



NORGES HØYESTERETT

Den 8. mai 2020 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Kallerud, Thyness og Steinsvik i

HR-2020-972-U, (sak nr. 20-065997STR-HRET), straffesak, anke over kjennelse:

A (advokat Øivind Sterri)

mot

Påtalemyndigheten (politiadvokat Marthe Notøy)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder videre anke over kjennelse om varetektsfengsling og reiser spørsmål om siktedes rett til fremstilling ved første gangs fengsling, jf. straffeprosessloven § 183 og EMK artikkel 5 nr. 3.
- (2) A, født 00.00.1999, er siktet for forsøk på drap eller medvirkning til dette.
- (3) Han ble pågrepet 23. april 2020 og begjært varetektsfengslet påfølgende dag. Rettsmøte ble berammet til 25. april 2020.
- (4) Før rettsmøtet anmodet påtalemyndigheten og tingretten om at rettsmøtet skulle holdes som fjernmøte, jf. midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 459 om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 (koronaforskriften) § 2, gitt med hjemmel i midlertidig lov 27. mars 2020 nr. 17 om forskriftshjemmel for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 mv. (koronalovent) § 2. Etter at siktede og forsvareren hadde fått uttale seg, og motsatt seg fjernmøte, besluttet tingretten at rettsmøtet skulle gjennomføres som fjernmøte. Tingrettens beslutning er grunnlagt og inntatt i rettsboken fra fengslingsmøtet.
- (5) Rettsmøtet ble gjennomført ved at dommeren satt i rettssalen, mens siktede var til stede via videolink fra arresten sammen med sin forsvarer. Aktor var til stede via videolink fra hjemmekontor.
- (6) Oslo tingrett avsa 25. april 2020 kjennelse med slik slutning:

«A, født 00.00.1999, kan holdes i varetektsfengsel inntil annet blir bestemt av påtalemyndigheten eller retten, men ikke ut over 23. mai 2020.»

Han undergis brev- og besøksforbud og delvis isolasjon overfor medsiktede i hele fengslingsperioden. Overfor sine foreldre undergis han brev- og besøkskontroll.»

- (7) A anket tingrettens kjennelse til lagmannsretten.
- (8) Borgarting lagmannsrett avsa 30. april 2020 kjennelse med slik slutning:
- «Anken forkastes.»**
- (9) A har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning. I korte trekk gjør han gjeldende at koronaforskriften § 2 ikke gir hjemmel til å beslutte fjernmøte ved førstegangsfengsling når siktede ønsker å møte fysisk, idet blant annet straffeprosessloven § 183 og EMK artikkel 5 nr. 3 gir siktede en ubetinget rett til å være fysisk til stede ved førstegangsfengsling.
- (10) Det er lagt ned slik påstand:
- «A skal løslates, med mindre han omgående fremstilles etter påtalemyndighetens begjæring og på lovens foreskrevne måte.»**
- (11) *Påtalemyndigheten* har tiltrådt lagmannsrettens vurderinger og konklusjon, og har lagt ned slik påstand:
- «Anken forkastes.»**
- (12) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at anken er en videre anke hvor utvalgets kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning, jf. straffeprosessloven § 388 første ledd. For så vidt gjelder forholdet til Grunnloven, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) eller øvrige konvensjoner inkorporert gjennom menneskerettsloven, kan utvalget også prøve den konkrete rettsanvendelsen.
- (13) Spørsmålet som er reist i anken er om tingretten – ved første gangs fengsling – kunne beslutte fjernmøte med hjemmel i koronaforskriften § 2 når siktede motsatte seg dette og ønsket fysisk fremstilling i fengslingsmøtet. Tingretten besluttet fjernmøte, og lagmannsretten la til grunn at tingretten hadde anledning til dette.
- (14) Etter straffeprosessloven § 244 første ledd har siktede rett til å være til stede i rettsmøter som avholdes under etterforskningen. Siktetes rett etter denne bestemmelsen gjelder generelt og omfatter rettsmøter til behandling av begjæring om varetektsfengsling.
- (15) Det følger videre av straffeprosessloven § 183 første ledd at påtalemyndigheten, når den vil beholde en pågrepet person fengslet, «snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågripelsen [må] fremstille ham for tingretten på det sted der fremstilling mest hensiktsmessig kan skje, med begjæring om fengsling».
- (16) Det er lagt til grunn i rettspraksis at fremstillingsplikten etter § 183 gjelder uavhengig av om siktede uttrykkelig har krevd dette, men at plikten ikke rekker så langt at siktede må fremstilles mot sin vilje, forutsatt at hans tilstedeværelse er unødvendig for å avgjøre fengslingsspørsmålet, jf. Rt-2013-766. I avgjørelsen avsnitt 9 er det lagt til grunn at fremstilling «kan unnlates dersom siktede er ute av stand til å møte på grunn av sykdom mv. jf. Rt-2011-589 avsnitt 16– 18». I avgjørelsen det henvises til er det uttalt at «sykdom kan

rettferdiggjøre at en siktet ikke fremstilles, også ved første gangs fengsling», men at det er tale om et «meget snevert unntak», jf. Rt-2011-589 avsnitt 18.

- (17) Ved begjæring om *forlenget* varetektsfengsling følger det av straffeprosessloven § 185 fjerde ledd tredje punktum at retten på nærmere vilkår kan beslutte at rettsmøtet skal holdes som fjernmøte med bildeoverføring. Noen tilsvarende adgang gjelder imidlertid ikke ved *første gangs fengsling* etter straffeprosessloven § 183. Ankeutvalget legger til grunn at dette skillet beror på et bevisst lovgivervalg, jf. Prop. 141 L (2009–2010) side 136.
- (18) Tingrettens beslutning om fjernmøte er forankret i koronaforskriften § 2, gitt med hjemmel i koronaloven § 2.
- (19) Koronaloven § 2 første ledd fastsetter at Kongen i midlertidige forskrifter kan «utfylle, supplere eller fravike» nærmere angitte lover, herunder straffeprosessloven, «så langt det er nødvendig for å ivareta lovens formål». Bestemmelsens andre og tredje ledd lyder slik:
- «En midlertidig forskrift kan likevel ikke begrense grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper eller domstolenes uavhengighet.**
- Forskriftene kan ikke fravike regler i Grunnloven. Innskrenking av rettigheter kan bare gjøres så langt det er forenlig med Grunnloven, menneskerettsloven og Norges folkerettslige forpliktelser.»**
- (20) Retten til fremstilling for en domstol ved pågrepelse og fengsling er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti. Retten er nedfelt i EMK artikkel 5 nr. 3 første punktum, som angir at enhver som blir pågrepet eller berøvet friheten «straks [skal] bli stilt for en dommer eller annen embetsmann som ved lov er bemyndiget til å utøve domsmyndighet». Også Grunnloven § 94 andre ledd slår fast at den pågrepne «snarest mulig [skal] fremstilles for en domstol».
- (21) Koronaforskriften § 2 om adgangen til å beslutte fjernmøte «når dette er nødvendig og ubetenkelig», må i lys av dette tolkes og anvendes innenfor rammene av EMK artikkel 5 nr. 3 og Grunnloven § 94 andre ledd. Forskriften gir ingen utvidet adgang til å gjøre unntak fra retten til fremstilling ved fengsling, så langt denne retten følger av Grunnloven eller EMK.
- (22) I Rt-2015-1142 avsnitt 22 er det med henvisning til Menneskerettighetsutvalgets rapport i Dokument 16 (2011–2012) side 117, lagt til grunn at grunnlovsfestingen i § 94 andre ledd ikke endrer rettstilstanden ut over «å løfte rettigheten inn i Grunnloven». Ved at grunnlovsbestemmelsen er forutsatt å ha samme rekkevidde som EMK artikkel 5 nr. 3, er det springende punkt om og i hvilken utstrekning det er adgang til å gjøre unntak fra retten til fremstilling ved fengsling etter denne bestemmelsen.
- (23) EMK artikkel 5 nr. 3 første punktum stiller etter ordlyden et absolutt krav om fysisk fremstilling av siktede ved første gangs fengsling. I EMDs storkammerdom 29. mars 2010 i saken Medvedyev og andre mot Frankrike (application no. 3394/03), som gjaldt fristen for fremstilling, uttaler domstolen i avsnitt 118:

«The Court also notes the importance of the guarantees afforded by Article 5 § 3 to an arrested person. The purpose of this provision is to ensure that arrested persons are physically brought before a judicial officer promptly. Such automatic expedited judicial scrutiny provides an important measure of protection against arbitrary behaviour, incommunicado detention and ill-treatment (see, among other authorities, Brogan and

Others, cited above, § 58; Brannigan and McBride v. the United Kingdom, 26 May 1993, §§ 62-63, Series A no. 258-B; Aquilina v. Malta [GC], no. 25642/94, § 49, ECHR 1999-III; Dikme v. Turkey, no. 20869/92, § 66, ECHR 2000-VIII; and Öcalan, cited above, § 103.)»

- (24) I EMDs kammeravgjørelse 29. mai 2008 i saken Bergmann mot Estland (application no. 38241/04) er det uttalt følgende i avsnitt 45:
- «The Court agrees with the Government that the text of Article 5 § 3 indeed does not determine how the guarantees of appearance for trial, as mentioned in the last sentence of the paragraph, are to be applied or under what conditions they can be terminated. Therefore, it is not for the Court to decide whether the reasons for revocation of the bail in the present case were sufficient or not. However, what the text of Article 5 § 3 does require is that a person has to be brought promptly before a judge or other judicial officer after having been arrested or detained. The text of the provision does not provide for any possible exceptions to that requirement, not even on grounds of prior judicial involvement. To conclude otherwise would run counter to the plain meaning of the text of the provision (see Harkmann, cited above, § 38).»**
- (25) Flere andre EMD-avgjørelser gir uttrykk for det samme. Rettspraksis fra EMD gir således ikke holdepunkter for at det kan gjøres unntak fra retten til fremstilling, for eksempel fordi formålene bak bestemmelsen kan ivaretas på annen måte. Heller ikke i juridisk teori er det lagt til grunn at det gjelder et slikt unntak fra bestemmelsen, jf. Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere, 4. utgave, 2017 s. 428.
- (26) Tingretten og lagmannsretten har vist til det ikke foreligger avgjørelser fra EMD som utelukker at fjernmøteteknologi kan benyttes der det er nødvendig av smittevernhensyn å avholde fengslingsmøter slik. Fraværet av avgjørelser gir imidlertid liten veiledning om rekkevidden av vernet. I mangel av avklaring fra EMD må spørsmålet løses basert på en selvstendig tolkning av konvensjonen i lys av formålet og den rettspraksis som foreligger.
- (27) Slik denne saken ligger an, finner ankeutvalget det ikke nødvendig å ta nærmere stilling til en eventuell adgang til å gjøre unntak fra retten til fremstilling i EMK artikkel 5 nr. 3. Ut fra den foreliggende rettspraksis fra EMD fremstår det klart at en adgang til å gjøre unntak i tilfelle er meget snever. Unntaket oppstilt i rettspraksis fra Høyesterett for tilfeller der siktede er «ute av stand» til å møte på grunn av sykdom mv., viser det samme. Og etter koronaforskriften § 2 er det som nevnt et vilkår for å holde rettsmøtet som fjernmøte at det er «nødvendig og ubetenkelig».
- (28) Tingrettens beslutning om fjernmøte er inntatt i rettsboken fra fengslingsmøtet. Tingretten fant at fjernmøte i saken var «nødvendig og ubetenkelig» i henhold til koronaforskriften § 2. Ved vurderingen av om fjernmøte var nødvendig, la tingretten til grunn at «fjernmøte i denne saken er 'nødvendig' av hensyn til smittevern i forbindelse med Covid-19-pandemien». Det ble ikke gjort en konkret vurdering av om det kunne treffes tiltak for å motvirke smittefaren. Lagmannsretten sluttet seg til tingrettens begrunnelse.
- (29) Tingrettens nødvendighetsvurdering, som lagmannsretten har sluttet seg til, er således basert på generelle smittevernbetraktninger, uten at muligheten for forebyggende tiltak under det aktuelle rettsmøtet ble vurdert. Uttalelsene i EMDs praksis om artikkel 5 nr. 3s absolutte karakter, gir neppe rom for å oppstille unntak fra retten til fremstilling basert på slike generelle smittevernbetraktninger, i alle fall ikke uten en nærmere vurdering av den konkrete nødvendigheten av å avholde fengslingsmøtet som fjernmøte i den aktuelle saken og hvilke tiltak som kan iverksettes for å unngå smittespredning. På tidspunktet for fengslingsmøtet i tingretten, som ble avholdt 25. april 2020, var det også foretatt en del lettelsener i de

smittevern tiltakene som ble iverksatt ved utbruddet av Covid-19-pandemien. Da lagmannsretten avsa sin kjennelse 30. april 2020, forelå også Folkehelseinstituttets og Domstolsadministrasjonens «Veileder i smittevern for Norges domstoler ved fysiske rettsmøter» 28. april 2020. Etter veilederen kan nå alle typer saker avvikles ved ordinære rettsmøter forutsatt av smittevern tiltakene ivaretas. Det gis retningslinjer for hvordan rettsmøter med fysisk deltagelse kan avholdes der digitale rettsmøter ikke er mulig.

- (30) Ankeutvalget bemerker videre at det er noe uklart om koronaforskriften § 2 er ment å gi hjemmel for fjernmøte ved første gangs fengsling der siktede motsetter seg dette og ønsker fremstilling. I høringsrunden før forskriften ble vedtatt, fremhevet Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) at bruk av fjernmøteteknologi i straffesaker etter EMDs praksis ikke som sådan er uforenlig med siktedes rett til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6, men at siktedes rett til å fremstilles for en domstol ved frihetsberøvelse etter artikkel 5 nr. 3 står i en særstilling, og at EMD her har lagt til grunn at personen skal fremstilles fysisk. I forarbeidene til forskriften § 2 redegjøres for hvilke saker som særlig er vurdert som egnet til behandling i fjernmøte. Førstegangsfengslinger er i motsetning til fengslingsforlengelser her ikke nevnt, jf. statsrådsforedraget (PRE-2020-03-27-459) punkt 2.2. I lys av høringsuttalelsen fra NIM, er det påfallende at forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3 ikke er nærmere vurdert, dersom forskriften § 2 var ment å hjemle fjernmøte også ved første gangs fengsling.
- (31) Ankeutvalget legger til grunn at en forutsetning for å gjøre unntak fra siktedes rett til fremstilling ved første gangs fengsling etter EMK artikkel 5 nr. 3 må være at retten konkret vurderer om det av smittevern grunner er uforsvarlig å avholde fengslingsmøtet på annen måte enn ved fjernmøte i den aktuelle saken. Mulige tiltak for å unngå smitterisiko – under transport og i rettsmøtet – må vurderes, blant annet med utgangspunkt i de retningslinjene som er fastsatt av helsemyndighetene, se nå den nevnte veilederen fra Folkehelseinstituttet og Domstolsadministrasjonen. Noen slik vurdering har verken tingretten eller lagmannsretten gjort.
- (32) Lagmannsrettens kjennelse gir på denne bakgrunn ikke ankeutvalget tilstrekkelig grunnlag for prøve om vurderingen av EMK artikkel 5 nr. 3 er riktig. Dette er etter utvalgets syn en saksbehandlingsfeil som må lede til at lagmannsrettens kjennelse oppheves. Da samme feil rammer tingrettens kjennelse, og det er mest hensiktsmessig at ny behandling skjer i tingretten, oppheves også tingrettens kjennelse.
- (33) Ankeutvalget bemerker avslutningsvis at tingretten umiddelbart må ta stilling til om det er uforsvarlig av smittevernhensyn å avholde et fysisk rettsmøte i denne saken. Hvis det ikke er tilfelle, må siktede så snart som mulig fremstilles for retten.
- (34) Avgjørelsen er enstemmig.

S L U T N I N G

Lagmannsrettens og tingrettens kjennelser oppheves.

Erik Thyness
(sign.)

Knut H. Kallerud
(sign.)

Kine Steinsvik
(sign.)