra forsvarer kun nektes der det er "klart utilrådelig" av hensyn til vitnet eller etterforskningen. Videre skal mistenkte gjøres oppmerksom på sin rett til kontradiksjon gjennom supplerende avhør hvor mistenkte ikke ble varslet om foretatte tilrettelagte avhør.

Advokatforeningen er helt enig i forslaget, som innebærer en klar styrking av mistenktes rettssikkerhet under straffeforfølgningen. Kontradiksjon – også under tilrettelagte avhør – er helt avgjørende for at mistenkte skal få en rettfærdig rettergang, jf. EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95.

### **3.10.4 Kommentarer til § 10-9**

Annet ledd legger opp til omfattende gjenbruk av forklaringer fra tingretten, altså en avdempet svensk modell. Hovedregelen er fortsatt muntlig forklaring. Det åpnes imidlertid for utstrakt bruk av lyd- og bildeopptak innenfor rammene av det som følger av hensynet til kontradiksjon og sakens opplysning, forutsatt at opptaket er skjedd i retten eller i tilrettelagt avhør.

Forslaget innebærer at ankeforhandling i betydelig utstrekning vil kunne baseres på opptak ved lyd og bilde fra tingretten, hvor lagmannsrettens behandling i større grad enn i dag vil bli en form for etterkontroll av tingrettens behandling, i stedet for en fullstendig repetisjon.

Advokatforeningen er svært kritisk til dette, særlig fordi det bryter med en grunnpilar i vår straffeprosess – muntlighet. I tillegg har Advokatforeningen erfart at man etter gjennomført tingrettsbehandling ofte ser at saken og hvilke elementer som fremstår som de springende punkter, ofte har endret seg vesentlig ved lagmannsrettsbehandlingen i forhold til behandlingen i tingretten. Avspilling vil derfor ofte være vel så tidskrevende som nytt avhør, fordi det gjerne vil være vanskelig å finne rene sekvenser som kan klippes vekk uten å fjerne deler av det meningsinnholdet som fortsatt er relevant. I stedet for kan det i enkelte sammenhenger være mer fornuftig å lese relevante utdrag fra en kvalitetssikret dialogutskrift.

Dersom forslaget skal gjennomføres vil vi likevel understreke forutsetningen om at det må være tilstrekkelig teknisk kvalitet på opptakene og den senere avspilling under ankeforhandlingen, samt at det må gis anledning til supplerende avhør gjennom direkte bevisføring for lagmannsretten. Det må også være anledning til å stille spørsmål under ankeforhandlingene, som vitnet ifølge lyd- og bildeopptak tidligere har forklart seg om i tingretten i tilfelle troverdigheten av denne forklaring må anses som et særlig viktig bevis. Advokatforeningen vil også understreke behovet for å ta hensyn til partenes syn knyttet til avspilling av lyd- og bildeopptak under ankeforhandlingene.

### **3.10.5 Kommentarer til § 10-10**

Formuleringen av utkastet § 10-10 første ledd synes å innebære en utvidelse av adgangen til anonym vitneførsel. Straffeprosessloven § 130 a) stiller som vilkår at anonym vitneførsel kun kan besluttes «dersom det er strengt nødvendig og det ikke medfører vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar».

Når utkastet legger opp til å tillate anonyme vitner «når det er nødvendig til vern av person eller offentlig interesse», synes dette å være en viss utvidelse av adgangen til å benytte anonyme vitner.

Advokatforeningen stiller seg kritisk til den utvidelsen som her synes å være foreslått. Anonym vitneførsel representerer i utgangspunktet en begrensning av mistenktes rett til forsvar, og det bør kun

benyttes der dette er strengt nødvendig.

## **3.11 Kapittel 11. Sakkyndighet**

### **3.11.1 Overordnet**

Utvalget viser i sine forslag til kapittel 11 om sakkyndighet på mange punkter til utredningen fra Tilregnelighetsutvalget – NOU 2014: 10. Advokatforeningen avga høringsuttalelse til den utredningen 2.6.2015. Vi fastholder de synspunkter som ble fremholdt der og vil nedenfor vise til denne der det passer. Uttalelsen vedlegges også denne høringsuttalelsen.

Det er imidlertid også viktig å understreke at sakkyndighet i straffesaker omfatter et langt større spekter av saker enn rettspsykiatri. Sakkyndighet er aktuelt i et vidt spekter av saker, for eksempel i økonomiske straffesaker og alle andre livsforhold hvor sakkyndighet kan bidra til å belyse saksforholdet.

### **3.11.2 Kommentarer til § 11-2**

Paragraf 11-2 regulerer utarbeidelsen av mandat til sakkyndige. Et spørsmål som ikke reguleres i bestemmelsen, men som er tatt opp i de generelle motivene, er hva de sakkyndige skal uttale seg om.

I utredningen side 292 påpekes det at de sakkyndige ikke skal bes om å uttale seg «utenfor det faget de har kunnskap om». Dette vil det neppe kunne herske noen uenighet om. Men ut fra dette sammenholdt med prinsippet om at retten kjenner lovens innhold, trekker utvalget en generell slutning om at «sakkyndige ikke skal uttale seg om vilkår i rettsregler eller om disse er oppfylt i saken».

Det hevdes at dette syn fikk bred oppslutning fra høringsinstansene etter Tilregnelighetsutvalgets utredning, og i note 108 vises det til «Advokatforeningen mfl. (2014) s. 35-39».

Straffeprosessutvalgets henvisning er her misvisende. I utredningen fra Tilregnelighetsutvalget fremgår det at sakkyndige ofte vil bli bedt om å uttale seg om rettslige subsumsjonsspørsmål, se side 4 og 42. For å unngå dette kan det «ofte være naturlig at de sakkyndige i sine konklusjoner kun trekker opp faktum og vurderinger basert på dette faktum». Når de sakkyndige bes om å uttale seg direkte om rettslige vilkår eller begreper, for eksempel hva som er barnets beste, tilregnelighet, gjentakelsesfare eller årsakssammenheng, er det viktigste i følge utvalget at «den sakkyndige redegjør for alle premissene for sine vurderinger og grunnlaget for disse», se side 42. Dette utvalget ga altså ikke uttrykk for et slikt absolutt syn på hva sakkyndige skal kunne uttale seg om som Straffeprosessutvalget viser til.

Et poeng i høringssvaret fra Advokatforeningen mfl. fra 2014 var ut fra dette at man må skille rettslige subsumsjonsspørsmål fra de rent faglige vurderinger så langt som mulig, men at det aller viktigste er at de sakkyndige redegjør for de faktiske bevisvurderinger som ligger til grunn, slik at retten får mulighet til å etterprøve disse.

Som det også ble lagt til grunn i den nevnte utredning vil sakkyndiges mandat i straffesaker ofte rette seg mer eller mindre direkte mot om vilkår for straff eller særreaksjoner er oppfylt. Det vil da være kunstig og konstruert om de sakkyndige skal måtte unngå å betegne sine vurderinger og konklusjoner med de samme ord og uttrykk som er brukt i loven. Det avgjørende vil også etter Advokatforeningens syn være at de sakkyndige redegjør for det faktiske grunnlag for sine konklusjoner slik at det vil være mulig for retten å etterprøve dette.

Det er imidlertid viktig å fremheve at sakkyndighet spiller en stor rolle i mange ulike typer straffesaker, og man bør ikke la debatten om sakkyndighet innen rettspsykiatri dominere drøftelsene. Sakkyndighet benyttes ofte til å klarlegge årsaksforhold. Årsakssammenheng vil da regelmessig være et kriterium i det aktuelle straffebud. Det kan åpenbart ikke være slik at man av den grunn skal avskjære sakkyndigheten, selv om den sakkyndige i praksis vil svare på det springende subsumsjonsspørsmålet i saken. Tilsvarende vil økonomisk sakkyndige i økonomiske straffesaker regelmessig belyse spørsmål som mer eller mindre går rett inn mot de vurderingstema som straffebudet oppstiller – det er jo disse tema som utgjør *bevistema* i saken. En verdivurdering av at aksjene i selskap X var verdt 200 gir i praksis svaret på om det var utroskap å selge dem for 100. En sakkyndig vurdering om at omstendighet X har egenskaper som gjør at en økonomisk rasjonell investor ville ha vektlagt den ved sin investeringsbeslutning i aksjemarkedet, gir i praksis svaret på subsumsjonen under vphl. § 3-2 (3).

### **3.11.3 Kommentarer til § 11-3**

Utvalget fremholder på side 295 at det bør «legges til rette for bruk av partsantatte sakkyndige». Dette er Advokatforeningen helt enig i og det må understrekes betydningen av at dette ofte vil være mistenktes viktigste mulighet til å imøtegå anklagene mot ham.

Men skal denne adgangen til bruk av sakkyndige vitner være reell er nettopp muligheten for å kunne legge fram skriftlige erklæringer sentral. Særlig vil dette gjelde i større saker, for eksempel økonomiske straffesaker. Det er da uheldig at utvalget i § 11-3 tredje ledd nøyer seg med at reglene for rettsoppnevnte sakkyndige skal gis anvendelse for enhver sakkyndig «så langt de passer». Dette åpner for fortsatte diskusjoner om adgangen til slik fremleggelse. Det er viktig at det nå slås fast direkte i lovteksten at også private sakkyndige har rett til å legge fram en skriftlig erklæring dersom slik er utarbeidet. Det kan på den annen side ikke kreves at dette gjøres, ettersom oppdragene kan være av ulik størrelse og ulik karakter.

Det kan her vises til forslaget til endring av strpl. § 149 i NOU 2001: 12 som Advokatforeningen støtter. Det ble der foreslått en tilføyelse om at private sakkyndige skal ha rett til å fremlegge en skriftlig uttalelse – men ingen plikt. Det kan også vises til omtalen av dette behovet i Advokatforeningen mfl. (2014) punkt 11.2 (side 27-28) hvor det heter: «... etter utvalgets syn er det ønskelig at det gis adgang til å fremlegge skriftlig erklæring også i straffesaker. Dette vil i tilfelle kreve endring i straffeprosessloven.» Det er beklagelig at utvalgets forslag ikke klargjør dette i tilstrekkelig grad.

### **3.11.4 Kommentarer til § 11-4**

Utvalget tar under punkt 13.6.3.5 på side 293-294 opp et spørsmål som fikk bred omtale i Tilregnelighetsutvalgets innstilling: Skal retten kunne oppnevne nye sakkyndige på etterforskningsstadiet, altså før tiltale er tatt ut?

Utvalget hevder under dette punkt at forslaget innebærer at rettstilstanden etter strpl. § 139 slik den er lagt til grunn i Rt. 2012 s. 268 ikke videreføres. Utvalget viser til utkastet § 11-4 første ledd bokstav a hvor det fremgår at «Retten skal oppnevne sakkyndig etter begjæring». Det følger riktignok av utkastet § 11-4 første ledd at slik begjæring enten fremsettes av påtalemyndigheten (bokstav a) eller av mistenkte (bokstav b). Men etter annet ledd kan også retten «av eget tiltak oppnevne sakkyndige når det anses nødvendig for å få saken tilstrekkelig opplyst». Det er vanskelig å se hvordan selve lovforslaget ut fra dette avviker fra den tidligere rettstilstanden slik denne ble vurdert i Rt. 2012 s.268. Retten oppnevnte

der nye sakkyndige i medhold av strpl. § 139, uten at det var begjært av påtalemyndigheten eller forsvarer. Så vidt Advokatforeningen kan skjønne vil man fortsatt ha denne muligheten med hjemmel i utkastet § 11-4 annet ledd – noe Advokatforeningen er enig i at retten bør ha.

Det vil være lite hensiktsmessig å kreve at et så viktig tiltak som oppnevning av sakkyndige, særlig igangsetting av en rettspsykiatrisk undersøkelse, skal måtte utstå til etter at tiltale er tatt ut. Slike undersøkelser bør ofte skje så fort som mulig, og påtalemyndigheten bør ikke kunne stanse dette dersom det for eksempel er begjært av forsvarer eller bistandsadvokat. I helt særegne tilfeller – som i ABB-saken – kan det også være behov for at retten av eget tiltak igangsetter en slik sakkyndig undersøkelse når det er helt åpenbart at saken vil ende med en tiltale. Viktig informasjon og bevis kan gå tapt dersom slike undersøkelser utsettes og av hensyn til siktedes rettssikkerhet må det unngås.

Det tilføyes at Advokatforeningen er enig i at det ikke er ønskelig at retten i alminnelighet skal kunne ta initiativ til etterforskningsskritt, og særlig ikke til ugunst for den mistenkte. Spørsmål om tilregnelighet som straffbarhetsvilkår står imidlertid etter Advokatforeningens syn i en særstilling, jf. også nedenfor om beviskravet, og sakkyndige undersøkelser om dette stiller seg vesentlig annerledes enn for eksempel undersøkelser av det objektive hendelsesforløp.

Oppsummeringsvis mener Advokatforeningen at det ikke er behov for – og heller ikke tilstrekkelig begrunnet – å endre rettstilstanden på dette området.

### **3.11.5 Kommentarer til § 11-6**

Bestemmelsen om at en sakkyndig plikter å gjøre tjeneste, sammenholdt med at oppdraget honoreres etter salærforskriften (jf. utkastet § 11-12), innebærer en ganske inngripende rettssituasjon for de mange sakkyndige som opererer med timesatser langt over kr 1020. Enten må man endre honorarbindingen til offentlig sats, eller fjerne plikten til å tjenestegjøre.

### **3.11.6 Kommentarer til § 11-12**

Etter utkastet § 11-12 har rettsoppnevnte sakkyndige «krav på godtgjørelse etter særskilt lov». Sammenholdt med § 11-6, om at den som oppnevnes «plikter å gjøre tjeneste», kan det oppstå spørsmål om det ikke er adgang til å rettsoppnevne sakkyndige som ikke vil ta oppdraget til offentlig sats. Dette vil i så fall være svært uheldig å forhindre partene og retten fra å benytte sakkyndige som driver privat praksis og er avhengig av å ta en langt høyere timesats.

Et annet viktig spørsmål vedrørende *private sakkyndige* gjelder hvordan slike skal kunne betales og hvilke reelle muligheter den mistenkte vil ha til å få saken og anklagen belyst gjennom sakkyndige vitner.

Utvalget nøyer seg i denne forbindelse med å vise til den utdaterte loven om vitnegodtgjørelse fra 1916 § 10 annet ledd. Utvalget går altså inn for å videreføre praksis om at det avgjørende skal være «om forsvareren hadde rimelig grunn til å fremstille den sakkyndige, og ikke om retten har bygget på vedkommendes konklusjoner», se side 295.

Men i lovutkastet § 11-12 heter det at kostnader bare skal dekkes «dersom bistanden var nødvendig». Dette fremstår umiddelbart som et strengere krav enn hva som følger av lov om vitnegodtgjørelse. Det kan også lett tenkes at vurderingen av om slik bistand var nødvendig knyttes opp til hvordan retten, etter at all bevisførsel er avsluttet, vurderer den private sakkyndiges bidrag til å opplyse saken – i den retning retten har kommet til at den skal avgjøres.



For å sikre at mistenkte og forsvareren skal kunne pådra kostnader til private sakkyndige uten å risikere store økonomiske tap, er det nødvendig å formulere en sterkere forpliktelse for retten til å dekke kostnadene. Regelen bør ut fra dette snus slik at godtgjørelse skal gis med mindre det ut fra situasjonen da oppdraget ble gitt var urimelig å pådra en slik kostnad.

Det vil ofte være vanskelig å forutse både hva en privat sakkyndig vil komme med av vurderinger og hvordan dette vil bli vurdert av retten i ettertid. Samtidig vil det være nødvendig å engasjere private sakkyndige på et tilstrekkelig tidlig tidspunkt til at vurderinger derfra også kan bli tillagt vekt under etterforskningen og ved avgjørelsen av tiltale spørsmålet. Særlig i økonomiske straffesaker har det i en rekke saker vært opplevd som avgjørende for den mistenkte å kunne bringe inn slik sakkyndighet uten risiko for økonomisk tap.

Det vises også her til omtalen av dette spørsmål hos Advokatforeningen mfl. (2014). Der heter det på side 28:

*«Etter utvalgets syn tilsier både behovet for best mulig opplysning av saken og hensynet til likeverd mellom partene at retten viser nødvendig forståelse for at det kunne være behov for å føre et sakkyndig vitne, og at utgiftene til vitnet normalt bør dekkes, selv om dette vitnets forklaring ikke skulle vise seg å bli avgjørende for sakens utfall.»*

## **3.12 Kapittel 12. Bevissikring i retten**

### **3.12.1 Overordnet**

Forslaget er behandlet i utredningens punkt 13.7 på side 296-297 og gjelder rettslig granskning og fremgangsmåten for dette. Det fremgår at man ønsker å videreføre de materielle hjemlene i gjeldende lov, men samle bestemmelsene på en bedre måte enn i dag, ved at det i foreslått nytt kapittel 12 «Bevissikring i retten» skal inntas to bestemmelser (§§ 12-1 og 12-2) som erstatter dagens regulering gjennom en rekke bestemmelser i gjeldende lov (§§ 25, 150, 154, 237, 270, 283, 384 og §§ 154, 237, 270, 271, 283 og 384, henholdsvis).

Endringsforslaget innebærer således så vidt Advokatforeningen kan forstå ingen realitetsendring, men en opprydning av nokså spredte hjemler.

I utgangspunktet bør en slik opprydning være et gode. Utredningen viser til sammenhengen mellom tiltakene og pedagogiske grunner som bakgrunn for endringen. Samlingen av ulike hjemler i ett kort kapittel med to paragrafer vil gjøre regelverket på dette punkt mer oversiktlig. De nye bestemmelser regulerer dels de materielle vilkår for rettslig bevissikring, dels kompetanse- og prosedyreavklaring.

Ordlyden kan imidlertid synes noe inkonsekvent. I forslaget til § 12-2 første ledd benyttes teksten «Før tiltalen er oversendt...», i annet ledd «Forut for tiltale plikter retten...». Det kan også virke noe ulogisk at sistnevnte bestemmelse fastslår rettens plikter «forut for tiltale». Det kan vel være nokså tilfeldig om retten er oppdatert på tidspunktet for uttak av tiltale. Når man samtidig fastslår en plikt for retten til å agere, kan det synes som å gape noe høyt. Det spørres om ikke formuleringen av innledningen til dette punktet (§ 12-2 annet ledd) burde gjøres annerledes.

Utkastet § 12-2 tredje ledd viderefører en meget upraktisk og sovende regel om adgang til å kreve innbetalt et forskuddsbeløp til dekning av utgiftene til bevissikring som begjæres av mistenkte. Selv om beløpet skal kunne erstattes av staten når påtalemyndigheten eller domstolen finner at det har vært rimelig grunn til bevissikringen, ligger det et usikkerhetsmoment her som bryter med prinsippet om

statens generelle ansvar for å dekke etterforsknings- og prosesskostnader, også der etterforskningskritt begjæres av mistenkte, jf. utkastet § 13-7. Det er også problematisk sett opp mot equality of arms-prinsippet. Det synes å være liten grunn til å opprettholde denne adgangen. Dersom man virkelig ønsker å regulere siktedes ansvar for slike etterforskningskritt, hører dette logisk mer hjemme i saksomkostningsbestemmelsene.

### **3.13 Kapittel 13. Alminnelige regler om etterforskning**

#### **3.13.1 Overordnet**

Utvalgets mandat sier lite om straffeprosesslovens regler om etterforskning, og de alminnelige reglene om etterforskning er ikke særskilt omtalt i mandatet. På flere punkter har likevel utvalget funnet det ønskelig med klargjøringer, blant annet hva gjelder etterforskningsbegrepet, ansvarsforhold og vilkår for etterforskning. Advokatforeningen er på generelt grunnlag enig i at det er ønskelig med slike klargjøringer, ikke minst av pedagogiske grunner.

Advokatforeningen vil trekke fram som særlig positivt at det i utvalgets forslag til § 13-5, om grunnleggende krav til etterforskningen, også gis uttrykkelig anvisning på at etterforskningen skal dokumenteres, herunder at opplysninger som ikke er sikret på annen måte, skal nedtegnes. Den foreslåtte bestemmelsen stiller også krav om at det skal utarbeides en oversikt over sakens opplysninger. Advokatforeningen er enig med utvalget i at det er en mangel ved gjeldende lov at den ikke oppstiller et generelt og uttrykkelig krav til dokumentasjon av etterforskningen, og det kan etter Advokatforeningens oppfatning ikke utelukkes at fraværet av uttrykkelig regulering er en medvirkende årsak til manglende bevissthet om – og i en del tilfeller manglende etterlevelse av – gjeldende notoritetskrav.

#### **3.13.2 Kommentarer til § 13-6**

Etter ordlyden i lovutkastet § 13-6 første ledd skal underretning om beslutning om å iverksette etterforskning *"som regel"* gis blant annet *"mistenkte"*. Dette er også en regel som ikke avskjærer oppfyllelse av siktedes rettigheter, men som heller ikke reflekterer retten i EMK artikkel 6 tredje ledd, bokstav a til *"straks"* å bli

*"underrettet, i et språk han forstår og i enkeltheter, om innholdet i g grunnen til siktelsen mot ham"*.

Som nevnt er gjengivelsen av denne rettigheten ikke tilfredsstillende reflektert i lovutkastet § 3-1, og siden skillet mellom mistenkte og siktede er opphevet er det i § 13-6 at denne EMK-rettigheten må ivaretas.

Advokatforeningen mener etter dette at utvalgets forslag til 13-6 må gjennomgås og endres slik at bestemmelsen reflekterer EMK artikkel 6 tredje ledd, bokstav a.

#### **3.13.3 Kommentarer til § 13-7**

Etter denne bestemmelsens annet ledd skal begjæring fra mistenkte om etterforskningskritt etterkommes *"når det anses rimelig"* av hensyn til vedkommendes forsvar eller for å avkrefte mistanken.

Advokatforeningen mener at denne bestemmelsen ikke reflekterer retten etter EMK artikkel 6 tredje ledd

bokstav d om siktedes rett til vitne- og bevisførsel på samme vilkår som påtalemyndigheten.<sup>27</sup> Det er altså ikke tale om en ren rimelighetsvurdering, men en rett til likebehandling med påtalemyndighetens muligheter for å fremskaffe bevis. Dette bør reflekteres i bestemmelsen

### 3.14 Kapittel 14. Tvangstiltak. Grunnvilkår og fellesregler.

#### 3.14.1 *Straffeprosesslovutvalgets enstemmige grunnsyn: behov for revisjon av reglene om varetektsfengsling*

Advokatforeningen konstaterer at Straffeprosesslovutvalget slår fast at varetektsbruken i Norge er omfattende og stigende, og at så mye som 39 % av de innsatte i norske fengsler sitter fengslet uten dom.<sup>28</sup> Advokatforeningen vil legge til at den utstrakte varetektsbruken i svært mange tilfeller medfører at *hele straffen* sones i varetekt. Dette er uheldig av flere grunner. For det første fordi varetektsregimet i fengslene er *klart strengere* enn regimet for ordinære soningsinnsatte.<sup>29</sup> For det annet fordi straffens grunnleggende samfunnsformål, nemlig rehabilitering og tilbakeføring til samfunnet ikke blir ivaretatt ved varetektsfengsling. For fengslene er det svært vanskelig å tilby rehabiliterende tiltak til varetektsinnsatte fordi varetektsfengslingen er midlertidig og fengslene ikke vet noe om fengslingens varighet. Utstrakt soning av straff i varetekt kan derfor motvirke en viktig del av straffens formål. For det tredje står en så omfattende bruk av varetekt i et klart spenningsforhold til uskyldspresumsjonen. Varetektsinnsatte er i motsetning til soningsinnsatte prinsipielt sett uskyldige, og skal behandles deretter, jf. blant annet SP artikkel 10 og EMK artikkel 6 (2).<sup>30</sup> Der den varetektsinnsatte senere frifinnes, kommer problemet selvsagt på spissen, men systemet bør uansett ikke bygge på en så høy andel varetektsbruk.

Advokatforeningen konstaterer videre at Straffeprosesslovutvalget har foretatt en inngående gjennomgang av den omfattende kritikk som har vært reist mot norsk varetektsbruk – ikke bare fra internasjonale menneskerettslige overvåkingsorganer – men også en meget langvarig kritikk fra internt norsk hold.

Når det gjelder kritikken fra internasjonale overvåkingsorganer viser Advokatforeningen til at norsk varetektsbruk har vært kritisert av:

- FNs menneskerettskomité (HRC)
- FNs torturforebyggingskomité (CAT)
- Den europeiske torturforebyggingskomitéen (CPT)
- FNs Working Group for Arbitrary Detention (WGAD)<sup>31</sup>

På det nasjonale planet har praksis knyttet til varetektsfengsling vært kritisert og problematisert fra en lang rekke hold: Nasjonal Institusjon for Menneskerettigheter, Forebyggingsenheten mot tortur og umenneskelig behandling, Kriminalomsorgens utdanningscenter (KRUS), Riksadvokaten,

---

<sup>27</sup> Denne bestemmelsen får ikke bare betydning for vitneførsel, men også for andre bevis, se og Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (4. Utgave 2015) s. 490.

<sup>28</sup> NOU 2016: 24 s. 320-321.

<sup>29</sup> Se for eksempel Kriminalomsorgens eget omfattende utredning, "Kvalitet i varetektsarbeidet", del III der det beskrives hvordan varetektsopphold av en rekke ulike grunner er strengere enn et ordinært soningsregime. De varetektsinnsatte har eksempelvis ofte undergitt de facto isolasjon (isolasjon til tross for at det ikke foreligger lovhemmel), de har mindre mulighet til å delta i en aktivitet som arbeid eller opplæring, soningsforholdene er undergitt mye større grad av usikkerhet. de opplever usikkerhet i forhold til familie og jobb osv (Kriminalomsorgen, Trond Danielsen/Vegard Karlsen (red), "Kvalitet i varetektsarbeidet", del III, 2007, se f.eks s. 6-7).

<sup>30</sup> Se videre analyser og henvisninger i Thomas Horn, "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", bl.a. s. 171-179.

<sup>31</sup> En omfattende redegjørelse finnes i Thomas Horn, "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", bl.a. s. 135-142 og s. 149-161.

Politihøgskolen, Advokatforeningen og forsvarsadvokater samt andre som arbeider innenfor juridisk forskning.<sup>32</sup>

Det er derfor symptomatisk at et enstemmig utvalg, med representanter både fra påtalemyndighet, forsvarere, dommere og andre samfunnsborgere, har uttrykt en klar konklusjon om at det er behov for å revidere reglene om varetektsfengsling:

*"I et slikt perspektiv mener utvalget at det i seg selv er problematisk at en høy andel av innsettelsene i norske fengsler skjer etter fengslingskjennelse og ikke etter dom. Det bør derfor gis regler som tar sikte på å begrense bruken av varetekt sammenholdt med dagens situasjon. De ulike fengslingsformålene kan klart nok ikke ignoreres, men det kan heller ikke tas sikte på å eliminere all risiko for at straffeforfølgningen kan bli skadelidende. Ved utformingen av de nærmere fengslingsvilkårene legger utvalget således stor vekt på retten til frihet, jf. også Grunnloven §§ 94 og 96 og EMK artikkel 5."*

Dette er etter Advokatforeningens en sterkt tiltrengt presisering, og den brede enigheten om behovet for bedre regler er meget positivt.

Advokatforeningen er enig i at straffeprosessens regler klart nok ikke kan ignorere de ulike fengslingsformålene. Det er behov for å bruke varetekt som et straffeprosessuelt tvangstiltak. Men utfordringen ligger i å utforme regler som er egnet til å styre den daglige praksis på en slik måte at omfanget av varetektsbruken ikke blir større enn nødvendig, og som gir *klare direktiver* til dem som skal anvende reglene. Det er spesielt viktig – slik Straffeprosesslovutvalget fremhever – at reglene ikke kan ha som ambisjon å eliminere enhver risiko med hensyn til straffeforfølgningen. Uten klare føringer fra lovgiverhold, har imidlertid det praktiske rettslivet lett for å utvikle en tendens til å operere ut fra en forutsetning om at enhver risiko må elimineres ("optimaliseringsmaksimen").<sup>33</sup> Dette er en tendens som lett leder til de problemer som har vært kritisert både av menneskerettslige overvåkingsorganer og i den nasjonale debatten.

### **3.14.2 Overordnet om utforming av regler om tvangstiltak – særlig i form av fengsling og restriksjoner**

#### *3.14.2.1 Det foreligger et stort behov for spesifikke og atferdsstyrende regler*

Nettopp fordi norsk praksis knyttet til varetektsfengsling og restriksjoner har vært utsatt for vedvarende kritikk i flere tiår er det grunnleggende viktig at man trekker lærdom av de historiske erfaringer man har gjort på dette feltet.

Det er for eksempel en utbredt oppfatning blant ulike profesjoner i straffeprosessen at avgjørelser om tvangstiltak lett kan få preg besvergelses, uten reell prøving. Lovutvalget advarer da også spesifikt mot dette (side 313-314). Bekymringen avgjørelser som preges av besvergelses og fasadelegitimasjon har også empirisk støtte.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Se nærmere Thomas Horn, "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", bl.a. del 2 s. 91-161.

<sup>33</sup> Gammeltoft Hansen, 1976 ("Varetaegtsfængsling") bl.a. s. 353. Se nærmere Thomas Horn, "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", bl.a. s. 309, 346, 366, 382 og 391.

<sup>34</sup> Riksadvokatens publikasjoner 1/2003 ("Restriksjoner ved varetekt"), Politihøgskolens skriftserie nr 3/2009 ved Bakke/Myhrer ("Begjæring om varetekt med restriksjoner – en undersøkelse av praksis"), Angelsen 2011 ("Rettenns begrunnelser for varetektsfengsling i fullstendig isolasjon"). Se nærmere Thomas Horn, "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger". Se også Mathiesen 2003 ("Skjellig grunn til mistanke – en studie av forhørsretten"), 2. utg.

Faren for at praksis får preg av besvergelses er *særlig stor der lovgiver overlater til domstolene å treffe avgjørelser basert på åpne og skjønnsmessige bestemmelser*, uten at det oppstilles konkrete vilkår, uten at det gis konkrete føringer for skjønnet, og uten klare terskler for bruk av inngripende tvangstiltak.

Faren forsterkes av at domstolenes behandling preges av en tradisjon for summariske avgjørelser, og at dommerne får lite tid til behandling av sakene. Dommeren opplever regelmessig at hun har svært begrenset tid til å ta stilling til begjæringen. Eksempelvis fordi det er en rekke begjæringer om varetektsfengsling som skal vurderes av samme dommer samme dag. Til overmål følger det av loven at kjennelse fortrinnsvis skal avsies allerede før rettsmøtet avsluttes. Tilsvarende gjelder også for påtalejuristene, noe som ofte fører til at domstolen får presentert svært summariske begjæringer om bruk av tvangstiltak.<sup>35</sup>

#### 3.14.2.2 Domstolenes begrensede beslutningsgrunnlag

I norsk rettstradisjon har man i utstrakt grad tillit til et konkret og pragmatisk dommerskjønn. Det kan ofte være best å overlate avgjørelsen til dommeren basert på et bredt skjønn ut fra opplysningene i den enkelte saken. Men problemet med en slik tilnærming på dette området er at domstolene ofte har *svært begrenset informasjon* å bygge på når man skal treffe avgjørelser om tvangstiltak som fengsling og restriksjoner.

I en sak der politiet nettopp har startet etterforskning kan det for eksempel være vanskelig å avgjøre hvor stor sannsynligheten er for bevisforspillelse så lenge hverken dommeren eller politiet vet særlig mye om hvilke bevis som eventuelt kan finnes i saken, eller hvilke andre personer som eventuelt kan være involvert. Enda vanskeligere vil det være å mene noe om hvilke *konsekvenser* en eventuell bevisforspillelse vil få dersom man lykkes med å forspille et av de bevis man ennå ikke vet noe om.

I en slik situasjon – der beslutningsgrunnlaget er dårlig – kommer man ofte ikke så mye lenger ved å bare spille ballen over til dommerens brede skjønn. I så fall ender man fort opp med aktører i domstolene som bare støtter seg på besvergelses.

#### 3.14.2.3 Sterkt behov for prinsipielt utformede lovregler

Alle disse momentene tilsier en rollefordeling mellom lovgiver og domstoler som er slik at lovgiver bør trekke opp klare og prinsipielt funderte rammer for bruken av tvangstiltak, som danner klare utgangspunkt for dommerens avgjørelser. Dette behovet for prinsipielt begrunnede regler er særlig fremtredende når det gjelder bruk av tvangstiltak, der menneskerettslige vurderinger lett kommer på spissen. Det bør derfor settes klare minstevilkår, det bør gis klare signaler i form av inngrepsterskler spesifikt tilpasset bruken av det enkelte tvangsmiddel (for eksempel "tilstrekkelig grunn" kontra "strengt nødvendig"). Videre bør reglene så langt som mulig gi føringer for dommerens skjønnsutøvelse slik at alle de viktige hensyn for og imot tas i betraktning og veies på en strukturert og rasjonell måte.

#### 3.14.2.4 Lovens signaleffekt

Det er viktig å fremheve betydningen av lovens og forarbeidenes *signaleffekt*. Aktørene i rettssystemet er naturlig nok sterkt preget av den kultur som gjennom daglig praksis er innarbeidet over mangfoldige tiår. Men samtidig viser erfaring at lovgivers signaler er svært viktig. For eksempel må den dramatiske endringen i bruken av fullstendig isolasjon i Danmark i hovedsak forklares med tydelige signaler fra

---

<sup>35</sup> Ibid.

lovgiver gjennom gjentatte lovendringer.<sup>36</sup> På dette området, der vi har en bakgrunn som blant annet innbefatter en praksis som over tid har vært utsatt for kritikk både fra nasjonalt hold og fra menneskerettslige overvåkingsorganer, bør lovens signaleffekt derfor vektlegges sterkt.

### 3.14.2.5 Lovutkastets tilnærming

Advokatforeningen konstaterer at lovutvalget synes å bygge på samme forståelse av disse grunnleggende hensynene med hensyn til utformingen av reglene om tvangstiltak. Utvalgets uttalelser om behovet for å unngå at begrunnelsene får preg av besvergelses, at det bør gis faste regler om de enkelte tvangstiltak i form av frister og konkrete skranker, og at det bør gis anvisning på hvilke konkrete momenter som skal veie tungt i en bestemt kontekst, viser dette (side 314).

Advokatforeningen mener på denne bakgrunn at det er svært viktig at utvalget foreslår fastere skranker for bruk av tvangsmidler, slik som for eksempel skjerpede kriminalitetskrav (krav til strafferamme) og klare maksimumsperioder for bruk av visse tvangsmidler (for eksempel lengstefrist for bevisforspillelsesfengsling).

Samtidig vil Advokatforeningen *sterkt fremheve* behovet for at man på visse områder angir klare minstetterskjer for inngrep. For bruk av fullstendig isolasjon foreligger det for eksempel en solid forankret menneskerettslig standard som sier at isolasjon aldri skal brukes med mindre det er "strengt nødvendig". Samme standard er også fremhevet i direktiver fra Riksadvokaten. Vi kan derfor vanskelig se hvorfor denne standarden ikke også kan komme direkte til uttrykk også i lovt teksten. Ønsket om generelle regler må her vike for behovet for å gi klare lovgiversignaler på et område der vi har blitt utsatt for vedvarende internasjonal kritikk, og der det foreligger et klart behov for atferdsstyring.

### 3.14.3 Kommentarer til § 14-1

Paragrafens tittel er misvisende ettersom utvalget ikke går inn for at det lovfestes et generelt kriminalitetskrav (minstekrav til strafferamme for bruk av tvangsmidler), jf. side 310-311. Fra overskriften bør "kriminalitetskrav" strykes.

#### 3.14.3.1 Første ledd:

Advokatforeningen er enig i utvalgets presisering av kravet til "skjellig grunn til mistanke" i noen grad er relativt ut fra etterforskningsbehovet og informasjonsgrunnlaget (side 308). Dette betyr på den ene siden at "skjellig grunn"-terskelen vil være noe lavere der behovet for tiltaket er stort eller der inngrepet er lite, men motsatt at vilkåret må praktiseres strengere der behovet er lite og inngrepet stort. Tilsvarende må man ha bedre informasjonsgrunnlag for å treffe inngripende tiltak der behovet for inngrepet er begrenset.

#### 3.14.3.2 Annet ledd:

Advokatforeningen er *grunnleggende skeptisk* til utvalgets ambisjon om å forsøke å bygge loven på én generell og altomfattende forholdsmessighetsbestemmelse. En slik bestemmelse vil med nødvendighet få karakter av et minste felles multiplum, som vil gi helt feil signaleffekt ved anvendelsen av alvorlige tvangstiltak. Et eksempel er dagens bestemmelse i § 170a som gir uttrykk for at tvangstiltak bare kan anvendes der det er "tilstrekkelig grunn til det". En slik regel er helt misvisende med hensyn til hvilken terskel som for eksempel må kreves når det gjelder bruk av fengsling eller endog fullstendig isolasjon

---

<sup>36</sup> I Danmark ble bruken av fullstendig isolasjon redusert fra om lag 400-500 tilfeller pr år på begynnelsen av 2000-tallet, til kun 32 tilfeller i 2015 (0,7 % av alle fengslinger). I forhold til 2001 utgjorde reduksjonen i isolasjonsbruk 94 %. Kilde: Brev fra den danske Rigsadvokaten av 20.10.16 til Justisministeriet. I forhold til 2001 utgjør reduksjonen i isolasjonsbruken 94 %. Se nærmere Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger (2017), s. 52, 56-58, og 449 flg.



(der det foreligger en etablert menneskerettslig standard om at isolasjon bare kan brukes der det er "strengt nødvendig").<sup>37</sup>

En bestemmelse om har karakter av "minimumsregel" (jf. sitatet på side 312) bør derfor gis en plassering i loven der den fungerer som nettopp en sikkerhetsventil, og ikke som den operative hovedregelen (en hovedregel på minimumsnivå). I stedet bør man sørge for at de enkelte tvangstiltakene angir prinsipielt funderte terskler som reflekterer alvorligheten av tiltaket og de generelle prinsipielle avveininger som gjelder for det aktuelle tvangstiltaket.

Advokatforeningen har vanskelig for å se at utvalgets bekymring for at "vurderingene ikke blir tilstrekkelig konkrete" er et relevant motargument mot nøyere regulering av de enkelte tvangstiltak (side 313-314). Tvert om er det slik at man ved bruk av helt generelle minimumsregler står i større fare for at begrunnelsene får preg av besvergelses. Slike besvergelses er klart nok et problem, men ikke forårsaket av klare lovgiverstandpunkt. I stedet skyldes slike besvergelses blant annet 1) dårlig beslutningsgrunnlag, 2) at det settes av for lite tid til å vurdere og begrunne påtalemyndighetens begjæringer og rettens avgjørelser, 3) upresise og generelle bestemmelser som ikke gir konkrete føringer for skjønnet, og 4) for lempelige krav til begrunnelse.

Et viktig spørsmål er om den nærmere opplistingen av momenter i forholdsmessighetsvurderingen er dekkende.

Etter Advokatforeningens syn er kriteriet "*sannsynligheten for at formålet med tiltaket vil bli ivarett*" ikke dekkende. Dette kriteriet skal angi den vektskålen i avveiningen som taler for at tvangstiltaket er forholdsmessig, og det dreier seg da om hvilket *behov* som foreligger for å iverksette tvangstiltaket. Behovet for inngrepet må imidlertid fastlegges ut fra langt flere momenter enn bare *sannsynligheten* for at formålet vil bli oppnådd. Dette fremgår egentlig også av utvalgets motiver, der man som eksempel peker på "hvilken betydning den bevisforspillelse som antas å kunne skje, har for saken" (side 313). Dette er et spørsmål om *konsekvens*, og ikke sannsynlighet. Vurderingen må dessuten reflektere kvaliteten på det beslutningsgrunnlag avgjørelsen må bygge på (god eller dårlig informasjon/holdpunkter), slik utvalget også selv påpeker på side 324, jf. nedenfor. Advokatforeningen foreslår derfor at lovens kriterium endres til formuleringen "*hvilket behov som foreligger for å iverksette tvangstiltaket*".

Advokatforeningen mener det finnes alternative tiltak. Utvalget fremhever sterkt minsteinngrepsprinsippet og behovet for å vurdere mindre inngripende tiltak som alternative tiltak (se blant annet side 313, 597 og utkastet § 14-1 (2)). Dette er en tilnærming som Advokatforeningen vil støtte sterkt opp om. Advokatforeningen anbefaler derfor at § 14-1 annet ledd justeres slik at dette prinsippet fremheves som ett av de strekpunkter som beslutningstakeren skal ta inn *som en integrert del* av vurderingen av om tvangstiltaket er forholdsmessig, slik:

"... skal det tas hensyn til  
- om mindre inngripende tiltak i tilstrekkelig grad kan ivareta formålet,  
- ...  
- ... "

Alternativt: Rent logisk kan muligheten for å anvende mindre inngripende alternative tiltak anses som en del av vurderingen av hvor sterkt *behov* som foreligger for å anvende det mest inngripende

---

<sup>37</sup> Forholdet mellom norske og danske regler om fullstendig isolasjon illustrerer dette. I Danmark ble det inntatt en regel som spesifikt regulerer kravet til forholdsmessighet for bruk av isolasjon. Men da Norge langt på vei kopierte de danske reglene ble det spesifikke forholdsmessighetskravet sløffet, fordi man mente at det ville bryte med det generelle forholdsmessighetskravet i strpl § 170a. Utviklingen har vist at dette har vært et problem. Se nærmere Thomas Horn, "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", bl.a. s. 368-375 og s. 497-502.

tvangstiltaket. Dersom loven endres slik som foreslått ovenfor ("*hvilket behov som foreligger for å iverksette tvangstiltaket*"), vil muligheten for alternative tiltak naturlig inngå som en integrert del av vurderingen av behovet for å anvende det mest inngripende tvangstiltaket. Men fordi dette punktet er så viktig i praksis – og fordi det her er behov for klare signaler fra lovgiver – bør man vurdere å eksplisitt fremheve dette momentet i loven. Dette kan kanskje aller best gjøres ved en presisering i etterkant. Det vises her til Horn side 334, som har foreslått en slik presisering:

*"Nødvendigheten [behovet] for å anvende [tvangstiltaket] skal bare vurderes ut fra hvor mye mer effektivt [tvangstiltaket] vil være som middel for å [oppnå formålet] [sammenlignet med mindre inngripende tiltak]."*<sup>38</sup>

Når det gjelder kriteriet "*sakens karakter*", vil Advokatforeningen klart advare mot at dette gjøres til et selvstendig moment i vurderingen. Rent logisk vil "*sakens karakter*" på ulike måter kunne være et argument for (eller mot) at det foreligger behov for tvangstiltaket, men uten å være et selvstendig argument.<sup>39</sup> Enda viktigere er det at "*sakens karakter*" i rettspraksis ofte inngår som nettopp en slik besvergelse som blir avgjørende (uten at det nødvendigvis er grunnlag for det). Dette påpekes for eksempel i en undersøkelse fra Politihøgskolen i 2009. En annen undersøkelse viser at det ikke er mulig å påvise noe relevant skille i alvorgrad mellom saker der retten legger vekt på sakens alvorlige karakter, og saker der dette momentet ikke nevnes.<sup>40</sup> Dersom "*sakens karakter*" gjøres til et selvstendig kriterium på overordnet plan, slik utkastet legger opp til, vil man trolig forsterke denne tendensen snarere enn å motvirke den. "*Sakens karakter*" vil da lett kunne bli misbrukt som et "trylleord" som på en lettvinnt måte kan begrunne de fleste typer tvangstiltak uten at det foretas en tilstrekkelig grundig vurdering. Advokatforeningen mener derfor at kriteriet "*sakens karakter*" må strykes som selvstendig kriterium, og heller tas i betraktning under kriteriet "*hvilket behov som foreligger for å iverksette tvangstiltaket*".

Videre mener Advokatforeningen at kvaliteten på beslutningsgrunnlaget må inngå i vurderingen. Som nevnt ovenfor må forholdsmessighetsvurderingen reflektere kvaliteten på det beslutningsgrunnlag avgjørelsen bygger på (god eller dårlig informasjon/holdpunkter). Det vises til at utvalget i andre sammenhenger selv påpeker dette momentet (se blant annet side 324). For videre utdyping vises det til Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger, del 4 om risikovurderingen.

#### **3.14.4 Kommentarer til § 14-4**

Advokatforeningen støtter regelen i § 14-4 om krav til påtalemyndighetens begjæringer. Det bør imidlertid stilles klarere krav til påtalemyndighetens begrunnelse av begjæringer om tvangstiltak. Som nevnt av utvalget (side 314) hender det ofte at rettens begrunnelser får preg av besvergelses og dette gjelder "... ikke minst dersom påtalemyndighetens begjæringer ikke inneholder konkretiseringer av behovet for inngrep". Dette støttes av empiriske undersøkelser.<sup>41</sup> Det bør derfor stilles klare krav til konkretisering av påtalemyndighetens begjæringer. I denne sammenheng er det viktig å understreke at det også bør stilles krav om at påtalemyndigheten gjør rede for hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende, hvilke alternative tiltak som har vært vurdert, og hvorfor alternative tiltak ikke anses tilstrekkelig effektive holdt opp mot behovet for tvangstiltaket.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Se Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger (2017), s. 334.

<sup>39</sup> Se nærmere Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger, kapittel 19 og 20.

<sup>40</sup> Bonnevie Arntzen 2013 (Velbegrunnet varetekt?), s. 86-89.

<sup>41</sup> Riksadvokatens publikasjoner 1/2003 ("Restriksjoner ved varetekt"), Politihøgskolens skriftserie nr 3/2009 ved Bakke/Myhrer ("Begjæring om varetekt med restriksjoner – en undersøkelse av praksis"), Angelsen 2011 ("Rettens begrunnelser for varetektsfengsling i fullstendig isolasjon"). Se nærmere Thomas Horn, "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger". Se også Mathiesen 2003 ("Skjellig grunn til mistanke – en studie av forhørsretten"), 2. utg.

<sup>42</sup> Se nærmere Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger, s. 465 samt s. 356-357.

### 3.14.5 Kommentarer til § 14-6

Advokatforeningens viser her til sin høringsuttalelse om forslaget til regler om biometrisk identifisering.

## 3.15 Kapittel 15. Meldeplikt, pågripelse og fengsling mv.

### 3.15.1 Overordnet

Advokatforeningen vil sterkt støtte utvalgets vektlegging av minsteinngrepsprinsippet, og at dette tilsier en oppbygning av de enkelte inngrepsbestemmelsene der de minst inngripende tiltakene angis først (side 315-316). Dette er et tiltrengt pedagogisk grep som vil hjelpe domstolene med å strukturere sine vurderinger på en korrekt måte.

Samtidig bør man også fremheve at det grunnleggende utgangspunktet er retten til frihet, en rett som er vernet både av EMK artikkel 5, SP artikkel 9 og nå også Grunnloven § 94. Advokatforeningen foreslår derfor at dette grunnleggende utgangspunktet av pedagogiske hensyn gjengis og slås fast som ny innledende bestemmelse § 15-1:

«§ 15-1

*Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.»*

Av pedagogiske grunner er det også sterkt behov for å minne om at frihetsberøvelse av personer som ikke er straffedømt, og som vernes av uskyldspresumsjonen (jf blant annet SP artikkel 10 og EMK artikkel 6), som et grunnleggende utgangspunkt ikke skal utsettes for andre inngrep enn selve frihetsberøvelsen. Restriksjoner ut over dette må ha hjemmel i lov. Videre må slike restriksjoner være nødvendig og forholdsmessig ut fra formålet med fengslingen, eller et annet formål av en slik vekt at det kan oppveie uskyldspresumsjonen ("outweight the presumption of innocence").<sup>43</sup> En lignende (men mindre presis) regel finnes allerede i straffegjennomføringsloven § 46 om varetektsinnsatte, men bør inntas eksplisitt også i straffeprosessloven (slik situasjonen også var tidligere). Et ytterligere poeng er at straffegjennomføringsloven ikke gjelder for politiarrestene. Det oppstod derfor et utilsiktet tomrom da regelen ble tatt ut av straffeprosessloven og overført til straffegjennomføringsloven. Ettersom utkastet § 15-12 omhandler restriksjoner under pågripelse og fengsling, bør en slik regel inntas som ny § 15-12 første ledd, jf. nærmere nedenfor.

### 3.15.2 Kommentarer til § 15-1

Advokatforeningen vil fremheve at lovens struktur er god, der mindre inngripende tiltak presenteres først – før det blir tale om fengsling.

Videre støtter Advokatforeningen utvalgets presisering av at *sannsynlighetskravet* ("grunn til å frykte") skal være *relativt* til *sakens alvor og betydningen av en eventuell unndragelse*.

Det bør imidlertid presiseres at kravet også er relativt til det *beslutningsgrunnlag* domstolen har for å vurdere faren for unndragelse. På samme måte som det som gjelder for forholdsmessighetsvurderingen etter § 14-1 (2) (jf. NOU 2016: 24 side 308 "informasjonsgrunnlaget"). Der beslutningsgrunnlaget er dårlig må det altså stilles strengere krav til sannsynlighet og/eller behovet for tiltaket (fengslingen) hensett til blant annet sakens alvor og betydningen av en eventuell unndragelse.

---

<sup>43</sup> Slik EMD har formulert kravet til inngrep i retten til frihet. Se nærmere Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", s. 179-191.

På denne bakgrunn vil det trolig være mer hensiktsmessig å erstatte det mer endimensjonale sannsynlighetskriteriet "grunn til å frykte" med et *nødvendighetskrav* som inneholder alle disse tre dimensjonene (sannsynlighet, konsekvens, beslutningsgrunnlag).<sup>44</sup>

Som utvalget påpeker vil fengsling på grunnlag av unndragelsesfare ofte medføre *langvarig* fengsling fordi fengslingsgrunnen vedblir å være aktuell helt til hovedforhandling er gjennomført. Advokatforeningen mener derfor at det foreslåtte strafferammerammekravet (kriminalitetskravet) på 2 år er for lavt når det gjelder å bruke et så alvorlig tvangstiltak som fengsling. Kriminalitetskravet burde vært satt til 6 år, som er det neste aktuelle alternativet. Bruk av fengsling bør forbeholdes mer alvorlig kriminalitet, mens man i mindre alvorlige saker bør greie seg med alternative tiltak.

Uansett bør det innføres et eksplisitt vilkår om at fengsling på grunnlag av unndragelse er nødvendig fordi bruk av andre mindre inngripende tiltak fortsatt vil etterlate betydelig risiko for straffeforfølgningen.

Bestemmelsens overskrift bør bidra til å fremme en balansert *risikovurdering*. Av pedagogiske hensyn, og av hensyn til signaleffekten, bør overskriften derfor være "... ved risiko for unndragelse" (i stedet for "... ved unndragelsesfare").

### **3.15.3 Kommentarer til § 15-2**

#### **3.15.3.1 Første ledd:**

Advokatforeningen mener det er positivt at alternative tiltak til fengsling fremheves gjennom lovens struktur.

Dagens kriterium "nærliggende fare for bevisforspillelse" er imidlertid langt fra velfungerende.<sup>45</sup> Kriteriet bør derfor erstattes med en slik *risikovurdering* som utvalget selv foreslår i annet ledd (vedrørende fengsling), og som er nærmere utpenslet av Horn. Til gjengjeld kan det angis en lavere terskel enn "betydelig risiko" som vilkår for anvendelse av mindre inngripende tiltak enn fengsling (slik som meldeplikt m.v.).

#### **3.15.3.2 Annet ledd:**

Advokatforeningen vil uttrykke sterk støtte til utvalgets forslag der kriteriene for bevisforspillelsesfengsling forbedres og nyanseres sammenlignet med dagens kriterium "nærliggende fare for bevisforspillelse", som fungerer meget dårlig som operativt kriterium som over tid har blitt redusert til et endimensjonalt sannsynlighetskriterium.<sup>46</sup> Det er derfor et stort fremskritt når det fremgår av motivene (side 324 og side 601) at kriteriet "*betydelig risiko for straffeforfølgningen*" er en bredere *risiko*-vurdering. Skal bestemmelsen virke treffsikkert ut fra sitt formål, slik at bestemmelsen gir dommerne reell mulighet til å strukturere sine vurderinger på en god måte, må lovens vilkår endres i samsvar med utvalgets forslag. Av de samme grunner bør imidlertid forarbeidenes anvisninger på hvilke hovedmomenter som inngår i risikovurderingen inntas i selve lovteksten. Dette kan for eksempel gjøres slik det er skissert i Horn på side 333, der det er henvist til momentene sannsynlighet, konsekvens og beslutningsgrunnlag ("informasjonsgrunnlag") i bokstavene a) – c).

I samsvar med utvalgets fremheving av "minste inngreps"-prinsippet, er det også behov for å presisere at *referansepunktet* for risikovurderingen (nødvendighetsvurderingen) alltid er hvor sterkt *behov* som foreligger for å anvende fengsling kontra mindre inngripende tiltak.

---

<sup>44</sup> Se tilsvarende Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", s. 333 for så vidt gjelder fullstendig isolasjon.

<sup>45</sup> Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", s. 301-470.

<sup>46</sup> Se kritikken i Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger" s. 301-470.

For å fremme "minste inngreps"-prinsippet, og fordi domstolene i praksis ofte forsømmer å foreta en slik vurdering,<sup>47</sup> bør loven inneholde en eksplisitt bestemmelse om at nødvendigheten av å anvende fengsling bare skal vurderes opp mot hvor mye mer effektivt fengsling vil være som middel for å motvirke bevisforspillelse sammenlignet med andre aktuelle tiltak. I det minste må dette presiseres i forarbeidene.<sup>48</sup>

Bestemmelsens overskrift bør bidra til å kommunisere at det skal foretas en balansert *risikovurdering*. Av pedagogiske hensyn, og av hensyn til signaleffekten, bør overskriften derfor være "... ved risiko for unndragelse" (i stedet for "... ved unndragelsesfare").

Advokatforeningens støtter forslaget om at det presiseres uttrykkelig i lovteksten at tilpasning av egen forklaring ikke utgjør bevisforspillingsfare i forhold til fengsling. Som påpekt av utvalget (side 601) er dette et punkt der underinstansenes avgjørelser ofte er i strid med Høyesteretts praksis.

Advokatforeningen mener at kravet til strafferamme for (kriminalitetskrav) burde være 6 år, og at utvalgets forslag om 2 år favner for vidt. Bruk av fengsling bør forbeholdes mer alvorlig kriminalitet, mens man i mindre alvorlige saker bør greie seg med alternative tiltak.

Advokatforeningen støtter utvalgets forslag om en maksimal tidsperiode for bruk av bevisforspillingsfengsling. Advokatforeningen mener imidlertid at en periode på 3 måneder i de fleste tilfeller vil være for lang. Til sammenligning foreslo Varetaktsutvalget i NOU 1980: 28 at bevisforspillingsfengsling maksimalt skulle kunne brukes i fire uker, med mindre det forelå særlige forhold.<sup>49</sup> Begrunnelsen var at faren for bevisforspillelse er særlig akutt den første tiden, at etterforskningen av saker med fengslede bør prioriteres, og at en slik frist ikke ville føre til noen vesentlig svekkelse av etterforskningen. Ikke minst må det legges vekt på at en slik lengstefrist motvirker at bevisforspillingsfengsling kan misbrukes som et middel til "mørning", slik man ofte har sett kritikk mot. Blant annet har CPT uttalt at man bør motvirke faren for misbruk av bevisforspillingsfengsling. Advokatforeningen vil derfor fremme samme forslag som Varetaktsutvalget i sin tid fremmet – at bevisforspillingsfengsling ikke kan brukes som fengslingsgrunn ut over fire uker, med mindre det foreligger helt spesielle forhold knyttet til den konkrete saken.

### **3.15.4 Særlig om fullstendig isolasjon**

#### **3.15.4.1 Det prinsipielle utgangspunktet – bruken av fullstendig isolasjon bør begrenses til tilfeller der det er "strengt nødvendig"**

Som påpekt av både utvalget og av Nasjonal Institusjon for menneskerettigheter er det et grunnleggende menneskerettslig utgangspunkt at fullstendig isolasjon bare skal brukes der det er "strengt nødvendig". Advokatforeningen er derfor enig i, og vil sterkt støtte, utvalgets prinsipielle synspunkter der man går inn for å begrense bruken av fullstendig isolasjon så langt som mulig. Utvalget viser til den langvarige kritikken mot den omfattende bruken av fullstendig isolasjon, både fra internasjonalt og fra nasjonalt hold. Advokatforeningen mener som utvalget at det er grunn til å vurdere om ikke ordningen med fullstendig isolasjon bør avskaffes. Dersom muligheten for fullstendig isolasjon skal beholdes, må man i hvert fall sikre at dette mest inngripende tvangstiltaket bare brukes i de aller mest alvorlige sakene, og at lovreglene er nøye utformet på en slik måte at kulturen med omfattende isolasjonsbruk motvirkes – slik man allerede har oppnådd i Danmark. Det er all grunn til å merke seg at bruken av isolasjon i Danmark er redusert til 32 tilfeller i året, uten at man i Danmark har opplevd at dette har gått ut over etterforskningen. Det er derfor grunn til å tro at bruken av fullstendig isolasjon har minst like mye å gjøre med ukritisk opprettholdelse av en tvilsom tradisjon som det å ivareta et reelt behov. I England bruker

<sup>47</sup> Se Havre 2014 ("Den store balansetesten").

<sup>48</sup> Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", s. 334.

<sup>49</sup> Se NOU 1908: 28 s. 47 jf s. 71-72 og 88-89, samt nærmere i Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", s. 108.

man til sammenligning i det hele tatt ikke fullstendig isolasjon som middel til å hindre bevisforspillelse, mens tallet i Danmark altså er 32, mens Norge altså fortsatt bruker fullstendig isolasjon i mellom 300-400 tilfeller i året.

Til tross for at Advokatforeningen er enig i utvalgets prinsipielle utgangspunkter, har vi en rekke kommentarer til utformingen av selve reglene. Det er på dette punktet av fundamental betydning at reglene utformes på en slik måte at utvalgets prinsipielle utgangspunkter faktisk realiseres i størst mulig grad.

#### *3.15.4.2 Det må utformes en særskilt bestemmelse om fullstendig isolasjon*

Etter Advokatforeningens oppfatning er det uten videre klart at loven må inneholde en særskilt bestemmelse om fullstendig isolasjon.

Som det fremgår nedenfor er den foreslåtte bestemmelsen ikke egnet til å oppstille en presis og dekkende formulering av de vilkår som bør være en naturlig del av rettens risikovurdering og spørsmålet om bruk av fullstendig isolasjon er "strengt nødvendig", slik det følger av de grunnleggende menneskerettslige krav. På dette punkt innebærer faktisk lovforslaget et skritt i feil retning selv sammenlignet med dagens lov, som tross alt har en helt egen bestemmelse om fullstendig isolasjon (strpl. § 186a). Behovet for en egen bestemmelse er svært stort ettersom vi her er på et område som tradisjonelt har vært svært preget av tradisjoner og praksis, og der klare lovgiversignaler er svært viktig for å oppnå reell regulering og realisering av lovgivers formål.

#### *3.15.4.3 Kriminalitetskrav*

Utvalget drøfter om adgangen til fullstendig isolasjon bør avskaffes helt, men ender opp med å konkludere med at adgangen til isolasjon bør "snevres inn så langt det er forsvarlig" og "begrenses til de virkelig alvorlige sakene" (side 325). Dette tilsier at kriminalitetskravet (kravet til strafferamme) bør være høyt – nettopp slik at muligheten for bruk av isolasjon forbeholdes de mest alvorlige sakene. Til sammenligning er muligheten for bruk av kommunikasjonskontroll begrenset av et strafferammekrav på 10 års fengsel. Etter Advokatforeningens syn sier det seg selv at kriminalitetskravet ved bruk av fullstendig isolasjon – som er et av samfunnets mest inngripende virkemidler – ikke kan være lavere enn det som kreves for bruk av kommunikasjonskontroll. At utvalget derfor ikke foreslår et særskilt kriminalitetskrav for bruk av fullstendig isolasjon er derfor helt paradoksalt. Advokatforeningen foreslår derfor at man bruker samme strafferammekrav som for kommunikasjonskontroll. Hvis man mener at det for visse kriminalitetstyper (slik som narkotikakriminalitet) er behov for bruk av fullstendig isolasjon selv dersom strafferammen er lavere enn 10 år, bør man i så fall gjøre særskilte unntak slik man allerede har gjort for kommunikasjonskontroll.

Forslaget om å ikke innta et særskilt kriminalitetskrav for bruk av fullstendig isolasjon gir etter Advokatforeningens oppfatning en meget uheldig signaleffekt som i praksis vil uthule utvalgets prinsipielle standpunkter og som er vanskelig å forene med det menneskerettslige utgangspunktet om at fullstendig isolasjon bare skal brukes der det er "strengt nødvendig".

#### *3.15.4.4 Terskel – "strengt nødvendig"-kravet må uttrykkes klart*

Det foreligger altså et unisont menneskerettslig utgangspunkt om at isolasjon bare skal brukes der det er strengt nødvendig.<sup>50</sup> Dette kravet synes det også å være allmenn enighet om internt i Norge. Terskelen "strengt nødvendig" lå til blant annet grunn både for lovendringen i 2002 da særregelen om fullstendig isolasjon i strpl. § 186a ble innført, for senere rundskriv fra Riksadvokaten, og for Nasjonal Institusjons årsrapport for 2016 som utvalget viser til.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Se Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", del III s. 163-300.

<sup>51</sup> Se Ot.prp nr 66 2001-2002 s. 5, Innst. O. 68 (2001-2002) og Riksadvokatens rundskriv 4/2006.



Dersom loven skal nå sitt formål må denne terskelen uttrykkes klart i loven, slik at det blir et vilkår for bruk av fullstendig isolasjon at dette er "strengt nødvendig". Advokatforeningen har vanskelig for å se noen vektige motargumenter mot dette, særlig ikke når man er på et område der Norge over lang tid – og med rette – har vært kritisert av menneskerettslige organer for omfattende isolasjonsbruk. Vi er på et område der det er behov for klare signaler fra lovgiver, og som har vært preget av en praksis bygget på ukritisk opprettholdelse av hva man tidligere har pleid å gjøre. I en slik sammenheng har et eventuelt ønske om å bygge loven på mest mulig abstrakte og generelle reguleringer ingen vekt.

#### 3.15.4.5 Risikovurderingen – behov for bedre utforming av vilkårene

Bruk av fullstendig isolasjon er – på samme måte som bruk av bevisforspillelsesfengsling – et tiltak for å motvirke risikoen for bevisforspillelse. Som det fremgår ovenfor ser Advokatforeningen utvalgets forslag til bestemmelse i § 15-2 om *fengsling* på grunnlag av bevisforspillelse som et vesentlig fremskritt sammenlignet med dagens formulering om "nærliggende fare for bevisforspillelse". Hovedpoenget er at loven eksplisitt peker på den *risikovurdering* som må foretas, og videre at motivene viser hvordan denne risikovurderingen er en sammensatt risikovurdering. Risikovurderingen må reflektere både sannsynlighet for bevisforspillelse, behovet for å motvirke bevisforspillelse og det informasjonsgrunnlag/beslutningsgrunnlag som er tilgjengelig for å vurdere denne risikoen.

Til sammenligning er bestemmelsen om isolasjon i utkastet § 15-12 helt taus om at det overhodet skal foretas en *risikovurdering*. Lest i sammenheng er det imidlertid mest nærliggende å forstå motivene slik at man egentlig har ment at det *skal* foretas en tilsvarende risikovurdering. Men dette burde vært gjort mye klarere, og det burde vært reflektert i selve lovteksten. I så fall ville lovteksten utgjøre et stort fremskritt (særlig dersom loven også angir terskelen for risikovurderingen slik at bruken av isolasjon må være "strengt nødvendig").

For risikovurderingen etter § 15-2 er det *nevnt i motivene* at risikovurderingen må reflektere både sannsynlighet for bevisforspillelse, behovet for å motvirke bevisforspillelse og det informasjonsgrunnlag/beslutningsgrunnlag som er tilgjengelig for å vurdere denne risikoen. Som påpekt ovenfor burde imidlertid disse momentene vært nevnt direkte i lovteksten i § 15-2. Tilsvarende bør de samme hovedmomentene helt klart også nevnes i selve lovteksten i § 15-12 med hensyn til adgangen til bruk av fullstendig isolasjon.<sup>52</sup>

Det vilkår som faktisk nevnes i utkastet § 15-12 er at "slik isolasjon antas å være av vesentlig betydning for etterforskningen". Dette vilkåret er imidlertid ikke dekkende for den risikovurderingen som må foretas.

Som det fremgår av utvalgets egne kommentarer til § 15-2 om bevisforspillelsesfengsling er "betydningen for etterforskningen" bare ett av tre hovedelementer i vurderingen – sannsynlighet for bevisforspillelse og informasjonsgrunnlag/beslutningsgrunnlag må også tas i betraktning. I tillegg er det behov for å presisere at behovet for å anvende isolasjon ("strengt nødvendig") må vurderes i forhold til hvor mye mer effektivt dette vil være i forhold til *alternativene*. Også dette siste er lovforslaget taust om.

Når det gjelder formuleringen "antas å være" er det uklart om utkastet mener å stille opp et krav til sannsynlighet (sml. "grunn til å anta"), eller om man mener å stille opp et krav til informasjonsgrunnlag/beslutningsgrunnlag. I tillegg skapes det uklarhet om sannsynlighetsmomentet og/eller beslutningsgrunnlaget skal anses som særskilte vilkår løsrevet fra risikovurderingen.

Samlet sett vil Advokatforeningen sterkt anbefale en lovregulering for bruken av fullstendig isolasjon som bygger på en slik bred risikovurdering som utvalget også selv bygger på i forbindelse med bestemmelsen om bevisforspillelsesfengsling i § 15-2. Bestemmelsen må angi den menneskerettslige

<sup>52</sup> Se Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", del III s. 333.

terskelen for bruk av fullstendig isolasjon ("strengt nødvendig"), og den bør angi hovedmomentene i nødvendighetsvurderingen.<sup>53</sup>

#### 3.15.4.6 Varighet

Advokatforeningen vil sterkt støtte forslaget i § 15-12 (2) der det fremgår at [fullstendig] isolasjon bare kan besluttes for 2 uker av gangen, og bare unntaksvis forlenges. Denne reguleringen er i samsvar med retningslinjene fra FNs spesialrapportør for tortur som anbefaler forbud mot bruk av isolasjon for mer enn 2 uker. Den samme anbefalingen følger også av FNs "Mandela Rules", som nylig ble vedtatt av FNs generalforsamling.

Fullstendig isolasjon foreligger bare der den innsatte er forhindret fra samvær med alle andre innsatte. Kravet til maksimal varighet av fullstendig isolasjon innebærer dermed ikke mer enn at fengslet etter to uker må legge til rette for at den varetektsinnsatte kan ha samvær med i alle fall én eneste annen innsatt, noe som er høyst overkommelig.

Lovutkastet åpner for at man "unntaksvis" kan holdes isolert ut over to uker. I motivene sies at dette "bare gjelder i helt sjeldne tilfeller". Dersom det i det hele tatt skal være mulig å gjøre unntak fra lengstefristen på to uker (før man må få kontakt med minst én annen innsatt), mener Advokatforeningen at motivenes presisering må innarbeides direkte i lovens ordlyd. Vilkåret for unntak må da være at dette bare gjelder "i helt sjeldne tilfeller", som er mer presist enn "unntaksvis".

For unntakstilfellene må man innarbeide særskilte prosessuelle garantier. Et minstekrav er at påtalemyndigheten da får plikt til å sende en nøytral underretning til Riksadvokaten, slik at Riksadvokaten kan føre et visst tilsyn med at praksis ikke sklir ut. En slik ordning er innført i Danmark, og har trolig hatt god effekt. Videre må rettens beslutning være gjenstand for anke, og den varetektsinnsatte må ha rett til muntlig behandling i lagmannsretten. Også dette er en ordning man har hatt god erfaring med fra Danmark.

#### 3.15.5 Kommentarer til § 15-3

Advokatforeningen mener at rettshåndhevelsesarrest må brukes med stor varsomhet, og bare i helt spesielle tilfeller. Etter EMDs praksis kan rettshåndhevelsesarrest bare brukes "exceptionally" og er bare "justified in certain cases of particularly serious offences".

Videre er det som kjent et vilkår etter EMDs praksis at rettshåndhevelsesarrest er "necessary to preserve public order". Praksis forsetter da at rettens kjennelse er "based on facts capable of showing that the accused's release would actually disturb public order". Det kreves altså at det i den konkrete saken kan påvises en faktisk eksisterende påvirkning av "public order".

På denne bakgrunn mener Advokatforeningen at formuleringen av bestemmelsen som et spørsmål om løslatelse "er ... egnet til" å støte allmennhetens rettsfølelse er misvisende. Etter EMK er det ikke tilstrekkelig med en abstrakt vurdering – domstolen må i stedet påvise *objektive holdepunkter* for at fengsling faktisk *er nødvendig* for å ikke å støte allmennhetens rettsfølelse. Ordlyden bør derfor endres i samsvar med dette.

#### 3.15.6 Kommentarer til § 15-5

Advokatforeningen støtter lovutkastet og er enig at fengsling uten dom på grunn av kriminalitet som ennå ikke er begått bør bare skje på meget strenge vilkår (side 326).

---

<sup>53</sup> Se Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", del III s. 333.

I samsvar med dette må det legges til grunn at uttrykkene "samfunnsskadelig" og "særlig plagsom art" innebærer alvorlige forbrytelser, og at fengsling på dette grunnlaget ikke kan brukes for å unngå hverdagskriminalitet.

Advokatforeningen vil ellers påpeke at bestemmelsen ser ut til å mangle et kriminalitetskrav, og forutsetter at fengsling bare kan bli aktuelt dersom det foreligger skjellig grunn til mistanke om en forbrytelse som kan medføre i det minste 6 års fengsel.

Personer som fengsles på grunnlag av gjentagelse blir dessuten ofte sittende fengslet helt frem til hovedforhandling. For å begrense varetektsbruken bør det derfor inntas en hovedregel om at hovedforhandling i disse tilfellene bør avholdes innen en relativt kort tidsfrist, for eksempel fire uker fra pågrepelse. Dette vil også sikre hurtig overgang til soning der dette er aktuelt, og det vil minske risikoen for oversoning.

### **3.15.7 Kommentarer til § 15-8**

Paragraf 15-8 tredje ledd åpner for fengsling i inntil 3 måneder av person som nekter å etterkomme rettskraftig pålegg om å gi forklaring. Det kan hende at slik fengsling kan omfattes av ordlyden i EMK artikkel 5 første ledd, bokstav b og dermed være rettmessig. Det er imidlertid stor forskjell på å pågripe et vitne som *nekter å møte i retten* og det å fengsle en person som nekter å gi forklaring, d.v.s. *fengsling for å fremtvinge en forklaring*. Det siste kan lett få en pønalt – og dermed ulovlig – karakter, og i alle fall meget lett virke formålsløst og uforholdsmessig. Det er allerede straffbart å ikke forklare seg etter å ha fått pålegg om det, jf. domstoloven § 206.

Advokatforeningen mener at det bør vurderes om ikke en straffebestemmelse er tilstrekkelig – eventuelt etter en skjerpelse – slik at man unngår å sette spørsmålet om forholdet til EMK artikkel 5 på spissen.

### **3.15.8 Kommentarer til § 15-12**

Lovforslaget § 15-12 gir hjemmel for å ilegge den varetektsinnsatte ytterligere *restriksjoner* (ut over fengslingen). Ettersom også restriksjonene i all hovedsak er begrunnet i *risikoen for bevisforspillelse*, behandler vi dette punktet allerede her.

#### **3.15.8.1 Lovutkastet mangler fullstendig et grunnleggende utgangspunkt**

Som fremhevet over det en alvorlig svakhet ved lovutkastet at utkastet fullstendig unnlater å kommunisere det grunnleggende utgangspunktet – nemlig at varetektsfengsling ikke skal medføre noen andre innskrenkninger enn det som følger av selve fengslingen og fengslingsgrunnen. Av pedagogiske grunner er det sterkt behov for å minne om at frihetsberøvelse av personer som ikke er straffedømt, og som vernes av uskyldspresumsjonen (jf. blant annet SP artikkel 10 og EMK artikkel 6), som et grunnleggende utgangspunkt ikke skal utsettes for andre inngrep enn selve frihetsberøvelsen. Restriksjoner ut over dette må ha hjemmel i lov. Videre må slike restriksjoner være nødvendig og forholdsmessig ut fra formålet med fengslingen, eller et annet formål av en slik vekt at det kan oppveie uskyldspresumsjonen ("outweight the presumption of innocence").<sup>54</sup> Uten at dette etableres som det klare utgangspunktet, blir det vanskelig for domstolene å strukturere sine drøftelser på en korrekt måte, fordi spørsmålet hele tiden må være om det i det enkelte tilfeller er tilstrekkelig grunn til å gjøre unntak fra utgangspunktet (hvilket det selvsagt kan være).

---

<sup>54</sup> Slik EMD har formulert kravet til inngrep i retten til frihet. Se nærmere Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – rettspolitiske vurderinger", s. 179-191.

### 3.15.8.2 Loven må sette krav til formålet med restriksjonsbruken

Bestemmelsen om restriksjoner savner dessuten en klart kommunisert og direkte kobling til *formålet* med restriksjonsbruken. Straffeprosessuelle restriksjoner må ikke kunne brukes som pressmiddel i etterforskningen, og bør bare kunne pålegges som tiltak for å motvirke *bevisforspillelse*. At det er dette som har vært utvalgets mening fremgår av overskriften på side 324 ("Særlig om bruk av restriksjoner ved bevisforspillelsesfare"). Dette poenget må imidlertid kommuniseres klart og direkte i lovteksten. En ren henvisning til § 15-2 er her ikke tilstrekkelig. En slik henvisning er lite klar/opplysende. Ikke minst innebærer henvisningen ikke at det settes noe som helst krav til formålet med de restriksjonene som bestemmelsen i § 15-12 gjelder. Alt som kreves er da at den forutgående fengslingen har skjedd på grunnlag av § 15-2, men altså ikke at restriksjonsbruken i seg selv er nødvendig av hensyn til bevisforspillelse.

Det bør også reflekteres i paragrafoverskriften at det er bare tale om restriksjoner "ved risiko for bevisforspillelse" (jf. NOU side 324).

Når det gjelder vilkåret om at restriksjonene må være nødvendige for å hindre bevisforspillelse må det i samsvar med utvalgets forslag og Høyesteretts praksis legges til grunn at det å tilpasse egen forklaring til de øvrige bevis ikke utgjør bevisforspillelse.

### 3.15.8.3 Lovutkastet oppstiller ingen reell terskel for restriksjonsbruken

Vilkåret "i den utstrekning hensynet til etterforskningen tilsier det" innebærer ingen reell skranke for restriksjonsbruken, og vil nærmest alltid kunne hevdes å være oppfylt. Som nevnt ovenfor må vilkåret i stedet være knyttet til risikoen for bevisforspillelse. Et mulig alternativ kunne være: "*Dersom risikoen for bevisforspillelse gjør det nødvendig kan det besluttes at den som pågripes eller fengsles etter § 15-2 kan ...*"

Slik lovutkastet nå er formulert er det til og med tvilsomt om loven oppfyller lovskravet i EMK artikkel 5, EMK artikkel 8 og EMK artikkel 10. Selv om lovskravet ikke praktiseres svært strengt, viser praksis fra EMD at domstolen jevnlig har slått på tilfeller der loven gir påtalemyndigheten eller domstolene en "unfettered discretion". Dette har blitt ansett i strid med "rule of law"-elementet i lovskravet. Slik lovutkastet nå er formulert, innebærer vilkåret "i den utstrekning hensynet til etterforskningen tilsier det" ingen reell angivelse eller begrensning av det skjønnet som skal utøves. Og uansett om man her skulle være innenfor eller utenfor handlingsrommet etter lovskravet, er en slik lovregel uheldig. Tilsvarende kritikk kan også reises i lys av legalitetskravet i Grunnloven § 113.

### 3.15.8.4 Det bør skilles mellom ulike typer restriksjoner

Det er en svakhet at lovutkastet behandler alle typer restriksjoner under ett. Loven bør struktureres på en slik måte at man motvirker "en bloc"-vurderinger der en rekke ulike typer restriksjoner vurderes i "ett sveip" – uten at domstolen egentlig går inn på behovet for restriksjoner i for eksempel retten til korrespondanse, retten til besøk, retten til samvær med andre innsatte osv.

Det bør også fremgå at terskelen for å anvende flere restriksjoner i kombinasjon må være høyere enn der man bare anvender en restriksjon alene.

Videre må det fremgå at beslutningstageren må ta hensyn til "minste inngreps"-prinsippet. Terskelen for å anvende fullstendige restriksjoner (for eksempel nektes besøk av alle personer) må altså være høyere enn for delvise restriksjoner (for eksempel nektes besøk fra visse bestemte personer).

### 3.15.8.5 Retten må ta selvstendig ansvar for avgjørelsen om restriksjoner

Advokatforeningen vil sterkt advare mot en ordning som foreslått i utkastet § 15-12 fjerde ledd, som gir adgang til å overlate til påtalemyndigheten å bestemme omfang og gjennomføring av restriksjonene. Dette ville være et svært stort tilbakeskritt i forhold til den utvikling på lovgivingsområdet som har foregått de siste tiår, og som har ført til bestemmelsene i strpl. §§ 186 og 186a. Ikke minst tilsier erfaringene fra Sverige, som har hatt en slik ordning, at dette ville bli svært problematisk. Realiteten er at den rettssikkerhetskontroll og ansvarliggjøring som domstolsprosessen innebærer med en slik ordning vil bli vesentlig begrenset. Samtidig vil ordningen gi påtalemyndigheten en uakseptabel maktposisjon overfor den varetektsinnsatte, fordi det er påtalemyndigheten som etter eget skjønn bestemmer om den varetektsinnsatte skal ha strenge eller lempelige restriksjoner. Sverige har over lang tid mottatt atskillig kritikk for denne ordningen, blant annet i en ekstraordinært kritisk rapport fra SPT. I Sverige arbeider man derfor med lovendringer for å komme vekk fra denne praksisen. Det ville da være paradoksalt om man i Norge gikk i stikk motsatt retning.

### 3.15.8.6 Øvrige innspill til § 15-12

Alternativ a) «adgang til nyhetskilder» kan per definisjon ikke ha noe annet formål enn å hindre mistenkte i å tilpasse sin forklaring, hvilket altså ikke kan begrunne fengsling, og derved heller ikke kan begrunne det mer – restriksjoner. Alternativet har derfor ikke noe legitimt anvendelsesområde og bør strykes.

Dagens tydelige alternativer *samvær med bestemte andre innsatte (delvis isolasjon)* og *samvær med andre innsatte (full isolasjon)* bør beholdes, jf. CPTs gjentatte fokus på at man stilte seg uforstående til at det var behov for å isolere mot annet enn bestemte andre innsatte.

### 3.15.9 Kommentarer til § 15-15

Lovutkastet § 15-15 fastsetter at den som pågripes må fremstilles for fengsling "snaarest mulig og senest den andre dagen". I motivene er det forklart slik at siktede kan fremstilles inntil 72 timer etter pågrepelse (side 328 jf. note 135).

En slik alminnelig tidsfrist på 72 timer er hverken ønskelig eller akseptabel etter SP artikkel 9, og kan da heller ikke være akseptabel etter Grunnloven § 94 annet ledd. I SP artikkel 9 heter det at den siktede skal fremstilles "promptly". Som utvalget selv nevner har FNs menneskerettskomité avgitt flere uttalelser i individklagesaker, og menneskerettskomiteen har dessuten nylig avgitt en General Comment (No. 35) som forklarer komiteens tolkning av SP artikkel 9. Her heter det at den siktede skal fremstilles for fengsling innen 48 timer og at "any delay longer than 48 hours must remain absolutely exceptional and be justified under the circumstances". Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2015 s. 1142. Det kan derfor ikke innføres en regel i straffeprosessloven som uten videre tillater at den siktede ikke fremstilles for retten før det har gått 72 timer. En slik regel ville rett og slett ikke gi uttrykk for gjeldende rett, idet SP, menneskerettsloven og Grunnloven § 94 uansett ville gått foran. Skal man overhodet kunne tillate at siktede fremstilles for fengsling senere enn 48 timer, så må dette altså bare være der det er "absolutely exceptional" og kan forsvares i det konkrete tilfellet.

Advokatforeningen legger til grunn at loven vil bli utformet i samsvar med Norges menneskerettslige forpliktelser, slik Grunnloven krever. Ut fra dette må loven som et minimum ha en hovedregel om at siktede skal fremstilles for retten innen 48 timer. Spørsmålet er da bare om man skal åpne opp for unntak i tilfeller som er "absolutely exceptional". Etter Advokatforeningens syn kan man klare seg uten et slikt unntak, fordi det uansett bare ville være aktuelt i noen ganske få tilfeller.

Fordi sen fremstilling ofte skyldes manglende fengslingsvakter i domstolene, vil Advokatforeningen presisere at det er helt uten betydning om domstolene har for vane å tilby fengslingsmøter på lørdager eller ikke. For det første er det staten som samlet sett er ansvarlig for å sikre overholdelsen av SP, ikke politiet, påtalemyndigheten eller domstolene isolert. Staten kan ikke unnskyldes seg med at staten i form

av påtalemyndigheten ikke ble tilbudt fengslingsmøte av staten i form av domstolene. For det annet ville det i så fall være tale om en helt gjennomgående feil ved selve systemet som staten har lagt opp, og ikke et tilfelle som er "absolutely exceptional".

I en slik situasjon mener altså Advokatforeningen at man bør innføre en regel om fremstilling innen 48 timer, uten unntak.

Som utvalget selv er inne på er det også svært viktig å harmonisere fremstillingsfristen med fristen for overføring fra politiarrest til fengsel. En vesentlig andel av oversittingstilfellene i politiarresten skyldes tilsvarende sen fremstilling for fengsling, slik at den pågrepne blir sittende i politiarresten inntil fengslingsmøtet er avholdt.

I tillegg bør det tas inn en uttrykkelig bestemmelse om at en pågrepne som ikke er fremstilt innen fristen, straks skal løslates.

### **3.15.10 Kommentarer til § 15-16**

Advokatforeningen mener at siktede bare skal kunne gi avkall på retten til å møte i rettsmøte om fengslingsforlengelse ved skriftlig og informert avkall. Videre må retten finne avkallet forsvarlig. Mindreårige må aldri kunne gi avkall på denne retten.

### **3.15.11 Kommentarer til § 15-17**

Bestemmelsen om fortsatt fengsling under hovedforhandling bør presiseres slik at det fremgår tydelig at fengslingsvilkårene fortsatt må være oppfylt. I tillegg bør det fremgå uttrykkelig at bestemmelsen ikke skal gjelde der fengslingen er begrunnet i bevisforspillelsesfare. I disse tilfellene vil fengslingsgrunnen normalt falle bort når bevisføringen under hovedforhandlingen er gjennomført.

### **3.15.12 Kommentarer til § 15-18**

For utilregnelige bør dette være en skal-regel om plassering i tvungent psykisk helsevern fremfor i fengsel.

### **3.15.13 Kommentarer til § 15-20**

Slik forslaget er utformet inneholder loven ingen krav til regimet for varetektsfengsling. Bestemmelsene i straffegjennomføringsloven kapittel 4 er dessuten svært knappe og gir svært få rettigheter. Varetektsfengsling er i det hele tatt stemoderlig behandlet i straffegjennomføringsloven, og var ikke i fokus for dette lovarbeidet.

Samtidig opplever varetektsinnsatte til stadighet at man utsettes for de facto isolasjon – altså isolasjon uten hjemmel i lov og vedtak. Et eksempel er at man blir sittende de facto isolert på mottaksavdeling fordi det ikke er plass på fellesskapsavdeling. Et annet eksempel er at man blir overført for kortvarig isolasjon etter straffegjennomføringsloven, og så ikke slipper ut igjen fordi man må sitte i kø for å komme over i fellesskapsavdeling. Den omfattende bruken av de facto isolasjon er anerkjent av Kriminalomsorgen, og er et problem som både Nasjonal Institusjon for menneskerettigheter og Forebyggingsenheten mot tortur og umenneskelig behandling har pekt på. Det finnes også en lang rekke andre problemer for varetektsinnsatte, slik som manglende tid til lufting av varetektsinnsatte, manglende aktiviseringstilbud, manglende mosjon osv. Dette er paradoksalt all den tid varetektsinnsatte er beskyttet av uskyldspresumsjonen og etter SP artikkel 10 har krav på særlig behandling i samsvar med dette. Realiteten er imidlertid at regimet for varetektsinnsatte er klart strengere enn for soningsinnsatte.



Etter Advokatforeningens oppfatning kan lovgiver ikke på noen ansvarlig måte vedta regler som tillater bruk av så inngripende virkemidler som varetekt, uten at man samtidig fastsetter innholdet i varetektsregimet som sikrer den innsatte visse klart definerte minimumsrettigheter. Grunnleggende krav til hvilke forhold pågrepne og fengslede kan holdes frihetsberøvet under, bør fastsettes i loven. Det er tale om tvangsinngrep av en art der legalitetsprinsippet står sterkt, og omstendighetene rundt frihetsberøvelsen har stor betydning for hvor inngripende tvangsinngrepet virker. I tillegg er det viktig å unngå at budsjettmessige hensyn (eller rene tradisjoner i politietaten) får styre utformingen av en slik forskrift.

Loven bør derfor inneholde minstekrav til arrestforholdene til de som er besluttet fengslet samt pågrepne som holdes pågrepet mer enn 12 timer. Det bør være krav om en standard som tilsvarer Kriminalomsorgens standard, dvs. seng, dagslys og mulighet til sansemessig stimulering for eksempel TV, radio og/eller egnet lesestoff. Unntak kan gjøres for personer som er en fare for seg selv eller i en tilstand som gir grunn til å frykte at vi vil begå skadeverk på inventaret.

### **3.16 Kapittel 16. Personundersøkelse, psykiatrisk undersøkelse og psykologisk undersøkelse**

#### **3.16.1 Kommentarer til § 16-1**

Gjeldende ordning foreslås videreført, men med den endring at undersøkelsen ikke lenger skal kunne besluttes av retten, som etter gjeldende regler, men av påtalemyndigheten. Den nye bestemmelse innebærer et unntak fra det generelle utgangspunkt i utkastet § 14-3 om at alle tvangstiltak skal besluttes av retten.

Personundersøkelse må anses som et nokså mildt tvangstiltak, og det innebærer neppe noen vesentlig endring fra gjeldende praksis at det er påtalemyndigheten som iverksetter denne. Det synes ikke å være tungtveiende praktiske eller prinsipielle grunner til å opprettholde dagens ordning på dette punkt. Ofte vil det være forsvareren som anmoder om slik undersøkelse, men det er ikke kjent at påtalemyndigheten har nektet å etterkomme slik anmodning i praksis.

Advokatforeningen støtter denne delen av forslaget samt at det er Kriminalomsorgen som skal foreta undersøkelsen, og at det skal gis hjemmel for om nødvendig å fremstille mistenkte til undersøkelsen.

Derimot er det større grunn til å reise spørsmål ved forslaget om at Kriminalomsorgen skal ha ubetinget og direkte tilgang til den informasjon som er innhentet på et senere tidspunkt, når innholdet av en eventuell idømt straff skal fastsettes. Selv om en ordning med slik direkte tilgang i mange tilfeller nok kan sies å ha praktiske grunner seg, innebærer den samtidig et betenkelig brudd på den strenge taushetsplikten som ellers gjelder i forvaltningen. Av prinsipielle grunner finner foreningen derfor ikke å kunne støtte denne del av forslaget (som foreslås gjennomført ved endring i straffegjennomføringsloven, og således ikke er en del av den foreslåtte nye straffeprosesslov). Dette er i tråd med foreningens generelle holdning til taushetsplikten, slik den for eksempel er kommet til uttrykk i foreningens høringsuttalelse av juni 2015 til Tilregnelighetsutvalgets utredning NOU 2014: 10 «Skyldvne, sakkyndighet og samfunnsvern» i punkt 3.6. Foreningen viser særlig til det som der er uttalt om forholdet til samfunnsbeskyttelsen, punkt 3.6 i.f.: «Advokatforeningen frykter således ikke at samfunnsbeskyttelsen ikke blir ivaretatt, selv om man opprettholder viktige rettsikkerhetsgarantier som vernet om taushetsplikten».

#### **3.16.2 Kommentarer til § 16-2**

Utredningen behandler temaet i punkt 14.5.2.4 og forslag til ny lovtekst i utkastet § 16-2. Dagens ordning er i det vesentlige foreslått videreført, men slik at det skal fremgå av selve teksten at også

psykologisk undersøkelse er omfattet. Advokatforeningen er enig i at denne presisering kommer til uttrykk i loven. Det samme gjelder forslaget om antallet sakkyndige.

Derimot kan foreningen ikke se at det skal være grunnlag for å fravike den rettsstilstand som Høyesterett har fastslått i Rt. 2012 s. 268 om at retten skal kunne oppnevne sakkyndige på etterforskningsstadiet. Utvalgets forslag om at slik rettslig oppnevning ikke kan skje uten at det er begjært av påtalemyndigheten, synes ikke å være tilstrekkelig fundert. Selv om det i de fleste tilfeller vil være naturlig og uproblematisk at påtalemyndigheten initierer psykiatrisk/psykologisk undersøkelse, vil det etter foreningens syn være betenkelig å frata retten denne kompetanse, der retten måtte finne slik undersøkelse ønskelig til tross for at påtalemyndigheten ikke har begjært dette. Fra et rettssikkerhetssynspunkt synes det å være liten grunn til å innsnevre rettens vurdering her.

Forholdet til sakkyndighet generelt er berørt i foreningens høringsuttalelse av juni 2015 til tilregnelighetsutvalgets utredning NOU 2014: 10 som nevnt, i punkt 3.4. Det vises til denne, samt til foreningens mer utfyllende kommentarer til straffeprosesslovutvalgets utredning om foreslått nytt kapittel 11 om sakkyndighet, inntatt annetsteds i nærværende høringsuttalelse.

### **3.17 Kapittel 17. Kroppundersøkelse og identifiseringstiltak mv.**

#### **3.17.1 Kommentarer til § 17-1**

Bestemmelsen gir hjemmel for undersøkelse av mistenktes kropp. I forarbeidene er det uttalt at det kan dreie seg om:<sup>55</sup>

*”røntgenundersøkelse, undersøkelse av kroppens hulrom – munnhule, rektum og vagina –, undersøkelse ved klyster, avføringsmiddel eller annet”.*

Men at det ikke kan omfatte:

*”operasjoner, gastroskopi eller mageundersøkelse, urinprøve ved bruk av kateter, eller bruk av kjemiske, hypnotiske eller andre virkemidler som har til formål å påvirke mistenktes villighet til å forklare seg”.*

Det er således klart at undersøkelsene kan innebære alvorlige integritetskrenkninger og at gjennomføringen kan være meget belastende og etter forholdene krenkende.

Utkastet begrenser mulige inngrep ved at undersøkelsene må kunne gjennomføres *”uten fare og betydelig smerte”*. Men verken denne bestemmelsen eller de generelle forbeholdene i lovutkastet § 14-5 reflekterer det absolutte forbudet i EMK artikkel 3 mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling. I utkastet til § 14-5 (2) heter det bare at tvangstiltak skal gjennomføres så skånsomt *”som mulig”*, men at det presiseres at det kan brukes makt og iverksettes tiltak som medfører skade. I § 17-1 tales det bare om *”fare”* og *”smerte”*, mens EMK artikkel 3 som kjent legger vekt på en rekke andre faktorer. Samlet sett åpner dette for en mer sammensatt vurdering enn det EMK artikkel 3 tillater og skaper en risiko for krenkelse av forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Noen av de relevante hensynene er nevnt i forarbeidene, men det er av stor betydning at *ordlyden* i disse bestemmelsene reflekterer de absolutte grensene som EMK artikkel 3 setter opp.

Advokatforeningen mener at reglene om undersøkelse av mistenktes kropp må gjennomgås for å sikre

---

<sup>55</sup> Se NOU 2016:24 s. 611, høyre spalte.

at de reflekterer de absolutte grensene i EMK artikkel 3.

Videre mener foreningen at § 17-1 har fått en uheldig utforming, idet første ledd krever skjellig grunn til mistanke, mens annet ledd hjemler innhenting av biologisk materiale i form av spytt eller celleprøve fra munnhule uten at mistankekravet i utkastet § 14-1 er oppfylt.

Etter nåværende straffeprosesslov § 158 jf. § 157 synes et vilkår å være skjellig grunn til mistanke for undersøkelser som er hjemlet både i første og annet ledd i bestemmelsen, mens utkastet nå ikke krever skjellig grunn til mistanke der det er tale om innhenting av biologisk materialer i form av spytt eller velleprøve fra munnhule.

Advokatforeningen mener den nåværende ordning i straffeprosessloven bør beholdes, og at det ved begge undersøkelser kreves skjellig grunn til mistanke som i dag.

### **3.18 Kapittel 18. Ransaking og undersøkelse av ting**

Til kapittel 18 har Advokatforeningen ikke særskilte merknader utover det forhold at enkelte av de foreslåtte bestemmelsene fremstår som unødvendig vage. Selv om loven nødvendigvis må ivareta en viss fleksibilitet, vil Advokatforeningen fremheve som viktig at lovens vilkår for bruk av tvangsmidler er så klare og forutsigbare som mulig.

Således bør disse bestemmelsene vurderes nærmere:

Lovutkastet § 18-2 andre ledd gir adgang til ransaking av andre mistenkte «når konkrete omstendigheter gir særlig grunn til det.» I kommentaren til bestemmelsen gis noen eksempler, og det må være mulig å presisere det faktiske grunnlag for ransaking av andre enn mistenkte mer presist.

I lovutkastet § 18-6 første ledd oppstilles som hovedregel at ransaking ikke skal finne sted om natten. Det vil etter Advokatforeningens syn være en fordel om loven i stedet kan angi klokkeslett da det vil være enkelt for å sørge for klar lovtekst, for eksempel ved at loven angir «mellom 22 og 06».

I lovutkastet § 18-6 om gjennomføring av ransaking heter det i andre ledd at ransaking av person skal så vidt mulig utføres av en av samme kjønn som den som rammes, «når det er grunn til det». Etter Advokatforeningens syn kan denne bestemmelsen klargjøres ved noe slik som følgende: «ransaking av person skal så vidt mulig utføres av en av samme kjønn som den som rammes såfremt den som rammes ber om det, og dette lar seg gjennomføre uten å forspille formålet med ransakingen.» Gjennomføringsforbeholdet vil omfatte de tilfeller hvor tidsmomentet er viktig og personell måtte være begrenset.

### **3.19 Kapittel 19. Beslag og utleveringspålegg**

#### *3.19.1 Overordnet*

Etter Advokatforeningens oppfatning er det utilfredsstillende at forslaget ikke inneholder noen regulering av hvordan politiets elektroniske beslag skal håndteres. Gjennom de siste 10-15 årene er det snarere blitt regelen enn unntaket i større straffesaker at politiet tar omfattende beslag tidlig i etterforskningen, dels i form av dokumentbeslag og dels ved at databærere (mobiltelefoner, datamaskiner og andre lagringsmedier) tas med for speilkopiering. Det har vært en mangel ved någjeldende straffeprosesslov at vi ikke har hatt noen nærmere regulering av hvordan databeslag skal håndteres, særlig hva gjelder beslagsfritt materiale som måtte være omfattet av beslaget. Partene har således vært henvist til å søke avklaring enten ved avtale mellom påtalemyndigheten og forsvarer i den enkelte sak, eller ved å fremme spørsmål for domstolene. På denne bakgrunn har vi etter hvert fått en del avklaringer ved Høyesterett. Men mange spørsmål gjenstår, og den manglende forutsigbarhet ved rettstilstanden er uheldig.

Utvalget drøfter enkelte spørsmål i tilknytning til elektroniske beslag, se særlig punkt 14.8.3. Utvalget nøyer seg likevel med å forelå en forskriftshjemmel for nærmere regulering av fremgangsmåten og behandlingen av databeslag, se utkastet § 19-9.

Etter Advokatforeningens skjønn bør en ny og moderne straffeprosesslov oppstille det sentrale rammeverk for hvordan politiets databeslag skal håndteres. Det er trolig hensiktsmessig med en forskriftshjemmel som foreslått, men den særskilte regulering av databeslag bør ikke utelukkende overlates til forskrift.

Det er i hovedsak to problemområder som Advokatforeningen ønsker å fremheve i tilknytning til politiets databeslag.

For det første er det behov for nærmere regulering av hvordan beslaget skal håndteres hvis materialet inneholder eller kan inneholde taushetsbelagt informasjon som det ikke er tillatt for politiet å beslaglegge. Beslagsskrankene korresponderer med bevisforbudsreglene, hvilket er regulert i dagens straffeprosesslov § 204 første ledd. I forslaget til ny straffeprosesslov fremgår beslagsforbudene av utkastet § 8-1, jf. § 8-3. Utvalget går prinsipielt inn for å fastholde dagens ordning, hvorved avklaring av beslagsskrankene finner sted ved en sortering av materialet ved uavhengig instans. Advokatforeningen støtter opp om dette som grunnleggende for å ivareta de viktige konfidensialitetshensyn som begrunner beslagsskrankene. Denne problematikken omkring beslagsfritt materiale behandles i punkt 19.2 nedenfor.

For det andre oppstår det spørsmål om hvordan siktedes rett til innsyn i sakens materiale skal håndteres når politiet har tatt beslag i databærere som ikke tilhører siktede. Spørsmålet er aktuelt når det er flere mistenkte og/eller det tas beslag hos tredjemann. Høyesterett har i Rt. 2011 s. 1188 lagt til grunn at personvernens hensyn tilsier at siktede ikke kan ha samme tilgang til databeslag som politiet for så vidt gjelder databeslag overfor andre enn siktede selv. Høyesterett la til grunn at politiets databeslag som sådan ikke kan anses som en del av sakens dokumenter, og at det er først når politiets etterforskere henter ut en fil at det foreligger et dokument/materiale som kan gi grunnlag for innsyn. Det forhold at politiet således vil kunne ha eksklusiv tilgang til en beviskilde reiser etter Advokatforeningens syn viktige spørsmål om siktedes rett til likestilt posisjon i prosessen («equality of arms»), herunder om ivaretagelse av kontradiksjon, jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Disse forhold behandles i punkt 19.3 nedenfor.

I punkt 3.18.3 og 3.18.4 gis bemerkninger til et par av de foreslåtte bestemmelsene.

### **3.19.2 Håndtering av datamateriale for å ivareta beslagsforbudene**

Dersom det er en mulighet for at det elektroniske beslag kan inneholde beslagsfritt materiale – i første rekke taushetsbelagt informasjon – oppstår følgende hovedspørsmål som etter Advokatforeningens skjønn bør reguleres i ny straffeprosesslov:

- Hvordan skal beslaget sikres? – punkt 3.19.1
- Bør enkelte typer av databeslag alltid undergis gjennomgang ved uavhengig instans for å ivareta beslagsskrankene? – punkt 3.19.2
- Hvordan skal påtalemyndigheten håndtere innsigelser om at beslaget inneholder beslagsfritt materiale? – punkt 3.19.3
- Hvem bør foreta den uavhengige sorteringsprøvelse? – punkt 3.19.4

#### **3.19.2.1 Hvordan skal beslaget sikres?**

I praksis sikres databeslag i våre dager gjerne ved såkalt speilkopiering. Det vil si at politiet tar med seg de fysiske databærerne, hvoretter politiet besørger en identisk kopiering av innholdet til et nytt lagringsmedium. En speilkopi vil omfatte alt som finnes på harddisken, også eventuelle slettede

filer/fragmenter som måtte være i behold på harddisken. En praktisk fordel med speilkopiering er at det elektroniske innhold kan sikres raskt slik at den fysiske databærer deretter kan leveres tilbake til eier uten opphold. Ved speilkopiering trenger politiet altså ikke å beholde besittelsen av mobiltelefonen, datamaskinen etc. for å gå gjennom innholdet.

Advokatforeningen mener at speilkopiering bør lovfestes som hovedsikringsform ved databeslag. Loven bør gi en definisjon av begrepet «speilkopiering».

Det oppstår en del tekniske spørsmål i tilknytning til speilkopiering, slik som ivaretagelse av materialets notoritet (sikring mot endring av innholdet i etterkant av beslaget, i form av såkalt «sjekksum» m.v.) og om hvordan man kan fjerne eller sperre for politiets tilgang til eventuelt beslagsfritt materiale som kun måtte utgjøre en del av speilkopien. Slike spørsmål kan være egnet for forskriftsregulering.

### *3.19.2.2 Bør enkelte typer av databeslag alltid undergis gjennomgang ved uavhengig instans for å ivareta beslagsskrankene?*

Advokatforeningen mener at loven bør uttrykkelig kodifisere etablert rettspraksis om at politiet er forpliktet til umiddelbart å forsegle beslag dersom det har formodningen for seg at beslaget vil omfatte taushetsbelagt informasjon som politiet ikke har anledning til å se. Det gjelder fremfor alt ved beslag overfor advokat eller ved advokatkontor. Tilsvarende må gjelde for beslag overfor andre yrkesutøvere som er underlagt streng taushetsplikt, slik som medisinsk personell, jf. de korresponderende bevisforbudsreglene. Utvalget legger i utkastet § 19-1 fjerde ledd opp til at påtalemyndigheten skal bringe spørsmålet om beslagsforbud inn for retten «dersom det er spørsmål om beslagsforbud», hvilket er mer eller mindre en ren videreføring av dagens straffeprosesslov § 205 tredje ledd. Advokatforeningen mener at loven bør angi eksplisitt de tilfeller hvor beslaget skal forsegles umiddelbart (det gjelder selvsagt også for papirbeslag).

### *3.19.2.3 Hvordan skal påtalemyndigheten håndtere innsigelser om at beslaget inneholder beslagsfritt materiale?*

Det er et problem at dagens straffeprosesslov ikke sier noe om hvordan beslagsprøvelsen skal foregå når siktede (eller tredjemann) krever at domstolene skal sortere materialet under henvisning til at det inneholder taushetsbelagt informasjon. Siktede kan i første omgang anmode påtalemyndigheten om å fremme begjæring til retten om gjennomgang av beslaget etter straffeprosessloven § 205 tredje ledd (per analogi), men loven sier intet om hvordan domstolene skal vurdere en slik begjæring og hvorvidt siktede selv har partsrettigheter i en slik prosess. Har domstolene plikt til å imøtekomme en slik begjæring? Kan domstolen stille krav til begjæringens begrunnelse?

Alternativt kan siktede etter dagens ordning kreve rettslig prøvelse av beslaget i medhold av straffeprosessloven § 208. Men loven sier intet om hvilke krav siktede samtidig kan stille til forsegling av hele eller deler av det aktuelle materiale. Loven sier heller intet om hvilke krav som kan stilles til at siktede konkretiserer nærmere hva som hevdes å være underlagt beslagsforbud. Utvalget påpeker at innsigelser mot beslagsadgangen må konkretiseres «i rimelig utstrekning», jf. punkt 14.8.3.4 (side 341 første spalte). Utvalget viser i denne forbindelse til sitt forslag til § 30-1 (saksstyringsmekanismer). Advokatforeningen vil her fremheve at det ikke kan stilles krav om at siktede, i en kontradiktorisk prosess med påtalemyndighetene, skal måtte angi grunnlaget for sine innvendinger i en slik grad at taushetsbelagt informasjon røpes. Det må være tilstrekkelig at innvendingene er konkretisert i tilstrekkelig grad til at det er mulig for en uavhengig instans å foreta en sortering, for eksempel ved søk på ord som «advokat», jf. også HR-2017-111-A.

I ny straffeprosesslov bør denne type prosessuelle spørsmål reguleres.

Et dilemma for siktede vil være de situasjoner hvor taushetsbelagt materiale ikke kan finnes uten at siktede identifiserer det aktuelle materiale i en slik grad at taushetsbelagt informasjon oppgis. Det vil for eksempel kunne være tilfelle hvis stikkord som «advokat» ikke vil fange opp all advokatkommunikasjon. Hvis siktede heller ikke kan angi spesifikke søkekriterier, for eksempel tidspunkt for kommunikasjonen med advokat, så vil siktede kunne være henvist til å opplyse noe om innholdet i kommunikasjonen for at det aktuelle materialet skal kunne la seg finne og sorteres ut. Alternativet for siktede vil være å la det ligge, og heller fremme protest dersom det skulle vise seg at politiet skulle ønske å ta ut den aktuelle fil.

Etter Advokatforeningens syn kan mye tale for at siktede bør ha mulighet til å ta forbehold om at innspill til sorteringsprosessen ikke skal tilflyte påtalemyndigheten. Dette forutsetter at sorteringsprosessen finner sted ved uavhengig instans. En mulighet for siktede til konfidensiell identifisering av materiale som siktede mener er underlagt beslagsforbud vil kunne gi den uavhengig instans de nødvendige verktøy for å gjennomføre en effektiv vurdering av beslagsskrankene. For påtalemyndighetens prosessuelle rettigheter er dette neppe inngripende da påtalemyndigheten uansett ikke vil kunne få til gjennomsyn det materiale som vurderes under beslagsforbudene.

De deler av beslaget som kan inneholde beslagsfri informasjon må som utgangspunkt overlates til sorteringsinstansen selv om den aktuelle databærer også måtte inneholde informasjon som politiet kan ta beslag i. Det fremgår av rettspraksis, jf. blant annet Rt. 2011 side 296 premiss 38-39, Rt. 2012 s. 1601 premiss 29 og Rt. 2013 s. 1282 premiss 35. For elektroniske data har Høyesterett imidlertid lagt til grunn – utenfor de tilfeller hvor det på forhånd er klart at materialet kan inneholde beslagsfri informasjon, typisk ved beslag overfor advokat – at påtalemyndigheten kan foreta en foreløpig avklaring og eventuell sortering av beslagsfri informasjon. Se Rt. 2015 s. 81 og HR-2017-111-A. Høyesterett ser dog ut til å forutsette at påtalemyndigheten ikke skal undersøke innholdet i det mulig beslagfrie materialet, men i stedet oversende dette til tingretten. Advokatforeningen mener at det er uheldig dersom påtalemyndigheten har adgang til å foreta en foreløpig utsortering gjennom stikkordssøk på «advokat» eller lignende da det gir mulighet for misbruk i form av gjennomsyn uten at det lar seg kontrollere av siktede. En slik ordning gir ikke effektiv beskyttelse («proper legal safeguards») av de konfidensialitetshensyn som skal ivaretas av beslagsskrankene, jf. EMK artikkel 8 og Høyesteretts prinsipielle refleksjoner i Rt. 2013 s. 968 premiss 39.

Etter Advokatforeningens syn bør påtalemyndigheten være forpliktet til å oversende beslaget for sortering dersom det – for det første – skulle bli fremmet innvending om at hele eller deler av beslaget rammes av et beslagsforbud, jf. Rt. 1986 s. 1149. Det bør ikke spille noen rolle om innvendingene måtte fremmes etter at ransakingen er fullført og beslag er tatt – hvilket trolig er normalt tilfellet. For det andre bør påtalemyndigheten være forpliktet til å avslutte sin gjennomgang av beslaget dersom påtalemyndigheten/politiet under sin gjennomgang av beslaget skulle komme over informasjon som kan falle innunder beslagsskrankene. Advokatforeningen mener at påtalemyndigheten i slike tilfeller må enten avklare forholdet med den taushetsberettigede (siktede), slik at nødvendig taushetsfritak eventuelt kan gis, eller materialet må oversendes nøytral instans for sortering. Ny straffeprosesslov bør regulere disse spørsmålene.

#### *3.19.2.4 Hvem bør foreta den uavhengige sorteringsprøvelse?*

I dag skjer sortering av beslaglagt materiale ved domstolene. Arbeidet er ressurskrevende. I de senere år har det utviklet seg en praksis om at domstolene i stor utstrekning setter sorteringsjobben ut til advokater, typisk innenfor den enkelte krets' forsvarerutvalg. Undertiden oppnevner retten også en datakyndig person til å bistå med tilrettelegging og tekniske spørsmål. Høyesterett har åpnet for en slik håndtering, jf. Rt. 2013 s. 968 premiss 46-47. Samtidig har Høyesterett understreket at en eventuell nærmere utforming av et prøvelsessystem for beslagsskrankene tilligger lovgiver.

Utvalget fremhever betydningen av at beslagsskrankene blir vurdert og avklart ved uavhengig instans, hvilket Advokatforeningen slutter seg til. Utvalget berører i punkt 14.8.3.3 (side 340 andre spalte)



spørsmålet om sortering ved et nasjonalt støtteorgan som enten er frittstående eller som er tilknyttet Domstolsadministrasjonen eller Oslo tingrett. Advokatforeningen mener at tanken om et eget uavhengig støtteorgan er interessant og bør vurderes nærmere. Samtidig vil Advokatforeningen understreke betydningen av at domstolene fortsatt bør ha den overordnede regi og styring av sorteringsprosessen. Formodentlig bør partene kommunisere med domstolene, mens den uavhengig prøvelsesinstans/sakkyndige bør utlede sitt oppdrag fra og forholde seg til domstolen.

Et viktig spørsmål som oppstår ved håndhevelse av beslagsskrankene er utforming av mandat til den som skal foreta gjennomgangen, herunder hvorvidt vedkommende skal foreta noen form for relevansvurdering av materialet. Advokatforeningen vil understreke at det må være retten som foretar den endelige beslutningen om utlevering. Oppgaven for den gransker / medhjelper eller annet organ som bistår i sorteringsprosessen må være begrenset til å avgi innstilling til domstolen basert på et klart mandat fra retten. Videre er det viktig at retten underveis i sorteringsprosessen foretar avklaring av tvilsspørsmål som oppstår – gjerne etter å ha hørt partene (for politiet med den begrensning som følger av at de ikke kan ha innsyn i det materialet som skal sorteres). Som utgangspunkt skal gjennomgangen foretas uten hensyn til noen relevansvurdering av materialet. For de tilfeller der det er spørsmål om materiale som i utgangspunktet er undergitt bevisforbud, likevel skal frigis etter unntaket for kommunikasjon mellom medskyldige i samme handling, stiller dette seg annerledes. I disse tilfellene må retten – med bistand fra den som forestår gjennomgangen – ta stilling til de enkelte informasjonselementers relevans opp mot den siktelsesposten det er tale om medskyldighet i.

Videre kan det oppstå spørsmål om hvordan overskuddsinformasjon skal håndteres, for eksempel hvis granskeren skulle komme over materiale som kan reise strafferettslige spørsmål, men som ikke er omfattet av mistanken som utgjør grunnlaget for beslaget. Etter Advokatforeningens syn bør utgangspunktet være at granskeren ikke på eget initiativ skal ta opp spørsmål knyttet til overskuddsmateriale. Den type spørsmål som er nevnt her, er drøftet av Maria Astrup Hjort i Lov og Rett 2017 s. 178-191.

Advokatforeningen mener at ny straffeprosesslov bør regulere nærmere hvem som skal utføre sorteringen og domstolenes oppgave i denne forbindelse.

Videre er det behov for regulering av hvordan den taushetspliktige og den/de taushetsberettigede skal kunne ivareta sine interesser i forbindelse med silingsprosessen, herunder gjennom innsyn i materialet for å kunne fremme sine anførsler om hvorvidt materialet er undergitt bevisforbud eller ikke. I og med at materialet på silingsstadiet ikke er utlevert til politiet, faller det utenfor «sakens opplysninger» og den formelle innsynsretten i slike. Samtidig er det et åpenbart behov for at den opplysningene er beslaglagt hos – og dennes advokat – må få tilgang til materialet slik at man kan fremme sine anførsler. Slik tilgang er det heller ingen betenkeligheter ved, da det er opplysninger vedkommende er kjent med fra før.

For så vidt gjelder opplysninger beslaglagt hos den taushetspliktige, må det sikres at også den taushetsberettigede gis anledning til å ivareta sine interesser før retten beslutter utlevering av materialet til politiet.

### **3.19.3 Siktetes tilgang til databeslag tatt hos andre enn siktede**

Det er ikke uvanlig at det tas beslag overfor flere personer i samme sak. Det kan være beslag overfor andre mistenkte eller beslag overfor tredjemann. Deretter blir dette samlede materiale gransket av politiets etterforskere, og etterforskerne tar ut de dokumenter/materiale som politiet/påtalemyndigheten finner kan være av interesse for saken. I disse tilfellene oppstår det spørsmål om siktede har rett til å få tilgang til de samme kildene, slik som speilkopier av databærere, for å foreta sin egen gjennomgang av aktuell bevisførsel. Spørsmålet er spesielt viktig dersom påtalemyndigheten tar ut tiltale.

Problemstillingen vedrører altså tiltaltes innsynsrett i det materialet som hører til tiltaltes sak, nærmere

bestemt hvorvidt tiltalte har krav på å få mulighet til å gå gjennom det materialet som politiet har innhentet og som påtalemyndigheten baserer bevisførsel på.

Utvalget understreker betydningen av mistenktes innsynsrett, hvilket etter utkastet § 6-1 andre ledd omfatter all informasjon som er innhentet i anledning etterforskning av de forhold som mistanken gjelder. Utvalget foreslår å videreføre dagens rettstilstand, hvor det avgjørende for innsynsretten er hva som prosessuelt hører til samme sak, jf, dagens straffeprosesslov §§ 242 og 264. Prinsippet er at innsynsretten omfatter alle opplysninger som tilhører saken. Advokatforeningen slutter seg til dette.

I Rt. 2011 s. 1188 slo Høyesterett fast at personvern hensyn må medføre at tiltalte ikke har rett til innsyn i databærere (speilkopier) som tilhører andre enn tiltalte selv. Høyesterett la til grunn at beslaglagte (speilkopierte) data som sådan ikke kan anses som en del av sakens dokumenter, men at det først oppstår et saksdokument som gir grunnlag for innsynsrett når politiets etterforskere har tatt ut en fil/dokument fra en databærer.

Det kan ikke ses at utvalget drøfter rekkevidden av denne avgjørelsen nærmere. I anledning spørsmålet om mistenktes innsynsrett er avgjørelsen nevnt kort i punkt 12.4.2, men uten at utvalget drøfter nærmere betydningen av avgjørelsen. Utvalget foreslår i utk. § 6-5 en ganske ubetinget innsynsrett for tiltalte, og det fremstår som uklart om utvalget mener at innsynsretten skal bero på «dokumentbegrepet», slik det ble tolket i Rt. 2011 s. 1188.

Etter Advokatforeningens syn reiser avgjørelsen i Rt. 2011 s. 1188 flere spørsmål som bør reguleres i loven:

- Må det påvises at den beslaglagte databærer inneholder privatsensitivt materiale uten betydning for saken, eller skal det legges generelt til grunn at tiltalte ikke kan gis innsyn i beslaglagte databærere som sådan fordi de muligens kan inneholde privat og irrelevant materiale?
- Hva ligger i begrepet «personvern hensyn»? Begrepet bør defineres.
- Hvilke krav skal stilles til notoritet om etterforskere søk i materialet, slik som utferdigelse av rapporter om hvilke datakilder som er gransket, hvilke søkeord som er benyttet, hvor mange treff søkeordene har gitt, hvilke av treffene som er tatt ut som «saksdokument» osv.?
- Hvilken nærmere rett har tiltalte til å be påtalemyndigheten/politiet om å gjennomføre søk for seg? Søk etter opplysninger i en stor datamengde kan være en omstendelig prosess, hvilket kan betinge gjentatte søk hvor man skritt for skritt graver seg inn i materialet. Kan påtalemyndigheten avslå slik bistand?
- Dersom tiltalte engasjerer en sakkyndig til å granske materialet, kan denne granskeren sende sine resultater direkte til tiltalte/forsvarer?
- Kan forsvarer gis adgang til ubegrenset innsyn i datamaterialet mot taushetsplikt overfor egen klient? Hvis ja, hvordan skal forsvarer gå frem for å få introdusert nye bevis som han måtte komme over?

Det grunnleggende problem består i at påtalemyndigheten og forsvarer kan ha ulikt syn på hva som er relevant, hvorefter det fremstår som utilfredsstillende at bevissелеksjonen ved gjennomgang av beslaglagte databærere skal tilligge eksklusivt påtalemyndigheten/politiet. Dertil kommer det forhold at datamengden som speilkopieres ofte er så stor at det ikke er mulig for noen å gå gjennom alt. Politiets søk kan derfor uansett etterlate store «hull».

Se også våre kommentarer til kapittel 6 om innsyn i punkt 3.6.

For så vidt gjelder databeslag tatt hos siktede selv, er det Advokatforeningens syn at siktede må ha ubetinget krav på innsyn i slikt materiale, uavhengig av de forholdene som gjør seg gjeldende for å begrense innsyn i beslag tatt hos andre siktede. Dette er materiale som siktede selv i utgangspunktet har rådigheten over og kjennskap til, og som det ikke kan foreligge noen aktverdige grunner til å begrense hans tilgang til. Tvert imot vil det regelmessig være helt avgjørende for mistenkte å kunne støtte seg på sine egne databeslag (og andre beslag) for å kunne gi en korrekt og fullstendig belysning av saksforholdet og derved bidra til sakens rette opplysning.

#### **3.19.4 Kommentarer til § 19-1**

Dersom det er tale om beslagsforbud vil rettens kontroll som beskrives i fjerde ledd i prinsippet ligge på ransakingsstadiet, ikke på beslagsstadiet. Rekkefølgen er således at retten først tar stilling til bevisforbudet som en del av *ransakingen*, før påtalemyndigheten *deretter* får anledning til å ransake de opplysninger som retten finner at ikke er undergitt bevisforbud, med sikte på *om det er grunnlag for å beslaglegge dem*. Dette har den viktige konsekvens at retten under sin bevisforbudsgjennomgang ikke skal ta stilling til om det er hjemmel til å beslaglegge opplysningen, for eksempel om den har betydning som bevis for det forhold siktelsen omfatter. Slike spørsmål tar retten bare stilling til i den grad det er spørsmål om å vurdere om advokat eller annen taushetspliktig er medskyldig med klienten.

Foreningen viser til det som er kommentert til kapittel 8 ovenfor, om at denne regelen bør gjøres generell for former for innhenting av opplysninger og derved stå i kapittel 8.

#### **3.19.5 Øvrige bemerkninger til kapittel 19**

Etter Advokatforeningens oppfatning bør det presiseres i utkastet til § 19-6 at sikringspålegg også kan utferdiges på grunnlag av siktedes/forsvarers begjæring om etterforskningssteg etter § 13-7.

I tilknytning til lovforslaget om hemmelig utleveringspålegg i § 19-8 bør bestemmelsen inkludere en angivelse av hvor lenge hemmeligholdet kan opprettholdes. Kriteriet «nødvendig av hensyn til etterforskningen» er vagt. Advokatforeningen antar at stort sett vil orientering kunne gis den som rammes når politiet har mottatt de opplysninger som er utlevert i henhold til utleveringspålegget.

### **3.20 Kapittel 20. Inngrep i kommunikasjon mv.**

#### **3.20.1 Kommentarer til §§ 20-2 til 20-5 og 21-3**

Disse bestemmelsene gjelder avlytting (§ 20-2), romavlytting (§ 20-2), dataavlesing (§ 20-4) og skjult kameraovervåkning (§21-3). Alle bestemmelsene må regulere forholdet til blant annet advokaters taushetsplikt og retten til fortrolig kommunikasjon med blant annet advokat, slik dette er beskyttet og regulert av EMK artikkel 8.

Lovutkastet benytter gjennomgående formuleringen at det "*bare unntaksvis*" skal foretas slik overvåkning der det erfaringsmessig foregår fortrolig kommunikasjon. En slik regel gir selvfølgelig bare meget begrenset veiledning og regelen om dataavlesing i lovutkastet § 20-4 inneholder ingen slik begrensning overhode. Rett nok bestemmer lovutkastet § 20-5 at tiltaket straks skal opphøre når det "*blir klart*" at det griper inn i opplysninger som omfattes av slike bevisforbud. Slikt materiale skal slettes "*så snart som mulig*". For skjult kameraovervåkning finnes, så vidt vi kan se, ikke en tilsvarende regel i utkastet.

Også her mener Advokatforeningen at lovutkastet gir for stort spillerom for skjønn på et område som griper inn i grunnleggende menneskerettigheter. Reguleringen må gjennomgås og lovbestemmelsene strammes opp, slik at loven i større grad bidrar til at krenkelser av menneskerettighetene unngås. I en slik gjennomgang er det også grunn til å sikre at de saksbehandlingskrav som følger av EMK artikkel 8

på dette området er ivaretatt.

Når det gjelder tidsbegrensningen for kommunikasjonskontroll av innretning som er tilgjengelig for et større antall personer eller gjelder kommunikasjon som må påregnes å være underkastet bevisforbud etter § 20-2 (2), bør dette tidsmessig avgrenses av en lengstetid på 2 uker, på samme måte som ved romavlytting som også er et svært inngripende tiltak, jfr § 20-3 (4). På den måten sikres i større grad fortløpende domstolskontroll. Det vises også til merknadene til § 20-5 under.

### **3.20.2 Kommentarer til § 20-5**

Når det gjelder slettereglene i § 20-5, bør disse strammes inn i lovteksten for å gi klart uttrykk for de begrensninger som følger av menneskerettigheter og Høyesteretts allerede avsagte avgjørelser på området. Når det under tiltak under forutsetninger som nevnt i denne paragraf oppdages at det foreligger kommunikasjon med personer i det aktuelle persongalleri, skal informasjonen dersom den ikke slettes straks uhørt, kun gjennomhøres av en særskilt oppnevnt dommer. Utgangspunktet er at det skal slettes uhørt, men dersom det er særskilt grunn til dette, kan påtalemyndigheten i stedet oversende materialet til en dommer. Dommeren vurderer om materialet kan overleveres politiet dersom det ikke er vernet og har bevisverdi. I andre tilfelle skal dommeren bestemme at det straks skal slettes. Slik gjennomgang må foretas senest ved utløpet av den aktuelle avlyttingsperiode. Hvis ikke skal materialet slettes. Dette må i alle fall gjelde der avlyttingen følges av et bevisforbud etter §§ 8-2 – 8-4. Etter Advokatforeningens oppfatning bør samme fremgangsmåte følges der det foreligger bevisfritaksadgang for nærstående, jfr § 9-3. Advokatforeningen er her enig med Høyesteretts mindretall i Rt 2015 s 1435.

### **3.20.3 Kommentarer til § 20-6**

I § 20-6 (2) bør ordet «åpenbart» slettes, og der være tilstrekkelig med en normal bevisvurdering på det tidspunkt avgjørelsen treffes. Det er av personvernmessige grunner viktig at det ikke samles og sikres materiale i større utstrekning enn det som er absolutt nødvendig. Det bør også tas inn ett punkt 20-6 (3) om at dersom slikt materiale ikke er brukt i annen sammenheng innen 3 måneder, skal det slettes. Dette vil vær det samme som i dag følger av kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd. Det er ingen grunn til å foreta noen endring her ved å øke tidsrommet før materialet skal slettes uten at dette er prinsipielt begrunnet. Noen slik argumentasjon ser vi ikke i utkastet.

### **3.20.4 Kommentarer til § 20-7**

Denne bestemmelsen synes å videreføre en foreldet formulering fra tiden før materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll kunne brukes som bevis. Bestemmelsen passer nå kun på perioden før materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll er tatt inn i sakens opplysninger. Deretter reguleres taushetsplikten kun av de alminnelige reglene i utkastets § 3-10 og politiregisterlovens regler.

I § 20-7 er det Advokatforeningens prinsipielle standpunkt at grensen for bruk av overskuddsinformasjon bør settes til lovbrudd som selv kunne åpnet for den aktuelle kontroll. I tilfellet med kommunikasjonskontroll vil det si en strafferamme på 10 år, og for romavlytting kun i de sjeldne saker der dette kan tillates.

## **3.21 Kapittel 21. Observerende, kontrollerende og påvirkende tiltak**

### **3.21.1 Overordnet**

Advokatforeningen støtter at mange av de ulovfestede metodene politiet i dag bruker under etterforskningen blir lovfestet. At politiet må gå frem på bakgrunn av lovbestemmelser istedenfor ulovfestede regler, gjør at reglene blir mer tilgjengelig for allmennheten, herunder at de i større grad kan bli gjenstand for offentlig debatt. Det vil også i større grad sette rammer for politiets virksomhet – som

ofte foregår skjult – og lovfesting vil derfor kunne redusere risikoen for vilkårlighet og misbruk. I tillegg er det viktig av hensyn til EMK, se rett nedenfor.

Utvalget foreslår riktignok å lovfeste metodene, men dette poenget bør klarere frem for at bakgrunnen for lovfesting, og dermed premissene for en eventuell debatt om metodene *bør* lovfestes, skal bli korrekt.

Utvalget synes i stor grad å legge opp til at alminnelig handlefrihet og rettstridsreservasjonen *kan* brukes som hjemmelsgrunnlag, men at lovfesting best samsvarer med kravene som stilles av EMK og tendensene i øvrige vesteuropeiske land.

Utredningen siterer Politimetodeutvalgets utredning NOU 2004:6, og skriver på side 342 at:

*"Selv om kravet til hjemmel for inngrep etter konvensjonen ikke forutsetter formell lov, legger Politimetodeutvalget til grunn at de innholdsmessige krav til hjemmelsgrunnlag uansett best ivaretas gjennom lovregulering.»*

Politimetodeutvalget var imidlertid mer konkrete enn dette: De la til grunn at alminnelig handlefrihet ikke oppfylder hjemmelskravet etter EMK, se side 45 i NOU 2004:6, hvor Politimetodeutvalget skriver at:

*"En ytterligere begrensning i politiets mulighet til å bygge på den alminnelige handlingsfrihet i samfunnet, følger av Norges internasjonale forpliktelser, og særlig EMK art 8. Det er således på det rene at den alminnelige handlingsfrihet ikke tilfredsstillende lovskravet i EMK art 8 (1). Utvalget antar menneskerettighetserklæringene stiller de strengeste krav til hjemmel i lov. Det blir derfor ikke like viktig å trekke grensen for legalitetsprinsippet.»*

Dette er basert på det Politimetodeutvalget skriver i sin utredning på side 38:

*«EMD vil ikke godta "den alminnelige handlefrihet" som hjemmel for inngrep i beskyttede rettigheter. I Malone mot Storbritannia (Klagesak nr 8691/79) uttalte EMD at selv om metoden ikke uttrykkelig var forbudt, måtte det kreves annet hjemmelsgrunnlag for at engelske politiet kunne kreve innsyn i postverkets og televerkets kunderegistre.»*

I *Malone mot Storbritannia* avsnitt 68 skriver retten at:

*«Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, **it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power.**»*

Den alminnelige handlefrihet er nettopp en "unfettered power" – det er ingen rammer for politiets skjønn når de handler i kraft av handlefriheten. I avsnitt 79 konkluderer retten med at:

*"In the opinion of the Court, the law of England and Wales does not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public."*

Retten kommer til at kravet til quality of law, som er en del av lovskravet, ikke er oppfylt fordi skjønnsutøvelsen er tillagt politiet i kraft av den alminnelige handlefriheten – og denne har et svært vidt

anvendelsesområde (vanskelig å forutberegne) og den er ikke regulert (fare for vilkårlighet og misbruk). Retten legger stor vekt på at det var snakk om hemmelige tiltak fra politiets side, noe som øker risikoen for vilkårlighet og misbruk.

Hvorvidt det er grunnlag for en så bastant konklusjon som Politimetodeutvalget her kom med – at alminnelig handlefrihet *aldri* kan oppfylle hjemmelskravet – er noe tvilsomt. Denne påstanden er vanskelig å gjenfinne i en så bastant form i menneskerettslig litteratur. Men i alle fall de tilfellene hvor politiet anvender hemmelige metoder vil konklusjonen fort bli den samme som i Malone-saken om man utelukkende bygger på alminnelig handlefrihet.

Den praktiske konsekvensen av dette er at i de tilfellene det konstateres inngrep, for eksempel i privatlivet etter EMK artikkel 8, vil det være en sterk presumsjon for konvensjonsbrudd om det utelukkende forsvarer med alminnelig handlefrihet.

Dette burde bli klarere kommunisert i forarbeidene, både fordi dette er en av de viktige grunnene til at disse metodene bør lovfestes, og fordi det er et viktig premiss i en eventuell debatt om lovfesting av metodene.

Det bør også understrekes at lovfesting av disse metodene ikke må medføre økt bruk av eller at de blir brukt i større grad enn det som er nødvendig. Mange av de foreslåtte metodene er inngripende og belastende, og bør ikke brukes i større grad enn nødvendig.

### **3.21.2 Kommentarer til § 21-4**

I utredningen på side 342 foreslås at någjeldende straffeprosesslov § 216 I om opptak av samtaler videreføres i ny § 21-4, sammen med infiltrasjon.

Det bør imidlertid klargjøres – enten i loven eller i forarbeidene – at i den grad man fremskaffer bevis ved bruk av denne bestemmelsen, kan det kun fremlegges i retten med de begrensninger som følger av selvinkrimineringsvernet, jf. både Rt. 1999 s. 1269, Andenæs, Norsk straffeprosess side 336 og Straffeprosessloven kommentarutgave, 4. utgave, punkt 2 om § 216 I.

Når det gjelder § 21-4 kan Advokatforeningen ikke se grunnlag for at mistankekravet i § 14-1 skal fravikes for å beslutte tiltak etter denne paragraf. Hverken infiltrasjon eller avlytting/opptak av samtaler selv med samtykke, bør være et etterforskningsmiddel som anvendes i saker der det ikke en gang foreligger skjellig grunn til mistanke om at en straffbar handling er begått. Både ressursmessig og personvernmessig bør det som i dag være et minstekrav til alvoret i lovbruddet som kan danne grunnlag for slike metoder. For avlytting eller opptak er grensen i dag at lovbruddet må kunne medføre fengselsstraff. For infiltrasjon og provokasjonlignende tiltak er grensen etter Riksadvokatens praksis at det foreligger en «sterk mistanke» om forhold som «klart faller inn under» straffelovens narkotikabestemmelse, se nærmere Rt 1984 s 1076 og Rt 2000 s 1223. Metodene bør forbeholdes saker der mistankekravet er oppfylt, det må besluttes av påtalemyndigheten og forholdet bør ha en kvalifisert strafferamme på enten 6 eller i det minste 2 år. Advokatforeningen har for øvrig merket seg av § 21-5s kommentarer og kap 14-10-7 at det vises til Riksadvokatens rundskriv 2/2000. Det bør vurderes om flere av vilkårene her bør tas inn direkte i lovteksten for å synliggjøre disse, og samtidig sørge for at eventuelle endringer da må skje på lovs nivå.

### **3.21.3 Kommentarer til § 21-5**

Det foreslås å lovfeste provokasjon i § 21-5, noe som er positivt – viktige regler om politiets metoder bør fremkomme i lovs form, jf. over. Det er lagt til grunn at lovfestingen bare innebærer en videreføring av gjeldende rett, jf. s 345, og vilkårene som er oppstilt i bestemmelsens første ledd samsvarer med det



som er lagt til grunn i rettspraksis, jf. for eksempel Rt. 1984 s. 1076 og Rt. 2000 s. 1482.

I annet ledd gjøres det imidlertid unntak fra det såkalte grunnvilkåret. Her fremkommer at: *"En straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, kan likevel fremprovoseres for å skaffe bevis for lovbrudd som allerede er begått, eller bringe til rette en gjenstand. Den fremprovoserte handlingen kan ikke påtales.»*

Det kan spørres hvor treffende det er å gjøre *unntak fra grunnvilkåret* ved bevisprovokasjon. I Riksadvokatens retningslinjer (RA-2000-2) uttales det at:

*"Grunnvilkåret vil regelmessig være oppfylt hvor provokasjonshandlingen bare tar sikte på å fremskaffe bevis for allerede begåtte handlinger. Dette kalles gjerne «bevisprovokasjon». Det skaffes for eksempel bevis for at vedkommende er i besittelse av narkotika eller ulovlig skytevåpen. Men heller ikke i slike tilfeller er vilkåret om at politiet ikke må gi foranledning til en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, uten betydning. Problemstillingen vil særlig være aktuell dersom det går lang tid mellom provokasjonshandlingen og fremskaffelsen av beviset. Den som utsettes for provokasjonen stjeler for eksempel våpnene som en følge av politiets bevisprovokasjon, og tyveriet er dermed foranlediget av tyvens tro på at han har en kjøper. Hvis politiet ikke har tilstrekkelig kontroll over begivenhetene til at en slik utvikling kan utelukkes, skal bevisprovokasjon ikke gjennomføres."*

Slik Advokatforeningen forstår dette gjelder stadig grunnvilkåret – men det vil typisk være oppfylt ved bevisprovokasjon. I samme retning forstår vi Rt. 2000 s. 1223, hvor retten uttaler på s. 1229:

*"Jeg finner det klart at det også ved bevisprovokasjon må være et vilkår at den som utfører provokasjonen, ikke aktivt fremkaller en straffbar handling som ikke ville ha blitt begått, for eksempel at selgeren forledes til å gå til anskaffelse av det nødvendige kvantum narkotika."*

Advokatforeningen kan derfor ikke se at det skulle være nødvendig å gjøre *unntak* fra grunnvilkåret. Dette vil innebære et ubegrunnet brudd med gjeldende praksis, og det er uheldig at dette ikke kommer klarere frem i utredningen.

#### **3.21.4 Kommentarer til § 21-6**

I § 21-6 oppstilles krav til gjennomføring, kontroll og dokumentasjon blant annet ved provokasjon etter § 21-5. Det er klart at alvorlige brudd på slike prosessuelle krav i henhold til rettspraksis er ulovfestede straffrihetsgrunner, jf. Rt. 1998 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223.

I forlengelsen av dette bør det vurderes om rettsvirkningene av brudd på de foreslåtte §§ 21-5 og 21-6 bør klargjøres i loven. Dersom rettsvirkningen skal lovfestes, er det også spørsmål om dette bør skje i straffeloven eller i den nye straffeprosessloven. Reglene om den materielle delen av skyldspørsmålet hører mest naturlig hjemme i straffeloven. På den andre siden ville det gi god sammenheng med de foreslåtte reglene i straffeprosessloven om dette ble regulert sammen med bestemmelsene der. En mulighet er at selve straffrihetshjemmelen går frem av straffeloven, mens det inntas en henvisning fra straffeprosesslovens regler til straffelovens bestemmelse.

## **3.22 Kapittel 22. Inngrep i siktedes formue**

### **3.22.1 Kommentarer til § 22-1**

Bestemmelsen er i prinsippet parallell med bestemmelsen om arrest i tvl. § 33-1, og burde i større grad vise til disse reglene og kun gjøre de unntak fra arrestreglene som er konkret begrunnet – slik som at påtalemyndigheten kan iverksette heftelse/arrest uten å vente på domstolens kjennelse først. Reglene om at arrestkrav og sikringsgrunn må sannsynliggjøres mv. bør i størst mulig grad gjøres likelydende og med felles terminologi, evt. gjennom ren henvisning.

I § 22-1 foreslår utvalget en bestemmelse om at påtalemyndigheten kan beslutte heftelse i mistenktes formuesgoder, hvis det er grunn til å frykte at fullbyrding av bot, inndragning, sakskostnader, erstatning eller oppreisning, som mistenkte er eller «antas å bli ilagt», ellers vil bli forspilt eller i vesentlig grad vanskeliggjort. Etter § 22-5 kan beslutningen bringes inn for retten.

Uttrykket «antas å bli ilagt» innebærer at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt, bare at kravet «i rimelig grad» må være godtgjort, jf. side 620 i innstillingen.

Advokatforeningen mener kravet til godtgjøring er så lite at retten i praksis så å si alltid vil finne det godtgjort. Det bør derfor kreves vanlig sannsynlighetsovervekt.

En heftelse av et formuesgode, for eksempel bolig, vil kunne være svært byrdefullt for mistenkte, og også gå utover andre familiemedlemmer, særlig hvis det tar lang tid før rettskraftig dom foreligger. Hvis mistenkte samtidig fengsles, og han og familien mister inntekten, vil muligheten for å selge boligen og leie bolig være vanskelig. Et slikt forhold kan komme i konflikt med EMK P1 artikkel 1 om eiendomsrett. Riktignok skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering etter den generelle regelen i forslagets § 14-1, men denne regelen er pedagogisk gjemt bort, og det burde i det minste vært en henvisning dit i § 22-1.

Siden heftelsen kan være svært byrdefull, men likevel anses forholdsmessig, burde det i alle fall kreves at det var vanlig sannsynlighetsovervekt for at kravet om bot, inndragning osv. vil bli ilagt.

## **3.23 Kapittel 30. Saksstyring og veiledning. Virkning av at sak er reist. Forening og oppdeling av straffesaker.**

### **3.23.1 Kommentarer til § 30-3**

Bestemmelsen gir anvisning på et rent hensiktsmessighets skjønn for når saker kan forenes. Her må det inn klarere kriterier som gir retten tydeligere plikt til å foreta en forsvarlighetsprøving av det omfang påtalemyndigheten har gitt saken gjennom forening av saker (både ulike forhold og ulike tiltalte). Limesaken kan tjene som et skrekkeksempel på hvor galt det går når påtalemyndigheten velger å kjøre mange saker sammen av rent taktiske hensyn, uten å ta høyde for at man konstruerer en mastodont av en sak som det blir praktisk umulig å gjennomføre en forsvarlig behandling av.

Ikke minst kan forening av for mange saker gå på akkord med prosessuelle grunnprinsipper om muntlighet og at dommen skal bygges på det som har vært forhandlet i retten. En hovedforhandling på ett år med mange ulike sakstema gjør det praktisk umulig for rettens medlemmer å huske de ulike bevisene når dommen skal skrives. Som det heter i Rt. 1972 s. 677: «*Men notater som er 3 måneder gamle kan i alminnelighet ikke danne et betryggende grunnlag for drøftelsen av saksforholdet i en straffesak og for domsavsigelsen*».

Derfor bør bestemmelsen innskjerpes, for eksempel ved at forening av saker ikke må skje dersom det kommer i konflikt med muntlighetsprinsippet og hensynet til forsvarlig opplysning av saken. I motivene bør dette utdypes med henvisning til at kompleksiteten og varigheten av hovedforhandlingen bør begrenses slik at rettens medlemmer har en praktisk mulighet til å holde oversikt over alle bevisstema og rettsspørsmål, og at man reelt kan bygge på bevisførsel man husker på tidspunktet dom skal avsies.

### **3.24 Kapittel 31. Rettsmøter**

#### **3.24.1 Kommentarer til § 31-2**

Lovutkastet § 31-2 (1) bestemmer at mistenkte skal innkalles til andre rettsmøter enn hovedforhandling og ankeforhandling der retten skal prøve bevisene under skyldspørsmålet "når mistenktes deltakelse er hensiktsmessig". Innkalling til slike "andre" rettsmøter skal "så vidt mulig" skje 24 timer før det aktuelle rettsmøtet, se lovutkastet § 31-2 (3).

Dette berører siktedes rett til effektiv deltakelse i straffesaken mot ham, noe som omfatter retten til å delta i høringer i saken. Begrensningen til hovedforhandling og ankeforhandling der retten skal prøve bevisene under skyldspørsmålet, er ukjent for Advokatforeningen. EMD har uttalt seg ganske generelt om retten til effektiv deltakelse, se for eksempel *Ziliberberg v. Moldova*, avsnitt 40:

*"Article 6 of the Convention, read as a whole, guarantees the right of an accused to participate effectively in his criminal trial. This includes, inter alia, a right not only to be present, but also to hear and follow the proceedings. (see, for example, Stanford v. the United Kingdom, judgment of 23 February 1994, Series A no. 282-A, § 26; Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain judgment of 6 December 1988, Series A no. 146, § 78). This right is implicit in the very notion of an adversarial procedure and can also be derived from the guarantees contained in sub-paragraphs (c), (d) and (e) of paragraph 3 of Article 6 – "to defend himself in person", "to examine or have examined witnesses", and "to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court" (see, Colozza v. Italy judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, § 27). It is difficult to see in the present case how the applicant could have exercised these rights without being present."*

Testen er altså ikke om mistenktes deltakelse er "hensiktsmessig". Lovteksten må reflektere den rett mistenkte har til effektiv deltakelse i straffesaken mot ham. For å sikre effektiv deltakelse må vedkommende også varsels i rimelig tid, og fristen på 24 timer "så vidt mulig" vil nok ofte ikke være tilstrekkelig.

### **3.25 Kapittel 32. Rettens avgjørelser**

#### **3.25.1 Kommentarer til § 32-1**

Her bør det tas inn at dersom avgjørelse etter muntlig forhandling ikke er truffet så vidt raskt at rettens medlemmer realistisk kan bygge avgjørelsen på hva som fremkom under rettsmøtet, må forhandlingene gjentas i nødvendig utstrekning. Se HR-2016-1461-A og Rt. 1993 s. 33.

### **3.26 Kapittel 33. Fravær fra rettsmøter. Fraværsavgjørelse mv.**

#### **3.26.1 Kommentarer til § 33-2**

Den generelle regelen i første ledd om at et rettsmøte utenfor hovedforhandling «kan gjennomføres selv om innkalling eller varsling ikke kan skje» gir alt for stor åpning for å unngå innkalling av mistenkt eller andre berørte.

## **3.27 Kapittel 34. Forberedelse til hovedforhandling**

### **3.27.1 Overordnet**

Det er ett av områdene hvor utvalget både har mange gode og prinsipielle utgangspunkter for sine forslag, og hvor mange av enkeltforslagene er gode bidrag til en bedre straffeprosess. Det vises her til høringsuttalelsens innledende bemerkninger.

Advokatforeningen vil i forbindelse med disse kapitlene særlig understreke og slutte seg til utvalgets fremheving av at «partenes autonomi ikke kan gis samme gjennomslag i en straffeprosesslov» som i en tvistelov, og at rettens saksstyring må være «mer av formell enn av materiell karakter», se punkt 17.1.3. Det må også være sentralt at det er «mindre rom for proporsjonalitetsbetraktninger», og at selvinkrimineringsvernet medfører at «retten i begrenset grad kan pålegge mistenkte eller forsvareren å bidra med avklaringer, for eksempel med hensyn til hvilke anførsler som vil fremmes, og hvilke deler av faktum som bestrides.»

Det er eksempelvis grunn til å støtte utvalget i at det bør være en økt adgang til oppdeling av sakene, se punkt 17.2, og at «reglene om saksforberedelse bør gjelde generelt, uavhengig av sakens art og størrelse», se punkt 18.1.2, side 415.

For Advokatforeningen er det likevel problematisk når utvalget etter å ha tatt disse riktige og viktige utgangspunkter i en viss utstrekning følger opp en del av de synspunkter og forslag som tidligere er kommet om å tilpasse straffeprosessen til tvistelovens regler om saksbehandling.

### **3.27.2 Særlig om skriftlige redegjørelser**

Utvalget fremmer flere forslag til bruk av skriftlige redegjørelser etter mønster av tvisteloven. Dette er for eksempel regler om skriftlig redegjørelse fra påtalemyndigheten § 34-1, tilsvar fra forsvarer § 34-4, krav om skriftlig redegjørelse fra retten § 34-10, felles saksfremstilling § 34-11 og om sluttinnlegg § 34-12.

Advokatforeningen er enig i at det særlig i mer omfattende saker vil kunne være behov for at påtalemyndigheten i større grad enn i dag klargjør hvilke synspunkter på faktum og jus som ligger til grunn for tiltalen. Særlig gjelder dette hvor tiltalen er basert på oppfatninger om underliggende sivilrettslige forhold, slik det typisk vil kunne være i en del økonomiske straffesaker. Det har i flere slike saker skapt problemer både for forberedelsen av forsvaret og for gjennomføringen av hovedforhandlingen at det først underveis er blitt kommunisert tilstrekkelig klart hvilke standpunkter til slike spørsmål som har ligget til grunn for tiltalen.

Det er ut fra dette viktig når påtalemyndigheten i utkastet § 34-1 annet ledd pålegges av eget tiltak å utarbeide en skriftlig redegjørelse for saken «når det er nødvendig for å sikre en forsvarlig og konsentrert behandling». Denne bestemmelsen må sees i sammenheng med utkastet § 34-10 hvor retten i tillegg gis adgang til å pålegge påtalemyndigheten en ytterligere redegjørelse «for saken, eller for særlige spørsmål saken reiser».

Om begge disse bestemmelsene er imidlertid både de generelle og de spesielle motivene knappe. Det vil etter Advokatforeningens syn være behov for at det i forarbeidene klargjøres nærmere når disse redegjørelsene skal gis og hva de skal inneholde. Det er viktig at dette blir virkemidler som blir brukt tilstrekkelig ofte og at innholdet blir tilstrekkelig klargjørende til å ivareta både mistenktes/ forsvarers og

rettens behov. Selv om det er et poeng slik utvalget fremhever at slike redegjørelser ikke må svulme opp og bli for omfattende, er det samtidig helt sentralt at de ikke kan være så kortfattede – og dermed tilslørende – at mistenkte ikke gis tilstrekkelig mulighet til å forstå hvilket syn på faktum og jus – herunder de eventuelle underliggende sivile rettsspørsmål – tiltalen er basert på.

De nevnte utkast til bestemmelser som retter seg mot påtalemyndigheten suppleres i utkastet av forslag som også retter seg mot mistenkte og dennes forsvarer. Dette står – til tross for en rekke forbehold i motivene – i en viss motstrid til utvalgets generelle syn om at man ikke kan pålegge mistenkte/forsvarer å bidra med avklaringer, punkt 17.1.3. og at retten ikke kan bygge på skriftlige redegjørelser som ikke har vært behandlet i rettsmøte, se punkt 17.3.3.

Det må i alle disse sammenhenger understrekes at mistenktes vern mot selvinkriminering og retten til å være taus ikke må settes under unødig press. Problemet med alle disse regler som inneholder en oppfordring til mistenkte/forsvarer om å avklare sine posisjoner, og helst i forkant gjennom ulike skriftlige redegjørelser, vil lett kunne skape et slikt press. Og problemet ligger da i at mistenktes interesser og ivaretagelse av disse fra forsvarers side, påvirkes av hvordan man må se for seg at retten vil vurdere og reagere på den respons som gis på vegne av mistenkte. Forsvaret vil kunne – og sikkert ofte med rette – frykte at retten vil reagere negativt på ikke å få det den ber om eller oppfordrer til, og man vil frykte spekulasjoner om at dette skyldes at man har noe å skjule.

Og for en forsvarer med en klient man mistenker er skyldig, men hvor det er tvil om dette kan bevises fullt ut i retten, blir det særdeles vanskelig hvordan man skal håndtere slike henvendelser om skriftlige uttalelser i forkant av hovedforhandlingen.

Allerede en oppfordring eller et krav om å inngi tilsvaer, jf. § 34-4, vil kunne legge et press på mistenkte/forsvarer. Selv om det gjøres klart i punkt 18.1.3 at «det skal ikke utøves noen form for press», så heter det i § 34-4 at tilsvaer "skal gi[s]". Vil man i tilsvaret for eksempel ikke si noe om hva som er omtvistet i saken, eller hvilke deler av tiltalen man bestrider utover at man nekter straffeskyld, vil det være fare for at retten kan trekke slutninger om skyld og manglende troverdighet. Selve ordlyden bør derfor modereres i samsvar med motivene, og det må komme klart fram i selve lovteksten at det ikke er anledning til å trekke slutninger fra mistenktes respons.

Advokatforeningen vil i denne forbindelse særlig fremheve som problematisk bestemmelsen om en felles saksfremstilling i § 34-11.

For det første er det noe uklart hvordan denne bestemmelsen forholder seg til utkastet § 34-7 annet ledd om at retten skal avklare hva som er omtvistet. Det er ikke omtalt om en slik redegjørelse skal være rettens virkemiddel for å foreta en slik avklaring, eller om dette også skal kunne skje på andre måter. Det må dessuten vises til at forslaget til bestemmelse om tilsvaer og sluttinnlegg også er rettet mot å skulle avklare hva som er omtvistet.

For det andre – og det er det viktigste – vil en oppfordring fra retten etter denne bestemmelsen lett skape et problematisk press mot mistenkte og forsvareren. Selv om det presiseres at dette mest vil være aktuelt i store og kompliserte saker, vil det typisk i saker med flere tiltalte være først under hovedforhandlingen at de enkelte vil kjenne de andres posisjoner. Typisk vil dette gjelde når noen har benyttet seg av sin rett til ikke å forklare seg for politiet. Presset vil således kunne være rettet både mot den enkeltes rett til å forholde seg taus, og samtidig være problematisk for andre mistenkte i samme sak hvor noen benytter seg av denne rett.

Problemet med en slik felles saksfremstilling knytter seg altså ikke til de sakene hvor det for eksempel er enighet om store deler av faktum, typisk en økonomisk straffesak med et omfattende faktum knyttet til forhistorie, selskapsstruktur, regnskaper etc. Problemet knytter seg til andre saker hvor det er viktig av hensyn til de taktiske disposisjoner og for å komme best mulig ut av bevisførselen at mistenkte selv kan velge om og når man vil gi til kjenne sitt syn. Og når retten stilles fritt til å be om en slik felles saksfremstilling, vil mistenkte i slike saker måtte nekte å medvirke. Det vil være vanskelig å forebygge at rettens medlemmer, enten enkeltvis eller samlet, vil kunne trekke slutninger av dette.

Advokatforeningen vil også peke på at tilsvarende problemer er knyttet til bestemmelsen om sluttinnlegg i § 34-12. Her er det et ytterligere problem ved at utkastet gir retten en adgang til å pålegge partene å inngi et sluttinnlegg.

### **3.27.3 Kommentarer til § 34-1**

Denne bestemmelsen reiser to viktige spørsmål: For det første om forslaget om å sende «utdrag av sakens opplysninger av betydning for bevisføringen», hvilket vi oppfatter at også kan inneholde politiforklaringer. Dernest mangler bestemmelsen etter vårt syn en prinsippbestemmelse tilsvarende tvistelovens § 9-2 (3) om at

*«Stevningen skal gi grunnlag for en forsvarlig behandling av saken for partene og retten. Krav, påstand samt faktisk og rettslig begrunnelse skal være slik angitt at saksøkte kan ta stilling til kravene og forberede saken. Saksøkerens argumentasjon skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta disse hensyn.»*

Punkt c kan for eksempel erstattes med noe slikt: *«redegjørelse for hva som vil bli gjort gjeldende om eventuelle [prejudisielle] rettsforhold av betydning for straffbarheten, med tilstrekkelig faktisk og rettslig begrunnelse til at tiltalte kan ta stilling til det som gjøres gjeldende og forberede saken».*

Bestemmelsen i annet ledd mangler en stram retningslinje for hva en slik redegjørelse skal kunne inneholde. Det er avgjørende at det tydeliggjøres i loven at dette ikke skal være noen anledning til forhåndsprosedyre om faktum. Det må klargjøres at det som kan fremsettes er *anførslor*, ikke redegjørelse om bevisituasjonen, sml. det siterte tredje punktet i tvl. § 9-2 (3) om at "*Saksøkerens argumentasjon skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta disse hensyn*". En tilsvarende formulering må innarbeides i § 34-1.

### **3.27.4 Kommentarer til § 34-2**

Her bør det tas inn et uttrykkelig punkt om at retten må prøve hvorvidt påtalemyndighetens forening av saker skal godtas, holdt opp mot hensynet til betryggende behandling av saken.

### **3.27.5 Kommentarer til § 34-5**

Det blir ikke riktig å betegne bistandsadvokatens bemerkninger til tiltalen og påtalemyndighetens bevisoppgave som noe *tilsvar*. Bistandsadvokaten er jo en del av saksøkersiden, og skal ikke svare på påtalemyndighetens saksanlegg. Betegnelsen bør heller være «bemerkinger».

### **3.27.6 Kommentarer til § 34-8**

Flertallet går inn for at retten både under saksforberedelsen og den videre behandling av saken skal ha full tilgang til alle sakens opplysninger, se § 34-8. Mindretallet mener gjeldende rett bør videreføres.



Advokatforeningen er sterkt uenig i flertallets forslag, og vil uttrykke sin støtte til mindretallets standpunkt og begrunnelse, se side 391.

Det er for det første vanskelig å se at flertallets forslag er i samsvar med de prinsipielle utgangspunkter utvalget samlet har stilt seg bak. En slik rett til dokumentinnsyn vil lett kunne gi grunnlag for en sterkere materiell saksstyring. Det vil også lett kunne påvirke rettens objektivitet og skape ubalanse mellom rettens medlemmer.

Et hovedargument for flertallet synes å være «hensynene til konsentrasjon og effektivitet», og det hevdes at retten uten slik tilgang vil kunne «gå glipp av viktige forutsetninger for å ta stilling til partenes forslag til saksopplegg», se punkt 17.4.2. Men samtidig har utvalget flere steder understreket at bevisføringen i en straffesak i begrenset grad kan beskjæres «for å spare tid og andre ressurser», se punkt 17.1.3 og 13.2.5.1.

Advokatforeningen kan ut fra dette vanskelig se at det man ønsker å oppnå, og de hensyn man vil ivareta med et slikt forslag, har en slik styrke at de oppveier de betydelige mothensyn som gjør seg gjeldende.

Utvalget ser også ut til å ville gi inntrykk av at en avgjørelse fra Høyesteretts ankeutvalg i 2016 (HR-2016-612-U) viser at dette forslaget ikke vil endre gjeldende rett vesentlig. Denne avgjørelsen gjaldt imidlertid i hvilken grad de deler av utdraget som ikke var dokumenter under hovedforhandlingen skulle tas ut av dette. Utvalgets lovforslag går vesentlig lenger, både med hensyn til omfanget av hva retten skal kunne få tilgang til og på hvilket tidspunkt i prosessen slik tilgang skal gis.

Flertallet velger samtidig å bagatellisere innvendingene mot forslaget. Det fremholdes blant annet at det er «grunn til å tro at en viss forhåndskunnskap om saken, basert på kjennskap til dens opplysninger, vil styrke rettens forutsetninger for å oppfatte hvilke deler av bevisføringen som står sentralt, og gi grunnlag for god saksstyring», se side 389. Dette gir nærmest uttrykk for en naivistisk (og lite praktisk/erfaringsbasert) holdning til at saken slik den fremgår av politiets etterforskningsdokumenter skal kunne sees som et uttrykk for en sannhet det er fint at retten kjenner på forhånd. Men det er selve den rettslige behandling som skal avklare om den oppfatning av virkeligheten som politiet har inntatt under etterforskningen kan bevises, og det vil også være denne oppfatning som primært underbygges i etterforskningsdokumentene. Senere års avdekking av justismord og andre «justisfeil», se blant annet Rachlew, har vist at etterforskning kan bli preget av et uheldig tunnelsyn, og i for stor grad gå ut på å få bekreftet den hypotese noen har dannet seg (for) tidlig under saken. Det forhåndsbildet som skapes gjennom etterforskningsdokumentene kan således både mangle helt vesentlige bevis og inneholde bevis som fremstilles gjennom det syn politiet har inntatt, og eventuelt har søkt å få bekreftet gjennom etterforskningen. Dersom retten danner seg en forhåndsoppfatning basert på dette, vil det kunne være mye vanskeligere for den mistenkte å føre motbevis og eventuelt underbygge slik tvil som skal danne grunnlaget for en frifinnelse.

Etter Advokatforeningens syn er det både ut fra erfaring med etterforskning og rettslig behandling av straffesaker sterke grunner til å forebygge at standpunkter til viktige bevissspørsmål blir tatt for tidlig, og at en for tidlig oppfatning stenger for senere motforestillinger og kontradiksjon. I forbindelse med politietterforskning har det de senere år vært et sterkt fokus på tunnelsyn og bekreftelsesfeller. Slike menneskelige tendenser til å ønske å ta et standpunkt raskt, og dermed slippe unna den problematiske tvilen, vil naturlig nok kunne gjøre seg gjeldende også hos dommere. Innsyn og gjennomgang av sakens

opplysninger før disse har blitt behandlet i retten kan dermed lett bli et hinder for sakens beste opplysning og et hinder for dommernes åpenhet og objektivitet.

Flertallet uttrykker i denne forbindelse en tillit til «profesjonelle dommere». Men flertallet overser at bekreftelsesfeller og andre kognitive feilkilder selvfølgelig også rammer en "profesjonell dommer" – dette er i stor grad ubevisste strategier som hjernen bruker for å gjøre jobben enklere for seg selv. Det kan her vises til Daniel Kahnemans bok "Tenke fort og langsomt", hvor det blant annet vises til forskning på "profesjonelle dommere" som i høyeste grad blir påvirket av høyst trivielle hendelser – som for eksempel tidspunktet for lunsj. At opplysninger i saken som ikke skal legges frem for retten kan – og vil – påvirke dommerne ubevisst, kan det ikke være tvil om. En interessant drøftelse av dette tema finnes også i "Fullstendig isolasjon" av Thomas Horn kapittel 17. Forslaget er alene av denne grunn høyst betenkelig.

Videre mener Advokatforeningen at den tilgang fagdommere i enkelte funksjoner vil kunne ha til sakens dokumenter helt eller delvis, ikke kan være et tilstrekkelig argument for mer generelt å åpne opp for at alle opplysninger kan forelegges retten på forhånd.

Det andre hovedhensyn Advokatforeningen vil understreke som taler mot flertallets forslag, er den ubalanse ordningen vil skape mellom fagdommere og legdommere. Denne ubalansen er naturlig til stede allerede uten et slikt dokumentinnsyn, ettersom fagdommerne kjenner rettsreglene og rettspråket, og derved har en naturlig autoritet som de selv må prøve å motvirke. Flertallet mener det er «vanskelig å forstå» dette synspunkt i lys av at dommerne har ulike roller. For Advokatforeningen er det imidlertid ganske åpenbart at det vil være fagdommeren som ved en slik ordning vil kunne lese dokumentene og skape seg en oppfatning om saken ut fra disse. Denne oppfatning vil da ikke bare stenge for fagdommerens egen åpenhet under rettsforhandlingene, men legdommeren vil lett kunne oppfatte at fagdommeren vet mer om saken og kjenner dokumentene bedre enn dem. Dette vil mest sannsynlig forsterke fagdommerens autoritet og innflytelse, både under bevisførselen i rettsalen og på dommerrommet under rådslagningen.

Mindretallet har i tillegg begrunnet sitt syn med at retten ikke bør gis tilgang til politiforklaringer. Dette vil også Advokatforeningen støtte fullt ut. I dag er det viktig at oppleste forklaringer ikke legges fram for retten for å unngå at ikke disse gis et særlig gjennomslag i forhold til forklaringer som er avgitt muntlig. Men selv om alle forklaringer skal kunne legges fram og ulikheten derved faller bort, kan det ikke være tvil om at dette vil forandre straffeprosessen på en temmelig grunnleggende måte. Rettens medlemmer vil da selv kunne forsøke å utlede sitt syn fra ordlyden i forklaringer som ikke er belyst muntlig i retten. Det er også fare for at dette kan svekke rettens oppmerksomhet om forklaringene under rettsforhandlingene. Det vil ikke da være samme behov for å notere som i dag, og nettopp behovet for å notere og huske bevisførselen er viktig for å skjerpe konsentrasjonen.

## **3.28 Kapittel 35. Hovedforhandling**

### **3.28.1 Overordnet**

I lys av at hovedforhandlingen en del av kjernen i straffesaksbehandlingen, fremstår kapittelet påfallende kort og lite egnet til å gi en beskrivelse av hvordan hovedforhandlingen skal gjennomføres. Særlig mangler regulering/veiledning om fremgangsmåten ved behandlingen av prosessuelle innsigelser under hovedforhandlingen. Dette er spørsmål som i dag i stor grad er overlatt prosesskulturen, som kan variere

mellom domstolene – og Advokatforeningen mener dette istedenfor burde komme til uttrykk i loven, slik at aktørene vet hva de har å forholde seg til.

### **3.28.2 Kommentarer til § 35-3**

Tredje ledd siste punktum om adgang til å presentere bevis under innledningsforedraget «når formålet med innledningsforedraget tilsier det» sier svært lite om hva som kan tillates. Det bør klargjøres at formålet med innledningsforedraget er å gi retten innblikk i hva som er sakens gjenstand og de sentrale tvistepunkter, mens det ikke kan gis adgang til å «forhåndsselge» sine bevismessige resonnementer e.l.

### **3.28.3 Kommentarer til § 35-4**

*Til første ledd:* Det følger av merknadene under punkt 18.2.5 siste avsnitt at selv om bestemmelsen om forklaringsrekkefølge er gitt en noe annen utforming i forslaget til ny straffeprosesslov, tas det i det vesentlige sikte på å videreføre den realitet som følger av gjeldende rett.

Advokatforeningen vil fremheve det viktige prinsipielle utgangspunktet om at tiltalte skal være den første som får anledning til å gi retten sin versjon av saksforholdet. Etter gjeldende rett er det gjort konkret unntak for saker med fornærmet som skal forklare seg, noe Advokatforeningen er enig i. Men Advokatforeningen mener at den åpning som lovutkastet gir *utenfor disse tilfellene*, jf. "eller for øvrig er hensiktsmessig", bør sløyfes.

Advokatforeningen mener videre at lovutkastets § 35-4 første ledd ikke er heldig utformet. Det fremgår her at hovedregelen skal være at tiltalte forklarer seg først, men at det skal gjelde et vidt unntak for blant annet fornærmede og etterlatte «når det er grunn til det». Hva som menes med «når det er grunn til det», er nærmere presisert i merknadene til bestemmelsen.

Utvalget foreslår en større adgang for domstolene til å utvise skjønn med hensyn til forklaringsrekkefølgen, og Advokatforeningen frykter at dette vil kunne føre til en innskrenkning i retten til utøve fornærmedes innarbeidede rettigheter.

Advokatforeningen mener at lovteksten i ny straffeprosesslov bør utformes så klart at domstolen og rettens aktører som utgangspunkt bør kunne forholde seg direkte til lovteksten, uten å måtte gå til lovforarbeidene om sentrale spørsmål. Dagens ordning med at fornærmede med bistandsadvokat forklarer seg før tiltalte, fungerer godt og bidrar til sakens opplysning der tiltalte i sin forklaring får mulighet til å kommentere fornærmedes anførsler. Denne ordningen bør videreføres, og en er enig med lovutvalget i at det også vil være hensiktsmessig at andre fornærmede uten bistandsadvokat i saker som gjelder integritetskrenkelser kan forklare seg før tiltalte. Ordningen med at fornærmede forklarer seg først, er logisk og pedagogisk da det er fornærmedes forklaring som danner grunnlaget for tiltalen.

Hensynet til forutsigbarhet tilsier videre at fornærmedes rett til å forklare seg først bør fremgå klart av lovteksten. Det bør derfor fremgå av lovteksten at fornærmede som hovedregel skal forklare seg først i saker som gjelder integritetskrenkelser.

Advokatforeningen mener utk. § 35-4 tredje ledd må korrigeres slik at lovteksten blir i samsvar med så vel øvrige bestemmelser i utkastet, som straffeprosesslovutvalgets prinsipielle grunnbetraktninger. Mer bestemt savner Advokatforeningen at utvalget *i sitt lovutkast* tar et konsekvent tydelig standpunkt til om bistandsadvokat/fornærmede skal ha rett til å tilby selvstendig bevisførsel som *ikke* gjelder det sivile kravet.

Det vises til hva straffeprosessutvalget skriver i sine alminnelige motiver – særlig punkt 10.3.1 på s. 226, og det hitsettes to avsnitt som Advokatforeningen tiltrer fullt ut;

*Straff forstås gjennomgående som samfunnets strengeste reaksjon mot uønsket adferd. Om og på hvilken måte det skal straffes, bør etter utvalgets syn være statens anliggende. En kan vanskelig forvente at en som har vært utsatt for et lovbrudd kan inneha den nødvendige objektivitet og upartiskhet i forbindelse med eventuell straffeforfølgning av overtrederen.*

I tråd med dette utgangspunktet, legger Advokatforeningen til grunn at straffeprosessutvalgets ikke mener å foreslå at fornærmede skal ha bevisføringsrett i relasjon til spørsmålet om skyld og straff. Dette underbygges av utvalgets forslag i utk. § 4-5, hvor det i bokstav d) fremgår at bistandsadvokaten (blant annet) kan «foreslå supplerende bevisføring om straffekravet etter § 34-5» (smnl. dagens strprl. § 264a). Det fremgår dessuten under de spesielle merknadene til § 34-5 annet ledd, i NOUen s. 645, at «(e)tterkommer ikke påtalemyndigheten en anmodning om å supplere bevisstilbudet, kan bistandsadvokaten i prinsippet bringe spørsmålet inn for retten. Retten skal imidlertid i alminnelighet ikke beslutte bevisføring for å opplyse saken til mistenktes ugunst, jfr. utkastet § 7-4.»

Imidlertid kan utformingen av utk. § 35-4 tredje ledd synes å være i motstrid med det som hittil er gjengitt. Denne bestemmelsen lyder som følger:

*«Etter at en part har ført et bevis, gis motparten og deretter bistandsadvokaten anledning til å stille spørsmål og til å supplere bevisføringen.»* (vår uthevelse)

Her *sidestilles* altså bistandsadvokatens adgang til å supplere bevisføringen (kontradiksjonsadgangen) fullt ut med *partene* i *straffesaken*, nemlig aktor og forsvarer – og etter ordlyden ikke avgrenset til det som er relevant for behandlingen av det sivile kravet der fornærmede har partsstatus. I de spesielle merknadene (nederst s. 647-øverst s. 648) gis en henvisning til dagens strprl. § 303 annet og tredje punktum. Dette gjelder fornærmedes rett til å kommentere den løpende bevisførsel – og utover at henvisningen synes noe feilplassert, åpner ordlyden i utkastet § 35-4 tredje ledd for all mulig supplerende bevisførsel til aktors/forsvarers bevisførsel til spørsmålet om skyld og straff. Dette kan ikke være meningen, jfr. det som er gjengitt ovenfor fra utkastets øvrige bestemmelser og motiver.

Advokatforeningen mener på bakgrunn av det ovennevnte – og ikke minst for å tydeliggjøre prosessen og unngå unødige diskusjoner under rettergangen – at § 35-4 tredje ledd gis følgende tilføyelse:

*For så vidt gjelder bistandsadvokaten, er imidlertid retten til å supplere bevisføringen om straffekravet avgrenset til forslagsrett overfor aktor i tråd med § 4-5 bokstav d).*

**Advokatforeningen mener også at dagens straffeprosesslov § 301 bør videreføres, og at den – som i dag – bør avgrenses til å gjelde kun aktor og forsvarer, dvs. partene i straffesaken.**

## **3.29 Kapittel 37. Ankeadgang og ankeerklæring**

### **3.29.1 Kommentarer til § 37-1**

Det fremgår ikke av lovforslaget, men av utredningen punkt 20.4.11 på side 456, at påtalemyndigheten etter omstendighetene kan ha interesse av å innhente fornærmede og bistandsadvokatens syn på ankespørsmålet. Advokatforeningen foreslår å innføre en formalisert adgang for fornærmede til å uttale seg om ankespørsmålet. Selv om fornærmede i dag står fritt til å kontakte påtalemyndigheten ved behov, vil ikke dette gi tilstrekkelig vern for fornærmedes rett til å uttale seg. En formalisert rett for fornærmede til å uttale seg innen en kort frist etter dom, vil sikre likebehandling og forutsigbarhet for de ulike fornærmedes sin rett til å bli hørt. I dag har fornærmede rett til å påklage en henleggelse. Sett i lys av dette, bør fornærmede også høres i spørsmålet om anke.

### **3.29.2 Kommentarer til § 37-4**

I fjerde ledd dukker fenomenet «støtteskriv» opp, og det settes en fast frist på 1 uke for inngivelse av dette.

Loven nevner ellers ikke begrepet støtteskriv. Et støtteskriv betegner normalt et skriftlig prosedyreinnlegg med argumentasjon for hvorfor en anke skal tas til følge, jf. utk. § 38-4 (1) med henvisninger til § 32-4 fjerde ledd og 32-5 annet ledd. Noe støtteskriv er ikke nødvendig for å kunne anke, men er til hjelp for retten for lettere å kunne finne frem til de relevante vurderingstema (som retten uansett våker over på embets vegne og derved må finne frem til på egen hånd om de ikke har forsvarers bistand).

Dernest er det i mange saker behov for langt mer enn én uke til å skrive et fullverdig støtteskriv. I komplekse saker kan slike støtteskriv komme opp i over 100 sider med komplekse noteverk og innholdsfortegnelser. Det tar naturlig nok mange uker å utarbeide. En absolutt regel om en ukes frist for støtteskriv er derfor uakseptabel.

### **3.29.3 Kommentarer til § 37-6**

Kravet om at anke fra domfelte skal angi «de feil som gjøres gjeldende, med angivelse av de faktiske forhold og den rettslige forståelse som tilsier at det er begått en feil» er nytt, og fremstår som fullstendig urealistisk for anker som mistenkte skal utferdige selv, herunder også at fristen på to uker er for kort.

## **3.30 Kapittel 38. Avvisning og henvisning av anke**

### **3.30.1 Kommentarer til § 38-3**

Utvalgets flertall foreslår at siling av anker skal skje i alle saker og ikke begrenses til saker med strafferamme under 6 år som nå. Et mindretall foreslår å videreføre ordningen med ubetinget rett til ankebehandling i de mest alvorlige saker.

Advokatforeningen er enig med mindretallet og dets begrunnelse i punkt 20.4.4.3. Advokatforeningen vil minne om at to-instansbehandlingen ble innført i 1993 nettopp for å ivareta rettssikkerheten i de mest alvorlige saker og forebygge justismord. Kunnskapen om at en-instansbehandling lett kan føre til feil dommer med uopprettelige skader for de dømte ble bekreftet gang på gang gjennom flere kjente saker som Liland-saken, Fritz Moen-saken og Rødseth-saken og mange andre saker som ikke har nådd offentlighetens søkelys. Advokatforeningen finner det derfor ganske historieløst å skulle sløyfe ubetinget ankerett for de mest alvorlige sakene og åpne for nye justismord.

Minst like alvorlig er det at utvalget bare overfladisk har vurdert forslaget i forhold til konvensjonenes krav

til ankebehandling.

Både EMK TP7 artikkel 2 og SP artikkel 14 (5) har bestemmelser om ankerrett. Utvalgets flertall har i punkt 20.4.4.3 argumentert med at disse bestemmelsene er tilfredsstillende ved at anker blir silt og viser til Rt. 2008 side 1764 og HRCs uttalelse i saken Lumley mot Jamaica. Poenget er at disse rettskildefaktorene selv forutsetter at overprøvingen gjennom silingen er tilfredsstillende, og at den innebærer «full review both on the basis of the evidence and the law». Utvalget har ikke vurdert hvilke konsekvenser dette får for de nærmere reglene om ankebehandling.

I tillegg krever EMK artikkel 6 muntlig forhandling når det er nødvendig for en reell overprøving. Hvis tingretten har lagt vekt på forklaringer fra parter og vitner, og det kan være tvil om deres troverdighet eller hukommelse, vil det ikke være mulig for lagmannsretten å overprøve dette uten at partene og vitnene forklarer seg og svarer på spørsmål direkte for lagmannsretten.

En manglende muntlig forhandling vil da være i strid med EMK artikkel 6, jf. for eksempel EMD-sakene *Ekbatani mot Sverige* (avsnitt 31-33), *Popovici mot Moldova* (avsnitt 68) og *Lacadena Carero mot Spania* (avsnitt 38).

Siden silingen skal skje uten muntlige forhandlinger, jf. forslaget § 38-4, får dette som konsekvens at saker hvor overprøving ikke kan skje uten muntlig forhandlinger, ikke kan nektes fremmet. I motsatt fall vil det ikke bli en full og reell overprøving av fakta, og dermed ikke tilfredsstillende EMKs krav.

Det kan reises spørsmål om det i mindre alvorlige saker kan gjøres unntak fra kravet om muntlige forhandlinger. Vi kan imidlertid ikke se at EMD har godtatt noe slikt unntak:

I en sak om fengselsstraff i «åtte helger» for manglende betaling av barnebidrag ble Spania dømt for å ha unnlatte direkte muntlig bevisføring for ankesdomstolen, jf. EMDs dom av 10.3.09 *Coll mot Spania*.

I en annen sak angående bøter for trafikkforseelser ble det holdt muntlige høringer for både førsteinstans og ankesdomstolen, men tiltalte fikk ikke tillatelse til å prosedere muntlig for «kassasjonsdomstolen». Spørsmålet om dette var i strid med artikkel 6 ble behandlet helt opp til EMDs storkammer, som kom til at det ikke var brudd på artikkel 6, jf. EMDs storkammers dom av 26.7.02 *Meftah mfl. mot Frankrike*. Resultatet hadde sannsynligvis blitt motsatt hvis det heller ikke hadde vært en høring for ankesdomstolen. Når EMD krever muntlig forhandling til og med i så lite alvorlige saker, kan ikke Advokatforeningen foreslå noe unntak som vil være konvensjonsstridig. Langt mindre bør departementet foreslå noe slikt unntak for mindre alvorlige saker.

Det avgjørende skillet etter EMK for behandlingen i ankesdomstolen er altså ikke sakens alvorlighetsgrad, men hva som skal til for å få en reell og full overprøving. Det bør også avspeiles i lovteksten. Advokatforeningen vil foreslå at en formulering tilsvarende noe følgende tas inn i lovteksten:

*«Retten kan ikke nekte fremmet en anke over bevisbedømmelsen når tingrettens beslutning i det vesentlige er avgjort på grunnlag av forklaringer fra parter eller vitner.»*



### **3.30.2 Kommentarer til § 38-4**

Femte ledd om at lagmannsrettens ankenektelse kun kan påankes på grunn av saksbehandlingen (i lagmannsretten) bør endres slik at man må kunne anke til Høyesteretts ankeutvalg på grunnlag av gal lovanvendelse. Nå som Høyesteretts oppgave som prejudikatsdomstol blir mer og mer rendyrket, fremstår det i strid med denne rollen at Høyesterett skal skjermes mot anker om rettsanvendelse. I de tilfeller der lagmannsrettene nekter anker som Høyesterett finner at inneholder rettsspørsmål av betydning ut over den konkrete sak, bør Høyesterett ha anledning til å oppheve ankenektelsen.

## **3.31 Kapittel 39. Realitetsbehandling av anke**

### **3.31.1 Kommentarer til § 39-1**

En anke over en beslutning foreslåes avgjort ved skriftlig behandling, så sant det vil være betryggende, og at EMK art 6 ikke krever muntlig behandling.

På samme måte som forslaget til § 38-3 er det avgjørende i forhold til EMK artikkel 6 om det er nødvendig at parter eller vitner forklarer seg og svarer på spørsmål direkte for den dømmende rett. Dette vil blant annet være tilfellet hvis tingretten har lagt stor vekt på forklaringer, hvor det reises tvil om troverdighet eller hukommelse. Siden dette temaet er avgjørende i forhold til EMK art 6, bør det tas inn i selve lovteksten. For å unngå vanskelige vurderinger om troverdighetstvil, kan det formuleres ved at annet punktum lyder slik:

*«Retten kan beslutte muntlige forhandlinger når tingrettens beslutning i det vesentlige er avgjort på grunnlag av forklaringer fra parter eller vitner, eller når andre særlige forhold tilsier det.»*

## **3.32 Kapittel 40. Fullbyrding**

### **3.32.1 Overordnet**

Generelt bemerkes at med § 40-1 gjelder «straff eller annen strafferettslig reaksjon», mens § 40-2 - § 40-4 kun omtaler straff. Således mangler omtale av saker om inndragning, samt saker om overføring til tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg.

Bestemmelsen i utkastet § 40-2 annet ledd bokstav a om utsetting av fullbyrding når det er «utilrådelig» burde vært gitt en klarere vilkårsside. For eksempel at det er «nærliggende risiko for vesentlig helseskade» eller noe i den retning – som lettere lar seg operasjonalisere i en juridisk kontekst.

Ved å lage en slik rettsnorm ville det være nærliggende å implementere den samme i straffegjennomføringsloven. Det bør også vurderes å oppstille et rettslig kriterium for når fullbyrding skal falle bort som følge av varig soningsudyktighet, slik at dette kan avgjøres av domstolene fremfor som benådning basert på kongelig skjønn.

## **3.33 Kapittel 43. Sivile krav**

### **3.33.1 Kommentarer til § 43-7**

Advokatforeningen støtter ikke forslaget om en innskrenkning av bruk av sakkyndig for å vurdere fornærmedes helseskader (jf. dagens straffeprosesslov § 237 annet ledd) dersom det er nødvendig for å avgjøre vedkommendes erstatningskrav. Adgang til bruk av sakkyndig i straffesaken kan bidra til gjenoppretting av de skader fornærmede har blitt påført som følge av den straffbare handlingen. For fornærmede innebærer dagens ordning at fornærmede slipper belastningen med å gå til sivil søksmål

etter straffesaken, noe som ville medføre økte omkostninger for samfunnet og partene i saken.

### **3.33.2 Kommentarer til § 43-8**

Advokatforeningen støtter utvalgets forslag om å gi påtalemyndigheten og domstolen noe videre mulighet til å nekte å behandle sivile krav. En endring av nektelseskriteriet fra «åpenbart» til «klart» synes hensiktsmessig.

### **3.33.3 Kommentarer til § 43-9**

Advokatforeningen er skeptisk til at påtalemyndigheten skal gis større adgang til å fremme erstatningskrav i saker der bistandsadvokat er oppnevnt. Vår erfaring er at påtalejurister ofte allerede har en meget stor arbeidsbyrde, og erfaringsmessig blir ikke de sivile kravene prioritert i de sakene påtalemyndigheten prosederer slike krav. En slik ordning vil svekke fornærmedes interesser. Under enhver omstendighet støtter ikke Advokatforeningen forslaget om at retten skal kunne bestemme at bistandsadvokaten ikke lenger har rett til å være til stede. Advokatforeningen mener bistandsadvokaten selv vil være nærmest til å vurdere om det er hensiktsmessig å være til stede i retten.

### **3.33.4 Kommentarer til § 43-11**

Advokatforeningen støtter utvalgets forslag om innføring av et absolutt ensrettingsprinsipp ved at det ikke bør være adgang til å pådømme et sivilt krav for et forhold som tiltalte frifinnes for. Dette gir den beste løsningen ved at man da unngår at domstolen kommer med en avgjørelse av det sivile krav som setter spørsmålsteget ved frifinnelsen. Advokatforeningen er enig med utvalget i at fornærmedes interesser vil bli vernet med utvalgets forslag om en statlig garantiordning basert på at tiltalen vil gi en sterk presumsjon for at erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag foreligger. Advokatforeningen støtter også utvalgets vurdering av hvilke krav som skal dekkes av en statlig garantiordning. Advokatforeningen vil påpeke at noen regressordning mot den strafferettslig frifunnet skadevolder må være utelukket.

## **3.34 Særlig om barns rettigheter i forslaget**

### **3.34.1 Overordnet**

En del av de endringer som foreslås i barns straffeprosessuelle stilling er meget positive. Blant annet er forslaget i § 3-11 om at barn alltid skal ha advokat under hele saken helt sentralt. Dette er viktig, det er nytt og det anses avgjørende for barns selvinkrimineringsvern.

Videre er det også svært positivt at man skjerper kravene noe til vilkårene for en unntaksvis varetektsfengsling av barn. Det stadfestes også at barn under 15 år ikke kan fengsles, men uten at man identifiserer om denne regelen kun gjelder i straffesaker. I den forbindelse nevnes at det for tiden eksisterer et "rettstomt rom", idet barn fengsles gjentatt, og langt ned i aldersgruppene – særlig i utlendingssaker. Det er lite trolig at lovutvalget har tatt mål av seg til å løse den problemstillingen.

På et overordnet konstatere Advokatforeningen beklageligvis at utredningen ikke synes å ha forankret forslagene som vedrører barn i en gjennomgripende vurdering av at barn er vesensforskjellig fra voksne, og at tiltakene/rettighetene/inngrepene også bør forankres i forskningsbasert kunnskap om barn, og i barns sårbarhet i møtet med straffesystemet. Videre er de enkelte forslag heller ikke forankret i våre

menneskerettskonvensjoner, verken EMK artikkel 6, eller Barnekonvensjonen. Heller ikke er det noe særlig bruk av Barnekomiteens General Comments, se nærmere om dette nedenfor.

### **3.34.2 Nærmere om bruk av barnekonvensjonen og General Comment, og rettsutviklingen de senere år**

Fra 2010 har Høyesterett anvendt barnekonvensjonens artikkel 3, artikkel 37 og artikkel 40 i en rekke konkrete saker. General Comment, særlig nr. 10, "Childrens rights in juvenile justice" har også vært påberopt flere ganger for Høyesterett og underinstansene, og har gitt god gjennomslagskraft. Gjennombruddet kom vel i 2010, med Rt. 2010 side 1313, hvor Høyesterett omgjorde en dom fra Borgarting lagmannsrett, fra en deldom på fengsel i to år og seks måneder for en som var 17 år på gjerningstiden. Den mindreårige ble i stedet for dømt til ren samfunnsstraff. Dommen innebar en anerkjennelse av at barns handlinger var mindre straffverdige, at alle straffereaksjoner mot barn skulle ha rehabilitering som hovedformål og at individualprevensjon i liten grad er et relevant argument. I dommen siterer Høyesterett General Comment nr. 10:

*"In all decisions taken within the context of the administration of juvenile justice, the best interests of the child should be a primary consideration. Children differ from adults in their physical and psychological development, and their emotional and educational needs. Such differences constitute the basis for the lesser culpability of children in conflict with the law. These and other differences are the reasons for a separate juvenile justice system and require a different treatment for children.*

*The protection of the best interests of the child means, for instance, that the traditional objectives of criminal justice, such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives in dealing with child offenders. This can be done in concert with attention to effective public safety."*

Denne dommen, og det at General Comment gis så vidt stor betydning, er senere fulgt opp i en rekke dommer, både fra underinstansene, og noen fra Høyesterett.

Videre er General comment nr. 13 en sentral rettskilde. Denne påberopes jevnlig i saker som gjelder barn som vitner mot sine foreldre (voldssaker) både hva gjelder prosessen og den materielle vurderingen av om foreldre med omsorg for barn skal straffes. Blant annet fremkommer det i General comment nr. 13 avsnitt 56 følgende:

*"56. Dersom det er hensiktsmessig, bør det opprettes spesielle ungdomsdomstoler eller familiedomstoler, og det bør etableres spesielle strafferettsprosedyrer for barn som har vært utsatt for vold. Dette kan bl.a. omfatte oppretting av spesialenheter innenfor politiet, domstolene og påtalemyndigheten, med muligheter for å foreta tilpasninger i rettsprosessen, slik at barn med nedsatt funksjonsevne kan delta på lik linje med andre. Alle fagpersoner som arbeider med og for barn, og som er involvert i slike saker, skal ha særskilt tverrfaglig kompetanse når det gjelder barns rettigheter og behov i de forskjellige aldersgrupper, og hvilke prosedyrer som er best egnet for dem. Det skal anvendes en tverrfaglig tilnærming, og reglene om taushetsplikt skal overholdes. En beslutning om å skille et barn fra foreldrene eller fra barnets familiemiljø skal bare fattes når den er til det beste for barnet (artikkel 9 og artikkel 20 punkt 1)."(vår utheving)*

I saker som gjelder bruk av vold mot barn, der voldsutøverne er barnets primære omsorgsgivere, er imidlertid ofte intervensjonstiltak som fokuserer på sosial og pedagogisk behandling, og en tilnærming som fokuserer på gjenoppretting, å foretrekke framfor en rettslig intervensjon som bare har straff som formål, forutsatt at de ovenfor omtalte garantier med hensyn til barnets rettigheter blir respektert, og avhengig av sakens alvorlighetsgrad og andre faktorer. Effektive rettsmidler skal være tilgjengelig,

herunder erstatning for ofre og tilgang til oppreisningsmekanismer og til ankemuligheter eller uavhengige klageinstanser.

Det som her formidles er sentrale perspektiver, også knyttet til barn som vitner mot sine foreldre i straffesystemet, samt om reaksjonsfastsettelsen etter en domfellelse.

De siste år har utviklingen i EU blitt gitt oppmerksomhet. EU har vedtatt retningslinjer for retten til forsvarer, og det er foreslått konkrete retningslinjer for barn mistenkt eller tiltalt (Directive of the European Parliament and of the Council on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings – 2013).

Dette forslaget, som blant annet innebærer at barn ikke har rett til å frasi seg forsvarer, har vært påberopt ved prosessuelle tvister i retten. Blant annet dersom barn har vært i avhør uten verge og/eller uten forsvarer, og det senere blir aktuelt å påberope avhøret, for eksempel ved opplesing. Borgarting lagmannsrett har foreløpig inntatt et syn som tilsier at slike avhør ikke kan brukes, fordi det etter en totalvurdering vil krenke barnets rett til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6.

Lignende retningslinjer har vært avgjørende rettskilder i minst to saker fra Høyesterett fra 2015. Disse kjennelser er for så vidt berørt i utredningen. Vi viser til Rt. 2015 side 844, hvor det ble oppnevnt forsvarer for en siktet under henvisning til at vedkommende skulle møte i avhør hos politiet. Der viste Høyesterett blant annet til Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings.

### **3.34.3 Hvilke straffeprosessuelle "grep" bør gjøres overfor barn under 18 år?**

Det foreslås følgende:

1. Det bør settes en absolutt lengstetid fra mistanke til dom når den mistenkte er under 18 år.
2. Det bør settes et absolutt krav at barn under 18 år skal ha med seg verge i politiavhør. Enten den fødte vergen, barnevernet, eller en setteverge. Dagens ordlyd er for vag. Ingen barn skal møte alene i avhør, og forsvareren vil ikke alltid være tilgjengelig.
3. Det bør settes en absolutt lengstefrist for varetekt av barn, for eksempel 4 uker.
4. Det bør settes et krav i loven om at ingen barn kan settes i varetekt dersom de plasseres sammen med voksne. Dette følger direkte av BK og SP.
5. Det bør stilles et absolutt krav om at ingen straffereaksjon for barn under 18 år skal innebære frihetsberøvelse, med mindre det anses strengt påkrevet, og er individuelt begrunnet. Punkt 4 gjelder også her.

Også andre forslag kan tenkes, slik at det markeres fra lovgivers side at barn i straffesystemet er en særegen gruppe som krever særskilte regler. Dette bør imidlertid skje gjennom en solid lovrevisjon og ikke som her, hvor man stort sett bygger på de bestående regler.

<b>1. INNLEDNING</b>	<b>1</b>
<b>2. OVERORDNEDE MERKNADER</b>	<b>2</b>
2.1 Innledning	2
2.2 Utkastet har menneskerettslige mangler	2
<b>3. KOMMENTARER TIL DE ENKELTE KAPITLER OG BESTEMMELSER</b>	<b>4</b>
3.1 Kapittel 1. Lovens virkeområde og forhold til folkeretten	4
3.1.1 Overordnet	4
3.1.2 Kommentarer til § 1-2	4
3.2 Kapittel 2. Påtalemyndigheten	4
3.2.1 Kommentarer til § 2-2	4
3.2.2 Kommentarer til § 2-4	4
3.2.3 Kommentarer til § 2-8	5
3.2.4 Kommentarer til § 2-11	5
3.2.5 Kommentarer til § 2-12	5
3.2.6 Kommentarer til grunnlovsforslaget	5
3.3 Kapittel 3. Mistenkte og forsvareren	5
3.3.1 Kommentarer til § 3-1	5
3.3.2 Kommentarer til § 3-2	7
3.3.3 Kommentarer til § 3-7	9
3.3.4 Kommentarer til § 3-8	9
3.3.5 Kommentarer til § 3-9	10
3.3.6 Kommentarer til § 3-10	11
3.3.7 Kommentarer til § 3-11	11
3.3.8 Kommentarer til § 3-23	11
3.3.9 Kommentarer til § 3-24	12
3.3.10 Kommentarer til § 3-26	12
3.4 Kapittel 4. Fornærmede og bistandsadvokaten mv.	12
3.4.1 Overordnet	12
3.4.2 Kommentarer til § 4-9	12
3.4.3 Kommentarer til §§ 4-10 og 4-11	13
3.4.4 Kommentarer til § 4-12.	13
3.5 Kapittel 5. Domstolene. Rettens sammensetning	13
3.5.1 Dommerfullmektigers adgang til å behandle alvorlige straffesaker	13
3.6 Kapittel 6. Innsyn i sakens opplysninger	14
3.6.1 Overordnet	14
3.6.2 Rett til innsyn for fornærmede, etterlatte, skadelidte og andre med rettslig interesse	15
3.6.3 Rett til innsyn for enhver	16
3.6.4 Kommentarer til § 6-1	18
3.6.5 Kommentarer til § 6-4	23

3.6.6	Kommentarer til § 6-11	25
<b>3.7</b>	<b>Kapittel 7. Alminnelige regler om bevis</b>	<b>27</b>
3.7.1	Kommentarer til § 7-1	27
3.7.2	Kommentarer til § 7-2	28
3.7.3	Kommentarer til § 7-3	28
3.7.4	Kommentarer til § 7-5	29
<b>3.8</b>	<b>Kapittel 8. Bevisforbud</b>	<b>29</b>
3.8.1	Kommentarer til § 8-2	29
3.8.2	Kommentarer til § 8-3	30
3.8.3	Kommentarer til § 8-5	30
3.8.4	Kommentarer til § 8-6	31
3.8.5	Kommentarer til § 8-7	31
<b>3.9</b>	<b>Kapittel 9. Forklaringsplikt og forklaringsfritak</b>	<b>32</b>
3.9.1	Kommentarer til § 9-4	32
<b>3.10</b>	<b>Kapittel 10. Politiavhør og forklaringer i rettsmøte</b>	<b>33</b>
3.10.1	Kommentarer til § 10-1	33
3.10.2	Kommentarer til § 10-4	33
3.10.3	Kommentarer til § 10-7	35
3.10.4	Kommentarer til § 10-9	35
3.10.5	Kommentarer til § 10-10	35
<b>3.11</b>	<b>Kapittel 11. Sakkyndighet</b>	<b>36</b>
3.11.1	Overordnet	36
3.11.2	Kommentarer til § 11-2	36
3.11.3	Kommentarer til § 11-3	37
3.11.4	Kommentarer til § 11-4	37
3.11.5	Kommentarer til § 11-6	38
3.11.6	Kommentarer til § 11-12	38
<b>3.12</b>	<b>Kapittel 12. Bevissikring i retten</b>	<b>39</b>
3.12.1	Overordnet	39
<b>3.13</b>	<b>Kapittel 13. Alminnelige regler om etterforskning</b>	<b>40</b>
3.13.1	Overordnet	40
3.13.2	Kommentarer til § 13-6	40
3.13.3	Kommentarer til § 13-7	40
<b>3.14</b>	<b>Kapittel 14. Tvangstiltak. Grunnvilkår og fellesregler.</b>	<b>41</b>
3.14.1	Straffeprosesslovutvalgets enstemmige grunnsyn: behov for revisjon av reglene om varetektsfengsling	41
3.14.2	Overordnet om utforming av regler om tvangstiltak – særlig i form av fengsling og restriksjoner	42
3.14.3	Kommentarer til § 14-1	44
3.14.4	Kommentarer til § 14-4	46
3.14.5	Kommentarer til § 14-6	47
<b>3.15</b>	<b>Kapittel 15. Meldeplikt, pågripelse og fengsling mv.</b>	<b>47</b>



3.15.1	Overordnet _____	47
3.15.2	Kommentarer til § 15-1 _____	47
3.15.3	Kommentarer til § 15-2 _____	48
3.15.4	Særlig om fullstendig isolasjon _____	49
3.15.5	Kommentarer til § 15-3 _____	52
3.15.6	Kommentarer til § 15-5 _____	52
3.15.7	Kommentarer til § 15-8 _____	53
3.15.8	Kommentarer til § 15-12 _____	53
3.15.9	Kommentarer til § 15-15 _____	55
3.15.10	Kommentarer til § 15-16 _____	56
3.15.11	Kommentarer til § 15-17 _____	56
3.15.12	Kommentarer til § 15-18 _____	56
3.15.13	Kommentarer til § 15-20 _____	56
<b>3.16</b>	<b>Kapittel 16. Personundersøkelse, psykiatrisk undersøkelse og psykologisk undersøkelse</b>	<b>57</b>
3.16.1	Kommentarer til § 16-1 _____	57
3.16.2	Kommentarer til § 16-2 _____	57
<b>3.17</b>	<b>Kapittel 17. Kroppsundersøkelse og identifiseringstiltak mv.</b>	<b>58</b>
3.17.1	Kommentarer til § 17-1 _____	58
<b>3.18</b>	<b>Kapittel 18. Ransaking og undersøkelse av ting</b>	<b>59</b>
<b>3.19</b>	<b>Kapittel 19. Beslag og utleveringspålegg</b>	<b>59</b>
3.19.1	Overordnet _____	59
3.19.2	Håndtering av datamateriale for å ivareta beslagsforbudene _____	60
3.19.3	Siktedes tilgang til databeslag tatt hos andre enn siktede _____	63
3.19.4	Kommentarer til § 19-1 _____	65
3.19.5	Øvrige bemerkninger til kapittel 19 _____	65
<b>3.20</b>	<b>Kapittel 20. Inngrep i kommunikasjon mv.</b>	<b>65</b>
3.20.1	Kommentarer til §§ 20-2 til 20-5 og 21-3 _____	65
3.20.2	Kommentarer til § 20-5 _____	66
3.20.3	Kommentarer til § 20-6 _____	66
3.20.4	Kommentarer til § 20-7 _____	66
<b>3.21</b>	<b>Kapittel 21. Observerende, kontrollerende og påvirkende tiltak</b>	<b>66</b>
3.21.1	Overordnet _____	66
3.21.2	Kommentarer til § 21-4 _____	68
3.21.3	Kommentarer til § 21-5 _____	68
3.21.4	Kommentarer til § 21-6 _____	69
<b>3.22</b>	<b>Kapittel 22. Inngrep i siktedes formue</b>	<b>70</b>
3.22.1	Kommentarer til § 22-1 _____	70
<b>3.23</b>	<b>Kapittel 30. Saksstyring og veiledning. Virkning av at sak er reist. Forening og oppdeling av straffesaker.</b>	<b>70</b>
3.23.1	Kommentarer til § 30-3 _____	70
<b>3.24</b>	<b>Kapittel 31. Rettsmøter</b>	<b>71</b>
3.24.1	Kommentarer til § 31-2 _____	71

<b>3.25</b>	<b>Kapittel 32. Rettens avgjørelser</b>	<b>71</b>
3.25.1	Kommentarer til § 32-1	71
<b>3.26</b>	<b>Kapittel 33. Fravær fra rettsmøter. Fraværsavgjørelse mv.</b>	<b>71</b>
3.26.1	Kommentarer til § 33-2	71
<b>3.27</b>	<b>Kapittel 34. Forberedelse til hovedforhandling</b>	<b>72</b>
3.27.1	Overordnet	72
3.27.2	Særlig om skriftlige redegjørelser	72
3.27.3	Kommentarer til § 34-1	74
3.27.4	Kommentarer til § 34-2	74
3.27.5	Kommentarer til § 34-5	74
3.27.6	Kommentarer til § 34-8	74
<b>3.28</b>	<b>Kapittel 35. Hovedforhandling</b>	<b>76</b>
3.28.1	Overordnet	76
3.28.2	Kommentarer til § 35-3	77
3.28.3	Kommentarer til § 35-4	77
<b>3.29</b>	<b>Kapittel 37. Ankeadgang og ankeerklæring</b>	<b>79</b>
3.29.1	Kommentarer til § 37-1	79
3.29.2	Kommentarer til § 37-4	79
3.29.3	Kommentarer til § 37-6	79
<b>3.30</b>	<b>Kapittel 38. Avvisning og henvisning av anke</b>	<b>79</b>
3.30.1	Kommentarer til § 38-3	79
3.30.2	Kommentarer til § 38-4	81
<b>3.31</b>	<b>Kapittel 39. Realitetsbehandling av anke</b>	<b>81</b>
3.31.1	Kommentarer til § 39-1	81
<b>3.32</b>	<b>Kapittel 40. Fullbyrding</b>	<b>81</b>
3.32.1	Overordnet	81
<b>3.33</b>	<b>Kapittel 43. Sivile krav</b>	<b>81</b>
3.33.1	Kommentarer til § 43-7	81
3.33.2	Kommentarer til § 43-8	82
3.33.3	Kommentarer til § 43-9	82
3.33.4	Kommentarer til § 43-11	82
<b>3.34</b>	<b>Særlig om barns rettigheter i forslaget</b>	<b>82</b>
3.34.1	Overordnet	82
3.34.2	Nærmere om bruk av barnekonvensjonen og General Comment, og rettsutviklingen de senere år	83
3.34.3	Hvilke straffeprosessuelle "grep" bør gjøres overfor barn under 18 år?	84



Jens Johan Hjort  
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith  
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik  
tm@advokatforeningen.no