

[Automatisk tekstet av Autotekst med NB Whisper. Kan inneholde feil.]

[LENE SOLESVIK]

Hei og velkommen til en ny episode av Paragraprat.

En podkast hvor kommentaren prater med jurister eller rettsvitenskapsstudenter som kan fortelle om juridiske temaer, karriere eller andre tips og triks innen jussen.

Mitt navn er Lene Solesvik, og i dag har jeg med meg Gert Johan Kjelby, som skal snakke om temaet rettferdig rettergang som menneskerettighet.

Kjelby er professor i rettsvitenskap og er emneansvarlig for faget straff og prosess her ved Universitetet i Stavanger.

Kjelby har tidligere vært politijurist og statsadvokat, og har òg leda et femårig forskningsprosjekt kalt 'Politi og påtalerett' ved Det juridiske fakultet i Bergen.

Han har siden 1996 publisert flere bøker og artikler innen strafferett, straffeprosess, menneskerettigheter i straffeprosessen, prosesshistorie, politi og påtalerett.

Vi som studenter og sikkert praktikere òg har hatt nytte av Karnovs lovkommentarer til straffeprosessloven, som Kjelby òg har vært en bidragsyter til.

Det er altså ingen tvil om at jeg har med meg en rett mann til å snakke om temaet rettferdig rettergang som menneskerettighet.

Velkommen til oss, Gert Johan.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Jo, takk.

Med den introduksjonen legger du terskelen høyt.

Men vi får gi oss i kast med et stort og omfattende tema.

[LENE SOLESVIK]

Ja.

Det er første spørsmål.

Vi begynner litt generelt og stiller hva som egentlig er rettferdig rettergang.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja, som jeg sa, et stort og omfattende spørsmål.

Og der er nok ganske mange og delte meninger om hva som er rettferdig, og hva som anses som rettferdighet.

Og dette er jo noe som filosofer og jurister baksker med i årevis.

Men vi får holde oss til straffesaker og forsøke å pense oss inn på det som jeg tror jeg kan best.

Men her er det jo skiftende oppfatninger og skiftende over tid, og ikke minst også ulike ...

Men det ligger mye i kjernen av rettsstatsidealer som er langt eldre enn den europeiske menneskerettskonvensjonen fra 1950 og grunnlovsbestemmelsene vi har fra 2014 om menneskerettigheter.

Det som kanskje er kjernen i noe av dette, er jo at rettsstaten tenker vi jo på som et stat-borger-prosjekt, der den styres ved lover som skal virke likt for alle, og det skal være adgang til å håndheve noen rettigheter ved uavhengige domstoler.

Det er liksom noe av den store innpakningen kanskje i dette.

Samtidig så er jo ... Selv om vi kaller det i dag for individuelle menneskerettigheter, så er jo mye av det vi kommer til å si noe om senere i dag, kanskje mer et uttrykk for ideelle verdier, krav, mål til god prosessordning.

Mer en slags rettesnor for en lovgiver i første omgang.

For hvordan skal en utforme en god straffeprosesslov?

Hvilke balanseringer skal en gjøre av hensyn til den som er anklaga, og hensynet til de andre som involveres i dette?

Og da har han masse store honnører som 'betryggende hurtigbillig', 'tillitvekkende', 'likebehandling lovmessighet', 'lovforankra' osv.

Så det er litt vanskelig å få helt tak på hva en skal legge i de ulike elementene i dette.

Men da støter en gjerne på det som i ren prosessuell sammenheng ofte omfattes som rettssikkerhetsgarantier for den anklaga.

Så hva konkret ligger der i når staten måtte straffeforfølge noen?

Og hva type rettigheter skal den som da anklages, ha i en prosessuell sammenheng?

Både i møte med politi og påtalemyndighet, men selvfølgelig også i møte med domstolene.

Da støter en på det som ligger i menneskerettighetskonvensjonen, artikkel 6, som i utgangspunktet er uttrykk for grunnleggende krav om hva som anses som betryggende og forsvarlig.

Der møter en på retten til forsvarer, på et selvinkrimineringsvern, på et beviskrav av en viss karakter.

Avgjørelser innen rimelig tid, kontratektorisk behandling, upartiske domstoler, offentlighet ... Alle disse honnørbegrepene som en får fylle litt med innhold for å komme dit.

Setter opp på klingen og skal se på hva dette reelt sett har betydning for lovgiver i norsk sammenheng, men ikke minst praktiseringen som politiet og påtalemyndighetene står for.

[LENE SOLESVIK]

Vi snakker om EMK, menneskerettighetene.

Er det da et eget system som er på sida av egen lovgivning og norsk rettspraksis?

Vi snakker liksom om det som en egen ting.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja, vi gjør det.

Og svaret på det du spør om, er litt avhengig av hvilket perspektiv du innehar.

Vi snakker selvfølgelig om nasjonalrett versus internasjonalt konvensjonsbaserte regler og prinsipper.

Men samtidig avhenger veldig mye av dette svaret på spørsmålet om hvordan enkelte nasjonalstater forholder seg til menneskerettighetskonvensjonene.

Da møter en disse klassiske begrepene som dualisme og monisme.

Når det kommer til straffeprosessen, så har regelen vært egentlig fra tidlig på 60-tallet.

At vi har hatt en form for såkalt sektormonisme.

Det betyr rett og slett at straffeprosesslovgivningen gjelder med de begrensninger som vi har påtatt oss ved å signere konvensjoner om menneskerettigheter.

Det betyr kort og godt at vi kan ikke snakke om noe eget innenfor straffeprosessens område.

EMK og de rettighetene som følger det, og som også følger FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter, er norsk rett.

En kan gjerne tenke seg at en ser på menneskerettighetene som dels en rettskilde, men også dels som uttrykk for rettsgrunnlag som kan håndheves direkte i norske domstoler. Men en ser gjerne også i ganske sentral litteratur at både etter EMK og etter norsk rett ... Eller i Norge er regelen og både etter EMK-retten og norsk rett.

Den type formuleringer som nærmest skaper et inntrykk av at vi snakker om to forskjellige rettssystem.

Og vi gjør jo for så vidt det i domstolssammenheng.

Og det spesielle med EMK og Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg er at ...

Der har man individuell klagerett, som gjør at enkeltpersoner kan fremme individuelle klager til den og få en vurdering av om staten Norge har forholdt seg til menneskerettighetene.

Det er ikke noe fjerninstans.

En hører gjerne noen si at hvis ikke jeg får medhold i Høyesterett, så tar jeg saken til Strasbourg.

Det må en jo gjerne mene, men det er begrenset hva en kan få prøvd der.

Og i mange saker, som vi sikkert kommer tilbake til, så er ikke veien til Strasbourg spesielt enkel.

[LENE SOLESVIK]

Det går gjerne ikke så fort heller?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Nei.

Og det er en annen side av dette som også er interessant.

Og som en ser i ulike sammenhenger i forhold til hvordan regelverket for å fremme saker for MD er konstruert.

Dette med fjerdeinstansprinsippet som er et viktig poeng, at vi skal ordne opp i eget hus, det følges jo også av regler om at du får ikke noen adgang til MD hvis ikke du har ...

Brukt de midlene du kan i norsk sammenheng for eventuelt å få prøvd dine innvendinger.

Altså du må uttømme de såkalte nasjonale rettsmidlene.

Men som du sier, det tar jo tid.

Og det siste jeg så på, så ... Tallet per 2024 var altså at det var 60 000 verserende saker for Strasbourgdomstolen.

Og det er jo et problem for domstolen, men det er selvfølgelig også et problem for en domstol som skal ivareta hensynet til å få en sak avgjort innen rimelig tid.

At de sjøl har et sånt stort backlog som dette.

Men det får nå være en annen sak.

Der har en jo etter hvert, spesielt fra 2010 og framover, forsøkt å gjøre en del endringer i EMD, med tanke på at en kan avvise i større grad en del bagatellsaker.

Med mindre det er en del sånn

Grunnleggende prinsipielle spørsmål.

En har også åpna for å klage på enkeltdommere.

Og nå som for så vidt ikke er ratifisert av Norge ennå, så vidt jeg vet, men en

tilleggsprotokoll som også gjør Nasjonale domstolradioer til å forelegge spørsmål for EMD.

Sånn tolkningsmessig.

Slik vi kjenner fra EØS-er.

Så ... Jo, to rettssystem.

EMK er norsk rett, og derfor vil dette sektormonismet som har hatt i straffeprosessloven og den gamle straffeprosessloven fra 60-tallet, det vil være rettsnormer som, i den grad du avklarer innholdet i dem, vil ha forrang for en del av våre bestemmelser.

I den grad konvensjonene gir den anklagede større rettigheter enn vår straffeprosesslov gjør.

Må de gis, så enkelt som det.

Men fokuset den gang var ikke på IMK.

Selv om vi har ratifisert denne konvensjonen i UL-54, så var det mer Genève-kommisjonen og havets folkerett og den type ting som sto i fokus den gang dette ble tatt inn i straffeprosessloven.

Ser du på forarbeidene til den gjeldende lov, så var han mer eller mindre taus om EMK.

Litt mer kom da når de seinere proposisjoner kom i begynnelsen på 80-tallet.

Men da var det fokus midt på om vår måte å behandle de alvorligste straffesaker med jury i første instans og begrensa ankeadgang til Høyesterett, kunne forsvares ut fra ...

FNs protokoll om sivile og politiske rettigheter.

Det var et spørsmål som en tok opp, og så litt knytta til EMK artikkel fem, og hvilke krav som fulgte, og som kunne begrunne frihetsberøvelse, varetektsfengsling.

Ellers var det fint lite, egentlig, å hente i lovens forarbeider i den første tiden, i hvert fall.

[LENE SOLESVIK]

Det var ikke et sterkt fokus på EMK fram til 80-tallet, men så skjedde det et taktskifte med økt internasjonalisering av rettsskillebildet.

Vil du fortelle litt om det?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja, det er kanskje riktig å si at det var et taktskifte.

Og taktskifte har nok sammenheng med flere forhold og dels et samspill mellom

Og enkelte advokater som var blitt oppmerksom på at EMK ga rettigheter som kanskje kunne tjene egen klient.

Så en får egentlig fra sent 80-tallet og tidlig på 90-tallet en rekke saker for Høyesterett.

Der artikkel 6 om minimumsrettigheten og særlig retten til å krysseksaminere vitner ble et helt sentralt spørsmål.

Først i 1990, der Høyesterett oppheva en avgjørelse for å tillate opplesning av forklaring for et vitne som ikke hadde møtt, fordi da fikk jo ikke den anklagede anledning til å krysseksaminere det vitnet som ikke var der.

Så har man tilsvarende avgjørelser fra det samme året som går på ...

Den samme adgang til krysseksponasjon vil de dommere være barn som ble brukt som bevis istedenfor at barnet møtte i retten.

Her er det jo, paradoksalt nok, egentlig et kjent navn som går igjen.

Snakker vi om Atningsthallen, så vil en ha hørt om Unterpertinger.

Som var en mann fra Østerrike som var anklaget for å ha brukt vold mot sin ektefelle.

Hun møtte i retten, hadde forklart seg til politiet, men nekta å forklare seg da hun kom i rett.

Hvilket hun hadde anledning til, slik hun også har i norsk rett.

Da leste man opp den forklaringen fra henne.
Det var en krenkelse av hans rett til å krysseksaminere sentrale vitner mot seg.
Fra den avgjørelsen så tok det litt av i norsk høyesterettspraksis og i underinstansene, der EMK ble i større grad fremheva.
Men det er noen pådrivere i dette.
Kjente størrelser som både Oppsal og Castberg skrev jo om disse bestemmelsene i IMK både på 80-tallet og tidlig på 70-tallet.
Men det var nok først Jørgen Aali i Bergen og hans doktoravhandling særlig fra 1995 som ble litt som pådriver for ulike sider ved norsk straffekonflikt.
Ble prøvd opp mot de mer overordnede normer og konkrete avgjørelser som EMD fram til da hadde kommet med.
Det var mye petistoff i min lærebok i straffeprosess, som var andreutgaven for 94, når det gjaldt EMK.
Det var nokså lite om det der.
Og en antok på sett og vis at alt var i skjønneste orden i Norge.
Og så tar det av, ja.
Det stopper jo ikke der, vet du.
Vi hadde jo da dette sektormanisme-forrangsprinsippet i paragraf 4.
Men i 1999 så kom jo menneskerettsloven.
Da ble en hel del konvensjonsmateriale, bl.a.
EMK-er og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, gjort gjeldende som norsk lov.
Ved motstrid skulle disse gå foran annen lovgivning.
Det ble utvidet til barnekonvensjonen i 2003.
Det kom også noen tilleggsprotokoller som ble tatt inn i den loven.
For straffeprosesslovens del medførte det ikke så mye nytt.
En holdt seg veldig mye til dette såkalte presumpsjonsprinsippet.
En antok at norsk rett var i overensstemmelse med kravene fra EMK.
Så en kom kanskje i veldig få avgjørelser til å få noen reell motstrid.
Og da var det heller ingen forrangsproblematikk.
En løste det med harmonisering.
Og så det siste taktskiftet, hvis vi tar hele historien.
Så kommer jo Grunnlovens revisjon i 2014, der en får en ganske omfattende konstitusjonalisering eller grunnlovfestning av det som Grunnloven på det tidspunktet hadde ganske få bestemmelser om, nemlig individuelle menneskerettigheter.
Det sentrale for strafferetten og straffeprosessen er jo paragraf 95 og 96, kanskje.
Men en har jo denne generelle bestemmelsen om at staten skal respektere og sikre menneskerettighetene.
En legger også til grunn i forarbeidene til disse bestemmelsene at disse bestemmelsene i grunnloven vår må tolkes i lys av våre internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, og de må forpliktes til oss som på så vidt har vært gjeldende et år.
Gjennom menneskerettsloven og straffeprosessloven § 4.
Helt fram til dette tidspunktet.

[LENE SOLESVIK]

Du sier at det står i Grunnloven at man skal respektere og sikre menneskerettighetene.
Hva innebærer det, at myndighetene må gjøre det?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Det ligger flere sider i dette.

Det er et stat-borger-perspektiv.

Det er staten som er konvensjonsforpliktelsen.

Men når det kommer til strafferetten, er det politi, påtalemyndighet og domstoler som står i første rekke når det kommer til å representere staten.

I dette å respektere ligger det kanskje først og fremst det klassiske.

At du skal ikke gjøre inngrep i materielle rettigheter.

Du skal selvfølgelig ikke straffe noe som ville vært innenfor ytringsfriheten.

Du skal ikke straffe noe som ligger innenfor privatlivsvernet i artikkel 8.

Men artikkel 6 gir jo også prosessuelle rettigheter.

Det ligger også at statens myndigheter, som jobber innenfor straffeprosessen, må sikre de, og så respekterer de rettighetene.

Ivareta informasjonsplikter til vitner, informasjons- og rettighetsforhold knyttet til den sikta osv.

Men så har du igjen dette sikre aspektet, som har en litt annen retning.

Der er det ikke bare sånn at kommisjonen og Grunnloven setter skranker for hva staten kan gjøre mot den enkelte som er under anklage.

Men der er det mer sånn at staten skal tre inn og beskytte andre som er utsatt for tredjepersoners krenkelser.

Det kaller en gjerne for sikringsplikten, og det har en sammenheng med bestemmelsen i EMK artikkel 1, som en for så vidt fant grunn til å ta også i Grunnloven § 92.

I de materielle rettighetene, at du har rett til privatliv osv., ligger det også at du skulle forvente at staten gjør mye for å sikre at dine rettigheter ikke blir krenka av andre privatpersoner.

Så her er det ... Og det kommer kanskje til, men her ligger det en utvikling i EMDs praktisering av regelen EMK av nyere dato, vil jeg si, enn de mer sånn hardcore artikkel 6 og artikkel 8-drøftelsen som så mye har dreid seg om.

[LENE SOLESVIK]

Så hva er da status for EMK i norsk rett nå?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja, i og med grunnlovfesting har en jo også satt et konstitusjonelt ramme rundt menneskerettighetens betydning i norsk rett.

Men ser en på rettsutviklingen fra denne 1990-taktskiftet ... Jeg tok et litt uformelt søk på artikkel 6 og fant vel rundt 750 høyesterettsavgjørelser.

Artikkel 6 var påberopt og-eller vurdert.

Noen ganger påberopes han uten at han har noen betydning.

Men det gir jo selvfølgelig ikke et fullstendig bilde av situasjonen.

For som jeg var inne på ...

Høyesterett har jo, og andre domstoler også sikkert, langt på vei forutsatt at den straffeprosessloven vi har, er en riktig balansering mellom individvern og straffesaksbehandlingens formål osv.

Og løst det som kunne anses som en tilsynelatende motstrid.

Med å harmonisere regelen og si at anvender man den sånn, så vil den ikke komme i konflikt med EMD.

Og her har det vært litt sånn ...

Litt endring i synet på hvordan domstolen og norsk rett skal forholde seg til konvensjoner.

En la tidlig inn et slags klarhetskrav.

Det måtte være tydelig klart hva en konvensjonsbestemmelse egentlig hadde av innhold, før en skulle si at det var aktuelt å konstatere noen form for motstrid.

Det slo Høyesterett fatt i 1994 og har seinere tatt avstand fra det og sagt at det prinsippet gjelder nok ikke lenger, og nå er det opp til Høyesterett.

Og domstolene sjøl og foreta en selvstendig tolkning av hvordan konvensjonen skal forstås.

Så det er noen metodiske spørsmål vi kanskje også kommer inn på etter hvert, som ligger som en litt sånn ...

En liten trikk i sida av hele menneskerettighetsvernet.

Fordi en har en del avgjørelser, ganske kasuistiske avgjørelser fra IMD, og så har en generelle normer som står i både grunnloven og i artikkel 6, bl.a.

Som ikke har noe veldig fast innhold, riktignok har minimumsrettighet, men hva som er en rettferdig retter, hva som er fair hearing, fair trial, er jo ...

Som skal se til ikke en absolutt størrelse.

[LENE SOLESVIK]

Nei.

Da vi holdt på å planlegge den episoden, besøkte jeg deg på kontoret ditt for å snakke litt om temaet.

Da snakket vi litt om det at når menneskerettigheter blir påberopt eller nevnt i praksis, så skaper det litt uro blant aktørene, som blir litt usikre og føler de er på litt ustø grunn. Hvorfor tror du det er sånn?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Jeg tror det er en helt riktig diagnose å stille på hvordan en i mange sammenhenger opplever dette.

Vi kommer litt til det, men for det første så er det jo et overveldende materiale fra EMD.

Som jeg tror ganske mange, med mindre de er spesielt opptatt av det ... Kanskje føles det en viss grad av fortrolighet med å både lese og anvende.

De er på engelsk, de er lange, de har mye faktabeskrivelser, generelle uttalelser.

Og det å finne fram til hva avgjørelsen sier, og ikke minst kan konkret si for løsning av et klassisk straffeprosessuelt spørsmål i norsk kontekst, det kan i og for seg også være noe av en utfordring.

Fra min tidligere karriere som statsadvokat møtte jeg i denne tiden ... Da snakker vi midt på 95, og ting har begynt å dras litt til ... Da kom det en avgjørelse om opplesning av politiforklaringen.

Så kunne jeg oppleve advokater som påberopte seg at bevis skulle avskjæres, og så viste bare artikkel seks.

Det er kanskje en sånn ... Og da blir det selvfølgelig sånn ... Ja, hvorfor det?

Fordi at artikkel 6 ikke gir noen regler om bevisavskjæring.

Den sier bare noe om hvilke rettigheter som må på plass for at behandlingen skal være fair.

Og da kan selvfølgelig måten bevisen blir ført på, ha en viss betydning.

Både dommer og aktor og andre kan bli litt sånn ... Ja, hvor mye tid skal vi bruke på å få avklart dette spørsmålet?

Og hvor mange avgjørelser fra EMD skal vi lese som vi tenker kan være relevante eller ikke relevante?

Det er selvfølgelig en utfordring som gjør at nok mange tenker at ...

Det blir litt uro i rekkene hvis en kommer til trekkene med den type argumentasjon.

Men Høyesterett viker jo overhodet ikke tilbake for å ta grundige vurderinger av det.

Men den metodiske utfordringen, som jeg tror kanskje noen føler en viss urolighet over, er jo ... Og det er blitt kanskje mer.

Jeg skal vise til noen eksempler.

Det å foreta de riktige avvenningene mellom våre straffeprosessuelle som er positive og konkrete lovbestemmere, opp mot abstrakte normer som ligger i EMD og EMK, og nå også i Grunnloven ...

Det føler en kanskje at blir litt sånn ... Det er nesten litt sånn fluffy.

Du har liksom ikke noen som veldig har kjerne å holde deg til alltid.

Så er det samtidig helt åpenbare utviklingstrekk i EMDs egen praksis som gjør at avgjørelser fra 90-tallet og tidlig 2000-tallet kanskje i dag ikke er uttrykk for det som EMD ...

Per 2024 legger i de samme bestemmelsene.

Og så er materialet overveldende.

1000 avgjørelser per år.

Bare 2500 i januar 2025 fant jeg et tall på.

Som sier veldig mye om ... Det er ikke bare straffesaker, men det er mange straffesaker.

Straffesaker fra ... Skal jeg formulere meg litt forsiktig?

Fra ulike rettskulturer som er medlemsdata i Europa.

Hvordan kan en sak fra Ukraina eller fra Tyrkia eller fra Østerrike passe på et norsk prosessuelt spørsmål?

Det er i seg selv kanskje også en utfordring å finne ut av.

Det illustrerer litt med det som har vært den store gjengangeren i norsk straffeprosess, dette med opplesning av politiforklaringer.

Som spør du Magnus Martnhildstad, vil han være enig i at dette blir vi aldri ferdig med.

Men det som EMD lenge holdt seg til, var litt sånn absolutte firskårne regler om hva som ga mulighet for opplesning av tidligere avgitte forklaringer, og hva som ikke gjorde det.

En absolutt regel gikk på dette med hovedbevis.

Samtidig var det også en regel om at hvis ikke staten hadde gjort nok for å sikre seg at vitner møtte, så er også det en måte å ikke ha sikra tiltalte en arena for krysseksaminasjon som gjorde at staten ikke hadde gjort noe med det.

Ja, så røyk det også der.

Det var absolutte regler som var greie å forholde seg til.

Men så utfordres EMD fra Storbritannia, som hadde noen litt andre vurderinger av hva som burde være mulig å gjøre med tanke på å føre bevis.

Ikke direkte for noen dømmende rett, men å lese opp eller avspille en forklaring som var gitt tidligere.

Det hadde den tiltalte ikke, hadde vært til stede, kanskje heller ikke hatt forsvar der, og kanskje heller ikke fått noen form for anledning til å stille spørsmål, verken skriftlig eller direkte.

Og da får vi det som alle som fusler med straffeprosess i dag, må kjenne til.

Den såkalte Al-Qawari-attesten, som er uttrykk for en argument fra 2011.

Som vel er hoved, sammen med cha-cha-swili mot Tyskland fra 2015.

Som på en måte relativiserer veldig mye av det som var ferske under absolutte regler i den tidligere praksis for EMD.

Der en knytter dette til en skjønnsmessig helhetsvurdering og legger opp til en slags argumentasjonsmønster for hvordan en skal gå fram for å vurdere hva som skal til for å lese opp en forklaring.

Da har han sagt ganske tydelig at en også kan lese opp eller avspille forklaringer avgitt under etterforskningen.

Selv om det kan bebreides politiet eller retten noe for at vitnet ikke har møtt.

Det kreves en del, men det blir bare et moment i vurderingen.

Det er ikke en absolutt avskjæring.

Det samme sier en noe også om vesentlige hovedbevis.

Eller eneste eller avgjørende bevis.

Det er et viktig moment, men det er ikke avgjørende.

En kan også tenke seg at en har meget sentrale bevis, som nesten er hovedbeviset for en domfellelse.

Som hvis det er andre kompenserende tiltak ... I den forstand at du har andre virkemidler enn å stille spørsmål til vitner, for å vurdere pålitelig troverdighet ... Så kan han likevel passere som fair nok, for å si det sånn.

Og da ser han at han da har på en måte redusert ...

Den litt skarpere kanten som lå i dette tidligere i AMD-praksis, med noe litt nytt og litt mer ... Hva skal vi si?

Tøyelig.

Dette ser en i dag som fremdeles en utfordring.

Det var en sak i Høyesterett i 2022 som sondra litt mellom møteplikt og vitneplikt, som sa at vel, vitnet har kanskje ikke plikt til å forklare seg fordi du er ektefelle eller barn.

Men du plikter å møte, for bevisumiddelbarheten er i seg selv et kompenserende tiltak for at retten kan se og høre vitnene og vurdere litt troverdighet og pålitelighet.

Og i den saken ble det prosedert vel og lenge på ulike avgjørelser fra EMD.

Som sa litt om dette, men ikke alt.

Og som sa noe generelt som kanskje ikke passet så godt.

Så nå er det en ny sak for Høyesterett som skal opp i løpet av våren, tipper jeg.

Jeg skal forsøke å lande noe av betydningen av at vitner møter, men ikke vil forklare seg.

Se på betydningen av nettopp dette, at vitner er til stede, men fremdeles ikke vil.

Men som kanskje responderer på noe, og som retten får et slags inntrykk av.

Det tror jeg kan bli en veldig viktig avgjørelse.

Rett og slett fordi at ...

Regelen har vært at hvis vitnet ikke vil svare, holder du vitnet til stede.

Den er utfordra, og den tror jeg en må forsøke å lande innenfor den praksisen som fins fra Strasbourg.

[LENE SOLESVIK]

Det virker som det har vært en kontinuerlig utvikling i forhold til adgang til å lese opp politiforklaringer.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Det har vært et samspill mellom en utvikling som EMD har stått for, der de har tolka og fornya konvensjonens innhold på sett og vis.

Og så har Høyesterett i noen grad fulgt etter.

Men Høyesterett har også måttet endre kurs i forhold til formulering av hovedbevislæren.

Der var han litt ute å kjøre og formulerte dette som noe langt mer begrensende for bevisføringen enn det som nok var EMD-regelen på det tidspunktet.

Men det er ikke noe i veien for at norskrett har strengere regler om dette enn EMD tillater.

Men vi trenger jo ikke være europamester i å avskjære bevis.

[LENE SOLESVIK]

Du var god på noe.

Nei da.

Vi skifter litt fokus.

Du sier litt om uskyldspresumpsjonen, hva det er, og hvordan det står seg med objektive straffbarhetsvilkår, som ikke krever skyld, litt sånn som foretaksstraff.

Kan du si litt om hva det innebærer at det ikke krever skyld?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Dette er jo òg en klassiker i en straffeprosessuell sammenheng.

EMK artikkel 6 annet ledd og grunnloven 96 annet ledd har jo en regel om at han skal anses uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.

Høyesterett har lagt til grunn at her tolker en grunnlovsbestemmelsen i tråd med det som har vært praksis i TMD.

Men uskyldspresumpsjonen inneholdt flere regler.

Den er også et vern mot skyldkonstatering etter frifinnende dom.

Er du frifunnet noe, skal du ikke i samme ordelag som om du var dømt skyldig, dømmes til noe annet.

Det er jo et formuleringsmessig problem som en ofte støter på.

Men her er reglene relativt klare.

Så ligger det i utkastspressen også presumpsjonen at det kreves bevis utover enhver rimelig tvil.

Tiltalte skal ikke kunne avkreves noe bevisføringsplikt.

Han skal heller ikke kunne avkreves noe inkriminerende svar.

Men en side av dette har også vært spørsmålet om ...

I nasjonal rett, for å bruke det uttrykket, og da slår jeg sikkert beina under noe jeg har sagt før, men i den enkelte nasjonale straffelovgivning kan man da ha straffebestemmelser som sier at ...

Til tross for at det kreves forsett, skal jeg dekke hele gjerningsinnholdet.

Kan man ha objektive straffer?

Straff som ikke forutsetter skyld.

Og det ble aktualisert i 2021 fordi reglene om foretaksstraff i § 27 i straffeloven har jo en regel som sier det.

Selv om det ikke kan knyttes skyld til noen enkeltperson, kan foretaket straffes.

Det kom Høyesterett til i 2021, at det var ikke forenlig med EMK artikkel 6.

Men en var også innom artikkel 7, som går på dette med lovskravet.

Og her støter en jo på dette det er skrevet lange og store artikler om.

Men mye av essensen i dette er at en gikk tungt inn i en avgjørelse mot Italia fra 2018 som ga uttrykk for at lovskravet, spesielt i artikkel 7, krevde en 'mental link'.

Det vil si vårt norske skyldprinsipp.

At du kan ikke dømme noen hvis de ikke har skyld.

Men det som denne avgjørelsen først og fremst sveiser, er GIM mot Italia i 2018.

Det den egentlig sier, er at ja, i noen grad kan man det.

For enkelte punkter.

Så ikke bare et helt gjerningsinnhold, men for enkelte punkter.

Og det la Høyesterett til grunn noe seinere at f.eks.

veitrafikkloven om dette med villfarelse om egen alkoholkonsentrasjon i blodet, det står seg.

Det er et enkelt element.

Men det MD vel har sagt, først og fremst, og som jeg tror en del teoretikere har kommet til enighet om, er at ...

Selv om han har den type regler, så må ikke det frata den aktuelle anklagede en prosessuell mulighet for å føre bevis eller anfekte at han ikke har vært uaktsom eller forsettlig.

Han må ha en prosessuell mulighet til å forsvare seg mot også den type objektiviserte vilkår.

Den diskusjonen har vi hatt, og den viser også variasjonen i norsk rettspraksis.

I en avgjørelse fra 2005, en plenumssak for Høyesterett, la Høyesterett til grunn at vil faren som alder ved seksuallovbrudd når han er under 14 år, fornærme det.

Som da var et rent objektivt vilkår.

Så la han til grunn at nei, det kan vi ikke ha.

Må kunne bebreides på et eller annet vis.

Liten uaktsomhet er jo for sett og vis nok.

Det er det for de tilfellene der man er under 16.

Men det er nå seinere Høyesteretts EMD-praksis om den saken kommer på ny.

Muligens ville vippet resultatet i andre retning.

Den type vilkår kan man stille.

Men man må ta de prosessuelle forbeholdene.

Man må jo på et eller annet vis iallfall kunne på en måte anfekte at en ikke har utvist noen form for skyld i den retning.

Hvor praktisk det blir, skal jeg ikke ta opp her.

[LENE SOLESVIK]

Det får bli neste gang.

OK, jeg tenker vi skifter litt retning igjen her.

Vi har pressefrihet, som i utgangspunktet er verna av EMK artikkel 10, altså ytringsfriheten.

Hvor langt går dette vernet?

Har du noen eksempler som kan illustrere dette?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja.

Det er jo et hav av, kan vi nesten si, saker fra EMD, men også for norske domstoler og Høyesterett, som er av presserelevans når det kommer til pressens dekning av straffesaker.

Det går både på adgang til offentlig rettergang og begrensninger som settes i det. Andre former for begrensninger, kanskje knytta til tilgang til informasjon ved dekning av saker.

Og ikke minst også journalisters vern om egne kilder, som er et relativt fasttømra prinsipp i vår bestemmelse i 125 veldig i straffeprosessloven, men som har måttet tåle visse ...

En viss ... Hva skal vi si?

Justeringer, får jeg vel nesten si.

Her møter jeg meg litt i døren, for jeg var selv i Høyesterett med to av disse sakene som jeg nå skal nevne.

Men det er fordi sakene viser en viss interesse.

Begge sakene gjelder to av våre mest omtalte drapssaker og alvorlige straffesaker.

Den første var fra 2003, som var retta mot sjefsredaktøren i TV 2, som var ilagt en rettergangsbot for å ha tillatt ... Og det var offentliggjøring av et filmopptak av tiltalte etter at han er fått dom.

Det er i strid med doktorlovens regler.

Det ble altså ikke respektert.

Saken kom til Høyesterett, og det ble nokså grundig behandla spørsmålet om dette var et inngrep i pressens frihet til å formidle opplysninger.

Det interessante her var mimikken og måten vedkommende reagerte på.

En nokså streng dom.

Der kom Høyesterett med en ganske skarp dissens til at dette var et inngrep, og at det ikke kunne legitimeres som nødvendig i et demokratisk samfunn, som det het i artikkel 10.

Men de kom til det motsatte året etterpå, som gjaldt sjefsredaktøren i to større aviser som hadde publisert bilde av en av de domfelte i Orderud-saken.

Til første runde var dømt til 21 års fengsel på vei ut av rettslokalet.

Så der skifter nok Høyesterett litt ...

Stampunkt, tror jeg, legger nok noe større vekt kanskje på de hensyn som begrunner fotoforbudet og varetakelsen av den toppfelte saken.

Den saken mot Hanseid Egeland fra 2004 gikk til EMD.

Og der var EMD enig i at dette var noe som var i tråd med ... Og ikke noen krenkelse av pressens ...

Rett til å publisere bilder av en domfelt.

[LENE SOLESVIK]

Jeg ser at på RT-kodene så var den ene fra 2003 og den andre fra 2004.

Så det var ikke et langt tidsspenn mellom disse to.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Nei, og det er mulig at dissensen i den 2003-avgjørelsen som ...

Som var nokså skarp at den kanskje forklarer at det flertallet vektla, var at det hadde en offentlig interesse som pressen måtte være berettiget til å publisere.

Måten vedkommende reagerte på kontra det forsvareren uttalte om hvordan domfelte hadde reagert.

Det var en mismatch mellom det som ble vist, og det som forsvareren hadde sagt.

Om det er en detalj som skal avgjøre om du er innenfor eller utenfor, det hadde jeg store innvinninger til der, men jeg skal ikke gjenta den diskusjonen der.

Men vi har hatt andre typer saker også mot Norge som har endt med at det ikke er krenkelse.

At TV Vest i 2008 ble bøtelagt for å ha sendt politisk reklame som var i strid med regelverket.

Og det sa høyt fra EMD at det var greit.

Men så har vi også noen avgjørelser som går på retten til informasjon og tilgang til informasjon.

Der har vi sett også en utvikling som har aktualisert Høyesteretts fortolkning av hvor langt enkeltstående avgjørelser EMD rekker.

Dette gjelder pressens innsyn i henlagte saker.

Lytterne husker kanskje VGs ønske om å få innsyn i Spesialenheten for politisakers henleggelsesbeslutning mot en politimester i en våpensak.

Og vi har også denne legevaktsaken der polititjenestepersonell var henlagt mot polititjenestemenn for å ha angivelig begått tjenestefeil og unødig maktbruk mot en person som da slo seg vrang på legevakten.

Og der går Høyesterett nokså langt i å si at nektelse av innsyn et stykke på vei er et inngrep i pressens rett til å skaffe seg informasjon.

Altså informasjonsfrihet.

Men knytter det til rollen som public watchdog?

At pressen skal være den siste skansen for å skaffe den type informasjon?

Men det går ikke lenger enn å si at konkrete straffesaksopplysninger, vedtakene fra spesialenheten som knyttet seg til mulig myndighetsmisbruk o.l., det var pressen berettiget til å få.

Men detaljer i avhør og andre typer klassiske straffesaksdokumenter, det ga ikke artikkel 10 rett til.

I hvert fall var det berettiget å ...

Og legitimt å holde tilbake den type opplysninger ut fra de inngrepskriteriene som følger av artikkel 10.

[LENE SOLESVIK]

Ja, da tar vi igjen et lite skifte og litt fokus.

Kanskje litt inne på det da vi snakket om at disse aktørene følte de var litt på ustø grunn.

Hvordan skal vi metodisk anvende prinsippet om rettferdig ettergang?

Er det sånn at alle saksbehandlingsfeil utgjør en krenkelse av Grunnloven og EMK?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja, en kan av og til få det inntrykket av at ...

Regler som har en side mot innholdet i begrepet rettferdig irettergang og fair trial i EMK.

At det medførte at også disse bestemmelsene med avstand til grunnlovskrenkelser og EMK-krenkelser i enhver saksbehandlingsfeil.

Det som ble lagt til grunn i Lønning-utvalgets forarbeid etter grunnlovsendringen, var at grunnlovsfestingen av prinsippene, og da prinsippene slik de forelå i EMD-praksis og EMK artikkel 6 fram til 2014 i hvert fall ...

At de skulle først oppfattes å være prinsipper som benyttes som tolkningsmomenter. Hvis du ikke har en hard kjerne i en allerede eksisterende bestemmelse i straffeprosessloven, så må du kunne bruke de overordnede prinsippene til å tolke den innskrenkende.

Men i nyere tid har vi jo eksempler på at Høyesterett konkluderer med, i hvert fall i premissene, om ikke i domsslutningen, at det foreligger krenkelser av både grunnlov, EMK og regler i straffeprosessloven på rene saksbehandlingsfeil.

Det klareste eksempelet er vel en sak fra 2022 der det knytta seg til en sikta som ...

Der et dommeravhør av datteren var brukt mot ham som bevis for at det ble avspilt i retten.

Men han hadde ikke fått anledning til å sette igjennom dette avhøret.

Han hadde heller ikke fått den informasjonen han skulle ha om å stille supplerende spørsmål.

Da var det feil å bruke dette beviset dommere hørte, som bevis.

Der er en inne i premissene.

Grunnlov er EMK, og det er den konkrete bestemmelsen i paragraf 239 b.

Men jeg kunne forholdt seg til 239 B og sagt at det er et brudd på en bestemmelse som riktignok har en forankring i regler på et høyere rettskildemessig nivå.

Men å konstatere grunnlovskrenkelser i den type saker faller for meg litt problematisk.

Og det har vært en berettiget kritikk i teorien om at Grunnloven og IMK misbrukes, eller overforbrukes nærmest.

Som primærrettsgrunnlaget.

Mens primærrettsgrunnlaget for en saksbehandlingsfeil i prosessuell sammenheng ...

Det er bare i fravær av en bestemmelse at du trenger å ty til grunnlovsbestemmelsen eller utlegninger om hva som ligger rettferdig der og i EMD, for å begrunne et resultat.

[LENE SOLESVIK]

Det kan være overflødig hvis du har en straffeprosesslov som regulerer forholdet ditt.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Som student skal du sitte og skrive en besvarelse, så du tipper deg innom både grunnloven og EMD før du kommer til saken.

Det kan i noen sammenhenger være helt riktig, og det kan godt være helt korrekt.

Men de normene som ligger der, de tilfører på en måte ikke ...

Er dette spørsmål noe annet enn at det har en prinsipiell forankring?

Ferdig med det.

Men vi har jo noen helt morsomme eksempler på et jurymedlem som sovnet under Forsvarets prosedyre.

Var hans menneskerettigheter brutt ved at han muligens ble dømt av et jurymedlem som sov?

Jo, det gir jo mening å si det.

Det er ikke fair å bli dømt av en som sov.

Men det føles kanskje litt oppkonstruert å trekke inn hele registeret av konvensjonsverk og konstitusjonelt regelverk for å avklare at det ikke var betryggende og forsvarlig. Høyesterett landa jo også på at vi har en forsvarlighetsstandard som gjelder uavhengig av hvilke andre normer som gjelder.

Brudd på oppmerksomhetsplikten til dommer vil jo være en saksbehandlingsfeil.

Selv om du ikke har noen konkret bestemmelse som kanskje direkte sier noe om det.

Selv om vi har noen regler i domstolsloven.

[LENE SOLESVIK]

Det vil typisk være forsvareren som påberoper seg dette.

At hvis man sier nei til EMK, så slår du litt hardere, da.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Det kan jo overbevise noen å gjøre noe litt skuddrett.

Hvis EMK og EMD har sagt det, så må vi vel kanskje ... Men det er noe vi må avgjøre.

Av og til er det viktig å avgjøre saken på lavest mulig rettskildemessig nivå.

Er det en konkret byrde på en bestemmelse, så er det den som er kjernen i det som skal diskuteres.

Men i noen saker så må en jo ty til dette.

Med full rett, selvfølgelig.

Jeg nevner gjerne en avgjørelse fra 2014 der lagmannsretten har avsagt dom mot en person som var død.

Og det skurrer jo litt med tanke på at det er noen minimumsrettigheter.

Er dette begrepet rettferdig?

Er du død, så sier det seg vel sjøl at det kan bli vanskelig.

Men vi har ikke noen direkte bestemmelser om dette i straffeprosessen.

Vi har litt om ankerett for avdødes etterlatte i noen sammenhenger.

Men ingen egentlig direkte.

Da må man jo ty til de mer bakenforliggende, grunnleggende vurderinger.

Gjorde Høyesterett også det, og knytta det til grunnlovsbestemmelsene i lys av EMD?

Som gjorde at en anså det som uforenlig med kravene til en rettferdig rettergang å avse en realitetsdom i skyldspørsmålet mot en person som var død.

Det illustrerer at er det primærrettsgrunnlag?

Ja vel.

Da er det avgjørende som det er.

Men som regel har en et primærrettsgrunnlag som disse bestemmelsene.

Det kan belyse og si noe om den prinsipielle forankringen de har.

Men det er ikke regelen som skal løse spørsmålet.

[LENE SOLESVIK]

Nei, så da går jeg litt videre til neste spørsmål.

Hvis du da skulle forsøkt å oppsummere hvilken betydning EMD har for straffeprosessen, hva vil du trekke fram da?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Det er også et digert spørsmål.

Jeg kan risikere å gjøre meg skyld i å oversette og bortforklarte og underfortått mye rart.

Men umiddelbart tror jeg kanskje en må fremheve den viktigste reformen siden vedtakelsen av straffeprosessloven i 1981, altså toinstansreformen fra ...
Fra 1995.

Og for de leserne som er født senere enn han som taler nå, så husker de kanskje ikke at vi har vært et land som i mange år har ment at det har vært klokt at alle de alvorlige straffesakene skal gå i annen instans, altså i lagmannsrettene, med jury, som svarer ja eller nei på skyldspørsmål, og med en relativt begrensa adgang til å få over på en sak. Det var grunnen til at Norge tok et forbehold i forhold til konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter.

Nettopp fordi vi ikke hadde noen ankeradgang i vårt system som dekte fullt ut det som konvensjonens krav nok var.

Og juryen beholdt vi jo, men vi flytta alle saker ned til førsteinstans.

Alle alvorlige straffesaker også starta i tingrett.

Vi anka adgang til lagmannsrett, men fremdeles med en jury i alvorlige saker, men en ordinær meddomsrettsbehandling i de mindre alvorlige.

Det var drevet fram av konvensjonen om solide sosiale og politiske rettigheter, men også som tilleggsprotokoll for MK, som ga argumentet til det samme.

Seinere så avviker en jo også juryen på et langt seinere tidspunkt, men en får også en utvikling omkring ...

... noen storkammeravgjørelser.

Og det er jeg inne på et av de generelle kjennetegn med betydningen av EMD.

At dette med at vi i praksis, og for så vidt med lovendringer seinere, har ...

Stilt strengere og strengere krav til rettens begrunnelser.

Både for skyldspørsmålet for fellende dommer, men også for rettens begrunnelser i ankenektningsspørsmål.

Både ankenektelser for lagmannsrett og for Høyesterett.

Og jeg har fulgt opp ganske fortløpende med endringer i forhold til hva som kreves.

Og det er jo hensynet til en reell overprøving.

Hvis du frifinnes én instans og anken nektes en neste, så skal du få en reell vurdering av hvilke nye forhold du påberoper deg, eller springende punkt som dette i saken.

Lagmannsretten må på sett og vis ha adressert og tatt konkret stilling til.

Ellers er det noen andre generelle trekk som kan trekkes fram.

Jeg tror også at EMK er en stor og ...

Gikk hånd i hånd med også en sånn nasjonal tilnærming til at en vektlegger legalitetsprinsippet i større grad.

Får et uttrykk for dette med grunnlovsfestningen av § 113 om legalitetsprinsippet som mer generelt.

En ser det når en får ny politilov i 1995.

Inngrepshjemlene må lovfestes ut fra en tanke om at legalitetsprinsippet krever det.

Men det er også en side mot dette med hva som skal til for å kunne legitimere inngrep i menneskerettigheter.

Artikkel 10 og artikkel 8 har regler om at det skal være an accordance with law.

Og det skal være forholdsmessig og nødvendig i et demokratisk samfunn.

Det ligger der, både materielle sider, altså krav til lovhjemmel, ikke nødvendigvis det som ligger i legalitetsprinsippet fullt ut.

Men det stilles visse kvalitetskrav også der.

Og ikke minst også en del prosedyre, altså prosesskrav.

Et krav om rettslig kontroll.

Typisk med ransakinger etterfølgende ...

Rettstidig kontroll ved fengsling osv.

En del tvangsmidler havner så fort i den kategorien.

Det er særlig knytta til inngrep i privatlivsvern.

Og så er det én side som det kanskje også kommer til i forhold til de positive forpliktelsene.

Og det er ... Jeg tror ...

En del av den praksisen som har kommet fra Strasbourg, som har gjeldt mange land, både Tyrkia og andre stater, der man har fått avgjørelser som knytter seg til retten til forsvarer i første avhør ...

Avgjørelser mot ganske unge personer, under 18 fra andre rettskulturer, der en har håndtert dem noe mer hardhendt enn det var aktuelt i norsk sammenheng.

Men en del av disse avgjørelsene har påkalt prinsipielle drøftelser.

Hvor langt rekker dette vernet?

Når inntreder det?

Så jeg tror nok at politi, påtalemyndighet og ikke minst også retten har nok ...

Blitt innskjerpa på dette med prosessuelle rettigheter.

Ikke bare sikta.

Hva informasjon skal han få i første avhør?

Hva skal informasjonen inneholde?

Hvor klar skal han være?

Men også kravet til å gi informasjon til vitner.

Forsømmes det å gi vitnet oppmerksom på rettigheter som ektefelle eller barn, så medfører det i mange sammenhenger at det beviset man har skaffa seg, den forklaringen man har fått uten å gjøre disse rettighetene kjent for vedkommende, kanskje benyttes som bevis for det annet enn som ulovlig ervervet med brudd på en del grunnleggende prosessuelle rettigheter.

Der er det en utvikling i rettspraksis som går til en strengere håndtering av retten til forsvarer, kanskje spesielt for mistenkte.

Og med en sak fra 2022 med dissens som et godt eksempel på det, der en person var avhørt i bil, og det var litt krøll og klikk og forskilling i forhold til om han hadde fått tilstrekkelig klar beskjed om at han nå var i avhør, og at han hadde rett til å forsvare. Så er det nok sånn at de reglene vi har i Norge i veldig mange sammenhenger ... Jeg bruker uttrykket ... Jan Førsestein igjen, kjære lytter.

Gode nok.

Men det skorter av og til på praktiseringen av dem.

Denne tilrettelagte avgjørelshistorien som jeg nevnte, der den mistenkte ikke var gjort kjent med å ha fått skyndt rettighetene sine, er et klart brudd på positive bestemmelser i loven.

En ser en sterkere betoning av sider ved straffesaksbehandlingen som en kanskje ikke tidligere var like oppmerksom på.

Uavhengig av domstoler.

En ser en dreining, også i høyesterettspraksis, ved strengere habilitetsvurdering av dommere.

Betydningen av bevisumiddelbarhet som en grunnleggende forutsetning for å prøve vitners troverdighet og pålitelighet.

Få et riktig og forsvarlig saksavgjørelsesgrunnlag.

I tillegg til kontradiksjon.

Det er sider ved prosessen som har fått mye kraftigere betoning.

Ikke bare gjennom avgjørelsene om opplesning av politiforklaring, men kanskje særlig gjennom dem, der en har fått et endra tyngdepunkt med tanke på praktiseringen enn det en så i tidligere rettspraksis.

Og så er det mange andre saker en kunne ha trukket fram i forhold til det.

Men jeg vil fremheve disse.

Og legalitetsprinsippet ser man også i mer sånn randsonespørsmål.

Straffesaksbehandling som så, men en ser jo alle disse nye avgjørelsene om nakenvistasjoner i fengsel, f.eks.

Der en ser at en går ganske langt inn i artikkel 3 og Grunnlovens 93.

Det er fullgod for så vidt norsk hjemmel for å gjøre dette, men så ser en da på ...

Det har gitt en tilstrekkelig god begrunnelse.

Eller om hele regimet knytta til mer rutinemessige inngrep mot fanger i fengsel, om de er for rigide og udeferensierte til at vi kan rettferdiggjøre det som et inngrep.

Det er et eksempel på at en skruer til stikken litt for å kreve mer begrunnelse for enkelte typer inngrep som støter an mot menneskerettigheter.

Ikke bare i forhold til den anklage, men også domfelte og andre som involveres i saken.

[LENE SOLESVIK]

Er det sånn at EMD behandler mange saker mot Norge?

Og er det dommer hvor EMD har kommet til at Norge har krenka retten til rettferdig rettergang?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja, vi har noen eksempler.

I forberedelsen til vår lille prat her ... Det er et hundretall saker.

I 2022 var det 125 saker mot Norge i IMD.

120 av dem ble avvist, og det ble sagt fem dommer.

I 2023 var det 195.

96 av dem skal ha blitt avvist.

Der gjaldt det noen krenkelser, og det er disse barnevernssakene som media har omtalt nokså inngående.

I 2024 var det en dom der Norge hadde krenka artikkel 2 mot en person.

Haugen mot Norge.

Der var det en person som har gått selvmord i fengsel og fått mangelfull medisinsk oppfølging.

Som illustrerer det jeg skal si litt om mot slutten av samtalen her.

De positive forpliktelsene.

Og så er det dommer mot Norge der artikkel 6 er krenka.

Men det er ikke så mange.

Det illustrerer kanskje igjen dette at reglene i seg selv ofte er gode nok, men det er praktiseringen av dem som kanskje gjør at en bikker over i feil grøft og kommer i skade for å si for mye eller si noe som krenker rettighetene.

Uskyldspresumpsjonen har vært en gjenganger.

Sivil erstatningsplikt eller avslag på erstatning etter frifinnende dom.

Formulerer en seg der litt ubetenksomt og klossete og måtte nærmest si at vedkommende er skyldig likevel, så har en jo et alvorlig problem i forhold til lutionspresumpsjon.

Men både EMD og EMK ... Og Høyesterett har jo lagt til grunn, og det er vel også EMD enig i, så vidt jeg har skjønt ...

Det er ikke noe som hindrer vår ordning med å gi dem erstatning etter frifinnende dom, men en må bare sørge for at en formulerer på seg selv sånn at en ikke kommer i konflikt med den frifinnende begrunnelsen.

Og så er det dette med krysseksaminasjon av vitner.

Der har vi en krenkelse i 2006.

Vi har noen avgjørelser om inhabilitet for dommere og jurymedlemmer fra 2007 og 2015.

Og så har vi en sak som er en av de aller første fra 1996, som egentlig gjaldt

Høyesteretts egen behandling.

Der en person hadde ikke vært innkalt og til stede i Høyesterett når Høyesterett avsa fellende dom i et tilfelle der vedkommende var frifunnet.

Det var ikke så avansert, dette det dreide seg om, men en hadde ikke systemer for å ivareta den rettigheten.

Så jeg kan jo si litt kort om et par av de kanskje viktigste avgjørelsene som har vært igjennom i Strasbourg.

De knytter seg ikke bare til rene straffeforfølgning og rettferdig rettergang, men de knytter seg også litt til tvangsmiddelbruk i randsonen av de spørsmålene vi diskuterer.

Den ene er saboen mot Norge, der en fornærmet innsatt har fått beslaglagt sin mobiltelefon og hevder at det var advokatkorrespondanse på den.

Kom opp i Høyesterett.

Og den rutinen man da hadde for å overlate til retten å skille ut advokatkompetanse, den fant en tilstrekkelig i Høyesterett.

Der sa EMD et nei.

Dette var en krenkelse av artikkel 8.

Det var verken et tilstrekkelig klart lovregelverk eller garantier for den utsorteringen.

Der har han fått en ny praksis med nye ønsker fra Riksadvokaten, som overlater den utsorteringen til en egen etat, som skal forhindre at etterforskerne får innsyn i taushetsbelagte opplysninger.

Denne nye ordningen er Høyesterett senere balsamert som tilstrekkelig i forhold til EMK-krav.

Og så har han den avgjørelsen som jeg var inne på, med dette med pressefrihet, bekker mot Norge for 2017.

Der en journalist var pålagt å opplyse navnet på kilden i en sak.

Kilden i en sak var tiltalt, og dette skulle brukes som et bevis.

Der sa Høyesterett at det var greit, for kildene hadde jo sjøl stått fram.

Men det var disens 3-2.

Da EMD fikk dette spørsmålet til prøving, konstaterte de krenkelse av artikkel 10 og la mye større vekt på inngrep i pålegg om vitneplikt for journalister og brudd på å holde kildene anonyme.

Det hadde en chilling-effekt på hele pressens arbeidsområde.

Så har vi storkammeravgjørelsen fra 2016, som gjør at Norge kan fortsette på den måten med administrativ skatt og samtidig straffesak, så lenge en holder seg innenfor en lovlig parallellforfølgning og ikke en dobbel forfølgning og en dobbel straffeproblematikk.

Så vi tror med det Høyesterett sjøl kom til i samme sak i 2010.
Og så Kristiansen mot Norge i 2015.
Det har vært jurymedlem i Minhabil.
Der var det også dissens i Høyesterett.
Interessant å se at når det går til Strasbourg, så er det av og til dissens også i Høyesterett.
Og Kaste-Mathisen er en kjent sak når man går på opplesning av politiforklaringer fra 2006.
Lagmannsretten og senere Høyesterett som balsamerte avgjørelsen.
En krenkelse av artikkel 63d.
Og samtidig si noe om Grunnlovens bestemmelser om rettferdig rettergang.
Men her er det igjen detaljene som avgjør.
Den tiltalte var en medtiltalt som nektet å forklare seg.
Han satt i retten.
Og så sier han at siden jeg ikke kan svare på spørsmål uten å utsette meg sjøl for straff ... Han var muligens innkalt som vitne med forklaringsnektelser osv.
Det spiller for så vidt ingen rolle for resultatet, men han var der.
Og det rettens administrator gjorde, var å si at så lenge han nekter å forklare seg, så tillates det ikke å stille spørsmål.
Det rettens administrator skulle sagt.
Vær så god, forsvarer.
Eller vær så god, aktor.
Åpne for muligheten.
For det er det som først og fremst kreves.
Så her er det den lille detaljen som vipper dette over til ... Til en krenkelse.
Og sånn sett så ...
Det var jo lovregelen og vår forståelse og høyesteretts praksis knytta til dette.
Men det lille momentet gjorde at en på en måte vippet over.
Så har disse jentene avgjørelsen om krenkelse av uskyldspresumpsjonen etter frifinnelse.
To av dem gjaldt kjente saker.
Karmøy-saken og Bjorn-saken.
Her har vi senere fått regler som objektiviserer utbetalingen for uberettiget forfølgning.
Som gjør at vi skjærer klar av en del av de formuleringsmessige problemene som vi hadde i forhold til lovens vilkår da dette ble behandla av domstolene.
Dette er satt over til sivilforvaltningen, disse uberettigede forfølgningssakene.
Så her har vi løst noen problemer.
Selvfølgelig med et sideblikk til at det kan være vanskelig å håndtere disse sakene innenfor en sånn ramme.
Da er det like greit å bare objektifisere hele utbetalingen og se at du har vært varetektsfengsla så lenge.
Da er det ikke spørsmål om du har gjort noe som har pådratt deg mistanker, osv.
Som kan berøre en del spørsmål knyttet til de problemstillingene.

[LENE SOLESVIK]

Bra.

Litt sånn videre ... Nå nærmer vi oss slutten òg her.

Når jeg leser EMD-praksis, som sikkert andre studenter òg gjør, nevnes det ofte krenkelser av positive og negative plikter.
Og du har jo vært litt inne på det òg.
Kan du fortelle litt om forskjellene mellom disse og gi noen eksempler?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja, og dette er som jeg vel var inne på, en ...

En litt nyere utvikling.

Jeg leverte min egen doktoravhandling om opportunitetsprinsippet og straffeforfølgingsplikt i 2012.

Og da måtte jeg gjennom en del EMD-praksis.

Og da jeg begynte å grave i det, ble jeg veldig overraska over hvor langt EMD har oppstilt plikter knytta til både effektiv etterforskning og straffeforfølgning.

Litt av tanken er at dette med å aktivt sikre menneskerettighetene er en positiv plikt.

Og den virker jo.

Én ting er når staten krenker deg.

Så typisk.

Alle saker som er under spesialenheten for politisaker, er jo IMK-forankret i positive forpliktelser.

Når staten har krenka deg, så plikter en å etterforske, avdekke og straffeforfølge de som står bak.

Men hvis jeg slår til en person knallhardt, så krenker jo jeg også hans menneskerettigheter.

Fordi at jeg bryter MK artikkel tre, sannsynligvis.

Eller den som stalker eller personforfølger en eks, bryter jo vedkommendes privatlivsverden etter artikkel åtte.

Så det synger.

De har et stykke på veien kriminaliseringsplikt, de skal ha strafferettslige regler, men de har også en forfølgingsplikt.

Det er det som er litt nytt, og som ligger i særlig dette med å sikre menneskerettigheter og sikringsplikten, som er forankret i § 92 i Grunnloven og EMK-artikkel 1.

Og her har det vært en sterk utvikling.

Litt av rasjonalet er jo at skal de materielle reglenes vern, så skal retten til privatlivet være verna, så er det ikke nok at du bare har en straffebestemmelse som setter straff for at du har gjort sånt.

Men når den krenkelsen er aktualisert, og det har skjedd, eller den er under oppbygning, så har staten plikt til å forebygge.

Kjenner de til det, så må de gripe inn.

Det gjelder for å gjøre disse reglene praktiske og ikke teoretiske.

Det viser seg i mange sammenhenger.

EMD har i en lang rekke avgjørelser vurdert hva som er overordna krav til effektiv straffeforfølgning og etterforskning.

Og prøver egentlig ganske mye.

De ser selvfølgelig ikke på enkeltstående ting.

De ser på betydelige feil eller systemsvikt.

Men de ser på om det er regler, lovregler, som forhindrer etterforskning.

Hvis man hadde hatt regler som krevde påtalebegjæring fra fornærmede i voldtektssaker, og det aldri kom, så ville det vært eklatant i strid med det effektive systemet for straffeforfølgning.

Men vi ser også på tilgjengelig etterforskning.

Han snakket mot Finland, der en gutt var blitt hengt ut på nett.

Det var lagt ut en falsk kontaktannonse hvor vedkommende var.

Som gjorde ham til offer eller ".target for pedofiles", som var litt av begrunnelsen.

Som var en krenkelse opp mot ham.

Der kunne ikke finske myndigheter finne ut av hvem som sto bak.

For taushetspliktsreglene som den gang gjaldt for innsyn i IP-adresser, stengte for det.

Det var en systematisk feil.

I tilgjengelige metoder.

Som MDE slo ned på og konstaterte krenkelse.

Men også objektivitetsplikt, altså et enøyd syn på straffesaksopplysninger.

En skeiv bevisvurdering.

Den type ting har også gått ganske langt i å si at ...

Voldtektssaker med frifinnelse, hvis det er formuleringer som kan tyde på at en har ikke vurdert bevisene bredt nok, kontekstsensitivt, kaller en kanskje det, så kan det også være et utslag av en feil ved prosessen som gjør at EMD sier at her er ikke vedkommendes vern verdt tilstrekkelig.

Og dette er særlige saker med barn, særlig sedelige saker.

En nokså intens prøving, vil jeg si, etter EMD-praksis.

Vi går ganske langt i det.

Og her vil en se at det er et samspill mellom de materielle rettighetene i både grunnloven og EMK, retten til liv, respekt for privatlivet, likhet for lov og ytringsfrihet osv.

Som gjør at fornærmedes rettsbeskyttelse som en avveinende faktor i en straffesakssammenheng ... Vedkommendes vern vil først og fremst ligge i de positive forpliktelsene som utledes av artikkel 2, 3, 8 mfl.

For artikkel 6 sier jo ikke en fornærmet noens rett til å få noen straffet.

Bare anklagedes rettigheter reguleres der.

Selv om i bevisførste sammenheng så vil også fornærmedes rettigheter kunne spille inn som en avveining i forhold til seksuminasjon og vitnevern osv.

Men bare være indirekte.

Så dette er regler som etter hvert kan få ganske stor betydning, og veldig kort etter at jeg ...

Jeg fikk dessverre ikke tatt med den i min store framstilling om dette.

Men det kom en avgjørelse for rettssiden 2013 - 588.

Jeg bør nevne den på ny, for lytterne som ikke har lest den, bør gjøre det.

Dette er noe som jeg anbefaler alle som jobber i politi- og påtalemyndighet, å se veldig tydelig på.

Den saken gjaldt at staten ikke hadde oppfylt sin plikt etter EMK, som Høyesterett kom til, og det var Tekel 8 de primært så på, til å sikre en ...

En kvinne, vern mot forfølgelse av en eks.

Situasjonen var tidligere dømt, så har han sluppet ut.

Stadig brutt besøksforbud var nedlagt mot ham.

Det var ikke fulgt opp noen brudd på det.

En skulle jo kunne både reise ut og pågripe ham og fengsle ham.

Det var også anmeldt fra denne kvinnen flere trusler, nokså alvorlige trusler, fra denne eksen, som ikke ble nærmere etterforska.

Og da ser en at i et strengt prioriteringsregime i en politietat der en mangler folk og kapasiteter, så vil de positive forpliktelsene sette en ytter strabbestein for hva du kan unnlate å gjøre.

Og du kan selvfølgelig ikke henlegge uten videre saker med liv, legem og helvetekrenkelser, fordi de støter an mot positive plikter og sikringspliktene til DMK.

Her er det ennå en utvikling vi ikke har sett slutten på.

Én sak mot Norge der dette er prøvd, Bakke mot Norge fra 2016.

Et mistenkelig dødsfall.

Sekreteriene for hva som var effektivt, var ivaretatt ved Vest politidistrikt, som hadde henlagt saken, men foretatt en viss etterforskning av hva som hadde skjedd i forbindelse med dette.

Var det selvdrap eller et drap?

[SPEAKER_04]

Ja.

[LENE SOLESVIK]

Er det ellers noen særlige utfordringer knyttet til metodisk anvendelse og rettsgjenfinning av EMD-rettspraksis?

[GJERT JOHAN KJELBY]

Ja, og du tror du ville spørre meg om jeg har noen praktiske tips?

Ja, men hva så du?

Vi kan nesten slå det sammen.

Vi har jo berørt dette i mange sammenhenger, og det går litt opp i denne uroen som en kanskje av og til vil oppleve når en må trekke ned EMD, og når en blir møtt med EMD som prosederende part i en straffesak.

Utfordringene knytter seg nok i stor grad til dette med i-rettsgjenfinning.

Altså ... Omfanget er stort.

Det veldig mange ikke er like oppmerksomme på, tror jeg, er at mye av dette er søkbar på det som heter Hu dokker, som er EMDs egen hjemmeside.

Som kanskje kan være et forbilde for veldig mange andre å se på.

Og de utgjør også case law information notes, som angir hvilke key cases de har.

Hva som er særlige såkalte flaggsaker.

De utgjør også regelmessig og nesten flere ganger årlig ulike såkalt guides.

Der de tar inn status og sentral rettspraksis for de ulike artiklene i EMK.

Og dette brukes.

Og Kjølbro, som er dommer i Strasbourg, har gitt ut denne EMK for praktikere, som er en femteutgave.

En vil se at han brukes ganske hyppig.

Det er en 1500 siders bok som studenter kanskje vil føle blir både for dyr og for omfattende.

Men for studier er fremdeles Jørgen Aalls fremstilling av dette kanskje de mest relevante.

Men så er det den metodiske delen knytta til rettsutvikling over tid, endringer i EMDs eget syn på innhold i ulike artikler.

Dette forsøket som EMD har på å oppstille en europeisk minstestandard eller minimumskrav, som kanskje ikke passer alltid like godt for alle typer saker som skal vurderes i en mer internrettslig sammenheng.

Og så er det utvelgelsen av avgjørelsene.

Hva er key cases, hva ikke?

Storkammeravgjørelsene har selvfølgelig mest vekt.

Men en har også en annen utfordring når en ... Eller ikke utfordring, men for så vidt en interessant og god utvikling.

Det vil se av en del MD-avgjørelser at de nå i større grad trekker inn også prosessregler for andre land.

Ikke bare europeiske land, men også andre land.

Og ikke minst at de ved innholdet i ulike bestemmelser i artikkel EMK ... Og så trekker en andre konvensjoner, barnekonvensjonen bl.a.

Lanzarote-konvensjonen og kvinnemishandling osv.

Også de trekker inn som uttrykk for en felles forståelse av minimumskrav.

Der vil jeg si at EMD også blander inn en del andre konvensjonskrav.

Og gir litt mer tyngde til innholdet i EMD.

Det kan også være at en da får en utfordring med at du da må også se på hva som ligger der i barnekonvensjonen, og hva som ligger der i andre konvensjoner.

[LENE SOLESVIK]

Det er en fordel, men det kan òg høres ut som at det er enda mer ringsmål.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Nemlig.

Og litt av poenget er at da blir det enda mer fasetert.

Og kanskje det gjør at noen tenker at oi ...

Og så er de faktumtunge.

Det er mye sammensatte forhold.

Det er også ulik grad av prøvingsintensitet.

Det er generelle rettssetninger og konkret anvendelse som gjør at noen av disse avgjørelsene er kanskje vanskelige å håndtere.

Matningsdal har skrevet en utmerket artikkel om aktorat for Høyesterett.

Han trekker opp akkurat dette.

Og jeg tror det er gyldig fremdeles.

Han skriver at avgjørelsene er ofte lange.

Det kan være tungt å arbeide med å sette seg inn i dem.

Det kan være viktig å finne fram til hovedpunkter og sette sitater inn i sin sammenheng.

Utbyttet er beskjeden dersom man nøyer seg med å sitere noen få setninger uten å punktere den rettslige sammenheng.

Og jeg tror det er veldig dekkende for tilnærmingen til enkelte avgjørelser.

Men hvis du spør om praktiske tips, eller hva spør en student, f.eks. ?

Du kan iallfall ikke skygge unna dette.

Du må gjøre et minimum av anstrengelser for å sette deg inn i den lille skog av sentrale avgjørelser som foreligger.

Både for å se på argumentasjonsmønsteret, se på hvilket punkt avgjørelsen gir noe substansielt til forståelsen av norske eller interne straffeprosessuheldige bestemmelser, som eventuelt skal vurderes ut fra en motstrid for overgangsbetraktning. Eller så vil du være den som blir urolig når du får dette slengt i fjeset som dommerformektig eller politijurist eller forsvarer i straffesak i neste runde.

[LENE SOLESVIK]

Jeg føler jo at jeg har lært litt i løpet av denne podkasten, så jeg håper jo at andre studenter eller jurister eller advokater eller hvem enn det måtte være, som er i rettsapparatet, også gjerne har lært litt.

Med disse siste tipsene runder vi av denne episoden av Paragrafprat.

Tusen takk for at du var med meg her i dag.

[GJERT JOHAN KJELBY]

Hyggelig å bli spurt.

[LENE SOLESVIK]

Takk skal du ha.

Takk til deg som lytta.

Vi høres.