

I Innledning

Oppgaven reiser spørsmål innenfor straffeprosess og menneskerettigheter. De rettslige grunnlagene er å finne i straffeprosessloven (til dels også domstolsloven (om inhabilitet)) og EMK. Det er *utfordrende* at kandidatene må finne frem til de retts spørsmål som skal/bør drøftes selv, jf. oppgavens åpne formulering ‘drøft de retts spørsmål oppgaven reiser’. Noe drahjelp er det selvsagt i partenes – Holms og myndighetenes – anførsler. Men ikke alt av interesse ekspliseres. Det er videre *metodisk utfordrende* at spørsmålene reguleres både i loven – stort sett straffeprosessloven – og EMK. Mange vil nok nevne at Menneskerettsloven gjør EMK til norsk lov, jf. § 2, sågar slik at EMK-rettighetene ved motstrid går foran annen lovgivning, jf. § 3. Det er bra å ha denne manifestasjonen av dette internasjonale rettsstoffets viktighet i norsk rett på plass. Noe egentlig motstrid er det likevel ikke mellom regler i straffeprosessloven og i EMK i vår sak. Det er mer snakk om å trekke EMK-reglene supplerende inn til presisering og utfylling av de rent nasjonale regler. I tråd med denne observasjonen vil det antagelig fungere best å ta utgangspunkt for drøftelsene i loven, for så å trekke inn EMK-reglene.

Kandidatene inviteres ikke til å drøfte konsekvensene av eventuelle saksbehandlingsfeil. Det man skal ta stilling til er derfor om de fremgangsmåter oppgaven beskriver er i samsvar med de nevnte regelsett.

Oppgaven inviterer heller ikke i særlig grad til å ta opp strafferettslige spørsmål (selv om det vises til strl. § 162).

Pensum er *Andenæs* (Norsk straffeprosess, 4. utg. 2009), som det vises til i det følgende, alternativt *Hov Innføring i prosess 1 og 2* (2010) og *Aall* (Rettsstat og menneskerettigheter, 3. utg. 2011), som det vises til i det følgende, alternativt *Møse* (Menneskerettigheter 2002). Pensumlitteraturen gir videre henvisning til dommer og andre rettskilder.

II Pågripelsen

Det første spørsmålet som bør adresseres, møter man allerede i andre setning: Lars ble pågrepet. Her bør kandidatene være kort. Det opplyses ikke noe om hjemmelen, og heller ikke om Lars motsetter seg pågripelsen. Men det er ganske klart at vilkårene for pågrepelse er til stede. Det kan her vises til strpl. § 171 som krever ‘skjellig grunn til mistanke’ om en forbrytelse som etter loven kan føre til mer enn seks mnd. fengsel. Det er greit å påvise sakens alvor (grov narkotikaforbrytelse) klart kvalifiserer etter bestemmelsen (høyere straff enn fengsel i 6 måneder). Lars ble tatt på fersk gjerning og han benektet ikke de faktiske forhold. Dette gir skjellig grunn til mistanke (sannsynlighetsovervekt, se Rt. 1993 s. 1302). Av spesialvilkårene er det særlig hensynet til bevisforspillelse som bør anføres. Selv om Lars ikke benekter forholdet, vil hensynet til etterforskningen normalt slå igjennom på dette helt innledende stadium.

Det viktige vilkåret for pågrepelse etter EMK artikkel 5.1 c ‘lawful’ er dermed oppfylt, og siden vilkårene § 171 er strengere enn de øvrige etter EMK artikkel 5.1 c (her er som kjent ‘rimelig mistanke’ tilstrekkelig), kan konvensjonssamsvar konstateres. Se *Aall* s. 321-322.

Enkelte vil kanskje allerede her påpeke at det finnes et alternativ grunnlag for pågrepelse i strpl. § 172. Vilråene – ‘forhold som kan føre til fengsel i 10 år eller mer’ og ‘forhold som i særlig grad

styrker mistanken' er til stede. Men hensynet til 'allmennhetens rettsfølelse' eller 'utrygghet' gjør seg neppe gjeldende med tilstrekkelig styrke (se også nærmere IV nedenfor om vilkårene for fengsling).

III Fremstilling for fengsling

Oppgaven opplyser at Lars ble pågrepet 3. januar og fremstilt for tingretten først den 7. januar, altså etter fire dager. Strpl. § 183 bestemmer at fremstilling skal skje 'snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen'. Ved henvisningen til dstl. § 149 gjør bestemmelsen det klart at helgedager ikke spiller noen rolle for fristberegningen. Stillingen etter EMK artikkel 5.1 c og 5.3, 1. alternativ er ikke så presis (fremstilling skal skje 'straks'). Men etter EMDs praksis er regelen her antagelig omtrent tilsvarende den norske, se *Aall* s. 336-337. Det ser så langt ut til at fremstillingen er for sen etter begge regelsett. Men kan det tenkes unntak?

De omstendigheter staten anfører (bemanningssituasjonen og innrømmelsen) er klart nok ikke unnskyldende. Hvordan er det med Lars' unnlatte protest? Kan dette ses som et samtykke til forsinket fremstilling, og vil eventuelt et slikt samtykke ha noen betydning? Svaret må også her – og i begge tilfeller – være nei. Lars så det som 'nytteløst' å protestere. Det er ikke det samme som at han samtykker. Uansett ville ikke et samtykke ha noen virkning. Det følger klart både av strpl. § 183 og EMK artikkel 5.3, første alt. at den pågrepne skal fremstilles straks. Denne hurtige og automatiske domstolskontrollen er satt ikke bare i siktedes, men også i samfunnets interesse, se *Aall* s. 334. Det er et pluss for den som ser disse spørsmålene knyttet til samtykke/avkall. (Et annet, men beslektet spørsmål er om siktede kan gi avkall på retten til å være til stede i rettsmøtet, se senest *Matningsdal*, Lov og Rett 2013 s. 232 flg. med videre henvisninger.)

IV Vilkårene for fengsling

Tingretten kom til at vilkårene for fengsling var til stede. Dette ble begrunnet både med 'de sterke bevisene og at løslatelse ville virke forstyrrende på den alminnelige orden og rettsfølelse, og dessuten at det forelå bevisforspillelsesfare'. Det er m.a.o. nødvendig å undersøke om vilkårene i strpl. § 184, jf. §§ 171 og/eller 172 er til stede. Dette er adressert også ovenfor ved vurderingen av pågripelsen (de materielle vilkår er jo – i utgangspunktet – de samme). Men jo lenger frihetsberøvelsen varer, jo mer tyngende blir inngrepet. Samtidig har myndighetene hatt bedre tid til å etterforske og vurdere saken. Av begge grunner er det naturlig at vilkårene for den fortsatte frihetsberøvelse varetekt er, skjerpes (jf. forholdsmessighetsprinsippet i strpl. § 170 a). Se *Aall* s. 324-325.

Lars benekter ikke de faktiske forhold. Og han er tatt på fersk gjerning. Det må kort konstateres at det foreligger skjellig grunn til mistanke, se § 184, jf. § 171. Men disse sterke bevisene gjør samtidig at det nå neppe er 'nærliggende fare' for bevisforspillelse, se nærmere om uttrykket *Andenæs* s. 287-288. Tilsvarende spesialvilkår er innfortolket i EMK artikkel 5, se *Aall* s. 324 nederst.

Er vilkårene for 'rettshåndhevelsesarrest', jf. strpl. § 184, jf. § 172, til stede? Det dreier seg om en grov narkotikaforbrytelse. Strafferammekravet etter bestemmelsen er innfridd. Men både Høyesterett og EMD har oppstilt strenge krav for anvendelsen. Forbrytelsen er neppe alvorlig nok til *fengsling*, se *Andenæs* s. 290-291. Også øvrige vilkår må drøftes: De foreliggende bevis må sies i særlig grad å styrke mistanken. Men hensynet til allmennhetens rettsfølelse/trygghet nødvendiggjør neppe fengsling. Dette følger nå av Høyesteretts praksis, se f.eks. Rt. 2003 s. 974. Høyesteretts praksis er influert av EMDs. Sistnevnte understreker nødvendigheten av stor

forsiktighet ved anvendelsen av rettshåndhevelsesarrest. Det kreves en *konkret og nærliggende* fare for forstyrrelse av orden/almennelig rettsfølelse om siktede ikke fengsles. Det er et pluss for den som får frem at EMK artikkel 5 her supplerer straffeprosessloven. Se *Aall* s. 325-326.

Det er mest nærliggende å konkludere med at vilkårene for fengsling etter straffeprosessloven og EMK artikkel 5 ikke er til stede.

V Forholdsmessigheten av fortsatt fengsling

Lars trakk tilståelsen. Dette gir nytt momentum til én av fengslingsgrunnene: strpl. § 184, jf. § 171 nr. 2: Når det ikke lenger kan bygges på tilståelsen, må andre bevis skaffes – som Lars vil kunne forspille. Men med de sterke bevis er dette likevel neppe et moment som vipper vektskålen i hans disfavør: Bevisforspillelsesfaren er antagelig fortsatt ikke nærliggende, og med forlengelsen av fengslingen tiltar inngrepet markant i styrke. Det er viktig å få frem forholdsmessighetsprinsippets betydning her, se strpl. § 170 a og EMK artikkel 5.3, andre alt. Se *Aall* s. 324-325 (med ref. fra *Clooth-dommen*). Den avanserte besvarelse vil peke på at tradisjonell norsk rett suppleres av EMK-rettens sterke fokus på proporsjonalitet: Tilsynelatende like vilkår for frihetsberøvelse (se *Andenæs* s. 281), skjerpes med tiden. Det bør konkluderes med at den fortsatte fengslingen er uforholdsmessig og derfor i strid med straffeprosesslovens og EMKs bestemmelser.

VI Personlig forsvar

Lars ønsket primært å forsvare seg selv. Straffeprosessloven er ikke helt eksplisitt når det gjelder siktedes egen utøvelse av forsvaret. Men det følger implisitt av § 94, hvoretter han har 'rett til å la seg bistå av forsvarer'. Og § 96 bestemmer at han som hovedregel skal ha forsvarer under hovedforhandlingen. Men herfra kan det gjøres unntak hvor siktede uttrykkelig gir avkall på forsvarer og retten finner det ubetenkelig, jf. § 94.4. Heller ikke denne bestemmelsen knesetter uttrykkelig en rett til 'autoforsvar'. Men det gjør EMK artikkel 6.3 c. Det er bra om kandidaten trekker frem EMKs bestemmelse her.

Retten til å forsvare seg selv, som altså følger implisitt av § 96.4. og eksplisitt av EMK artikkel 6.3 c, kan etter begge regelsett underlegges rimelige begrensninger. Etter straffeprosesslovens bestemmelse følger det av kravet om at retten må finne det ubetenkelig (at siktede er uten forsvarer) og etter EMK følger det samme av at rettighetene i artikkel 6.3 koples til rimelighetsstandarden i artikkel 6.1.

Er det så ubetenkelig/rimelig å tilsidesette Lars' ønske? Det dreier seg om en ganske alvorlig sak. Og vi har ikke opplysninger om Lars' forutsetninger for å føre sitt eget forsvar. Det taler for tilsidesettelse. På den annen side er saken ikke særlig komplisert. Dertil kommer at det er vanskelig for en forsvarer å spille en konstruktiv rolle hvor klienten er imot hans bistand. Jeg heller mot at Lars' valg burde ha vært respektert. Men EMDs praksis er ganske liberal vis-à-vis statene her. (Et sjeldent eksempel fra norsk rettspraksis er Rt. 1997 s. 1522 hvor tilsidesettelse av siktedes valg ikke ble ansett å være en feil). Enkelte vil kanskje komme inn på at en

‘kompromissløsning’ er mulig, nemlig oppnevning av forsvarer, men hvor Lars får spille førstefiolin. Se for øvrig *Aall* s. 437.

VII Fritt forsvarervalg

Lars’ alternative valg, å velge sin egen forsvarer – altså det frie forsvarervalg – står sterkere, se uttrykkelig strpl. § 94 første punkt og § 102 tredje punkt, og i EMK artikkel 6.3 c. Men også denne rettigheten kan begrenses ut fra en rekke hensyn. Her er det særlig hensynet til en rimelig effektiv fremdrift og avgjørelse av saken, jf strpl. § 102 fjerde punkt, som begrunner tilsidesettelsen: Om Olden skulle fungere, ville det innebære en utsettelse på fire måneder. Her kommer rettens ansvar for å sikre avgjørelse innen rimelig tid, jf. EMK artikkel 6.1, inn i bildet. (Se *Andenæs* s. 75-76 og *Aall* s. 414 og 438-439.) En avveining av de to rettighetene er nødvendig. Opplysningen om at Lars tilskrev tingretten og tilkjennega et uttrykkelig ønske om utsettelse for å kunne benytte Olden gir den avanserte kandidat foranledning til å diskutere betydningen av rettighetshaverens avkall, her på en hurtig avgjørelse. Slike avkall må være i samsvar med viktige offentlige interesser. Det er neppe tvil om at en effektiv rettspleie representerer en slik interesse: Avgjørelse innen rimelig tid tjener m.a.o. ikke bare siktedes interesser. Med en så betydelig utsettelse som i saken, taler de beste grunner for at tingretten gjorde rett i å tilsidesette forsvarervalget.

VIII Upartisk domstol.

Endelig krever Lars at rettens formann skal vike sete som inhabil. Begrunnelsen fremgår av setningen før: Dommeren er den samme som avsa den første fengslingskjennelsen. Her må man spole tilbake til diskusjonen ovenfor om *begrunnelsen* av denne fengslingskjennelsen: Den var begrunnet (delvis) med henvisning til § 172 og de sterke bevisene mot Lars. Det springende punkt er om dette forhåndsstandpunktet gjør dommeren inhabil (partisk) når han nå skal *avgjøre* saken.

Domstolslovens § 108 (‘særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet’) og EMK artikkel 6.1. (retten til en upartisk domstol) regulerer forholdet. Også her er vi på et område hvor EMK-retten bør trekkes inn ved fortolkning og anvendelse av nasjonal rett. Se generelt *Aall* s. 397 flg.

Hauschildt-dommen, hvor det ble konstatert krenkelse, står sentralt. I den saken hadde dommeren likevel en sterkere grad av forhåndsinvolvering (ni gangers anvendelse av den parallelle danske bestemmelsen om rettshåndhevelsesarrest). Men senere EMD-praksis tar habilitetsregelen noe videre, se f.eks. Ekeberg mot Norge (31.07.2007). Også i Høyesteretts praksis anlegges en streng norm (mot staten), se Rt. 1996 s. 261 hvor lagmannen én gang hadde deltatt ved fengsling etter strpl. § 172. Dette rettsstoffet taler med styrke for at dommeren i vår sak er inhabil.

Det kan spørres om det endrer på saken at dommeren under fengslingen også kunne bygge på tilståelsen (eller mer presist: at Lars ikke benektet det faktiske). Det kan hevdes at han da i svakere grad har gått inn i sakens beviser og derfor ikke inhabiliseres, se *Aall* s. 399-400. Det er imidlertid tvilsomt om et slikt synspunkt får noen særlig vekt i vår sak. Her hadde varetektsdommeren begrunnet fengslingen med henvisning til ‘de sterke bevisene’. De beste grunner taler for å anse dommeren inhabil/ikke upartisk.

IX Avsluttende vurdering

Oppgaven er ganske omfattende. Det vil antagelig bare være de beste (A/B+) som ser alle spørsmål og gir dem en fornuftig behandling. Se for øvrig løpende bemerkninger om rosverdig håndtering. Ufullstendighet mht. de rettslige utgangspunkter (enten i loven eller EMK) vil trekke ned. Alvorlig svikt, enten når det gjelder å se de spørsmål som reiser seg eller den rettslige behandlingen av dem, bringer besvarelsen i faresonen.

Bergen, den 27. mai 2013

Jørgen Aall