

Høring: Midlertidig forskrift om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av COVID-19

Det vises til høringsnotatet i ovennevnte sak, som bl.a. er sendt til Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen. Dekan Karl Harald Søvig ved fakultetet videresendte saken til oss, med opplysning om at det for fakultetet ikke er mulig å inngi en høringsuttalelse ut fra den tiden som står til rådighet.

Nedenfor vil vi komme med enkelte merknader til § 2 til § 4 i forslaget. Siden merknadene verken er behandlet av fakultetsstyret eller forelagt ledelsen ved fakultetet, inngis merknadene utelukkende på egne vegne.

§ 2 annet ledd annet punktum: retningslinjer om hva som er nødvendig og ubetenkelig

Reguleringen i § 2 skal avhjelpe to noe ulike problemstillinger:

- 1) spørsmålet om en sak skal behandles nå og på en måte som er noe mindre betryggende enn normalt, eller om saken skal behandles på et senere tidspunkt (som kan ligge langt frem i tid) med de konsekvenser dette har for partene og domstolens restanser.
- 2) saken må behandles raskt, og spørsmålet er hvilken saksbehandling det er mulig å få til i lys av den situasjonen som foreligger, sakens karakter, domstolens kapasitet, det tekniske utstyr som er tilgjengelig mv.

I begge situasjoner reguleres bruken av fjernmøter og fjernavhør av formuleringen ”nødvendig og ubetenkelig” i utkastet § 2 første ledd første punktum. Samtidig gis det ikke nærmere retningslinjer for vurderingen av hva som er nødvendighet og ubetenkelig, utover antydningen i annet ledd annet punktum, der tre momenter fremheves med henblikk på straffesaker. Vi mener forskriften bør inneholde mer utførlige og vidtfavnende retningslinjer, som både passer i straffesaker og sivile saker.

Det å avgjøre hva som er nødvendig og ubetenkelig innebærer et skjønn. Videre favner § 2 svært vidt ved at bestemmelsen omfatter alle rettsinstanser, alle typer sivile saker og straffesaker, og alle typer avgjørelser. De to noe skjønnsmessige kriteriene skal derfor favne over temmelig ulike sakstyper og avgjørelsestyper, noe som tilsier at § 2 bør inneholde nærmere retningslinjer for skjønnnet, der de mest sentrale momentene fremheves. Særlig

følgende momenter bør fremheves i en retningslinje for skjønnet: sakens karakter og hvilken avgjørelse som skal treffes, hvor mye det haster å treffe avgjørelsen, og hvordan tiltaket påvirker sakens opplysning, partenes mulighet til å ivareta sine interesser, og retten til likebehandling. Etter vår vurdering bør det enten i § 2 første eller annet ledd tas inn en retningslinje av denne karakter:

”I vurderingen av om fjernmøte eller fjernavhør helt eller delvis er nødvendig og ubetenkelig skal det særlig legges vekt på hvilken type avgjørelse domstolen skal treffe og sakens karakter, hvor mye det haster å treffe avgjørelsen, i hvilken grad tiltaket vil påvirke sakens opplysning, og om partene kan ivareta sine interesser på en betryggende måte til tross for tiltaket, herunder om tiltaket påvirker partene i en sivil sak negativt på en ulik måte eller er betenkelig av hensyn til siktedes forsvar.”

§ 2 tredje ledd: anke

I § 2 tredje ledd foreslås det at en beslutning om fjernmøte eller fjernavhør i medhold av § 2 ikke skal kunne ankes. Forslaget er noe inngripende, men forsvarlig i den situasjonen som foreligger. Forslaget kan heller ikke sies å være ekstraordinært ut fra sin art, sml. bl.a. tvisteloven § 9-8 (1) siste punktum.

I tillegg er det i en skarpklamme til slutt i § 2 tredje ledd, antydning at en beslutning om fjernmøte eller fjernavhør heller ikke skal kunne ”brukes som ankegrunn”. Dette er ikke nærmere kommentert i høringsnotatet. Slik antydningen er formulert vil den i utgangspunktet avskjære muligheten for å anke den realitetsdommen eller -kjennelsen som avsies på bakgrunn av saksbehandlingen i medhold av § 2. Med andre ord legger antydningen opp til at realitetsavgjørelsen ikke skal kunne ankes med den begrunnelse at bruken av fjernmøte eller fjernavhør i saken utgjorde en saksbehandlingsfeil fordi vilkårene i forskriften § 2 ikke var oppfylt: Realitetsavgjørelsen kan ikke ankes med den begrunnelse den valgte saksbehandlingen med fjernmøte eller fjernavhør var betenkelig fordi saken ble for dårlig opplyst, en parts eller siktedes rettigheter ble gått for nær eller lignende. Anke over saksbehandlingen vil bare være mulig så langt ankeretten kan forankres i begrensningen i koronaloen § 2 tredje siste ledd, dvs. at anken må begrunnes med at menneskerettighetene gir ankerett, eventuelt i retten til et effektivt rettsmiddel i henhold til EMK artikkel 13, mens ankegrunnene må knyttes opp mot brudd på menneskerettighetene.

Hvis antydningen korrekt forstått, er den meget vidtrekkende og betenkelig:

- ankeretten avskjæres i svært stor grad, og uten at tilstrekkelig tungtveiende grunner er påvist.
- en ankebehandling ligger noe frem i tid, og situasjonen kan da være en annen enn i dag og i de nærmeste måneder. Samtidig vil skranken gjelde alle saker der ankefristen er utløpt før forskriften tidsmessig utløper eller oppheves.

- det å behandle anker over saksbehandlingen blir mindre byrdefull for ankeinstansen som følge av § 4 og § 5 i forskriften.
- en slik regel kan lett skape betydelige og vanskelige juridiske utfordringer når det skal klarlegges hvor langt ankeretten er avskåret i lys av koronaloen § 2 tredje siste ledd. Avgjørelsen i Rt. 2014 side 1292 (særlig avsnitt 20) viser at den type spørsmål som utkastet § 2 regulerer har en ikke ubetydelig menneskerettslig dimensjon.

Antydningen i utkastet § 2 tredje ledd bør på denne bakgrunn ikke følges opp.

§ 2: forholdet til dagens regulering

Forholdet mellom § 2 i utkastet til forskrift og henholdsvis tvistelovsforskriften kapittel 3 og forskrift om fjernmøter og fjernavhør i straffesaker, er ikke tematisert i høringsnotatet. Det antas at utkastet skal forstås slik at de to forskriftene skal supplere den nye forskriften, dvs. disse forskriftene skal gjelder så langt reguleringen der er forenlig med den nye forskriften. Forholdet til de to eldre forskriftene kan med fordel presiseres i et siste ledd i § 2, for eksempel slik:

”Så langt ikke annet er bestemt i denne bestemmelsen gjelder reglene i forskrift av 18. april 2008 nr. 373 til tvisteloven kapittel 3 og forskrift av 12. august 2011 nr. 835 om fjernmøter og fjernavhør i straffesaker.”

Hovedregelen etter tvistelovsforskriften § 10 første ledd (fjernmøter) og § 11 første ledd (fjernavhør), og forskrift om fjernmøter og fjernavhør i straffesaker § 2 første ledd (fjernavhør), er at fjernmøte/-avhør skjer ved lyd- og bildeoverføring. Lydoverføring er tilstrekkelig hvis det ikke finnes utstyr for lyd- og bildeoverføring. Men straffeprosessloven (bl.a. § 185 fjerde ledd og § 248 fjerde ledd) og den sistnevnte forskriften § 1 (fjernmøter), åpner ikke for annet enn fjernmøter med lyd- og bildeoverføring (videokonferanseteknikk) i straffesaker. Det bør klargjøres om forslaget bygger på den forutsetning at også fjernmøter i straffesaker helt eller delvis kan gjennomføres ved hjelp av bare lydoverføring. I så fall kan det være grunn til å presisere dette særskilt gjennom et eget ledd i § 2, herunder slik at bruk av bare lydoverføring er sekundært. Leddet kan for eksempel utformes slik:

”Er utstyr for lyd- og bildeoverføring ikke tilgjengelig, kan også fjernmøter i straffesaker foretas helt eller delvis ved hjelp av lydoverføring hvis vilkårene for fjernmøte ellers er oppfylt.”

§ 3 første ledd bokstav a: rekkevidden av hjemmelen for skriftlig behandling

Etter forslaget i § 3 første ledd bokstav a kan begjæringer om fengslingsforlengelse behandles skriftlig med mindre det har gått 90 dager siden forrige gang fengslingsspørsmålet ble avgjort på grunnlag av ordinært rettsmøte eller fjernmøte. Formuleringen ”fortsatt varetektsfengsling” synes også å omfatte saker der det er begjært bruk av restriksjoner. Dette fremstår i

utgangspunktet som forsvarlig i lys av grunnvilkåret ”dersom fjernmøte eller fjernavhør ikke lar seg gjennomføre eller er uforholdsmessig byrdefullt”.

Forslaget i § 3 første ledd bokstav a går vel langt hvis bestemmelsen også omfatter situasjonen der påtalemyndigheten begjærer fullstendig isolasjon i medhold av straffeprosessloven § 186a. Som kjent er fullstendig isolasjon et særdeles inngripende tiltak, og når retten tar stilling til en begjæring om fortsatt bruk av fullstendig isolasjon er det ekstra viktig å få en umiddelbar forklaring fra siktede og at siktede for øvrig kan kommunisere direkte med retten. Skriftlig behandling fremstår derfor som lite betryggende når retten skal ta stilling til en begjæring om bruk av fullstendig isolasjon, i alle fall der siktede selv ikke samtykker i skriftlig behandling. Det er grunn til å minne om skranken i straffeprosessloven § 185 fjerde ledd sjette punktum for bruk av fjernmøte der fullstendig isolasjon er begjært, og reguleringen i loven § 186a annet ledd når det gjelder fengslingsfrist. På denne bakgrunn bør behandlingen av begjæringer om forlengelse av fullstendig isolasjon unntas fra hjemmelen i § 3 første ledd bokstav a.

§ 4: skriftlig ankebehandling i lagmannsretten

Forslaget i § 4, som bare gjelder ankebehandling i straffesaker, innebærer så vidt vi kan se fire endringer. Endringene omhandler henholdsvis virkeområdet for adgangen til skriftlig saksbehandling, vilkårene for å beslutte skriftlig saksbehandling, rettens sammensetning i visse ankesaker og ankerett over saksbehandlingen.

For det første utvides virkeområdet for når skriftlig saksbehandling kan benyttes, på to måter. Dels utvides virkeområdet ved at straffeprosessloven § 333 sjette ledd utgår. Dette innebærer at skriftlig saksbehandling også kan benyttes i saker etter straffeloven § 39 annet ledd (brudd på vilkår for fullbyrdingsutsettelse) og § 52 første ledd bokstav a (brudd på visse vilkår for samfunnsstraff). Dels utvides virkeområdet ved at anker over reaksjonsfastsettingen i ”seksårssaker” kan behandles skriftlig hvis begge parter samtykker og slik behandling er forsvarlig. Straffeprosessloven § 333 åpner ikke for skriftlig saksbehandling av anker over reaksjonsfastsettingen i ”seksårssaker”.

For det andre utgår det allmenne samtykkekravet i straffeprosessloven § 333 (partenes vetorett mot skriftlig saksbehandling). I alle andre ankesaker enn de som gjelder anke over reaksjonsfastsettingen i en ”seksårssak” erstattes samtykkekravet av følgende bestemmelse: Retten kan, etter å ha hørt partene, beslutte at saken skal behandles skriftlig, såfremt det er forsvarlig, og smittefare i tilstrekkelig grad kan avhjelpes ved bruk av fjernmøte eller fjernavhør, med mindre det ikke lar seg gjennomføre eller medfører ulemper som ikke står i et rimelig forhold til den betydning muntlig behandling har i saken.

For det tredje forutsetter forslaget indirekte at det skjer en endring av rettens sammensetning ved anke over reaksjonsfastsettingen i ”seksårssaker”. Departementet legger til grunn at en skriftlig ankebehandling i ”seksårssaker” ikke vil være en ”ankeforhandling” i henhold til straffeprosessloven § 332 første ledd. Konsekvensen er at retten skal settes med tre fagdommere, jf domstolloven § 12 første ledd.

For det fjerde endres ankeregelen i straffeprosessloven § 333 femte ledd. En beslutning om skriftlig behandling skal kunne brukes som ankegrunn (men kan som i dag ikke ankes).

De siste tre endringene virker forsvarlige. Det samme gjelder i utgangspunktet også endringen knyttet til virkeområdet for regelen om når skriftlig saksbehandling kan anvendes. Når det gjelder saker som nevnt i straffeloven § 39 annet ledd, er imidlertid forslaget vidtrekkende der det er spørsmål om å fullbyrde en fengselsstraff av en viss varighet. Samtidig er det neppe heldig å sette en bestemt grense for når skriftlig saksbehandling kan benyttes i slike saker. En mulighet, som både har en side mot den første og den andre av de nevnte endringene, er å gi visse retningslinjer for når skriftlig saksbehandling er ”forsvarlig”. Retningslinjen kan tas inn som et nytt ledd og for eksempel utformes slik:

”I vurderingen av om skriftlig behandling er forsvarlig skal det særlig legges vekt på sakens karakter og hvilken reaksjon det er spørsmål om å idømme, hvor mye det haster å behandle anken, i hvilken grad skriftlig saksbehandling vil påvirke sakens opplysning og om siktede kan ivareta sine interesser på en betryggende måte til tross for skriftlig behandling.”

For øvrig kan det reises spørsmål om det ikke bør fremgå direkte av forskriften at skriftlig behandling i medhold av § 4 ikke er en ”ankeforhandling” i henhold til straffeprosessloven § 332 første ledd. På den måte ryddes en mulig uklarhet av veien når det gjelder rettens sammensetning.

Bergen, 25. mars 2020

Ørnulf Øyen
Professor, Det juridiske fakultet, UiB

Gert Johan Kjelby
Professor, Det juridiske fakultet, UiB