

Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014

Forsvarergruppens høstseminar 22. oktober 2016¹

1. Bakgrunn

I anledning Grunnlovens 200-års jubileum i 2014 vedtok Stortinget den største grunnlovsreformen siden 1814.² Arbeidet hadde startet i juni 2009, da Stortingets presidentskap besluttet å nedsette et utvalg – under ledelse av Inge Lønning – for å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven, med det formål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter grunnlovsrang.

Lønning-utvalget avga sin innstilling i desember 2011.³ Det var ikke meningen å etablere nye materielle rettigheter, sammenlignet med det som allerede fulgte av Grunnloven, lovfestet og ulovfestet rett og de menneskerettskonvensjonene som Norge er bundet av. Man tok heller ikke sikte på å endre funksjonsdelingen mellom de øverste statsorganene. Målet var å ”styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett” ved å modernisere menneskerettsvernet i *Grunnloven*.⁴

Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité pekte for sin del også på at endringene var ”nødvendige for å justere Grunnloven til å bli det den er ment som, og har utviklet seg til gjennom 200 år, et juridisk, politisk og symbolsk samlende dokument som verner borgerne mot overgrep, sikrer dem frihet og trygghet nå og i fremtiden”.⁵

Samtidig som Grunnlovens menneskerettsbestemmelser ved reformen i 2014 ble vesentlig utvidet i den nye del E, ble *hele* Grunnloven gjenstand for en *språklig* revisjon, som dels besto i en modernisering til et mer tidsmessig bokmål og dels i en særskilt og autoritativ nynorsk grunnlovstekst.

¹ Takk til Andreas Hjetland, som er utreder i Norges Høyesterett, for bistand.

² Grunnlovsvedtak 13. mai 2014.

³ Dok. 16 (2011–2012). Utvalgets oppnevning, sammensetning, mandat og arbeid er beskrevet på s. 17–21 i innstillingen.

⁴ Dok. 16 (2011–2012) s. 11.

⁵ Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

Kapittel E inneholder etter reformen følgende rettigheter og friheter:

- § 93: Retten til liv, forbud mot tortur, slaveri og tvangsarbeid (ny 2014).⁶
- § 94: Vern mot vilkårlig frihetsberøvelse (ny 2014).
- § 95: Rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved uavhengige domstoler (ny 2014).
- § 96: Straff kan bare ilegges med hjemmel i lov og dom, uskyldspresumsjonen og forbud mot konfiskasjon (delvis ny 2014).
- § 97: Forbud mot tilbakevirkende lover.
- § 98: Rett til likhet for loven og forbud mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling (ny 2014).⁷
- § 100: Ytrings- og informasjonsfrihet.⁸
- § 101: Forenings- og forsamlingsfrihet (ny 2014).
- § 102: Rett til respekt for privat- og familielivet, hjemmet og kommunikasjon (ny 2014).⁹
- § 104: Barns rett til å bli hørt, krav om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, barns integritetsvern og rett til grunnleggende økonomisk, sosial og helsemessig trygghet (ny 2014).
- § 105: Eiendomsretten
- § 106: Bevegelsesfrihet og rett til ut- og innreise i riket (ny 2014).¹⁰
- § 108: Samefolkets særlige rettigheter som urfolk.
- § 109: Retten til utdanning (ny i 2014).
- § 110: Retten til arbeid og rett til offentlig støtte for den ”som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold” (delvis ny 2014).
- § 112: Rett til et bærekraftig miljø og til informasjon om miljøets tilstand og om virkningen av inngrep (delvis ny 2014).
- § 113: Myndighetsinngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov – *legalitetsprinsippet*, slik det før 2014 fulgte av konstitusjonell sedvanerett (ny 2014).

⁶ Se Innst. 182 S (2011-2012), hvor også abort og dødshjelp er omtalt.

⁷ Det er fremholdt av Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité at bestemmelsen om ”likhet for loven” er ment ”som tolkningsprinsipp for rettsanvendere mer enn som skranke for lovgiver”, jf. Innst. S (2013-2014) s. 25. Samme sted sies det om forbudet mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling ”skal leses som en skranke for lovgiver og en individuell rettighet”.

⁸ Se Innst. 185 S (2011-2012).

⁹ En bestemmelse om familien som ”grunnleggende enhet” var foreslått i § 103, men denne ble ikke vedtatt, se Innst. 183 S (2013-2014).

¹⁰ Et forslag om å innføre i § 93 også retten til å søke asyl, fikk ikke grunnlovsflertall. Se om forslaget Innst. 184 S (2011-2012).

I det samlede bildet av Grunnlovens menneskerettighetsvern inngår bestemmelsene om retten til demokratiske og hemmelige valg, jf. Grunnloven §§ 49-53. Det fremgår nå uttrykkelig av § 49 andre punktum at Stortingets representanter ”velges gjennom frie og hemmelige valg”.

Den nye del E innleder med § 92 som lyder:

”Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”.

Plikten til å ”respektere og sikre” menneskerettighetene hviler på statens myndigheter, herunder – men ikke begrenset til – Stortinget, Regjeringen og Høyesterett. At Høyesterett og de lavere domstoler er forpliktet til å ”respektere” menneskerettighetene, innebærer – som en helt gjennomgående og reservasjonsløs fordring – at domstolene skal legge grunnlovsrettighetene til grunn for sitt arbeid. Dette har betydning på flere nivåer.

For det første må plikten til å sikre menneskerettighetene etter Grunnloven § 92 trolig innebære – i hvert fall som et alminnelig utgangspunkt – at domstolene må påse at forholdet til disse rettighetene er i orden, uavhengig av hva partene måtte gjøre gjeldende i saken.¹¹

For det andre gir § 92 et forsterket fundament for *prøvelsesretten* og *-plikten* overfor stortingsvedtak og administrative beslutninger. Paragraf 92 må her ses i sammenheng med § 89, som fra juni 2015 slår fast at Høyesterett – og øvrige domstoler – har plikt til å la Grunnloven gå foran alle andre myndighetsbeslutninger, enten de er truffet av Stortinget eller av den utøvende makt.

I tilknytning til dette gir § 92 også et fornyet grunnlag for læren om at menneskerettighetene virker styrende for *tolkningen* av myndighetsbeslutninger, herunder da slik at lover og forskrifter skal tolkes på den måten som best harmonerer med disse rettighetene og de prinsipper de springer ut av, jf. om dette allerede Rt. 1976 side 1 (Kløfta).¹²

¹¹ I Rt. 2014 s. 530 trakk Høyesterett inn Grunnloven § 104 om barnets rett til å bli hørt uten at denne var påberopt. Kjennelsen, som er avsagt 20. mai 2014, er den første etter reformen hvor Høyesterett viser til en av de nye menneskerettsbestemmelsene i Grunnloven.

¹² Se, om utvalgte eksempler, HR-2014-1986-U, Rt. 2014 s. 702, Rt. 2014 s. 964, Rt. 2014 s. 976 avsnitt 37, Rt. 2014 s. 1034 avsnitt 15, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 68, Rt. 2015 s. 155 avsnitt 37, Rt. 2015 s. 490 avsnitt 16, Rt. 2015 s. 833 avsnitt 14, Rt. 2015 s. 1107 avsnitt 44, HR-2016-831-U og HR-2016-919-U.

For det tredje innebærer domstolenes plikt til å *sikre* menneskerettighetene at disse rettighetene må kunne *håndheves* på en effektiv måte ved domstolene.¹³ Gjelder det er administrativt vedtak, vil det gjerne bli spørsmål om rettslig prøving av dette vedtaket. Gjennom Grunnloven § 92 blir menneskerettighetene en integrert del av rettsanvendelsen ved prøving av forvaltningsvedtak.¹⁴ Håndhevingen for domstolene kan ellers ta ulike former: *Avvergende* tiltak er viktige der konsekvensene ellers vil bli alvorlige og uopprettelige og det er vedkommendes liv, frihet eller sikkerhet som står på spill. I andre tilfeller vil sikring skje i form av *gjenopprettelse*, for eksempel ved pålegg om at en tilstand som er i strid med vedkommendes menneskerettigheter må opphøre.¹⁵ I atter andre situasjoner, der avverging eller gjenopprettelse ikke er et praktisk alternativ, må sikringen skje i form av *reparasjon*.¹⁶

Jeg skal snakke om grunnlovsreformen, straffeprosessen og strafferetten, med utgangspunkt i Høyesteretts praksis etter mai 2014. Først tar jeg opp noen gjennomgående spørsmål knyttet til grunnlovstolkning og til kriteriene for regulering og inngrep i grunnlovsrettighetene (punkt 2 og 3). Deretter ser jeg på etterforskningsstadiet (punkt 4), varetektsfengsling (punkt 5), ”rettferdig rettergang” (punkt 6 og 7) og de rammer som Grunnloven § 96 i dag setter for strafferettspleien – lov, dom og uskyldspresumsjon (8). Til slutt går jeg helt kort inn på noen spørsmål knyttet til Grunnlovens betydning for reaksjonsspørsmålet (punkt 9).

2. Tolkning av Grunnlovens menneskerettsbestemmelser

Ordlyden i den aktuelle grunnlovsbestemmelsen – på bokmål og nynorsk, side om side – er utgangspunktet for tolkningen. Et av formålene med grunnlovsrevisjonen var at selve grunnlovsteksten bedre skulle fange opp og formidle Grunnlovens reelle innhold.

Men *tilblivelsesmåten* og *genren* må tas i betraktning: Det ble gjennomført en stor reform med utgangspunkt i en rekke alternative forslag, som ikke hadde vært gjennom noen departemental lovteknisk eller språklig kvalitetssikring. Det enkelte forslag til grunnlovsendring kunne bare vedtas eller forkastes, ikke endres under behandlingen i Stortinget.

¹³ Rt. 2014 s. 1105 (Acta), Rt. 2014 s. 1292 (telefonavhør) og Rt. 2015 s. 93 (Maria).

¹⁴ Rt. 2015 s. 93 (Maria).

¹⁵ Rt. 2014 side 1105 (Acta) avsnitt 61 gir en god illustrasjon.

¹⁶ Jf. Rt. 2015 s. 461 avsnitt 9, med henvisning til Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 61 og Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 17. Se også HR-2016-225-S.

Dessuten er en rekke av bestemmelsene generelle og vage. Det vil ofte være nødvendig med en nærmere avklaring og presisering. Og det kan være grunn til varsomhet med å trekke motsetningslutninger.

Det er en utvilsom styrke at Grunnloven etter reformen i 2014 for en stor del inneholder nye menneskerettsbestemmelser, hvor ord, formuleringer og struktur forholder seg til den nasjonale og internasjonale rettstatstenkningen og menneskerettsutviklingen etter den andre verdenskrig, med utgangspunkt i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948, og hvor Den europeiske menneskerettskonvensjon har stått helt sentralt. Dette utgjør den generelle *konteksten* som Grunnloven del E inngår i.¹⁷ Sammenhengen med Grunnloven § 2 andre punktum – som kom inn i Grunnloven 21. mai 2012 – er også viktig her, når den slår fast at Grunnloven ”skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene”.¹⁸

De viktigste *forarbeidene* til de nye menneskerettsbestemmelsene i Grunnloven del E er Lønning-utvalgets innstilling og hovedinnstillingen fra Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité.¹⁹ Disse inneholder materiale som på ulike måter forklarer grunnlovsteksten og intensjonene med grunnlovsreformen og med de enkelte bestemmelsene. Også stortingsdebatten i forbindelse med grunnlovsvedtakene kan i noen grad kaste lys over slike forhold.

Det er, etter mitt syn, riktig å ta i betraktning hva Stortinget mente med sitt eget grunnlovsvedtak. Høyesteretts praksis – både før og etter grunnlovsreformen i 2014 – synes å bekrefte at forarbeidene til grunnlovsendringer, i den grad slike finnes, er relevante og etter omstendighetene også kan ha stor betydning.²⁰ Graden av gjennomarbeidelse påvirker vekten. Etter hvert som mer aktuelt materiale kommer til, vil forarbeidenes betydning bli mer historisk.²¹ Man kan ikke i all fremtid klamre seg til hva ”grunnlovsfedrene” mente, eller må antas å ville ha ment, om det spørsmålet som nå skal avgjøres.²²

¹⁷ Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

¹⁸ Dok. 16 (2011–2012) s. 51.

¹⁹ Dok. 16 (2011–2012) og Innst. 186 S (2013–2014). Også Innst. 263 S (2014–2015) er viktig, både som bakgrunn for Grunnloven § 89 om grunnlovskontrollen og med hensyn til det Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité sier om formålet med grunnlovsreformen.

²⁰ Jf. for eksempel Rt. 1997 s. 580 på s. 592, Rt. 2007 s. 1807 avsnitt 36, Rt. 2014 s. 1105 (Acta) avsnitt 25 og 28, Rt. 2014 s. 1292 (telefonavhør) avsnitt 14 og Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 62 og 64, Rt. 2015 s. 334 avsnitt 56 og Rt. 2015 s. 921 avsnitt 65–75.

²¹ Plenumsdommen i Rt. 2010 s. 535 (Opplysningsvesenets fond) avsnitt 59–72 gir en god illustrasjon mer allment.

²² Sml. Innst. 165 S (2015–2016), hvor Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité sier dette slik: ”Når grunnlovsbestemmelser står uendret over lang tid, vil også vedtakskonteksten få mindre relevans og vekt.”

Grunnloven inneholder ikke noen egen bestemmelse om hvordan den skal tolkes. Spørsmålet om man burde ha en slik ”tolkningsparagraf” ble drøftet både av Lønning-utvalget og av Stortingets kontroll og konstitusjonskomité.²³ Komiteen forkastet tanken om en slik generell tolkningsbestemmelse, og den pekte i denne forbindelse blant annet på behovet for, gjennom praksis, å utfylle Grunnloven ”politisk og rettslig”. Man så altså for seg en avklarende og utviklende tolkningsprosess, ikke en statisk eller lukket. Komiteen understreket i så måte også behovet for ”å sikre en balanse mellom den stabilitet en grunnlov skal representere, og den fleksibilitet den også må gi rom for, på en måte som i større utstrekning sikrer at individenes frihet, likhet og menneskeverd blir ivaretatt i beslutningsprosessene også i fremtiden”.

Dette er viktig: Grunnloven inneholder ganske forskjellige regler, som skal virke lenge. Rettskildebildet er variabelt og brokete. Grunnlovssaker reiser gjerne spørsmål av vidtrekkende samfunnsmessig betydning, de aktualiserer verdivalg og må ofte løses ut fra bredere avveininger, som har grenseflater mot de politiske overveielser som ligger til grunn for Regjeringens og Stortingets beslutninger. Til dette kommer en betydelig internasjonal påvirkning.

Høyesterett har, som Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité med rette fremhevet, ikke noe annet valg enn å bygge sin praksis på at grunnlovstolkningen må utvikles og at grunnlovsnormene skal anvendes med sikte på dagens – ikke fortidens – samfunnsforhold, verdisyn, rettsoppfatninger og behov. Lønning-utvalget bruker uttrykket ”dynamisk” tolkningstradisjon om dette fenomenet.

Det jeg for min del vil betegne som en *samtidsorientert* grunnlovstolking innebærer ikke en stadig ekspansjon av grunnlovsvernet. Mens det på noen områder vil kunne vise seg nødvendig å begrense eller myke opp, vil det på andre felt kunne være påkrevd med utvidelse eller avstivning. Ved grunnlovsbestemmelser som anviser en avveining av motstående hensyn og interesser vil tyngdepunktet kunne være i bevegelse over tid. Det er i denne konteksten Høyesteretts skal tolke, avklare og utvikle grunnlovsvernet.²⁴ Dette er ikke noe nytt i og med grunnlovsreformen 2014. Her går linjene langt tilbake.²⁵

²³ Se Dok. 16 (2011–2012) s. 89-90 og Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

²⁴ Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 57.

²⁵ Arnfinn Bårdsen, ”Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol”, i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øye (red.), *Lov – Sannhet – Rett: Norges Høyesterett 200 år* (2015) s. 291–316, på s. 305–309.

Forholdet mellom grunnlovsrettighetene og konvensjonsrettighetene reiser særlige spørsmål. Når for eksempel Grunnloven § 95 stiller krav om ”rettferdig rettergang”, er det da den samme normen som i Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1? Har vernet om privat- og familielivet etter Grunnloven § 102 samme innhold og rekkevidde som konvensjonens artikkel 8?

Lønning-utvalget satte slike spørsmål i sammenheng med det alminnelige *presumsjonsprinsippet*, og fremhevet som en mer generell målsetning at ”rettighetene ikke gis et dårligere vern etter Grunnloven enn konvensjonen, ved å sørge for at konvensjonens minimumsvern ivaretas ved tolkningen av Grunnloven”.²⁶ Utvalget ga dessuten følgende anvisning:

”... Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser ... må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse. Dette følger av etablert tolkningspraksis i Norge, og selv om det kan foreligge tilfeller hvor skjønsmarginen kan være aktuell å påberope seg, må det begrunnes hvorfor det gjøres avvik fra den internasjonale praksis på området. For flere av de bestemmelser som utvalget foreslår grunnlovsfestet, finnes mer detaljerte formuleringer i konvensjonene. Disse vil naturlig nok bidra til å kaste lys over forståelsen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.”

Det sentrale her er at Grunnloven ”må tolkes i lys av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og praksis knyttet til disse”. Og der konvensjonene går mer detaljert til verks enn Grunnloven, vil konvensjonene ”kaste lys over forståelsen av Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”.

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen er naturligvis helt sentral. Men perspektivet er atskillig bredere. I den tilslutningen som Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité ga til Lønning-utvalgets generelle syn på betydningen av internasjonale tolkningspraksis, ble det understreket at man siktet til tolkningspraksis i tilknytning til ”samtlige menneskerettsforpliktelser som hviler på Norge”.²⁷

Høyesterett har i sin praksis fulgt opp Lønning-utvalgets anbefaling om å tolke Grunnlovens menneskerettsbestemmelser ”i lys av” det internasjonale tolkningsmaterialet som er knyttet til menneskerettskonvensjonene. I Rt. 2014 side 1292, som gjaldt uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd, sies det slik i avsnitt 14:

²⁶ Se Dok. 16 (2011–2012) s. 89-90.

²⁷ Dok. 16 (2010–2011) s. 51, sml. også s. 192 hvor også EUs charter om grunnleggende rettigheter er nevnt.

”*Lønning-utvalget*, som utarbeidet det samlede forslaget til grunnlovsreformen, fremholdt at § 96 andre ledd befester ‘et særlig viktig rettsstatsprinsipp’, jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 130. Og Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at § 96 andre ledd ‘grunnlovsfester innholdet i FN’s konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2’, jf. HR-2014-2364-A avsnitt 29. Innholdet og rekkevidden må da fastlegges i lys at disse internasjonale parallellene, jf. også Grunnloven § 92.”

Uttrykksmåten ”tolkes i lys av” er gjentatt også senere.²⁸

Høyesterett har i sin praksis så langt i stor grad, i tråd med et slikt opplegg, fulgt den linjen at man angriper grunnlovstolkningen og konvensjonstolkningen i en nokså *integreert prosess*. Praksis, for eksempel fra Den europeiske menneskerettsdomstolen, trekkes – med harmonisering for øyet – direkte inn ved formuleringen av *grunnlovsnormen* og ved den konkrete anvendelsen av den, på en måte som minner om menneskerettsdomstolens bruk av egen case law ved tolkningen av *konvensjonen*.²⁹ Og det ser ut til at Høyesterett også har fulgt Lønning-utvalgets anbefaling om at eventuelle avvik fra internasjonal tolkningspraksis begrunnes. Her vil det kunne spille inn hvilken type tolkningspraksis det er tale om og hvor solid rettskildemessig og rettspolitisk forankringen det er for å tolke Grunnloven på en bestemt måte.³⁰

Det går, ved anvendelsen av internasjonal tolkningspraksis ved grunnlovstolkningen, et prinsipielt skille i tid mellom slik tolkningspraksis som forelå da de aktuelle grunnlovsbestemmelsene ble vedtatt av Stortinget i mai 2014 og *senere* materiale. Ettersom Stortinget vedtok grunnlovsreformen under den forutsetning at de nye grunnlovsbestemmelsene skulle tolkes ”i lys” av konvensjonsrettslig praksis, er det konstitusjonelt uproblematisk å bygge på materiale som allerede forelå på vedtakstidspunktet. Men Stortinget kan ikke med dette ha bundet grunnlovstolkningen til den *fremtidige* rettsutviklingen ved for eksempel Den europeiske menneskerettsdomstolen. I Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 57 understreker Høyesterett derfor at:

” ... fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene”.

²⁸ Jf. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, sml. Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40. Se også Rt. 2014 s. 702, Rt. 2014 s. 714, HR-2014-1986-U, Rt. 2014 s. 976, Rt. 2015 s. 81 og Rt. 2015 s. 110.

²⁹ Jf. for eksempel Rt. 2014 s. 1045 (kan man dømme de døde?), Rt. 2014 s. 1105 (Acta), Rt. 2014 s. 1292 (telefonavhør), Rt. 2015 s. 385 (ansvar for ugrunnet søksmål) avsnitt 28, Rt. 2015 s. 955 avsnitt 19, HR-2016-106-A avsnitt 13 og HR-2016-225-S avsnitt 26.

³⁰ Rt. 2015 s. 921 gir en illustrasjon i tilknytning til straffebegrepet i Grunnloven § 96.

Og Høyesterett slår i samme sted dessuten fast:

”Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.”

Uttrykket ”ikke samme prejudikatsvirkning” impliserer at eldre case law *har* prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen. Det forutsettes dessuten at også senere case law har slik virkning, men at denne ikke er ”den samme” – den er altså mer avdempet. Ved å se grunnlovsvernet ”i lys av” også senere internasjonal rettsutvikling unngår man, har det vært sagt, at Grunnloven på nytt ”blir liggende i en bakevje i strømmen av dynamiske internasjonale kilder”.³¹

3. Regulering av grunnlovrettighetene

I de forskjellige menneskerettskonvensjonene har man, i hver enkelt rettighetsbestemmelse hvor dette er aktuelt, en unntaksbestemmelse som åpner for å regulere eller begrense den aktuelle rettigheten på nærmere angitte vilkår.

Mest kjent er andre ledd i Den europeiske menneskerettskonvensjon artiklene 8, 9, 10 og 11, som tillater at det gjøres begrensninger i retten til privat- og familieliv, tanke- tros og samvittighetsfriheten, yrings- og informasjonsfriheten og organisasjons- og forsamlingsfriheten. Dette kan, kort og forenklet sagt, skje dersom inngrepet har hjemmel i lov, er nødvendig for å ivareta nærmere angitte legitime formål og er forholdsmessig.

I praksis blir gjerne forholdsmessighetsvurderingen det springende punktet – denne er, kan man nok si, den *operative regulatoren* for rekkevidden av den aktuelle rettigheten.

I EUs charter om grunnleggende rettigheter – som fra 2009 er del av det konstitusjonelle grunnlaget innenfor Unionen – har man valgt å løse behovet for unntakshjemler gjennom en *samlet* bestemmelse, jf. artikkel 52 nr. 1. Det avgjørende etter denne er at eventuelle inngrep skal være fastsatt i lovgivningen og må respektere den aktuelle rettighetens vesentligste innhold eller kjerne. Inngrep må dessuten være forholdsmessig.

³¹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2015) s. 45.

Lønning-utvalget anbefalte en uttrykkelig og generell grunnlovsbestemmelse om rettighetsbegrensning:

”Enhver begrensning i rettigheter som er anerkjent i denne grunnlov, må være fastsatt ved lov og respektere kjernen i rettighetene. Begrensningen må være forholdsmessig og nødvendig for å ivareta allmenne interesser eller andres menneskerettigheter.

Det kan i intet tilfelle gjøres slike begrensninger i §§ 93, 94, 95, 96, 99 første punktum og 105. Tilsvarende gjelder for § 97 ved spørsmål om straff.”

Forslaget møtte motstand i Stortinget. Man mente at inngrepskriteriene var for vage og skjønnsmessige, ga for dårlige garantier mot utvanning og overlot for mye til domstolene. Det ble også oppfattet som prinsipielt uakseptabelt at grunnlovsrettigheter skulle kunne begrenses ved lov. Det ble derfor til at Stortinget vedtok et helt nytt menneskerettskapittel i Grunnloven, med vidtrekkende og generelle rettigheter, uten å angi noe bestemt om vilkårene for å begrense eller regulere rettighetene.

Men sakene gikk sin gang. Og Høyesterett kunne ikke la spørsmålene om, og på hvilke vilkår, det kan gjøres inngrep i Grunnlovens menneskerettigheter, forbli uløst. Høyesterett måtte ta standpunkt og treffe et veivalg. At rettighetene generelt skulle være ”absolutte” kom naturligvis ikke på tale. Det måtte være rom for å regulere og begrense dem. Men det var ikke opplagt hvordan dette skulle angripes. Man kunne tenke seg i hvert fall tre grunnleggende nokså ulike opplegg.

For det første kunne man se det slik at de nye grunnlovsbestemmelsene ikke inneholdt individuelle rettigheter, men kun prinsipperklæringer og målsetninger. Da ville det ikke være behov for unntaksbestemmelser. Men en slik forståelse av Grunnloven del E ville samtidig innebære at de nye menneskerettsbestemmelsene ble gitt en fundamentalt annen, og vesentlig svakere, rettslig kvalitet enn det Grunnloven selv gir uttrykk for og som Lønning-utvalget og Stortinget hadde tatt sikte på.

For det andre kunne Høyesterett bygge på at når Grunnloven selv ikke satte begrensninger for å gjøre inngrep, måtte spørsmålet bero på om Stortinget – ved lov – selv ønsket å regulere rettighetene. Også dette ville imidlertid komme på kant med grunnlovsreformens intensjoner – de nye ”rettighetene” ville i realiteten da ikke nyte større rettsbeskyttelse enn det som allerede fulgte av det alminnelige legalitetsprinsippet og det til enhver tid politiske flertall på Stortinget. Resultatet ville være parlamentarisk suverenitet, ikke rettsstatlig konstitusjonalisme.

For det tredje kunne man ta utgangspunkt i innarbeidet menneskerettighetstenkning og den omfattende internasjonale – særlig den europeiske – regulering og praksis knyttet til de rettighetene som dannet utgangspunktet for grunnlovsreformen:

De nye grunnlovsbestemmelsene skulle, som jeg allerede har vært inne på, tolkes ”i lys av” de folkerettslige forbildene, og det var et uttalt mål at Grunnlovens beskyttelsesnivå i hvert fall ikke skulle være svakere enn det som fulgte av de traktatrettslige parallellene. Skal en slik målsetning kunne realiseres, *må hovedregel og unntak ses som et hele*. Tillater man inngrep i grunnlovsrettighetene i større utstrekning enn det man ville tillate under de parallelle konvensjonsreglene, vil grunnlovsbeskyttelsen nødvendigvis måtte bli svakere.

Høyesterett valgte denne tredje veien. Første gang dette kom til uttrykk var i Rt. 2014 side 1105 (Acta), hvor det ble fremholdt som et mer gjennomgående prinsipp at inngrep i grunnlovsrettigheter, for å kunne stå seg, må ha *hjemmel i lov*, må forfølge *et legitimt formål* og må være *forholdsmessig*. Dette er videreført i senere praksis.³²

I Innst. 165 S (2015–2016) fra februar 2016 vendte Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité tilbake til forslaget om en generell begrensningshjemmel, etter Lønning-utvalgets modell. Bare Arbeiderpartiets representanter i komiteen gikk nå inn for å vedta bestemmelsen. For de øvrige partiene var innvendingene alt i alt fremdeles for store. Vel vitende om den kursen Høyesterett staket ut allerede i de innledende dommene fra 2014 og 2015, valgte Stortinget altså å overlate den videre rettsavklaring og rettsutvikling på dette området til domstolene. Høyesterett har ikke annet valg enn å følge opp, og bygge videre på det grunnlaget som allerede er lagt.

I årene som kommer vil det trolig bli en viktig oppgave for Høyesterett – fra sak til sak – å strukturere og ramme inn vurderingene i tilknytning til de ulike grunnlovsbestemmelsene, blant annet opp mot hvilke hjemmelskrav som gjelder, med hensyn til betydningen av hvilke formål som forfølges og om inngrepet er egnet og nødvendig til å fremme formålet, og hvordan domstolene skal foreta balanseringen mellom nytten av inngrepet og den individuelle belastningen for den som rammes. Det hører også med å ta stilling til om det er grunnlovsrettigheter som det ikke kan gjøres begrensninger i.

³² Se Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 60, Rt. 2015 side 155 og HR-2016-1286-A avsnitt 25.

4. Etterforskning

Grunnloven inneholder ingen bestemmelse som uttrykkelig regulerer statens alminnelige ansvar for rettshåndhevelsen. Men det er et rettsstatsprinsipp at det offentlige sørger for etterforskning og iretteføring av lovbrudd, jf. Grunnlovens formålsbestemmelse i § 2. I tillegg kommer § 92, som slår fast plikten til å *sikre* menneskerettighetene, herunder til å gi adekvat beskyttelse mot private krenkelser.³³

Høyesteretts dom i Rt. 2013 side 588 (stalking) er illustrerende. Den er fra tiden før grunnlovsreformen, og knytter seg til Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Grunnlovens krav til rettsbeskyttelse ville gitt samme resultat: En mann var dømt for grov vold mot en kvinne han hadde hatt et kortvarig forhold til. Etter soning brøt han ved en rekke anledninger pålagte besøks- og kontaktforbud. Han utsatte kvinnen for en langvarig, truende og skremmende forfølgelse, som hadde karakter av psykisk trakassering og terrorisering. På grunn av mannens forfølgelse ble kvinnens livskvalitet vesentlig forringet, hun måtte – sammen med sine fire barn – flytte til en annen kant av landet og gå i skjul. Hennes privat- og familieliv ble til de grader rammet.

Høyesterett slo fast at staten var erstatningsansvarlig overfor kvinnen fordi staten ikke hadde oppfylt sin plikt til å sikre hennes privat- og familieliv: Politiet og påtalemyndigheten hadde gjort mye for å beskytte henne. Men ut fra kunnskapen om den tidligere kjæresten og hans handlingsmønster og intensitet, samt om belastningen og risikoen for kvinnen og hennes barn over meget lang tid, burde politiet og påtalemyndigheten etter Høyesteretts vurdering fulgt opp informasjonen om stadige brudd på besøksforbud atskillig bedre. Særlig skulle muligheten for pågrepelse og varetektsfengsling vært nøye vurdert, og bruddene burde fortløpende ha vært iretteført som selvstendige straffbare forhold. En utilfredsstillende etterforskning av drapstrusler forsterket inntrykket av utilstrekkelig beskyttelse mot fortsatt forfølgelse og nye – potensielt meget alvorlige – integritetskrenkelser.

En enstemmig Høyesterett konkluderte med at staten var erstatningsansvarlig for ikke å ha gitt kvinnen tilstrekkelig beskyttelse, i strid med hennes rett til vern om sitt privat- og familieliv og sitt hjem i artikkel 8 i Den europeiske menneskerettskonvensjon, jf. nå Grunnloven § 102.

³³ Rt. 2015 side 93 (Maria) avsnitt 59.

Den europeiske menneskerettsdomstolen har utviklet viktige retningslinjer for statens sikringsansvar. I avvisningsavgjørelse 26. juni 2016 *Bakke mot Norge* oppsummer Den europeiske menneskerettsdomstolen disse slik, for så vidt gjelder etterforskning ved mistanke om drap:³⁴

”16. The obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to ‘secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention’, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force ... The procedural obligation to carry out an effective investigation has evolved into a separate and autonomous duty and the obligation is not confined to cases where it has been established that the death was caused by an agent of the State. On the contrary, the mere fact that the domestic authorities have been informed of the death will give rise to an obligation to carry out an effective investigation into the circumstances in which it occurred ...

17. In order for such an investigation to be effective, the persons responsible for and carrying out the investigation must be independent and impartial, in law and in practice. The investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of result, but of means. The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident. The investigation’s conclusions must be based on thorough, objective and impartial analysis of all relevant elements. Any deficiency in the investigation which undermines its capability of establishing the circumstances of the case or the person responsible is liable to fall foul of the required measure of effectiveness. In all cases the next of kin of the victim must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interest ... This does not mean, however, that Article 2 entails a right to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence or an absolute obligation for all prosecutions to result in conviction, or indeed in a particular sentence ...”

Dette vil trolig være et rimelig utgangspunkt også for de krav Grunnloven stiller for så vidt gjelder plikten til å beskytte livet, jf. Grunnloven § 93 første, jf. fjerde ledd.

Jeg går ikke ytterligere inn på de mange og vanskelige spørsmålene omkring den plikten som politiet og påtalemyndighet har til å etterforske og irettføre straffbare forhold. Fornærmedes stilling må jeg også la ligge. I det videre konsentrerer jeg meg om noen spørsmål knyttet til Grunnlovens rammer for inngripende etterforskingsskritt.

³⁴ Se også storkammerdom 14. april 2015 *Mustafa Tunc og Fecire Tunc mot Tyrkia* avsnitt 161-175.

Grunnloven § 113 stiller et generelt krav om at myndighetenes inngrep ”overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”. Dette er det tradisjonelle legalitetsprinsippet, slik det tidligere fulgte av konstitusjonell sedvanerett.³⁵

Kravet gjelder ikke bare myndighetsutøvelse i form av vedtak. Også faktiske handlinger som har karakter av inngrep må ha grunnlag i lov.³⁶ I Rt. 2010 side 610 avsnitt 27 sies dette slik:

”Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner ... Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.”

Dette hjemmelskravet setter en *ramme for all etterforskning*. Et skritt som rettslig eller faktisk griper inn overfor den enkelte kan bare gjennomføres dersom, og så langt, det har grunnlag i lov. Om forståelsen av § 113 sier Høyesterett i Rt. 2014 side 1105 (Acta) avsnitt 25 og 26:

”(25) Paragrafen var ny ved grunnlovsreformen 2014. Den svarer til forslaget fra det stortingsoppnevnte *Lønning-utvalget* som utredet spørsmålet om en generell utvidelse av Grunnlovens menneskerettsvern. Utvalget understreket at man ikke tok sikte på noen endring av rettstilstanden, sammenlignet med den som fulgte av konstitusjonell sedvanerett, jf. Dok. nr. 16 (2011-2012) side 248. Formålet med § 113 var å ’synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for maktavernes myndighetsutøvelse’. Konstitusjons- og kontrollkomiteen var enig i at legalitetsprinsippet burde grunnlovfestes, og viste til at dette er ’grunnlaget for forståelsen av rettsstaten’ og dermed utgjør en av ’de sentrale deler av vår statsskikk’, jf. Innst. 186 S (2013- 2014) side 31.

(26) Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at ’[a]lle er like for loven’. Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 bokstav a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.“

I mange tilfeller vil inngrepet gjelde noens privat- og familieliv, deres hjem eller kommunikasjon. Da får også Grunnloven § 102 første ledd første punktum anvendelse. Bestemmelsen lyder:

”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.”

³⁵ Innst. 186 S (2013-2014) side 31-32.

³⁶ Dok. 16 (2011-2012) side 247 og side 249.

Dette er en meget vidtrekkende bestemmelse. Den har paralleller i Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17, og skal tolkes i lys av disse – herunder da menneskerettsdomstolens og menneskerettskomiteens tolkningspraksis knyttet til dem.

For så vidt gjelder forståelsen av uttrykket ”privat- og familieliv” sier Høyesterett i Rt. 2015 side 93 (Maria) følgende (avsnitt 58):

“Uttrykket ‘privatliv’ favner vidt - noen uttømmende definisjon finnes ikke, jf. plenumsdommen i Rt. 2012 side 2039 avsnitt 70. Men sentralt i den foreliggende praksis fra EMD står blant annet menneskets fysiske og psykiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*. Med ‘familieliv’ siktes det etter EMDs nokså omfattende praksis til mer spesifikke relasjoner mellom mennesker, som for eksempel i etablerte parforhold og gjennom båndene mellom foreldre og barn. Grensen mellom de menneskelige relasjoner som utgjør et familieliv, og de som inngår i privatlivet, er ikke skarp.”

I tillegg omfatter altså § 102 hjemmet og kommunikasjonen – herunder da, må vi legge til grunn, alle former for *elektronisk* kommunikasjon.

I Rt. 2014 side 1105 (Acta) var det spørsmål om bruk av overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll som bevis i straffesak for lagmannsretten. Høyesteretts flertall (3-2) kom til at når materialet – etter de reglene som da gjaldt – skulle ha vært slettet allerede før det var tatt ut tiltale, ville det ikke være anledning til å benytte dette som bevis i den etterfølgende straffesaken. Politiets fortsatte lagring av materialet var derfor i strid med lovens pålegg om sletting, og bruk ville da utgjøre en ytterligere rettskrenkelse, i strid med Grunnloven § 102 og § 113. I avsnitt 30 i kjennelsen går Høyesterett inn på de krav til hjemmelsgrunnlag som gjelder i saker om kommunikasjonskontroll. Det heter her:

”Oppbevaring av materiale som er innhentet ved kommunikasjonskontroll, kan altså, i henhold til Grunnloven og det internasjonale menneskerettighetsvernet, bare skje i den utstrekning det er hjemmel for dette i lov eller i forskrift gitt med hjemmel i lov. For å gi en slik hjemmel som Grunnloven og menneskerettskonvensjonene krever, holder det ikke at loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for lagringen. Det gjelder også *kvalitative* krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater. Den må dessuten - i lys av den forhøyede risikoen for misbruk og vilkårlighet som erfaringsmessig kan foreligge når myndigheter tillates å operere i hemmelighet - gi rimelige garantier knyttet til blant annet formen for lagring, bruken av materialet, mulighetene for innsyn, sikkerhet og sletting.”

Acta-kjennelsen har i et *obiter dictum* i avsnitt 64 og 65 prinsipielle uttalelser om betydningen av Grunnloven § 97 på *straffeprosessens* område, som innebærer at lovgiver har temmelig stor frihet til å la ny prosesslovgivning få virkning for iretteføringen av eldre straffbare forhold. Det gis samme sted uttrykk for at Grunnloven forbyr såkalt ”singulær lovgivning”, altså et lovvedtak som i realiteten er individuell myndighetsutøvelse fordi det gjør et umiddelbart inngrep i konkrete personers eller en nærmere avgrenset gruppe av personers rettsforhold.³⁷

I Rt. 2015 side 81 (Lime I) var det spørsmål om håndtering av materiale som var innhentet ved kommunikasjonskontroll, og som også inneholdt samtaler med *advokat*. Høyesterett uttalte at dersom det på forhånd er klart at materialet inneholder samtaler som faller inn under straffeprosessloven § 119, så skal påtalemyndigheten uten videre sørge for at de blir sortert ut og slettet, jf. straffeprosessloven § 216g første ledd bokstav b, uten adgang til å påbegynne gjennomhøring av dem. Også hvis det er usikkert om en samtale med advokat faller inn under straffeprosessloven § 119 (fordi det kan være grunnlag for mistanke også mot advokaten), må samtalene slettes med mindre det etableres en ordning som gir tilstrekkelig beskyttelse mot misbruk, for eksempel ved at samtalen sendes tingretten for gjennomgang uten at politiet har gjennomgått den.

I Rt. 2015 side 1435 (Lime-II) la Høyesterett til grunn (3-2) at stillingen er en annen for nærståendesamtaler, jf. straffeprosessloven § 122, selv om loven ellers sidestiller slike samtaler med advokatsamtaler etter § 119. Jeg synes flertallets resonnement er metodisk vanskelig tilgjengelig, når det sammenholdes med de sentrale rettskildene, herunder loven, forarbeidene, kjennelsene i Rt. 2014 side 1105 (Acta) og Rt. 2015 side 81 (Lime I), de ledende prinsipielle hensyn og de hjemmelskrav som her gjelder. Jeg ville ha stemt med mindretallet, som i sin avsluttende sammenfatning i avsnitt 120 fremholder at ønsket om å oppklare alvorlige straffesaker ikke kan ”reparere manglende hjemmel for alvorlige personverninngrep”.

Det er et interessant trekk at flertallet i Rt. 2015 side 1435 (Lime II) ikke drøfter forholdet seg til Grunnloven eller Den europeiske menneskerettskonvensjonen i den grad Acta-kjennelsen og Lime-I gjør. I Lime-II resonnerer førstvoterende først og fremst omkring eldre nasjonale kilder og formålsbetraktninger.

³⁷ I HR-2016-644-A avsnitt 28 ga Høyesterett sin tilslutning til Acta-kjennelsen på disse punktene.

Avgjørelsen illustrerer at når retten er i utvikling, så vil det, av ulike grunner, fra tid til annen falle avgjørelser som er mindre representative for denne utviklingen – i kildebruk eller resultat. Her vil blant annet partenes prosessopplegg og rettens sammensetning kunne ha betydning.

Flertallets lovforståelse i Rt. 2015 side 1435 (Lime II), er forutsetningsvis lagt til grunn i senere praksis, se HR-2016-644-A. I kjennelsen fra 2016 ble det for øvrig slått fast at så lenge overskuddsmaterialet ikke er slettet, så kan den nærstående selv samtykke til at det likevel benyttes som bevis – i hvert fall i et tilfelle der materialet skal tjene som bevis for straffbare handlinger mot den fornærmede. Det heter i avsnitt 52-54:

“(52) Etter mitt syn taler svært gode grunner for at en nærstående i et slikt tilfelle må kunne samtykke i at beviset føres. For det første gjør de konfidensialitetshensyn som er blitt tillagt stor vekt i departementets vurdering, seg ikke tilsvarende gjeldende for nærståendesamtaler der den tiltalte selv deltar. Videre vil bevisavskjæring som følge av at et samtykke ikke kan gis rettsvirkning, innebære at den nærstående ikke oppnår det samme strafferettslige vern som andre fornærmede. Dette vil kunne bryte med den alminnelige rettsfølelse. Jeg viser også til det strafferettslige vernet for nærstående som kan utledes av EMK etter de standarder som blant annet er lagt til grunn for avgjørelsen i Rt. 2013 side 588, se dommens avsnitt 43 flg.

(53) En annen løsning vil etter mitt syn heller ikke være forenlig med at fritaksretten etter § 122 er gitt til vern av vitnet og ikke til vern av tiltalte, jf. Rt-2013 side 469 avsnitt 14. Plikten etter § 216g til å sørge for tilintetgjøring er i så måte ment å ivareta sammenhengen i regelverket og gjøre fritaksretten etter § 122 effektiv: Vitnet skal slippe mot sin vilje å måtte bidra til domfellelsen av en nærstående person.

(54) Jeg mener etter dette at det må oppstilles et meget begrenset unntak fra utgangspunktet om at samtykke ikke medfører at sletteplikten faller bort, nemlig når den mistenkte i samtalen begår en straffbar handling mot den nærstående. Jeg tilføyer at når samtalen på denne måten likevel kan brukes som bevis, må konsekvensen bli at den eller de siktede får krav på innsyn; slik tiltalte også har hatt i denne saken.”

Den seneste saken er HR-2016-1833-A (mobiltelefon). Spørsmålet var om politiet kunne tvinge en siktet til å gi politiet tilgang til mulig bevismateriale som var lagret på hans mobiltelefon. Telefonen var låst, men kunne åpnes ved hjelp av siktedes fingeravtrykk. Høyesterett konstaterte at tvang ville kreve lovhjemmel, jf. Grunnloven § 102 og § 113, jf. EMK artikkel 8. Førstvoterende siterte deretter sentrale passasjer om lovkravet fra Acta-kjennelse.³⁸

³⁸ Det samme er gjentatt i HR-2016-2017-A, som var en sak fra utlendingsfeltet – tilbakekall av bosettingstillatelse.

Med dette som utgangspunkt kom Høyesterett til at straffeprosessloven § 157 om adgangen til ”kroppslig undersøkelse”, ikke kunne anvendes som grunnlag for å bruke siktedes finger for å få tilgang til bevismidler utenfor kroppen. Lovens ramme og forarbeidenes forutsetninger var da avgjørende. Og det ble spesielt fremholdt at formålsbetraktninger ikke i seg selv kunne gi hjemmel (avsnitt 23).

Petter Fredrik Wille, som er direktør for Nasjonal Institusjon for menneskerettigheter, har i en kommentar i Aftenposten nylig satt Høyesteretts avgjørelse i mobiltelefonsaken i et bredere perspektiv. Han sier blant annet:

”Utviklingen de siste årene tyder på at Høyesterett praktiserer lovkravet strengere enn tidligere. Dette medfører at lovgiver ikke kan sitte på gjerdet og stole på at gamle lover, mer eller mindre treffende for vår tid, ivaretar aktuelle behov. Særlig på teknologiområdet medfører utviklingen behov for fortløpende tilpasninger. Lovgiver må da mer aktivt ta stilling til hvilke inngrep myndighetene skal kunne gjøre. Ved sin prinsipielle tilnærming styrker Høyesterett grunnprinsippet om at det er det demokratiske flertallet gjennom Stortinget som bestemmer hvilke inngrep myndighetene har lov til å foreta – inngrep skal være klare og forutsigbare for borgerne. Høyesterett klargjør også overfor politi og underinstansene at gode grunner ikke holder så lenge de ikke også er klart gjennomført i loven.”

Høyesterett avsa i 2015 to viktige avgjørelser knyttet til offentlighet og kildevern i tilknytning til bevis. Den første er Rt. 2015 side 1286 (Rolfsen), hvor Høyesterett av hensyn til kildevernet opphevet det beslaget av upublisert materialet om PST hadde foretatt hos en filmskaper. Den andre er Rt. 2015 side 1467 (Oslo legevakt), hvor NRK i en henlagt straffesak fikk medhold i sin begjæring om tilgang til opptak fra overvåkningskamera på legevakten i Oslo, hvor en mann døde i forbindelse med pågripelsen av ham.

I begge sakene var det konvensjonsretten som sto i sentrum – artikkel 10 i Den europeiske menneskerettskonvensjon og artikkel 19 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Aktuelle grunnlovsregler – herunder § 100 – er helt i bakgrunnen. I den siste av disse to avgjørelsene, som altså gjaldt spørsmålet om rett til innsyn i etterforskningsdokumenter, er man likevel inne på § 100 (avsnitt 42), men da for å forklare hvorfor grunnlovsbestemmelsen ikke hadde noen særlig betydning for saken:

”Jeg nevner endelig at ytringsfrihetsbestemmelsen i Grunnloven § 100 femte ledd gir enhver rett til innsyn i offentlige dokumenter, med de begrensninger som følger av lov. Sjette ledd pålegger myndighetene å legge til rette ’or en åpen og opplyst offentlig samtale’. Paragraf 100 er en rettesnor ved tolkningen av bestemmelser som begrenser retten til innsyn, men det følger uttrykkelig av forarbeidene at den ikke omfatter påtalemyndighetens virksomhet, jf. St.meld. nr. 26 (2003-2004) punkt 6.6 på side 144.”

5. Pågripelse og fengsling

Grunnloven § 94 lyder:

“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.

Den pågrepne skal snarest mulig fremstilles for en domstol. Andre som er berøvet sin frihet, kan få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold.

De som uberettiget har arrestert noen eller ulovlig holdt noen fengslet, står til ansvar for vedkommende.”

Bestemmelsen er nært beslektet med FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 9 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 5. Grunnloven § 94 må tolkes i lys av disse bestemmelsene.³⁹ Det er grunn til å merke seg at § 94 gjelder alle former for frihetsberøvelse, også frihetsberøvelse i utlendingssaker, tvangsinnleggelse med døgnopphold i institusjon i det psykiske helsevernet, og frihetsberøvelse med hjemmel i sosialtjenesteloven eller barnevernloven.⁴⁰

Det foreligger ikke praksis fra Høyesterett som gjelder kravene til hjemmel for pågripelse og fengsling. Praksis knyttet til Grunnloven § 113 vil nok danne utgangspunktet, tilpasset at frihetsberøvelse er et særlig inngripende tiltak.

Vi har et stort antall fengslingssaker der det har vært spørsmål om fengsling er nødvendig og forholdsmessig. Men så langt har man nøyet seg med å knytte dette opp mot straffeprosesslovens regler, kombinert med artikkel 5 i Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Men det er en viktig avklaring at Høyesterett ved videre anke i fengslingssaker har *full kompetanse* med hensyn subsumsjonen under både Grunnloven § 94 og artikkel 5 i Den europeiske menneskerettskonvensjon.⁴¹ Dette omfatter i prinsippet også spørsmålet om fengsling er nødvendig og forholdsmessig. Hensynet til sikringsplikten etter Grunnloven § 92 har her altså slått gått foran kompetansebegrensningen i straffeprosessloven § 388.

³⁹ Om forståelsen av artikkel 5 i den Europeiske menneskerettskonvensjon, se nå storkammerdom 5. juli 2016 *Buzadji mot Moldova*.

⁴⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 24.

⁴¹ Se for eksempel HR-2014-2427-U, HR-2014-2532-U, HR-2015-356-U, Rt. 2015 s. 155 avsnitt 29, HR-2015-846-U, HR-2015-2017-U, Rt 2015 s. 844, HR-2015-1641-U, HR-2015-1778-U, HR-2015-1976-U, HR-2015-2017-U, Rt. 2015 s. 1197 avsnitt 18 og HR-2015-2447-U.

Høyesteretts ankeutvalg har i to saker behandlet fristen for fremstilling til fengsling i § 94 andre ledd første punktum.

Den første er Rt. 2014 side 1102, hvor det var på det rene at fristen var oversittet – spørsmålet var hvilken virkning dette skulle få.

Lagmannsretten hadde gitt ordre om at siktede skulle løslates.

Påtalemyndigheten anket, og gjorde gjeldende at oversittelsen av fristen ikke kunne tilsi løslatelse i en situasjon der vilkårene for fortsatt fengsling uansett var tilstede.

Høyesteretts ankeutvalg hadde følgende syn på dette (avsnitt 16-18):

“(16) Fortsatt frihetsberøvelse etter at fristen er løpt ut, uten at vedkommende er fremstilt for retten, er altså i strid med loven. Uhjemlet frihetsberøvelse er uforenlig med Grunnloven § 94, EMK artikkel 5 og SP artikkel 9. Alle disse tre inneholder dessuten selvstendige og uttrykkelige krav til rask fremstilling for retten – I Grunnloven § 94 andre ledd er dette formulert som et krav om fremstilling 'snarest mulig'. Det er på det rene at ulovlig frihetsberøvelse vil kunne gi grunnlag for erstatningsansvar etter straffeprosessloven kapittel 31, og strafferettslig ansvar, sml. her også Grunnloven § 94 tredje ledd. Dersom rettsbruddet ikke repareres, vil det dessuten kunne inntre folkerettslig ansvar.

(17) Spørsmålet i anken her er imidlertid hvilken virkning oversittelsen har for om *retten kan tillate fortsatt varetektsfengsling*. Fra et rent håndhevings- og reparasjonssynspunkt er det nærliggende å beordre løslatelse straks. Flertallet i lagmannsretten synes, uten at dette sies uttrykkelig, å legge til grunn at oversittelse av fristen ikke bare innebærer at politiet har plikt til å løslate siktede, men også at *retten* mangler hjemmel for å beslutte fengsling, eventuelt at løslatelse uansett er nødvendig for å reparere den ulovlige fristoversittelsen.

(18) Høyesteretts ankeutvalg peker på at det rettsbruddet som fristoversittelsen representerer, isolert sett *avsluttes* ved at politiet bringer spørsmålet om fortsatt fengsling inn for retten. Det er derfor ikke slik at retten skal avvise en begjæring om fortsatt fengsling som er fremsatt etter fristen. Og det er etter utvalgets syn heller ikke slik at fristen representerer en materiell begrensning i domstolenes adgang til å beslutte varetektsfengsling: For den domstolen som skal behandle begjæringen om fengsling er spørsmålet om det *er* grunnlag for varetektsfengsling, slik saken alt i alt står når retten avgjør begjæringen. At politiet har oversittet fristen for fremstilling etter § 183 første ledd er i så måte et forhold som må inngå ved forholdsmessighetsvurderingen, jf. straffeprosessloven § 170a, jf. Grunnloven § 94 første ledd andre punktum. Spørsmålet om løslatelse er nødvendig av hensyn til å reparere rettsbruddet, må ses i denne sammenheng, og også i forbindelse med siktedes mulighet for å kreve erstatning.”

Ankeutvalgets vurdering i denne kjennelsen fra 2014 av hvilken betydning det skal ha at fristen for fremstilling til fengslingsmøte er oversittet, har nok overføringsverdi til andre tilfeller der det viser seg at tidligere fengslinger har vært uhjemlet og derfor grunnlovsstridige.

Den andre fengslingssaken hvor fristen i § 94 andre ledd første punktum har vært nevnt, er Rt. 2015 side 1142. Ett av spørsmålene her var om fristen for fremstilling i straffeprosessloven § 183 – ”snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen” – var forenlig med de krav som følger av artikkel 9 nr. 3 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, slik denne er forstått av Menneskerettskomiteens praksis: Hovedsynspunktet derfra er at en pågrepet må fremstilles for en dommer innen 48 timer – bare helt unntaksvis vil lenger tid være konvensjonsmessig.⁴²

Høyesterett la til grunn at noen få timers oversittelse av 48-timersgrensen var tilstrekkelig rettferdiggjort i den konkrete saken. Førstvoterende trekker ikke Grunnloven § 94 andre ledd første punktum inn i selve drøftelsen. Bestemmelsen er kun berørt mer innledningsvis, og da med det for øye å få frem at fristen i grunnlovsregelen ikke er strengere enn den som følger av konvensjonsregelen (avsnitt 22).

Pågrepelse og varetektsfengsling kan også reise spørsmål opp mot andre grunnlovsrettigheter, blant annet forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling (§ 93), vernet om privat- og familielivet og kommunikasjonen (§ 102).

Vi har så langt ikke hatt noen sak for Høyesterett der man har drøftet rammene for frihetsberøvelsen opp mot slike grunnlovsbestemmelser. Det nærmeste vi kommer er Rt. 2015 side 1142 som jeg nettopp omtalte på. Her var det, i tillegg til det jeg allerede har vært inne på fra den kjennelsen, spørsmål om betydningen av en kortere periode med isolasjon. Høyesterett drøftet imidlertid kun konvensjonsrettslige regler i den sammenheng – ikke våre egne grunnlovsregler. Men det har interesse at Høyesterett la til grunn at artikkel 8 i Den europeiske menneskerettskonvensjon får anvendelse i forbindelse med isolasjon under varetektsfengsling, slik at kravene om at isolasjon må være nødvendig og ikke uforholdsmessig hele tiden må vurderes, jf. her nå også Grunnloven § 102.

Lønning-utvalget var oppmerksom på at frihetsberøvelse av barn reiser særlige spørsmål. Man var også inne på behovet for å ha særskilte regler om dette i Grunnloven.⁴³

⁴² Se uttalelse 27. mars 2008 *Koavsh mot Hviterussland* (klagesak 1787/2008) og *General Comment no. 35* avsnitt 33.

⁴³ Dok 16 (2011-2012) side 117.

“Barnekonvensjonen tillater kun frihetsberøvelse av barn som siste utvei. Straffeprosessloven § 174 fastsetter i tråd med dette at personer under 18 år ikke bør pågripes hvis det ikke er ‘særlig påkrevd’. Regjeringen har fremmet forslag om at dette vilkåret skjerpes gjennom formuleringen ‘tvingende nødvendig’. Denne begrensningen kunne tenkes tatt inn i Grunnloven. På den annen side vil utvalget foreslå en egen bestemmelse om barns rettigheter i Grunnloven, der vernet om barns personlige integritet foreslås særlig fremhevet. I tillegg vil vilkåret om at frihetsberøvelsen ikke skal utgjøre et uforholdsmessig inngrep, stille krav om at det skal mye til før man berøver barn friheten, fordi frihetsberøvelse må antas å være en større belastning for barn enn for voksne. Dette må også gjenspeiles i den konkrete vurderingen. Dette vilkåret i bestemmelsen om frihetsberøvelse og eget vern om barns personlige integritet i egen barnebestemmelse bør være en tilstrekkelig påminnelse om at frihetsberøvelse av barn så langt som mulig bør unngås. Utvalget finner derfor at det ikke er behov for å omtale barn særskilt i forbindelse med en bestemmelse om frihetsberøvelse.”

Begrunnelsen var altså at behovet for særskilt beskyttelse ville være ivaretatt av de alminnelige reglene, i lys av § 104 som blant annet slår fast at hensynet til barnets beste skal være grunnleggende. Jeg minner om at det følger av straffeprosessloven § 183 andre ledd at barn bare kan fengsles i den utstrekning, det er ”tvingende nødvendig”, og at fristen for fremstilling av barn etter § 183 andre ledd er kortere enn for voksne.

Spørsmålet om fengsling av barn kommer ofte på spissen i utlendingssaker, hvor barn fengsles sammen med foreldrene i påvente av uttransportering. Så har vi de barna som er alene. Jeg er urolig for at vi her ikke lever opp til de rettsstatlige krav som Grunnloven stiller.

Det foreligger flere kjennelser i slike saker fra Borgarting lagmannsrett, som stort sett ser ut til å godta at barna varetaktsfengsles. Et unntak er LB-2016-126719, hvor Borgarting lagmannsrett kom til at en familie på seks ikke kunne holdes fengslet på Trandum, fordi det ikke var tilstrekkelig unndragelsesfare, slik loven krever. Lagmannsretten er i kjennelsen også inne på de særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved fengsling av barn og familier, jf. spesielt Grunnloven §§ 93, 94 og § 104, og det er grunn til å tro at de rammer disse bestemmelsene setter hadde betydning for lagmannsrettens vurdering.

Høyesterett har så langt ikke vært synlig i saker om fengsling av barn etter utlendingssaker. De kjennelsene fra lagmannsrettene som er forsøkt anket inn for Høyesteretts kjæremålsutvalg, er helt gjennomgående forkastet ved forenklede kjennelser.⁴⁴

⁴⁴ Se som eksempel HR-2016-619-U.

Så vidt jeg vet, er en slik sak nå klaget inn for Den europeiske menneskerettsdomstolen, som i et knippe nyere saker mot Frankrike ser ut til å være kritisk til den fengslingspraksis av barn i utlendingssaker som nå følges, ikke bare i Norge, men flere steder i Europa.

Den europeiske menneskerettsdomstol har i sin praksis slått fast at artikkel 5 i Den europeiske menneskerettskonvensjon i noen grad gir rett til forsvarerbistand i forbindelse med fremstilling for fengsling, selv om det ikke er sagt noe uttrykkelig om dette i bestemmelsens ordlyd. Dette har vært saker der den siktede ikke har vært i stand til å forsvare seg eller det har foreligget spesielle omstendigheter. Det må vel legges til grunn som et utgangspunkt at Grunnloven § 94 gir rett til forsvarerbistand i samme utstrekning som artikkel 5. Men Grunnloven § 94 går ikke lenger enn artikkel 5.⁴⁵

6. Rettferdig rettergang – generelt

Prinsippet om ”rettferdig rettergang” anses som grunnleggende for rettsstaten. I *Lønning-utvalgets* innstilling forklares dette slik:⁴⁶

“Retten til en rettferdig rettergang står helt sentralt i oppbyggingen og ivaretagelsen av rettsstaten. Rettigheten er bl.a. viktig for at den enkelte skal føle seg trygg på at myndighetene ikke misbruker sin posisjon til å straffeforfølge politiske motstandere eller samfunnskritikere på grunnlag av oppkonstruerte forhold. Den er også av sentral betydning for å få frem to eller flere sider av en sak, slik at ikke myndighetenes eller de ressurssterkes versjon er den eneste som blir hørt og lagt til grunn av domstolene. Videre er rettigheten av sentral betydning for å sikre at bare den som er skyldig etter loven, blir domfelt, og at vedkommende kun straffes for den handlingen han eller hun har begått. I den forbindelse er det også viktig at den enkelte får kunnskap om og forstår hva hun eller han domfelles for. Og til sist er det viktig at domstolene opererer uavhengig, og at dommere ikke er inhabile eller har forutinntatte holdninger overfor grupper eller personer i samfunnet, enten det er tale om personer med en annen politisk oppfatning, med spesielle interesser, med annen etnisk opprinnelse el.l.

På strafferettens område vil et lovskrav, slik det følger av Grunnloven § 96 første punktum, i prinsippet ha liten verdi dersom den tiltalte for eksempel fratras muligheten til å forsvare seg mot anklagene eller mister retten til å eksaminere påtalemyndighetens vitner. For å gjøre lovskravet komplett vil det derfor være naturlig å supplere dette med nettopp retten til en rettferdig rettergang.”

⁴⁵ Rt. 2015 side 955.

⁴⁶ Dok. nr. 16 (201-2012) side 121.

Det føyes samme sted til – som en helt sentral del av begrunnelsen – at siktedes, fornærmedes og allmenhetens oppfatning av at rettergangen er rettferdig, er avgjørende for *tilliten* til domstolene:

”Et samfunn uten rettferdig rettergang og uten tillit til at domstolene søker å oppnå slik rettferdighet, er ingen rettsstat.”

I straffesaker er det vanlig å inkludere retten ”til å la seg representere av advokat, retten til å bli kjent med anklagene mot seg, retten til å forsvare seg mot anklagene (kontradiksjon), retten til tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar, retten til å føre og eksaminere vitner, retten til tolk, retten til offentlig rettergang, retten til begrunnelse for avgjørelsen, retten til anke, og retten til å få saken prøvet for en uavhengig og upartisk domstol med habile dommere innen rimelig tid”.⁴⁷ Også prinsippet om likhet for loven, uskyldspresumsjonen og forbud mot dobbeltstraff anses undertiden som en del av retten til en rettferdig rettergang.

Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14. Med disse bestemmelsene som forbilder, lyder Grunnloven § 95 slik:

“Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.

Statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet.”

Den rettslige virkningen av at prinsippet om rettferdig rettergang nå er grunnlovsfestet, må ses i sammenheng med Grunnloven § 92 om statsmyndighetenes plikt til å respektere og sikre grunnlovsrettighetene, og ligger på tre nivåer:

Før det første: Som grunnlovsnorm utgjør prinsippet om rettferdig rettergang en konstitusjonell skranke for den lovgivende og den utøvende makt.⁴⁸ Denne må håndheves av domstolene, med Høyesterett i spissen, for eksempel dersom det viser seg at Regjeringen eller Stortinget ikke har overskuet konsekvensene av sine beslutninger vis-a-vis prinsippet om rettferdig rettergang, eller der statsmaktene aktivt skulle forsøke å bygge ned rettsstaten.

⁴⁷ Dok. 16 (2011-2012) side 118, med tilslutning i Innst. 186 S (2013-2014) side 23.

⁴⁸ Dok. 16 (2011-2012) side 121, jf. Dok. 186 S (2013-2014) side 23-24.

Her går linjen fra Grunnloven § 95 til formålsbestemmelsen i Grunnloven § 2, til § 92 om statsmyndighetenes plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene, og til § 89, jf. § 88 om Høyesteretts som uavhengig statsmakt med siste ord i den enkelte sak og med rett og plikt til i den forbindelse å sette til side lover og andre myndighetsbeslutninger som er i strid med Grunnloven.

For det andre: Prinsippet om rettferdig rettergang vil prege tolkningen av annen lovgivning.⁴⁹ Er det tvil om hvordan en lovbestemmelse eller forskrift skal forstås, bør domstoler og forvaltning normalt legge til grunn den løsningen som best ivaretar prinsippet om at rettergangen skal være rettferdig. Dette er et konstitusjonelt forankret rettskildeprinsipp som går langt tilbake i norsk rett. Grunnlovsreformen har forsterket grunnlaget for prinsippet og utvidet den materielle rekkevidden av det.⁵⁰

For det tredje: I ordlyden i § 95 er kravet om ”rettferdig rettergang” formulert som et generelt prinsipp, ikke som en individuell rettighet, eller som en motsvarende plikt for staten. Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité fremhevet at ordlyden dermed skulle ta sikte på at ”forholdet mellom de tre statsmakter blir mer balansert fremstilt enn i gjeldende bestemmelser”.⁵¹

Ordlyden og komiteens forklaring gir grunn til å stille spørsmål ved om Grunnloven § 95 her må forstås på en grunnleggende annen måte enn artikkel 6 nr. 1 i Den europeiske menneskerettskonvensjon og artikkel 14 nr. 1 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, for så vidt som den enkelte part i en sak for domstolene ikke skulle kunne gjøre grunnlovsregelen gjeldende direkte for domstolene.

Det fremgår imidlertid av Lønning-utvalgets innstilling at bestemmelsen – på tross av en noe mer dempet ordlyd enn EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 – likevel var ment som en individuell og håndhevbar rett.⁵²

⁴⁹ Dok. 16 (2011-2012) side 121.

⁵⁰ I Rt. 2014 s. 702 avsnitt 15 vises det spesielt til § 92 i forbindelse med at straffeloven § 228 første ledd ble tolket i sammenheng med FNs barnekonvensjon artikkel 19 nr. 1, slik denne var forstått at FNs barnekomité i General Comment no. 8 og no. 11. Andre illustrasjoner av hvordan grunnlovsnormene trekkes inn ved tolkning og anvendelse av alminnelig lovgivning finnes blant annet i HR-2014-1986-U, Rt. 2014 s. 964, Rt. 2014 s. 976 avsnitt 37, Rt. 2014 s. 1034 avsnitt 15, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 68, Rt. 2015 s. 155 avsnitt 37, Rt. 2015 side 334 avsnitt 56, Rt. 2015 s. 490 avsnitt 16, Rt. 2015 s. 833 avsnitt 14, Rt. 2015 s. 1107 avsnitt 44, HR-2016-831-U og HR-2016-919-U.

⁵¹ Innst. 186 S (2013-2014) side 24.

⁵² Dok. 16 (2011-2012) side 122.

”Her utformes retten til rettferdig rettergang som et generelt prinsipp, ikke som en individuell rettighet eller som en plikt for staten. Det ligger likevel i den prinsipielle formuleringen at det er den enkelte som har rett til en rettferdig rettergang, og at statens myndigheter må ivareta denne rettigheten. Den enkelte vil således kunne påberope seg bestemmelsen overfor domstolene dersom hun eller han mener at retten til rettferdig rettergang ikke er ivaretatt. Det vil da være opp til domstolene å finne tilfredsstillende løsninger i konkrete saker. For den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD.”

Stortingets kontroll og konstitusjonskomité tok ikke avstand fra dette i sin innstilling.

Høyesterett har i sin praksis omkring Grunnloven § 95 bygget på Lønning-utvalgets forståelse. En av de tidlige dommene her er Rt. 2014 side 1292 (telefonavhør). Dette var en promillesak, hvor det for Høyesterett ble gjort gjeldende at domfelte ikke hadde fått en rettferdig rettergang: Det avgjørende vitnet – som angivelig hadde sett vedkommende kjøre bil i påvirket tilstand – hadde forklart seg ved fjernavhør på telefon, ikke direkte for den dømmende rett. Om forståelsen av Grunnloven § 95, heter det i avsnitt 21:

”Jeg legger til grunn at retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd er en selvstendig rettsnorm, hvor innholdet må fastlegges ‘i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området’, jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 122. Samme sted fremhever *Lønning-utvalget* at den enkelte ‘vil således kunne påberope seg bestemmelsen overfor domstolene dersom hun eller han mener at retten til rettferdig rettergang ikke er ivaretatt’. Og ved ‘den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD’. Dette bekreftes så langt også av Høyesteretts praksis, jf. Rt. 2014 side 964 avsnitt 10, Rt. 2014 side 1045 avsnitt 40 og Rt. 2014 side 1105 avsnitt 37.”

Det Høyesterett her sier bekrefter at vi har å gjøre med en selvstendig og operativ virksom rettsnorm som den enkelte kan gjøre gjeldende direkte overfor den dømmende rett. Det er opp til domstolen i den enkelte sak å sikre at den siktede får en rettferdig rettergang, jf. her også Grunnloven § 92. Paragraf § 95 skal i så måte tolkes og anvendes i lys av tidligere nasjonal og internasjonal praksis, særlig – men ikke begrenset til – case law fra Den europeiske menneskerettsdomstolen.

Denne dommen fra 2014 viser også at bedømmelsen av om rettergangen har vært rettferdig *i den enkelte sak*, ikke beror på en fast og ensartet regel, men på en overordnet og samlet vurdering av de konkrete forholdene.

Det primære spørsmål er om rettergangen *samlet sett* har vært ”fair”, ikke om det foreligger enkeltstående svakheter underveis.

For så vidt gjaldt de konkrete forhold i denne promillesaken fra 2014 – som Høyesterett kom til ikke var forenlig med retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 – heter det i dommen:

“Det var omstridt hvor beruset hun var da hun observerte kjøringen, og hun skal innledningsvis i etterforskningen ha blitt lovet en form for ‘anonymitet’. I sin forklaring for lagmannsretten husket hun lite, men antok at det hun hadde forklart for politiet – også det per telefon – ‘sikkert var riktig’. Det har interesse her at flertallet i tingretten, etter å ha hørt henne forklare seg direkte for retten, ikke fant det forsvarlig å bygge på hennes vitneprov. Fremmøte for lagmannsretten ville, slik jeg ser dette, gitt et bedre grunnlag for kontradiksjon og en tydeligere påminnelse om ansvaret og alvoret forbundet med å forklare seg som vitne i en straffesak. Men viktigst er det, etter mitt syn, at en direkte forklaring måtte forventes å ville gi retten et vesentlig mer avklart grunnlag for bevisbedømmelsen enn et telefonavhør.”

Høyesteretts dom gir grunn til fortsatt tilbakeholdenhet med bruk av fjernavhør for sentrale vitner, spesielt telefonavhør der det foreligger konkrete forhold knyttet til vitnet selv eller dets tidligere forklaringer som tilsier at man følger lovens hovedregel om at vitner skal forklare seg direkte for retten.

Denne linjen – at det først og fremst er rettergangen sett som et hele som skal bedømmes – er fulgt opp også i senere praksis fra Høyesterett.⁵³ Høyesteretts strukturering av vurderingstema under Grunnloven § 95 er i tråd med konvensjonsorganenes praksis knyttet til artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon og artikkel 14 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Som en nokså ny illustrasjon nevner jeg storkammerdom 13. september 2016 *Ibrahim og andre mot Storbritannia* avsnitt 251, hvor det heter:

“Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be excluded that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings ...”

Om vi ellers sammenligner Grunnloven § 95 med EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, ser vi at § 95 er noe enklere og mer generell.

⁵³ HR-2016-1459-A avsnitt 66, HR-2016-612-U avsnitt 12 og HR-2016-604-U avsnitt 18-21.

I motsetning til de folkerettslige forbildene er Grunnloven § 95 ikke *saklig* avgrenset. Etter bokmålsversjonen gjelder retten til en rettferdig rettergang vedkommende ”sin sak”, enten den er strafferettslig, sivilrettslig eller forvaltningsrettslig. Nynorskversjonen legger opp til en tilsvarende og helt alminnelig rekkevidde. Her kan det derfor tenkes at retten til en rettferdig rettergang etter § 95 rekker noe lenger enn de folkerettslige forbildene, som er avgrenset til saker som avgjør strafferettslige anklager (”criminal charge”) og borgerlige rettigheter og plikter (”civil rights and obligations”).

Domskravet i Grunnloven § 96 kommer her supplerende inn: For ”straff” er det som utgangspunkt et krav om at ”sanksjonen må ilegges av domstolene i første instans etter en prosess initiert av staten”, jf. Rt. 2014 side 620 avsnitt 47 og nedenfor i punkt 8. Her går § 96 lenger enn Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6. Men merk samtidig at begrepet ”straff” etter Grunnloven § 96 er snevrere enn etter Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 og protokoll 7 artikkel 4.⁵⁴

En annen forskjell fra de internasjonale forbildene er at Grunnloven § 95 ikke angir særskilte og uttrykkelig *minimumsrettigheter i straffesaker*, slik artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon og artikkel 14 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter gjør. Så vidt jeg kan forstå, har denne forskjellen liten eller ingen rettslig betydning: Det fremgår av forarbeidene til § 95 at man valgte den enklere formen først og fremst av redaksjonelle grunner, uten intensjoner om å gi § 95 et mer avgrenset innhold enn det som følger av konvensjonene.⁵⁵

“I en grunnlovskontekst finner utvalget at det vil være tungrodd og unødvendig å liste opp de ulike elementer som rettferdig rettergang består av. Det bør være tilstrekkelig at Grunnloven benytter uttrykket ”rettferdig rettergang” og deretter forutsetter at dette uttrykket tolkes i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området.”

I Høyesteretts dom HR-2016-379-A avsnitt 30 ble det i tråd med dette gitt uttrykk for at Grunnloven § 95 fanger opp også Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 3 bokstav c, om retten til å la seg bistå av forsvarer, sml. her også FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3.

⁵⁴ HR-2016-1982-A avsnitt 35. Sml. Rt. 2015 side 931 avsnitt 65-75.

⁵⁵ Dok. 16 (2011-2012) side 122.

Her minner jeg også om at de minstekrav som nevnes i konvensjonene anses som presisering eller konkretisering av den alminnelige normen om en rettferdig rettergang, ikke som selvstendige utvidelser, jf. EMDs storkammerdom 13. september 2016 *Ibrahim og andre mot Storbritannia* avsnitt 251:

“In evaluating the overall fairness of the proceedings, the Court will take into account, if appropriate, the minimum rights listed in Article 6 § 3, which exemplify the requirements of a fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases. They can be viewed, therefore, as specific aspects of the concept of a fair trial in criminal proceedings in Article 6 § 1 ... However, those minimum rights are not aims in themselves: their intrinsic aim is always to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole ...”

En effekt av dette er at brudd på minstekravene ikke i seg selv er tilstrekkelig til å kunne konkludere med krenkelse – her gjelder ingen ”bright-line rule”, jf. *Ibrahim-dommen* avsnitt 260-262. Det avgjørende også i denne konteksten er ”the proceedings taken as a whole”.

7. Elementer i retten til rettferdig rettergang

Det foreligger noen avgjørelser fra Høyesterett som belyser betydningen av ulike elementer i retten til rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95.

Rett til å være tilstede og til å forsvare seg

Rt. 2014 side 1045 (kan man dømme de døde?) gjaldt spørsmålet om det var anledning til å avgjøre domfeltes anke til lagmannsretten over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, når domfelte døde etter at anken ble inngitt, men før saken var avgjort i lagmannsretten.

Høyesteretts flertall tok utgangspunkt i at Grunnloven § 95, tolket i lys av Den europeiske menneskerettsdomstolens praksis under artikkel 6, gir den siktede rett til å være til stede og forsvare seg i egen sak. Når denne retten ikke kunne ivaretas fordi domfelte var død, var grunnlaget for å gjennomføre en rettferdig rettergang ved lagmannsretten ikke tilstede (avsnitt 45). Lagmannsrettens fellende dom kunne da ikke bli stående – den måtte oppheves.

Jeg legger til at Høyesterett fant grunn til – som en virkning av at domfelte var død, men hadde anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet – også å oppheve *tingrettens fellende dom* og *beve straffesaken fra domstolene*. Man kan se av Høyesteretts dom at begrunnelsen for disse to siste elementene ikke utledes direkte av retten til en rettferdig rettergang, men forankres i reelle hensyn og systembetraktninger.

Mindretallets votum får godt frem innvendingene mot også å oppheve tingrettens dom og heve strafforfølgingen.

Frostatting lagmannsrett har i kjennelse 30. juni 2016 kommet til at Høyesteretts dom fra 2014 ikke stenger for at domfeltes *subsidiære* anke over tingrettens saksbehandling tas til avgjørelse selv om domfelte er død, og selv om man da altså skal avvise anken, oppheve tingrettens dom og heve saken. Kjennelsen er, så vidt jeg vet, ikke anket. Jeg tror det vil kunne argumenteres for at lagmannsrettens løsning – å henvise den subsidiære saksbehandlingsanken til avgjørelse i lagmannsretten når straffesaken som sådan allerede er hevet fra domstolene – ikke er riktig.

Kontradiksjon og likebehandling

I Rt. 2015 side 619 avsnitt 12 og 13 slås det fast at Grunnloven § 95 stiller krav til kontradiksjon og likebehandling – "equality of arms" – etter mønster fra de konvensjonsrettslige forbildene:

”(12) Straffeprosessloven § 324 andre ledd – og den tilsvarende regelen i § 383 andre ledd for anke over kjennelse og beslutning – gir ikke uttømmende anvisning på kravene til kontradiksjon og likebehandling (‘equality of arms’) som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1, se Rt. 1999 side 1408, Rt. 2005 side 513 avsnitt 25 og senere avgjørelser. Kontradiksjons- og likebehandlingsprinsippet er nå også grunnlovsfestet gjennom retten til rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd andre punktum.

(13) Kravene til kontradiksjon og likebehandling innebærer at partene i tillegg til å få seg forelagt de faktiske opplysninger som påberopes, må få anledning til å uttale seg om hverandres faktiske og rettslige argumentasjon. Det er i utgangspunktet opp til parten å avgjøre om det er påkrevd med uttalelse, se EMDs dom 3. juni 2003 i saken Walston mot Norge avsnitt 58. Dette innebærer at retten også må sørge for at motparten er gitt anledning til å kommentere en uttalelse som inneholder faktisk eller rettslig argumentasjon.”

Tilsvarende er det i HR-2016-592-A avsnitt 12 fremholdt at straffeprosessloven § 38 er et ”utslag av kontradiksjonsprinsippet, som er en del av retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd andre punktum og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1”.

Begrunnelse

HR-2016-1151-U, som er en begrunnet beslutning om å nekte en anke fremmet for Høyesterett, omhandler blant annet kravene til begrunnelse ved fellende dommer i jursaker i lagmannsrettene. I avsnitt 12 heter det:

”Det følger av Høyesteretts praksis fra og med plenumsdommen i Rt. 2009 side 750 avsnitt 76 at de krav til begrunnelse som følger av straffeprosessloven § 40 femte ledd for bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet i saker som behandles av meddomsrett, får analogisk anvendelse for lagmannsrettens

bevisbedømmelse under *reaksjonsspørsmålet* i saker hvor skyldspørsmålet avgjøres av en lagrette. Unntaksvis kan det også være aktuelt for de tre fagdommerne å begrunne sin beslutning om å legge lagrettens kjennelse til grunn. Er lagmannsrettens begrunnelse samlet sett mangelfull på sentrale punkter, vil dette etter omstendighetene kunne medføre opphevelse, jf. Rt. 2009 side 1439 avsnitt 27, Rt. 2009 side 1526 avsnitt 35-37 og Rt. 2011 side 172 avsnitt 29. Det fremgår av disse avgjørelsene at kravet om begrunnelse forstås blant annet ut fra målet om å sikre at bevisbedømmelsen skjer på et rasjonelt grunnlag, det skal legges til rette for overprøving og det skal gjøre den dømmende retts konklusjoner etterprøvbare for allmennheten og den domfelte, jf. her også kravene til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1.”

Selvinkrimineringsvern

Av HR-2016-1459-A fremgår at Grunnloven § 95 gir beskyttelse mot selvinkriminering, i den forstand at den forbyr at en siktet pålegges, presses eller lures til å forklare seg om det forhold siktelsen gjelder. Også her bygger Høyesterett direkte på det som kan utledes om dette fra praksis under artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon og artikkel 14 nr. 3 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Der pekes i dommen på at det ikke er i strid med vernet mot selvinkriminering at sakkyndige (eller andre) trekker slutninger av bevismessig betydning fra en tiltalts atferd på et sted hvor vedkommende har plikt til å være tilstede, for eksempel i retten.

Upartisk og uavhengig domstol

I Grunnloven § 95 er retten til behandling ved en upartisk og uavhengig domstol skilt ut i en egen setning i første ledd første punktum, jf. artikkel 6 nr. 1 i Den europeiske menneskerettskonvensjon og artikkel 14 nr. 1 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Kravene til upartiskhet – habilitet – er skjerpet i Høyesteretts praksis de senere år.⁵⁶ I Rt. 2013 side 1570 avsnitt 20 er kravene oppsummert slik:

”Domstolloven § 108 fastsetter at en person ikke kan være dommer i en sak hvis 'særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet'. Dette innebærer for det første at det ikke må foreligge omstendigheter som gjør at dommeren ikke er i stand til å treffe en upartisk avgjørelse uten å skjule til irrelevante hensyn ut fra et subjektivt perspektiv. For det andre må det ikke foreligge forhold som knytter dommeren til en part på en slik måte at det for partene og allmennheten kan reises spørsmål ved dommerens upartiskhet. Denne objektive tilnærmingen - hvordan forholdet tar seg ut fra utsiden - har fått økende vekt i rettspraksis de senere årene, jf. Rt. 2011 side 1348 avsnitt 46. Dette har medført en innstramning av habilitetsreglene og innebærer at eldre praksis ikke alltid vil være veiledende for hva som er rettstilstanden i dag ...”

⁵⁶ Bruddet kom ved Rt. 2008 side 1466, se flertallsvotumet fra avsnitt 28 flg.

Dette er sitert med tilslutning i HR-2016-681-A avsnitt 16. I avsnitt 17 og 18 i dommen heter det så:

“(17) Domstolloven § 108 tolkes i samsvar med kravene etter EMK artikkel 6 nr. 1 og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). I EMDs dom 17. desember 2015 *Kristiansen mot Norge* avsnitt 49 er den objektive testen oppsummert slik:

‘Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his or her impartiality. This implies that, in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge or a body sitting as a bench lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified ...’

(17) Det avgjørende er altså om de særlige forholdene i saken etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet, jf. også Rt. 2015 side 975 avsnitt 13 med videre henvisninger.”

Høyesterett har i en rekke avgjørelser etter grunnlovsreformen forutsatt at Grunnloven § 95 gir uttrykk for den samme normen.⁵⁷

” ... innen rimelig tid”

Retten til behandling og avgjørelse innen ”rimelig tid” følger av artikkel 6 nr. 1 i Den europeiske menneskerettskonvensjon og artikkel 14 nr. 1 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Grunnloven § 95 første ledd første punktum gir uttrykk for det samme. Høyesterett har, også i storkammer, slått fast at Grunnloven § 95 og artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon har det samme innholdet.⁵⁸

Det ligger i dette at kravet knytter seg til tiden fra vedkommende blir siktet til det foreligger en endelig avgjørelse av straffekravet, og at spørsmålet om retten er krenket beror på en samlet vurdering av tidsforløpet og årsakene til det. Uforklarte dødperioder over et år vil utgjøre brudd. Høyesterett har i storkammer slått fast at der det foreligger et klart brudd, bør dette slås uttrykkelig fast i dommen mot vedkommende.

Lang saksbehandlingstid må også kompenseres, i utgangspunktet ved at den samlede straff gjøres kortere enn den ellers ville ha blitt.⁵⁹

⁵⁷ Jf. Rt. 2014 side 964 avsnitt 10, Rt. 2015 side 250 avsnitt 17, Rt. 2015 side 490 avsnitt 16, HR-2016-660-U avsnitt 14, HR-2016-106-A avsnitt 13, HR-831-U, HR-2016-845-U, HR-2016-919-U, HR-2016-956-S avsnitt 20-22.

⁵⁸ Rt. 2015 side 788 avsnitt 30, Rt. 2015 side 1103 avsnitt 16, HR-2016-225-S avsnitt 26 og HR-2016-591 avsnitt 19

⁵⁹ HR-2016-956-S. For illustrerende praksis ellers, se Rt. 2015 side 788, Rt. 2015 side 1103, Rt. 2015 side 1165, HR-2016-592-A og HR-2016-1454-A.

Rett til anke

Rt. 2015 side 334 gjaldt spørsmålet om domfeltes anke skulle avvises fordi forsvareren hadde latt være å inngi støtteskriv. Det var på det rene at forsvareren hadde forsømt seg. Spørsmålet var om domfelte måtte identifiseres med sin forsvarer her, eller om lagmannsretten skulle ha gitt ham en kort frist til å supplere ankeerklæringen, jf. straffeprosessloven § 319. Høyesterett fremholdt her:

“(56) Konsekvensen av en identifikasjon med forsvarerens feil er at domfelte avskjæres fra å få sin anke realitetsbehandlet av grunner som han ikke er herre over. Og ankeretten er, som fremholdt tidligere, en personlig rett for domfelte, og en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i straffeprosessen. Retten til anke følger av menneskerettskonvensjonene som Norge er tilsluttet, jf. gjennomgangen av dette i Høyesteretts storkammerdom i Rt. 2008 side 1764, avsnitt 57 til 64, og er også et sentralt element i kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95, se Lønning-utvalgets innstilling i Dok. 16 (2011-2012) side 118 i punkt 23.1.

(57) Etter mitt syn må rettssikkerhetshensynene være utslagsgivende. De faller også sammen med det som følger av en naturlig tolking av formuleringen i § 319 annet ledd og prinsippet om at siktede ikke skal være skadelidende for forsvarerens prosessuelle forsømmelse.”

Dommen er interessant fordi den slår fast at selv om artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon ikke gir rett til anke, så er retten til anke ”et sentralt element i kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95”. Forbildet er nok FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 5, slik denne ble utlagt i storkammerdommen fra Rt. 2008 side 1754. Dommen illustrerer at der de ulike konvensjonene gir forskjellig beskyttelsesnivå, vil Høyesterett være tilbøyelig til å velge den tolking av grunnlovsregelen som best avspeiler det *høyeste* nivået. Dommen viser dessuten hvordan grunnlovsregelen om rettferdig rettergang i neste omgang trekkes inn som et avgjørende element ved tolkningen av straffeprosessloven.

8. Grunnloven § 96: lov, dom og uskyldspresumsjon

Grunnloven § 96 første og andre ledd lyder slik:

“Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.

Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.“

Første ledd er en videreføring av den opprinnelige bestemmelsen. Andre ledd – uskyldspresumsjonen – er ny i Grunnloven i og med reformen i 2014.

Lovkravet

Når Grunnloven § 96 første ledd stiller krav om lovhjemmel for straff, er dette for så vidt utslag av det alminnelige legalitetsprinsippet som nå følger av Grunnloven § 113. Men det er på det rene at det hjemmelskravet som i dag utledes av Grunnloven § 96 første ledd, er strengere enn det som ellers ville ha fulgt av § 113.⁶⁰

I Høyesteretts eldre praksis ser man få spor av prinsipiell tenkning omkring det strafferettslige lovkravet. Gjennom et knippe avgjørelser fra og med 2009 har imidlertid Høyesterett, i lys av Grunnloven § 96 og artikkel 7 i Den europeiske menneskerettskonvensjon revitalisert lovprinsippet i strafferetten, med strenge krav til at straffansvar må ha dekning i lovens ord. I Rt. 2012 side 313 avsnitt 29 understreker førstvoterende mer generelt ”at straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpes ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt har ønsket å ramme det”.

Denne linjen er fulgt opp også i tiden etter Grunnlovsreformen, se Rt. 2015 side 1008 og HR-2016-1458-A (Haxi). Den siste avgjørelsen er nokså illustrerende. Ankende part var av politiet bøtlagt for å ha utført persontransport mot vederlag uten løyve. Kontakten mellom sjåfør og passasjer var formidlet gjennom mobilapplikasjonen Haxi. Spørsmålet var om løyveplikten da gjaldt. Førstvoterende ga følgende, mer generelle, oppsummering av lovkravet i § 96 første ledd:

“Før jeg går inn på dette lovtolkningsspørsmålet, minner jeg om *lovkravet* i strafferetten, slik dette følger av Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 7. Dette omfatter dels et krav om at straffebudene utformes tilstrekkelig presist til å gi nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området, og dels en instruks om at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker. Jeg viser spesielt til Rt. 2009 side 780 avsnitt 20-21 (derivat), Rt. 2011 side 469 avsnitt 9 (mishandling av tidligere samboer), Rt. 2012 side 313 avsnitt 29 (grov ‘selvvasking’), Rt. 2012 side 752 avsnitt 26, (helikopterlanding), Rt. 2012 side 1211 avsnitt 18 og 22 (internettblogg) og Rt. 2014 side 238 avsnitt 15-19 (hønssekauk). Den forståelsen av lovkravet som ligger til grunn for disse dommene, utelukker også straff per *analogi* - altså med den begrunnelse at det forholdet som er til pådømmelse, har så store likhetstrekk med det som omfattes av et straffebud, at det bør bedømmes likt.”

Høyesterett kom til at vilkåret for løyveplikt i yrkestransportloven § 4 første ledd andre punktum – at tilbudet om transport ”vert retta til ålmenta på offentlig plass” – ikke var oppfylt, ettersom applikasjonen ikke var en slik ‘offentlig plass’.”

⁶⁰ HR-2016-1982-A.

Det ble vist til at ordlyden ut fra sammenhengen siktet til et fysisk sted, ikke en mobilapplikasjon. Og det ble tilføyd:

“Den situasjonen vi har foran oss – at det innledende kontaktpunktet mellom sjåfør og passasjer ikke er et fysisk sted, men en mobilapplikasjon som er tilgjengelig for enhver – så nok lovgiver ikke for seg da loven ble gitt. Det kan i dag være forskjellige syn på hvilken regel som *bør* gjelde for de ulike variantene av slike applikasjoner. En eventuell utvidelse av den straffesanksjonerte løyveplikten må, av hensyn til lovkravet som jeg har vært inne på, uansett skje ved ny lovgivning, ikke gjennom analogisk anvendelse av lovregelen om løyveplikt i yrkestransportloven § 4 første ledd andre punktum.”

Kravet om dom

Grunnloven § 96 første ledd stiller også et krav om dom. Innholdet i dette kravet, og sammenheng mellom dette, Grunnloven § 95 første ledd og artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon, er omhandlet på en instruktiv måte i Rt. 2014 side 620 avsnitt 45-48:

”(45) Etter Grunnloven § 96 kan ingen ’straffes uten etter dom’. Domskravet har generelt vært forstått slik at sanksjoner som er straff i Grunnlovens forstand bare kan ilegges av domstolene i første hånd ...

(46) Jeg finner ikke grunn til å gå inn på den historiske bakgrunnen for domskravet utover å peke på at et sentralt formål med bestemmelsen er å gi vern mot vilkårlig ilegging av straff gjennom de rettssikkerhetsgarantier som ligger i en behandling ved uavhengige domstoler. Det vern som følger av Grunnloven suppleres i dag av den generelle domstolskontrollen av forvaltningen.

(47) Partene legger til grunn at overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 faller inn under begrepet ’criminal charge’ i EMK artikkel 6. Straffebegrepet i EMK er vesentlig videre enn Grunnlovens begrep, og jeg er enig i at gebyret er straff i konvensjonens forstand. Behandlingen av saken må derfor oppfylle de minimumskrav som følger av artikkel 6 slik den er tolket av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) i saker om administrativt ilagte straffesanksjoner. Blant disse krav er – som etter Grunnloven § 95 – retten til å få saken avgjort av en uavhengig og upartisk domstol etter en rettferdig rettergang. Det er imidlertid på det rene at det etter artikkel 6 – i motsetning til Grunnloven § 96 – ikke kreves at sanksjonen må ilegges av en domstol. Det er heller ikke anført at artikkel 6 i denne saken krever at gebyret ble ilagt av en domstol i første omgang. I en sak som vår er det sentrale ved prøvingen etter EMK om den etterfølgende domstolskontrollen av forvaltningens vedtak oppfyller konvensjonens krav.

(48) Selv om en sanksjon faller utenfor § 96, vil det altså være omfattende rettssikkerhetsgarantier for den som rammes. Det som kommer i tillegg etter § 96 er først og fremst at reaksjonen må ilegges av domstolen i første instans etter en prosess initiert av staten. Faller derimot sanksjonen utenfor 96, ligger søksmålsbyrden regulært på den private parten. Ved fastleggingen av hvilke sanksjoner som anses som straff etter § 96, er bestemmelsens formål og de rettssikkerhetsgarantier som gjelder utenfor grunnlovsbestemmelsens virkeområde viktige momenter.”

Uskyldpresumsjonen

Uskyldpresumsjonen er tatt inn i Grunnloven § 96 andre ledd, etter mønster fra artikkel 6 nr. 2 i Den europeiske menneskerettskonvensjon og artikkel 14 nr. 2 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.⁶¹ Det er forutsatt at tolkningspraksis knyttet til disse bestemmelsene danner grunnlaget også for grunnlovstolkningen.⁶² I Rt. 2014 side 1292 sier Høyesterett følgende:

(14) Bestemmelsen kom inn i Grunnloven ved revisjonen i mai 2014. *Lønning-utvalget*, som utarbeidet det samlede forslaget til grunnlovsreformen, fremholdt at § 96 andre ledd befester 'et særlig viktig rettsstatsprinsipp', jf. Dok.nr. 16 (2011-2012) side 130. Og Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at § 96 andre ledd 'grunnlovsfester innholdet i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2', jf. HR-2014-2364-A avsnitt 29. Innholdet og rekkevidden må da fastlegges i lys at disse internasjonale parallellene, jf. også Grunnloven § 92.

(15) Presumsjonen om uskyld rommer flere regler og prinsipper. Helt grunnleggende er det at i ordinære straffesaker må påtalemyndigheten bevise tiltaltes skyld utover rimelig tvil, jf. Rt. 2008 side 1409 avsnitt 89, Rt. 2010 side 655 avsnitt 17 og EMDs dom i *Barberà, Messegue og Jabardo mot Spania* 6. desember 1988 avsnitt 77. Den tiltalte kan på sin side ikke avkreves bevis for sin uskyld. Han kan heller ikke domfelles fordi han ikke har villet gi en fullstendig forklaring. Regelen her står i sammenheng med den tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv, jf. Grunnloven § 95 første ledd, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Jeg viser til Rt. 2011 side 800 avsnitt 40 og til EMDs dom i *John Murray mot Storbritannia* 8. februar 1996 avsnitt 41-54 og i *Telfner mot Østerrike* 20. mars 2001 avsnitt 15-18. I Telfner-dommen avsnitt 17 fremheves samtidig at 'common-sense inferences' fra den tiltaltes taushet er i orden dersom påtalemyndigheten gjennom bevisførselen allerede har 'established a case against him, which called for an explanation'. Og i *Donoboe mot Irland* 12. desember 2013 avsnitt 84 heter det at 'silence maintained in response to questions 'clearly calling for an explanation' can be taken into account although that negative inference cannot be the 'sole or main' basis for a conviction'. Straffeprosessloven § 93 andre ledd - som åpner for at den tiltaltes taushet kan holdes mot ham - må forstås på denne bakgrunn."

I den saken, som gjaldt promillekjøring, var spørsmålet om det var tiltalte – som utvilsomt hadde vært alkoholpåvirket – eller noen andre som hadde kjørt bilen. Ved redegjørelsen for bevisbedømmelsen på dette punktet, tok lagmannsretten utgangspunkt i at tiltaltes bil ble funnet av politiet samme sted som tiltalte ble pågrepet. I bagasjerommet lå tiltaltes jakke med lommeboken hans. Tiltalte hadde forklart at han ble kjørt dit av en person, men at han var så full at han ikke husker hvem det var.

⁶¹ Rt. 2014 side 1161 avsnitt 29.

⁶² Dok. 16 (2011-2012) side 130.

Lagmannsrettens bemerker at “tiltalte etter pågripelsen for promillekjøring, burde være interessert i å finne ut hvem som hadde kjørt ham, og at miljøet på stedet er såpass oversiktlig at det etter alt å dømme ville latt seg gjøre å finne ut av dette ved å spørre andre festdeltakere”. Videre fremholdt lagmannsretten at når tiltalte ikke har kunnet oppgi hvem som kjørte ham, er var det et bevismoment i hans disfavør.

Høyesterett var ikke spesielt begeistret:

(17) Jeg utelukker ikke at lagmannsrettens flertall kan ha forsøkt å få frem at den ikke festet lit til tiltaltes forklaring om at det må ha vært noen andre som kjørte bilen hans. Men det dette avsnittet i lagmannsrettens dom etter sitt eget innhold gir uttrykk for - som opptakt til gjennomgangen av påtalemyndighetens bevisførsel - er at det er et bevismoment i tiltaltes disfavør at han ikke har opplyst hvem det var som kjørte bilen, ettersom *han selv kunne og burde ha sørget for å undersøke* dette i sitt nærmiljø. Dette er noe annet enn å trekke slike ‘common-sense’ slutninger fra den tiltaltes taushet som uskyldspresumsjonen i noen grad tillater: Ved å legge vekt på at tiltalte selv kunne og burde ha sørget for en avklaring, har lagmannsrettens flertall i realiteten kommet i skade for å pålegge ham en utrednings- og bevisføringsplikt som ikke er forenlig med uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd, jf. EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2. Feilen knytter seg til et helt sentralt bevisstema i saken, og må derfor lede til opphevelse av lagmannsrettens dom med ankeforhandling, jf. straffeprosessloven § 342 første ledd nr. 3, jf. § 347 og Grunnloven § 92, jf. EMK artikkel 13.”

I HR-2016-1857-A (ulvejakt på Elverum), gjorde forsvareren gjeldende at uskyldspresumsjonen var krenket fordi lagmannsretten hadde trukket for vidtrekkende slutninger av den omstendighet at den aktuelle tiltalte ikke hadde kunnet gi ”noen rimelig forklaring” på de bevisene som påtalemyndigheten hadde ført mot ham. Til dette sa Høyesterett (avsnitt 44):

”Det følger av Rt. 2014 side 1292 avsnitt 14-15 at Grunnloven § 96 andre ledd og EMK artikkel 6 nr. 2 er til hinder for at siktedes taushet utgjør det eneste eller det hovedsakelige bevis for straffeskyld. Det er heller ikke anledning til å pålegge den siktede selv å foreta utrednings- eller etterforskningskritt for å bevise sin uskyld. I saken mot D er det imidlertid, slik lagmannsretten har redegjort utførlig for, adskillig bevismateriale. Når lagmannsretten viser til Ds svake forklaring med hensyn til ’konkrete og problematiske bevisemener’, som et ’moment’ i den samlede bevisvurderingen, er det - slik jeg leser dommen - primært for å forklare hvorfor lagmannsretten fant å kunne bygge på de bevisene som talte mot ham, og for å anskueliggjøre årsaken til at man så bort fra at han selv benektet befatning med ulvejakten. Dette er i tråd med etablert norsk praksis, og går etter mitt syn godt klar av de grenser som følger av Grunnloven § 96 andre ledd og av EMK artikkel 6 nr. 2.”

Det følger ellers av Høyesteretts praksis etter 2014 at uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd er til hinder for at en domstol konstaterer straffeskyld for et forhold det ikke er tatt ut tiltalte for.⁶³ Det er heller ikke anledning til ved straffutmålingen å bygge på at tiltalte har foretatt en handling som lagretten har frifunnet ham for.⁶⁴ Det er også i strid med uskyldspresumsjonen å bygge bevisvurderingen i en sak på at tiltalte har begått en handling som vedkommende allerede er endelig frifunnet for.⁶⁵ Og vi vet godt at konstatering av straffeskyld i tilknytning til avgjørelsen av sivile krav i frifinnende straffedommer, ikke er forenlig med uskyldspresumsjonen.

Høyesterett har understreket at uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 ande ledd bare får anvendelse for så vidt som det er spørsmål om sanksjoner som er ”straff” i den forstand dette uttrykket har vært forstått i sammenheng med lov- og domkravet som nå står i Grunnloven § 96 første ledd.⁶⁶ Men ved frifinnende straffedommer må det gjøres en viktig påbygning av dekningsområdet for uskyldspresumsjonen, for tiden etter dommen: Uskyldspresumsjonen forbyr også mer generelt at offentlige myndigheter behandler, eller omtaler, den som er frifunnet som om han likevel er skyldig i den straffbare handlingen som han er endelig frifunnet for. Jeg viser til Den europeiske menneskerettsdomstolens instruktive oppsummering i storkammerdom 12. juli 2013 *Allen mot Storbritannia* (avsnitt 94):

”However, in keeping with the need to ensure that the right guaranteed by Article 6 § 2 is practical and effective, the presumption of innocence also has another aspect. Its general aim, in this second aspect, is to protect individuals who have been acquitted of a criminal charge, or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued, from being treated by public officials and authorities as though they are in fact guilty of the offence charged. In these cases, the presumption of innocence has already operated, through the application at trial of the various requirements inherent in the procedural guarantee it affords, to prevent an unfair criminal conviction being imposed. Without protection to ensure respect for the acquittal or the discontinuation decision in any other proceedings, the fair-trial guarantees of Article 6 § 2 could risk becoming theoretical and illusory. What is also at stake once the criminal proceedings have concluded is the person’s reputation and the way in which that person is perceived by the public. To a certain extent, the protection afforded under Article 6 § 2 in this respect may overlap with the protection afforded by Article 8 ...”

Det som her sies må trolig også være dekkende for innholdet i Grunnloven § 96 andre ledd.

⁶³ Rt. 2015 side 345 avsnitt 21.

⁶⁴ HR-2016-933-U.

⁶⁵ HR-2016-1085-U.

⁶⁶ Rt. 2015 side 921.

Ikke grunnlovsforbud mot dobbelstraff

Lønning-utvalget hadde foreslått at det i Grunnloven skulle tas inn et forbud mot dobbelstraff (*ne bis in idem*), etter mønster fra Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4. Dette skulle stå som et nytt sisteledd i Grunnloven § 96, og lyde slik:

”Ingen kan straffes mer enn én gang for samme handling.”

Forslaget støtte på uforutsette vanskeligheter. Man ble under stortingsbehandlingen oppmerksom på at straffebegrepet i Grunnloven § 96 første ledd og i Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1 ikke er identiske. Samtidig var det fra Lønning-utvalgets side forutsatt at straffebegrepet i det forbudet mot dobbelstraff som man foreslo i § 96 skulle være det samme som under protokoll 7 artikkel 4, som igjen er det samme som i artikkel 6 nr. 1. Man ville altså med Lønning-utvalgets opplegg få to ulike straffebegrep i én og samme bestemmelse.

Man valgte, på grunn av den uklarhet dette kunne komme til å representere, å utsette behandlingen av forslaget om et forbud mot dobbelstraff i § 96. Det ble avholdt et ekspertseminar om emnet i Stortingets konstitusjons- og kontrollkomité for å få en nærmere avklaring. Etter nye runder i komiteen ble konklusjonen at forslaget ikke burde vedtas, av frykt for å skape en rettslig uoversiktlig situasjon.⁶⁷ I lys av den usikkerheten det har vært både i Høyesteretts og Den europeiske menneskerettsdomstolens praksis med hensyn til forståelsen av protokoll 7 artikkel 4, var dette kanskje like greit.

9. Reaksjon og fullbyrdelse

Mitt siste punkt gjelder noen *helt korte* merknader om Grunnloven og fastsettelse av straffereaksjoner og fullbyrdelse.

For så vidt gjelder *straffarter*, forbyr Grunnloven § 93 første ledd dødsstraff. Det ligger i dette at ingen norsk domstol har anledning til å idømme slik straff, selv om Stortinget forfatningsstridig skulle vedta en lov som ga hjemmel for dette – eller man skulle komme til at folkeretten ga slik hjemmel. Det vil også være i strid med Grunnlovsbudet å effektivere dødsstraff.⁶⁸

⁶⁷ Se Innst. 263 S (2014-2015) side 8-9.

⁶⁸ Dok. 16 (2011-2012) side 106.

Grunnloven § 93 andre ledd forbyr straffemetoder eller straffegjennomføring som utgjør tortur, eller må anses umenneskelig eller nedverdiggende. Jeg antar dette forbudet skal tolkes i lys av artikkel 3 i Den europeiske menneskerettskonvensjon, slik denne er anvendt i en nokså omfattende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol.⁶⁹ Her kommer også FNs torturkonvensjon og Europarådets torturkonvensjon inn. Det må legges til grunn at vernet etter § 93 andre ledd er absolutt – det er ikke rom for å gjøre unntak.⁷⁰

Grunnloven § 93 tredje ledd forbyr tvangsarbeid. Men det er i forarbeidene til bestemmelsen forutsatt at dette ikke rammer innsattes arbeid i fengsler, og det er i så måte forutsatt at grunnlovsbestemmelsen skal ha samme innhold som artikkel 4 i Den europeiske menneskerettskonvensjon. Her er det sagt uttrykkelig at blant annet innsattes arbeid i fengsler faller utenfor selve definisjonen av tvangsarbeid.⁷¹ Samfunnsstraff er heller ikke tvangsarbeid i Grunnlovens forstand.

Jeg minner om Grunnloven § 104, som legger bånd på bruken av fengselsstraff for mindreårige lovbrøtere, og som også gir føringer for soningsforholdene dersom man likevel – og helt unntaksvis – må akseptere bruk av fengsel overfor barn.⁷²

Grunnloven § 96 tredje ledd slår fast:

”Ingen kan dømmes til å avstå fast eiendom eller samlet formue, med mindre verdiene er benyttet til eller er utbytte fra en straffbar handling.”

Dette er en modernisering av det tidligere konfiskasjonsforbudet i § 104, uten at man har tatt sikte på noen realitetsendring. Det er nytt at Grunnloven nå uttrykkelig tillater inndragning, så langt det foreligger slik sammenheng som ordlyden beskriver mellom de verdier som inndras og den straffbare handling. Slik ble den gamle grunnlovsbestemmelsen tolket, men nå kommer regelen klart til uttrykk gjennom ordlyden.

Grunnlovens system og ulike bestemmelser, blant andre §§ 2, 88, 95 og 96, når de ses i sammenheng, forutsetter at straff i individuelle tilfeller skal fastsettes av domstolene med utgangspunkt i det konkrete saksforholdet som er til pådømmelse.

⁶⁹ Sml. jf. HR-2016-1051-A avsnitt 36

⁷⁰ Dok. 16 (2011-2012) side 109.

⁷¹ Dok. 16 (2011-2012) side 111.

⁷² Se Arnfinn Bårdsen, ”Norges Høyesterett og ‘barnets beste’ som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm”, i Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei* (2015) side 243-268, på side 247-248.

Det går trolig en yttergrense for hvor sterkt lovgiver kan binde dommerskjønnet med hensyn til *ikke* å ta individuelle hensyn. Høyesteretts praksis så langt viser likevel at lovgiver nok har atskillig å gå på her.⁷³

Ved frihetsstraff er det spørsmål om det ligger en ramme for så vidt gjelder både nivå og konkret utmåling i Grunnloven § 94: Etter ordlyden gjelder § 94 også frihetsberøvende straffer – og stiller det krav at frihetsberøvelse må være ”nødvendig” og ikke utgjør et ”uforholdsmessig inngrep”. Jeg minner her også om det alminnelige forholdsmessighetskrav som gjelder ved inngrep i konvensjonsrettigheter, og som også gjelder der inngrepet skjer i form av straff.

10. Avslutning

Det foreligger et ganske stort antall avgjørelser fra Høyesterett etter mai 2014 hvor Grunnloven del E er trukket mer eller mindre sentralt inn. Ikke overraskende gjelder en stor andel av dem strafferettslige og straffeprosessuelle tema.

I enkelte saker, hvor det ut fra saken og rettsspørsmålene kunne ha vært naturlig å gå inn på en eller flere bestemmelser i Grunnloven del E, har Høyesterett latt det være. I stedet har dommerne nøyd seg med å vise til parallelle konvensjonsregler. Det er mitt inntrykk at slike unnlatelser er sjeldnere nå enn før.

Det er muligens et visst – men ikke helt entydig – mønster med hensyn til hvilke dommerkonstellasjoner som er minst og mest tilbøyelige til å ta i bruk de nye grunnlovsbestemmelsene. Her må nok også dere forsvarere ta deres del av ansvaret: Prosessopplegget har faktisk og praktisk ganske stor betydning for Høyesteretts arbeid med en straffesak og for hvor mye eller lite vi får ut av den og som får verdi utover saken selv.

Først og fremst er det imidlertid mitt inntrykk av Høyesteretts praksis siden grunnlovsreformen at Høyesterett, i et konstruktivt samvirke med både påtalemyndigheten og forsvarerne, har fulgt opp Stortingets ambisjoner med reformen – Grunnloven er tatt i bruk og revitalisert.

⁷³ En illustrasjon gir Rt. 2015 side 51 avsnitt 16, som gjaldt Stortingets uvanlig detaljerte anvisninger – gjennom en lovendring i 2014 – om straffenivå og straffutmåling ved brudd på innreiseforbudet i utlendingsloven. Se nærmere Anette Plassen, ”Skjerpet strafferamme for brudd på innreiseforbudet”, *Kritisk Jus* 2016 side 181-216.

Det er, mener jeg, også dekning for å si at Høyesterett har fulgt opp Stortingets forutsetninger med hensyn til å arbeide for å fylle Grunnloven med et mer presist og avklart innhold, spesielt – men ikke bare – i lys av konvensjonsrettslig tolkningsmateriale.

Høyesteretts hovedoppgave er rettsavklaring og rettsutvikling. Grunnlovsspørsmål er i kjernen av denne hovedoppgaven.⁷⁴ Og Grunnloven § 92 pålegger Høyesterett en konstitusjonell plikt til å respektere og sikre grunnlovsrettighetene til alle som befinner seg innenfor norsk jurisdiksjon. Jeg er ikke et øyeblikk i tvil om at dere forsvarere også i fremtiden vil yte avgjørende bidrag til at Høyesterett fortsatt skal kunne fylle denne oppgaven.

⁷⁴ Rt. 1980 side 52 og Rt. 2009 side 1118 avsnitt 71-75.