

Juridiske Fakultet ved Universitetet i Tromsø

«Vurdering av forholdsmessighet, herunder alternative tiltak, i saker om varetektsfengsling»

Porselen og Jern

Barbro Paulsen

Ord:15320

Masteroppgave i Rettsvitenskap - 15. desember 2014

1. Innledning	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.1.1 Rettslig utgangspunkt for vurderingen ved varetektsfengsling etter straffeprosessloven.....	4
1.1.2 Det rettslige utgangspunktet for varetektsfengsling etter EMK art. 5	5
1.1.3 Hovedproblemstillingen.....	6
1.2 Noen rettskildemessige spørsmål og begreper	6
1.2.1 Metode.....	6
1.2.2 Forarbeider.....	7
1.2.3 Rettspraksis	7
1.2.4 Juridisk litteratur	8
1.2.5 Prinsipper og reelle hensyn i straffeprosessen og etter EMK.....	9
1.4 Avgrensning og videre fremstilling.....	10
2. Forholdsmessighet i straffeprosessloven og proposjonalitet etter EMK.....	11
2.1 Kravet om grunnlag i lov.....	11
2.1.1 Etter straffeprosessloven.....	11
2.1.2 Frihetsberøvelse etter EMK art. 5	11
2.2 Forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven.....	12
2.2.1 Utgangspunktet i strpl. § 170a.....	12
2.2.2 Hva innebærer vurderingen av «sakens art» og «forholdene ellers»?.....	13
2.2.3 Hva ligger i at det vil være et «uforholdsmessig inngrep»?	14
2.2.4 Kravet til begrunnelse.....	15
2.2.5 Kravet til varetektstidens lengde.....	16
2.2.6 Forholdsmessighetsvurderingen i forhold til bruk av varetektsurrogater.....	17
Strpl. § 170a angir at det skal foreligge «tilstrekkelig grunn» for fengsling.....	17
2.3 Proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art. 5.....	18
2.3.1 Utgangspunktet for vurderingen etter EMK art. 5 nr. 3	18
2.3.2 Kravet til rimelig tid og grunnlaget for fengslingen.....	18
2.3.3 Vurderingen om bruk av alternative midler EMK art. 5 nr. 3	19
2.3.4 Likheter og ulikheter mellom de to regelsett i spørsmål om forholdsmessighet og proposjonalitet	21
2.3.5 Likheter og ulikheter knyttet til praksis i ankeutvalget og i EMD i spørsmål om forholdsmessighet og proposjonalitet	21
3. Når kan det varetektsfengsles etter norsk straffeprosess og EMK?.....	22
3.1 Grunnvilkår for varetektsfengsling.....	22
3.1.1 Minstevilkår for adgangen til å pågripe og fengsle.....	22

3.1.2 Er det et vilkår at retten må vurdere varetektssurrogat etter straffeprosessloven § 184 annet ledd?	23
3.1.3 Strafferammekravet for varetektsfengsling	26
3.1.4 Kravet om at det skal foreligge straffbar handling	28
3.1.5 Kravet om skjellig grunn til mistanke	29
3.2 De spesielle vilkår for varetektsfengsling	30
3.2.1 Utgangspunktet for vurderingen	30
3.2.2 Kan surrogater anvendes når det er fare for unndragelse?	31
3.2.3 Er det åpning for bruk av surrogat ved fare for bevisforspillelse?	33
3.2.4 Kan surrogat anvendes ved fare for gjentakelse av straffbar handling?	35
3.3 Oppsummering av praksis i ankeutvalget og i EMD	37
4. Avslutning	Feil! Bokmerke er ikke definert.

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Bakgrunnen for at jeg har valgt dette tema, er den kritikken Norge gjennom mange år har fått for måten varetektsinstituttet anvendes på. Som tidligere ansatt ved Jusshjelpa i Nord-Norge, har jeg hatt flere klienter i fengsel, både på dom og i varetekt. Det var mange ganger vanskelig å forstå hvorfor enkelte ble sittende over lang tid i varetekt, og ofte på grunnlag av gjentakelsesfare med forholdsvis lav alvorlighetsgrad. Er det således riktig å fengsle en person, som foreløpig ikke er dømt dersom det foreligger bedre alternativer?

Varetektsfengsling er en form for frihetsberøvelse som innebærer at en som er mistenkt for et straffbart forhold, oppbevares i fengsel mens etterforskningen pågår. Straffeprosessens overordnede formål er å sørge for gjennomføring av straffesak slik at siktede kan møte i hovedforhandling og motta sin dom. Varetektsfengsling brukes også som et etterforskningsinstrument for å få realisert dette målet.¹ Dette gjelder særlig ved risiko for bevisforspillelse. Videre skal varetektsfengslingen forhindre at siktede begår nye lovbrudd eller unndrar seg straff ved å flykte.

1.1.1 Rettslig utgangspunkt for vurderingen ved varetektsfengsling etter straffeprosessloven

Varetektsfengsling er regulert i straffeprosessloven (strpl.) § 184 annet ledd, som lyder:

«Fengsling kan besluttes dersom vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er tilstede og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188».

Slike alternative tiltak etter § 188 omtales også som varetektssurrogat. Tiltakene kan etter strpl. § 188 første ledd, være sikkerhetsstillelse i form av kausjon, deponering eller pantsettelse, altså inngrep i økonomiske goder for blant annet å sikre at siktede skal møte i hovedforhandling.

Annet ledd angir opphold på behandlingsinstitusjoner, som for eksempel rusinstitusjon, som aktuelle tiltak etter bestemmelsen. Strpl. § 188 viser også til strpl. § 181, der siktede kan pålegges forskjellige betingelser for løslatelse frem mot hovedforhandling. Dette kan være meldeplikt for politiet, innlevering av pass og påbudt oppholdssted mv. Oppregningen er ikke uttømmende, og her kan påtalemyndighet eller retten finne alternativer som den finner formålstjenlig. Videre kan flere fengslingssurrogater kombineres, slik at sikkerheten ivaretas på best mulig måte i hver enkelt sak.²

Straffeprosessloven §184 annet ledd, siste del er et direkte utslag av forholdsmessighetsvurderingen som er et grunnleggende prinsipp for alle tvangsmidler jf. strpl. § 170a. Strpl. § 188 kan forstås som et utslag av det minste inngreps prinsipp, som handler om avveininger mellom de forskjellige tvangsmidlene. Dette inngår som en del av forholdsmessighetsvurderingen.

¹ NOU 1980:28 s. 32

² Rt-2007 s.333

Varetekt er et straffeprosessuelt tvangsmiddel og reguleres i straffeprosesslovens fjerde del.³ Varetekt er en frihetsberøvelse før domfellelse, og på dette tidspunkt er siktede fortsatt å anse som uskyldig. For at presumsjonen om uskyld skal ha en reell funksjon, er det en forutsetning at prosessen er balansert og rettferdig⁴, og skjer innenfor forutsigbare og trygge rammer, der rettssikkerheten til siktede er ivaretatt på ethvert stadium.

Norsk varetektspraksis har måtte tåle hard kritikk, både nasjonalt og internasjonalt, over lang tid. På bakgrunn av dette ble det blant annet nedsatt et Varetektsutvalg⁵ for å gjennomgå reglene på nytt. Kritikken gikk blant annet ut på at det varetektsfengsles for mange, også med restriksjoner og for lenge, og at alternative midler ikke blir vurdert i praksis.⁶ Dette arbeidet førte blant annet til at reglene om restriksjonsfengsling og varetektstidens lengde ble skjerpet.

I en undersøkelse i perioden fra 2009-2013 ble det gjort relevante funn som viser at av i alt 200 saker i Høyesteretts ankeutvalg,⁷ var det vurdert fengslingssurrogat i 38 av dem. Funn fra undersøkelsen er referert i PhD-avhandling ved Det juridiske Fakultet ved Universitetet i Oslo.⁸

Av de som satt fengslet per 1. januar 2012, var 23 prosent varetektsfengslet. Gjennomsnittlig varetektstid er i dag i snitt mellom 8 – 10 uker. Av de i alt 3878 avsluttede varetektsoppholdene, det vil si løslatelser fra varetekt og overføringer fra varetekt til soning i 2012, hadde 1594 vart i 60 dager eller mer. Dette er 7 prosent flere enn i 2011, og hele 55 prosent flere enn i 2008.⁹

1.1.2 Det rettslige utgangspunktet for varetektsfengsling etter EMK art. 5

EMK art. 5 nr. 1, bokstav c, jf. art. 5 nr. 3, lyder:

«Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

c. the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonable considered necessary to prevent him committing an offence or fleeing after having done so;

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial».

³ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, heretter strpl.

⁴ Uskyldspresumsjonen er en del av det grunnleggende kravet til prosessen etter EMK art. 6, om rettferdig rettergang, «fair-trial».

⁵ Varetektsutvalget (heretter utvalget) var nedsatt av Justisdepartementet for å vurdere reglene for pågrep og varetekt jf. NOU 1980:28 s. 1-101

⁶ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) s. 77

⁷ Høyesteretts ankeutvalg (heretter ankeutvalget)

⁸ Merete Havre, «Den store balansen – varetekt etter en proposjonalitetsmodell», (2014), (heretter «Den store balansen»)

⁹ Statistisk sentralbyrå (SSB) sine nettsider.

EMK art. 5 nr. 1, bokstav c, åpner for frihetsberøvelse, herunder varetektsfengsling, dersom formålet er å bringe saken inn for domstolen under hovedforhandling. Fengslingen må således ha et forfølgingsformål. EMK art. 5 nr. 3 regulerer at den som blir pågrepet eller fengslet har rett til hovedforhandling innen rimelig tid, eller å bli løslatt i påvente av hovedforhandling.

EMK art. 5 nr. 3 skal etter ordlyden og praksis sees i sammenheng med EMK art. 5 nr. 1, bokstav c, da disse bestemmelsene sammen danner en helhet. Det understrekes at dette likevel er to selvstendige bestemmelser, da hver av bestemmelsen inneholde selvstendige vilkår for som må være oppfylt.¹⁰ Den første fasen etter EMK art. 5 nr. 1, bokstav c, er der den siktede er pågrepet og venter på å bli fremstilt for en dommer. Den andre fasen er varetektstiden, hvor den siktede venter på hovedforhandling jf. art. 5 nr. 3.

Uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2, er et viktig argument ved varetektsfengsling. Bestemmelsen fastslår at «*Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law*».

Med utgangspunkt i bestemmelsen kan det reises spørsmål om frihetsberøvelse er tillatt så lenge skyldspørsmålet ikke er avgjort, og begrunnelsen for varetektsfengslingen bygger på en presumsjon om at siktede er skyldig. Dermed utgjør bestemmelsen en begrensning, fordi bestemmelsen har karakter av forhåndssoning, og ved at begrunnelsen for fengslingen bare kan gå ut på at det foreligger begrunnet mistanke.¹¹

EMK gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven (heretter mrl.) § 2, og skal ved motstrid gå foran norsk lov, jf. mrl. § 3.

1.1.3 Hovedproblemstillingen

Oppgavens hovedproblemstilling er: Er det et vilkår for bruk av varetekt, at retten har vurdert alternative tiltak? Herunder om vår straffeprosesslov er i samsvar med de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene når det gjelder bruk av alternative midler.

Hvilken betydning har EMK og EMDs tolkning av EMK for tolkning av tilsvarende bestemmelser i norsk internrett? Er norsk rettspraksis i strid med EMK og dermed ulovlig? Eller er praksisen bare svært uheldig?

1.2 Noen rettskildemessige spørsmål og begreper

1.2.1 Metode

Hoveddelen av oppgaven forsøker å belyse gjeldende rett. I den sammenheng anvendes juridisk metode og stort sett de tradisjonelle rettskildene; lovtekst, forarbeider og rettspraksis, herunder kjennelser fra Høyesteretts ankeutvalg og EMDs praksis. Utgangspunktet tas i ordlyden og det nærmere innhold belyses ved presiseringer fra forarbeider og rettspraksis. EMDs praksis vil bli brukt der de har relevans og EMDs prinsippavgjørelser vil det gis korte referat av.

¹⁰ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», s. 120

¹¹ Ibid. s. 122

Norge inkorporerte i 1999 de mest sentrale menneskerettighetskonvensjonene for å sikre grunnleggende menneskerettigheter, herunder EMK¹² jf. mrl. § 2. Norske domstoler skal ved tolkningen av EMK benytte seg av samme metode som EMD.¹³ Her uttales: «*Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3*».¹⁴

Norske domstoler må forholde seg til en naturlig tolkning av konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel rom for tradisjonelle norske verdiprioriteringer og rettsoppfatninger, og særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.¹⁵ På denne måten kan norske domstoler bidra til samspill med EMD, samt påvirke EMDs praksis.¹⁶

1.2.2 Forarbeider

Forarbeider, som proposisjoner og offentlige utredninger gir støtte og retningslinjer for lovtolkningen, og i rettspraksis er det vanlig å vise til forarbeider ved lovtolkningen. Store lovforarbeider, herunder de som i hovedsak er brukt i denne oppgaven kan sies å ha tung rettskildemessig vekt,¹⁷ fordi de er grundige og utarbeidet av personer med juridisk kyndighet på feltet. I denne oppgaven anvendes i hovedsak NOU 1980:28, Ot.prp. nr. 53, (1983-1984), Ot.prp. nr. 81, (1999-2000) og Ot.prp. 46, (2000-2001), mfl.

1.2.3 Rettspraksis

I varetekts spørsmål er det tingrettene, eventuelt lagmannsretten som tar endelig stilling til det materielle spørsmålet, da det kun er disse som kan prøve også dette. Her kan de prøve bevisene, snakke med den siktede eller innhente ytterligere informasjon. Slikt sett vil det være mest naturlig å bruke disse som rettskilder. Det er i midlertid Høyesterett som dømmer i siste instans jf. grl. §§ 88 og 90, og som dermed har siste ord ved den konkrete avgjørelsen av rettsspørsmål i Norge. Høyesterett skal bidra til rettsenhet, rettsavklaring og til en viss grad rettsutvikling og videre binder den de lavere domstoler.¹⁸

Høyesterett har kun begrenset overprøvingskompetanse, jf. strpl. § 388, og kan bare prøve saksbehandlingen og lovtolkningen. Dersom lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil eller i sine varetektskjennelser, kan ankeutvalget, eventuelt oppheve lagmannsrettens kjennelse jf. strpl. § 385, annet ledd, jf. § 343, første ledd eller annet ledd, nr. 8, jf. strpl. § 342, annet ledd, nr. 1. Ved lovanvendelsesfeil må retten prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt, jf. strpl. § 342 annet ledd, nr. 1. Begrunnelsen for dette er at Høyesterett ikke

¹² Europarådets konvensjon, 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (heretter EMK), inntatt som norsk lov i LOV 21. mai 1999 nr. 19 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), (heretter mrl.) § 2

¹³ Rt-2002 s. 557

¹⁴ Rt-2000 s. 996

¹⁵ Rt-2000 s. 996

¹⁶ Ibid.

¹⁷ NOU 1980:28, Ot.prp. nr. 53 (1983-1984), Ot.prp. nr. 81 (1999-2000)

¹⁸ Knoph, 13. utg. (2009) s. 13

kan la feil ved anvendelse av straffelovgivningen passere, og har således en plikt å oppheve kjennelser dersom dette er tilfellet.

Etter lovendringen i 2002¹⁹ følger det av strpl. § 52 at «kjennelser skal ha grunner», og av § 184 annet ledd, hva kjennelsene skal inneholde. Den skal blant annet angi: *«lovhjemmelen, kortfattet nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke, og for øvrig gjøre rede for grunnen til fengslingen. Det skal også gå frem av kjennelsen at fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep»*.

1.2.4 Juridisk litteratur

Etter Bratholms doktoravhandling så tidlig som på 1950- tallet,²⁰ ble det satt i gang et arbeid for å sikre rettsikkerheten til de varetektsfengslede.²¹ Bratholms avhandling har vært nyttig bakgrunnsmateriale for forståelsen av hele varetektsinstituttets historie. Avhandlingen inneholder et helt kapittel om fengslingssurrogater. Her uttales blant annet at *«Når fengslingsbetingelsene er oppfylt, kan retten skjønnsmessig løslate mot fengslingssurrogat, såfremt det ikke foreligger kollusjonsfare»*. Og den gang, som nå, inneholder ikke loven noen *«veiledning om når fengslingssurrogat skal brukes og overlater avgjørelsen til rettens skjønn»*. For eksempel forekom bruk av meldeplikt som fengslingssurrogat i en viss utstrekning allerede på midten av 1800-tallet, vel og merke uten at det forelå en lovbestemmelse for det.²² Jeg er overrasket over at en doktoravhandling fra 1957 på mange områder fortsatt er relevant for gjeldende rett i dag. I mai 2014 disputerte stipendiat Merete Havre med sin doktoravhandling²³ som belyser norsk varetektspraksis i en menneskerettslig kontekst. Denne avhandlingen har hatt stor verdi for meg i min oppgave ved at den har analysert over 200 avgjørelser fra ankeutvalget, og rundt 60 avgjørelser fra EMD, for å forsøke å redegjøre om norsk straffeprosess er i samsvar med EMK. I følge disse analysene viser det seg at mye av kritikken et halvt århundre tilbake fortsatt gjelder i dag. Denne doktoravhandlingen ble kun publisert i forbindelse med disputas, forsvart ved Det juridiske fakultet i Oslo, mai 2014.²⁴

Når det gjelder bruk av varetektssurrogater er det skrevet forholdsvis lite ny juridisk litteratur om temaet. Temaet er stort sett berørt på en side. Det rikeste materialet er fortsatt Bratholm fra 1957. Av øvrig litteratur jeg har brukt er 4. avdelings pensumbok av Andenæs,²⁵ Straffeprosessloves kommentarutgave,²⁶ og Sverre Erik Jebens, som behandler menneskerettighetene i straffeprosessen.²⁷

¹⁹ Ot.prp. nr. 81, (1999-2000), s. 45

²⁰ Anders Bratholm, «Pågrepelse og varetekt» (1957)

²¹ NOU 1980:28 og Ot.prp. nr. 53, (1983-1984)

²² Ibid. s. 296

²³ Merete Havre, «Den store balansetesten» (2014)

²⁴ Avhandlingen er kun publisert av Akademia forlag i forbindelse med disputas, tilgjengelig på de forskjellige juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø, Bergen og Oslo.

²⁵ Johs. Andenæs, «Norsk straffeprosess». 4. utg. (2009)

²⁶ Bjerke/Keiserud/Sæther «Straffeprosesslovend Kommentarutgave», 4. utg. Bind 1, (2011)

²⁷ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», (2004)

1.2.5 Prinsipper og reelle hensyn i straffeprosessen og etter EMK

Regler som innbefatter tvangsinngrep, krever grunnlag i lov, som er forankret i legalitetsprinsippet. Begrepet rettsikkerhet er knyttet til sikkerhet mot overgrep og vilkårlighet fra staten og tar sikte på å beskytte og sikre den enkeltes rettigheter i forhold til det offentlige.

Når det er tale om bruk av tvangsmidler kommer også forholdsmessighetsprinsippet inn som begrensning. Det såkalte minste inngreps prinsipp er blant annet forankret i denne betraktning. Disse prinsippene får betydning for tolkningen, ved at de begrenser hvor fritt rettsanvenderen kan stå i forhold til ordlyden i en lovtekst. De ovennevnte begrensninger følger også av grunnloven §§ 96 og 94.

De hensyn og prinsipper som gir seg utslag gjennom Grunnloven, straffelovgivningen og menneskerettighetene står sentralt når myndighetene skal bruke tvangsmidler mot borgerne. I denne oppgaven er prinsippene om forholdsmessighet, proposjonalitet og det minste inngreps prinsipp særlig fremhevet. Prinsippet om minste inngrep omhandler valget mellom de forskjellige tvangsmidlene, altså hvilket onde som skal velges. I valg av middel skal det mildeste inngrep velges, slik at inngrepet alt i alt står i rimelig forhold til hva siktede er tiltalt for. Retten er pålagt å ta hensyn til og respektere den enkeltes personlige integritet og hans berettigete krav på at inngrepene ikke gjøres mer byrdefulle enn formålet tilsier.²⁸

Etter norsk straffeprosess anvendes begrepet forholdsmessighet og etter EMK, anvendes proposjonalitetsprinsippet som standard. Proporsjonalitetsmodellen er anerkjent fellesstandard i flere rettssystemer som anvendes for å strukturere hvilke avveininger som skal foretas, for å ivareta begge interesser. Forholdsmessighetsprinsippet- og proposjonalitetsprinsippet går blant annet ut på at staten ikke må benytte mer drastiske midler enn nødvendig for å oppfylle et legitimt formål.²⁹ Her skal siktedes livssituasjon, familieforhold, alvorlighetsgraden av det straffbare forhold og mistankens styrke være blant de momenter som drøftes. Innenfor de grenser forholdsmessighets- og proposjonalitetsprinsippet setter, skal retten forsøke å ta hensyn til hvilket inngrep som er mest hensiktsmessig for siktede. Proporsjonalitetsprinsippet er ikke like utbredt i norsk internrett, men kommer inn på de områder som omfatter menneskerettigheter som er gjort til norsk rett, og da særlig gjennom praksis etter EMD om hva som er «*nødvendig i et demokratisk samfunn*».³⁰

Rettsreglene inneholder rimelig faste kriterier for sitt anvendelsesområde, og beskriver gjerne temmelig nøyaktig hva dommeren skal legge vekt på. De rettslige standarder gir anvisning til en mer skjønnsmessig bedømmelse. De vil av den grunn avspeile samfunnets moral, ved at de har et mer subjektivt innhold. Disse rettslige standarder skal bidra til at de skjønnsmessige avveiningene ikke skal baseres på tilfeldigheter og hvilke hensyn og argumenter som slår gjennom og hva som veier tyngst på vektskålen.³¹

Ettersom prosessen skrider frem, bør også terskelen for fengsling øke. Med åpenhet og et skjerpet krav til begrunnelse vil det også være enklere å etterprøve hvilke grunnlag domstolene har fattet sin beslutning på. Dette innebærer at når skjønnsmessige uttrykk som hensiktsmessig, nødvendig, tilstrekkelig, uforholdsmessig mv. brukes i forbindelse med

²⁸ Ot.prp.nr. 53 (1983-1984), s. 32

²⁹ Echhoff/Smith, «Forvaltningsrett», (2010), s. 388

³⁰ Møse, «Menneskerettigheter», s. 99-101 og 294-295

³¹ «Knophs oversikt over norsk rett», (2009) s. 640

varetektsfengsling, skal proposjonlitetsprinsippet slå inn på den måten at de skjønsmessige begrep får et klart og tydelig innhold.³²

Reelle hensyn kan være hvor rimelig regelen er, formåls- og hensiktmessighetsbetraktninger og samfunnsnyttene er noen eksempler. I disse spørsmål kan for eksempel moralske og subjektive verdier hos den enkelte dommer skinne gjennom. Vurderingen blir nok ikke i praksis bare en rasjonell og «kjølig» analyse,³³ fører oss videre inn på spørsmålet om hvem som er aktører i straffeprosessen og hvordan påvirkninger vi har rundt oss i samfunnet, også i de juridiske miljøene vi jobber i. Alle disse forskjellige faktorene vil ha innvirkning på hvilket spor eller retning en praksis kan få ved bestemmelser som åpner for skjønn og såkalte reelle hensyn. Endelig: et reelt hensyn i vår kontekst kan være hensynet til rehabilitering av siktede, hensynet til siktetes barn og – eller øvrig familie, jobb eller sykdom mv. Dette kommer vi nærmere tilbake til i kapittel 2.

1.4 Avgrensning og videre fremstilling

*«Begrepet varetekt gjelder frem til en dom er rettskraftig og soningen påbegynt, eventuelt frem til løslatelsen. Inkludert i begrepet varetekt inngår også innsatte som har fått dom i første instans, men hvor dommen er anket».*³⁴

Siktede og mistenkte er begreper brukt om hverandre i oppgaven med samme betydning, og gjelder den som utsettes for frihetsberøvelsen. Varetekts- og fengslingsurrogat, surrogat og alternative midler benyttes som synonymer gjennom oppgaven. Når det refereres til straffeprosessloven brukes også norsk internrett som hjelpebegrep for å skille denne fra EMK.

Opgaven avgrenses mot politiarrest som er perioden før siktede blir fremstilt for varetektsfengsling for tingretten. Jeg tar heller ikke opp reglene om straffgjennomføringsloven gjennomføring av straff. Fortsatt varetektsfengsling etter dom i første instans vil holdes utenfor denne fremstillingen.

Det avgrenses mot drøftelser om bruk av varetekt for utilregnelige jf. strpl. § 171 annet ledd. Surrogat for pågrep etter strpl. § 181 vil også bli holdt utenfor oppgaven.

Det er flere bestemmelser i menneskerettighetskonvensjonene som tar opp de samme spørsmål, herunder EMK art. 5 nr. 3 og SP art. 9 nr. 3.³⁵ Det er imidlertid små forskjeller i disse bestemmelsene når det gjelder varetekts lengde og spørsmålet om løslatelse. Jeg vil i hovedsak ta utgangspunkt i reglene i EMK.³⁶

Før vi ser nærmere på kravet til forholdsmessighet i norsk internrett og etter EMK, skal det først redegjøres for det generelle krav til lovgrunnlag for inngrep i den personlige frihet.

³² Ibid.

³³ Thomas Horn, «varetekt som risikoøvelse», (Kritisk Juss 2011), s. 50

³⁴ Kriminalomsorgens hjemmeside (kriminalomsorgen.no)

³⁵ Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Lov av 21. mai 1999 nr. 30

³⁶ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», s. 210

2. Forholdsmessighet i straffeprosessloven og proposjonalitet etter EMK

2.1 Kravet om grunnlag i lov

2.1.1 Etter straffeprosessloven

Det er klart at fengsling og varetekt er å anse som frihetsberøvelse, som også fremgår av Grunnlovens § 94 (tidligere § 99, heretter grl.) og etter EMK art. 5. Retten til personlig frihet er en grunnleggende menneskerettighet direkte vernet gjennom grl. § 94 som oppstiller et lovskrav for frihetsinngrep.

«Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep». «Den pågrepne skal snarest mulig fremstilles for en domstol. Andre som er berøvet sin frihet, kan få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold».

Den 13. mai 2014, ble det grunnlovsfestet et krav om at alle frihetsberøvelser må være nødvendige og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep og dermed er vernet øket til å gjelde alle frihetsberøvelser, og ikke bare fengslinger.³⁷ Dette vil blant annet også gjelde for saker om psykisk helsevern, som er en annen form for frihetsberøvelse enn fengsling. Videre er retten til domstolsprøving nå også grunnlovsfestet. Også strpl. § 170a inneholder to slike begrensninger; inngrepet må være tilstrekkelig, og i tillegg et krav om at det ellers ikke skal være et uforholdsmessig inngrep.

2.1.2 Frihetsberøvelse etter EMK art. 5

EMK art. 5 og SP art 9 konstaterer at: *«Everyone has the right to liberty and security of person»*.³⁸ En persons iboende rett til personlig frihet, tilsier at også en som er straffeforfulgt har rett til å være i frihet under etterforskningen. I dette ligger blant annet at fengslingen skal være forholdsmessig, ved at det vurderes mindre inngripende tvangsmidler i henhold til det minste inngreps prinsipp, og ved at alternative midler til fengslingen, herunder surrogater blir konkret vurdert.

EMK art. 5, gir lovfestede minimumsrettigheter for pågripelser og fengslinger og anvendelsen av denne beror på en vurdering av hva som ligger i ordet *«frihetsberøvelse»*. I vår kontekst friheten til fysisk å kunne bevege seg fritt. Vurderingen er basert på momenter som; inngrepets art, varighet, virkning og hvordan inngrepet gjennomføres, jf. de såkalte Engel – kriteriene.³⁹

EMK art. 5 nr. 3 annet punktum, jf. EMK art. 5 nr. 1 c, åpner for at *«løslatelse kan gjøres betinget av sikkerhet for frammøte ved hovedforhandling»*. SP art. 9 nr. 3 annet punktum,

³⁷ Dok. nr. 16 (2001-2012) s. 113

³⁸ Ruud/Ulfstein, «Innføring i folkerett», 3.utg. s. 240

³⁹ Case of Engel v. The Netherlands der det blant annet var spørsmål om militær kakebu (vaktarrest) var å anse som frihetsberøvelse. Det ble i denne saken oppstilt generelle retningslinjer for vurderingen om hva som kan anses å være frihetsberøvelser.

fastslår uttrykkelig at det ikke skal være «den alminnelige regel at personer som avventer rettergang skal holdes i varetekt», og tilføyer at «løslatelse kan gjøres betinget av garantier for at vedkommende fremstiller seg under rettsforhandlingene, ved ethvert annet trinn av rettergangen og, i påkommende tilfelle, til fullbyrdelse av dommen».

Utgangspunktet for disse avveiningene skal altså være løslatelse fremfor fengsling etter konvensjonen. Dette fremgår blant annet av en storkammeravgjørelse i EMD hvor det heter: «*The presumption is in favour of release*»,⁴⁰ som betyr at det er inngrepet i rettigheten til frihet som skal begrunnes, og ikke fengslingen. Dette følger av uskyldspresumsjonen, se punkt 1.1.2, der siktede som varetektsfange er å anse som uskyldig til det motsatte er bevist.⁴¹ Dette er et grunnleggende prinsipp i enhver rettsstat og tilsier at varetektsfengslede så langt som mulig skal ha de samme rettigheter som andre borgere.⁴² Dermed er hovedregelen etter EMD at en som er siktet i en straffesak, dersom han tiltales, vil innkalles til hovedforhandling, møte til denne og innkalles til eventuell soning dersom han eller hun blir dømt.⁴³

Det skal i det følgende vurderes om varetekt er et nødvendig virkemiddel for å kunne dekke behovet samfunnet har for beskyttelse, samt å få realisert det strafferettslige ansvaret mot siktede. Om varetekt utholdt i fengsel er den eneste løsning, eller om mindre inngripende, herunder alternative midler kan anvendes, er et relevant spørsmål i denne sammenheng. Dersom et varetektsurrogat kan dekke disse behov i saken, kan varetektsfengsel vanskelig forsvares. I så fall må siktede løslates etter EMK art. 5 nr. 3 jf. strpl. § 170a.

I det følgende skal vi se nærmere på hva som ligger i kravet til forholdsmessighet og proporsjonalitet etter norsk straffeprosess og etter EMK.

2.2 Forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven

2.2.1 Utgangspunktet i strpl. § 170a

Strpl. § 170a gir konkret uttrykk for det generelle kravet til forholdsmessighet som følger gjennom hele strafferettspleien.

Det fremgår av strpl. § 170a at:

«Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep».

Bestemmelsen inneholder to vilkår, det ene er at inngrepet må ha «tilstrekkelig grunn», og ellers ikke må være et «uforholdsmessig inngrep», og begge disse relateres til nødvendigheten av inngrepet og for hva de skjønsmessige vurderingene skal inneholde.⁴⁴

⁴⁰ Case of McKay v. the United Kingdom, 2003, premiss nr. 41

⁴¹ Recommendation No. R (80) 11, punkt I, nr. 1 i første del som sier at «Being presumed innocent until proved guilty, no person charged with an offence shall be placed in custody pending trial unless the circumstances make it strictly necessary. Custody pending trial shall therefore be regarded as an *exceptional measure* and it shall never be compulsory nor be used for punitive reasons».

⁴² Thomas Horn, «Er isolasjon av innsatte i politiarrest i strid med EMK artikkel 8», s. 32

⁴³ Merete Havre, «Den store balansetesten», s. 4

⁴⁴ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999), s. 17

Ordlyden «*tilstrekkelig grunn*» er svært vid, men forstås som at det må foreligge sterke og gode grunner, mer enn bare en mistanke. Når det gjelder den siktede, kommer hensyn som livssituasjon, jobb og familie og helsemessige forhold inn som faktorer som kan og bør hensyntas. Videre beror det på hva den siktede faktisk har gjort, med tanke på alvorligheten av forholdet, om mistenkte er en klassisk gjenganger eller representerer en fare for seg selv eller samfunnet. Dersom det er gjengangerkriminalitet bør hensynet til rehabilitering spille inn. Samfunnet må på den annen side ha en mulighet til å beskytte seg mot kriminalitet og/eller ha mulighet til å etterforske en sak uten forstyrrelser. Etter den vide ordlyden skal det foretas en helhetsvurdering der alle ovennevnte hensyn må inngå, og dersom vektskålen faller tyngst for løslatelse, vil ikke samfunnsbehovet være sterkt nok for fengsling.

Denne tolkning støttes i forarbeidene ved at retten kan, i tillegg til forholdsmessighetsvurderingen, også legge vekt på andre forhold i saken.⁴⁵ Hva som kan være tilstrekkelig grunn fremgår av rettspraksis. Retten uttaler at det er «*særlig grunn til å vurdere § 240⁴⁶ fordi siktede på den ene siden på den ene siden er i en slik livssituasjon at bestemmelsen om uforholdsmessig inngrep ikke så lett kommer ham til hjelp, mens det lite graverende forhold siktelsen gjelder kan tilsi at fengsling i fire uker mangler «tilstrekkelig grunn».*⁴⁷

Bestemmelsens første punktum angir således et hensiktsmessighetskrav ved bruk av varetektfengsling. Denne delen av bestemmelsen gir anvisning for en bredere vurdering enn den rene forholdsmessighetsvurderingen etter annet punktum.⁴⁸

2.2.2 Hva innebærer vurderingen av «*sakens art*» og «*forholdene ellers*»?

Grunnlaget for vurderingen om inngrepet er uforholdsmessig, er etter strpl. § 170a annet punktum «*sakens art og forholdene ellers*».

«Sakens art» forstås som hvilken type egenskaper saken har. Arten eller typetilfellet skiller mellom hvilke straffbare handlinger det dreier seg om. Et typisk eksempel kan være rusavhengige som driver salg av narkotika for å betjene eget forbruk. Her er arten av kriminaliteten lik hverandre, uavhengig av person. Sakens art kan også si noe om behovet for reaksjon av allmennpreventive hensyn, fordi samfunnet må vise de øvrige borgerne at det reageres mot uønsket adferd.

«Sakens art» kan si noe om hvor viktig det er å få plassert det strafferettslige ansvaret, herunder alvorligheten av forholdet. I for eksempel narkotikasaker har kvantum og hvilken type narkotika saken gjelder, relevans. Her har også strafferammen i det enkelte straffebud betydning, fordi strafferammen angir alvorligheten. På den annen side kan sakens alvorlighetsgrad ha betydning for hvor omfattende etterforskningen kan bli. Likevel kan dette være gi et misvisende bilde, fordi det ikke alltid blir en krevende etterforskning, selv om saken er kompleks.

⁴⁵ Ibid. punkt 3.4

⁴⁶ Strpl. § 240 jf. § 174 omhandlet bruk av tvangsmidler, opphevet ved lov 3. desember 1999. Nå som en del av dagens strpl. § 170a.

⁴⁷ Rt-1986 s. 760

⁴⁸ Rt-2011 s. 221

I følge forarbeidene skal det etter sakens art legges vekt på alvorligheten av det straffbare forholdet og hvor lang straff siktede kan forvente å få. Det uttales herunder: «*I rettens vurdering spiller videre siktelsens art og mistankens styrke en vesentlig rolle. Dersom det gjelder alvorlige lovbrudd eller siktedes skyld er på det rene, skal det mer til å si at inngrepet er uforholdsmessig*».⁴⁹

Uttrykket «*forholdene ellers*» er etter ordlyden vid og kan således omfatte alle forhold rundt den siktede og alle offentlige interesser. Til og med hva som står på den politiske agenda kan omfattes etter ordlyden *forholdene ellers*, ved at man innenfor lovens rammer skjerper praktiseringen av bestemmelsene i straffelovgivningen. I disse tider anvendes for eksempel varetektsfengsling overfor personer med deltakelse i ekstreme islamistiske sammenhenger hyppigere. Dette som følge av verdensbildet og samfunnstrusselen generelt.

Mistankens styrke og hvor stor grad av risiko som foreligger for unndragelse, bevisforspillelse eller gjentakelse, er momenter som skal drøftes under formuleringen «*forholdene ellers*».⁵⁰ I denne vurderingen vil det også være av betydning hvor stor påkjenning eller skade tvangsmidlet vil medføre for den siktede, og endelig hvor nødvendig anvendelsen av tvangsmidlet er for oppklaring eller gjennomføring av saken.⁵¹

«*Tilstrekkelig grunn*» kan etter dette forstås som de forhold som knytter seg til siktedes person og livssituasjon, det vil si forhold av mer personell karakter. «*Forholdene ellers*» er mer relatert til selve saken, herunder det straffbare forhold som er under etterforskning, det vil si forhold av mer generell karakter.

2.2.3 Hva ligger i at det vil være et «*uforholdsmessig inngrep*»?

Selv om det materielle vilkåret for å bruke et tvangsmiddel er oppfylt, skal det alltid foretas en forholdsmessighetsvurdering.

Bruken av varetekt må fremstå som et rimelig og fornuftig virkemiddel, herunder være godt begrunnet i sammenhengen mellom middel og mål. Ordlyden uforholdsmessig peker på en vektskål som skal være i balanse og tilsier en helhetsvurdering.

Dette støttes i forarbeidene som sier at varetektsfengsling ikke skal skje dersom tvangsbruken «*ville være et uforholdsmessig inngrep*». Bestemmelsens formulering angir at mistenkte «*kan*» varetektsfengsles. Loven presiseres at det må være forholdsmessighet mellom ulemper for siktede og hensynet til etterforskningen og realisering av straffansvar. Den siktedes interesser skal respekteres, slik at inngrepet ikke blir mer byrdefullt enn det som er nødvendig for å oppnå formålet.⁵²

Varetektsfengsling vil for de fleste oppleves som en stor belastning, ved at den personlige frihet blir kraftig innskrenket. Varetektsfengsling skjer ofte uten at siktede får tid til å forberede seg mentalt, slik som ved domssoning, og vil for mange være mentalt belastende. For noen vil det innebære å ikke kunne møte på jobb, ikke kunne betale regninger og virker sosialt svært stigmatiserende. Dette må bety at i en forholdsmessighetsvurdering må alle disse

⁴⁹ NOU 1980:28 s. 57

⁵⁰ Ibid. s. 57

⁵¹ Johs. Andenæs, (2004), s. 280

⁵² NOU 1980:28 s. 58

elementene tas med i betraktning. I tillegg er alder, familieforpliktelser⁵³ og sykdom viktige hensyn. Dette kan imidlertid sies å være vanlige følger av det å sitte i fengsel, og vil ikke uten videre føre til at inngrepet er uforholdsmessig.⁵⁴ Disse individuelle hensyn må vike dersom det er nødvendig å varetektsfengsle siktede på bakgrunn av hva saken handler om.

Det skal likevel kreves en god del for å varetektsfengsle noen, som blant annet at det skal foreligge sannsynlighetsovervekt for at mistenkte har begått et straffbart forhold. Dette skal være av en såpass alvorlig grad at siktede risikerer mer enn seks måneder fengsel, og tillegg skal et av de alternative fengslingsvilkår etter strpl. § 171 første ledd foreligge. Det er et krav at det skal fremgå av kjennelsen at retten har foretatt en forholdsmessighetsvurdering, uavhengig om bestemmelsen er påberopt.⁵⁵ Det er sikker rett at strpl. § 170a er et vilkår som må være oppfylt for at varetektsfengsling skal kunne besluttes.⁵⁶

2.2.4 Kravet til begrunnelse

Kravet til begrunnelse utgjør en viktig rettssikkerhetsgaranti for siktede og det er ikke tilstrekkelig å bare si at inngrepet ikke er uforholdsmessig, det skal også fremgå hvorfor retten mener det er slik.⁵⁷ Se også punkt 2.1.1.

I spørsmålet om inngrepet er forholdsmessig etter strpl. § 170a slås det ofte fast i en setning at inngrepet ikke kan anses å være uforholdsmessig. I en konkret sak ble det kort konstatert at *«unndragelsesfaren er konkret og nærliggende, jf. tidligere unndragelse...[...]. Og det uttales videre at; «slik situasjonen er for[siktede]kan ikke fortsatt varetekt anses som et uforholdsmessig inngrep mot ham.»* Lagmannsretten slo fast i en setning at inngrepet ikke var uforholdsmessig, og kjennelsen ble av den grunn opphevet.⁵⁸ Lagmannsretten har følgelig ikke gitt en tilstrekkelig og fyldestgjørende begrunnelse for fengslingen.

Ved tilfeldige søk i lovdata er det flere kjennelser fra tingrettene og lagmannsretten som kort slår fast at minstevilkårene i strpl. § 171 første ledd nr. 1-4 er tilstede, uten å gå nærmere inn på strpl. § 170a. Det slås bare fast kort og greit at inngrepet ikke kan anses å være uforholdsmessig.

Det ble på denne bakgrunn satt i gang en revisjon av straffeprosessloven for blant annet å skjerpe kravene til begrunnelse. Det fremgår av disse forarbeidene til lovendringen⁵⁹ at loven i dag ikke gir *«noen uttrykkelig plikt for retten til å begrunne at fengslingen ikke er uforholdsmessig»*. Departementet uttaler videre at: *«det må variere hvilke krav som kan stilles til begrunnelsen; kravet må avpasses etter forholdene i den enkelte sak»*, og *«det må gå frem hvorfor retten mener det er slik»*. Videre uttales at det ikke bør stilles *«urimelig strenge krav til begrunnelsesplikten»*. Kravet om tilfredsstillende begrunnelse vil øke i tak med lengden på

⁵³ Rt.2011 s. 221

⁵⁴ Ibid. s. 58

⁵⁵ Rt-1998 s. 1076

⁵⁶ HR-2014-2260-U, (13): *«etter § 170a er det et vilkår for ransaking at inngrepet etter sakens art og forholdene ellers ikke er et uforholdsmessig inngrep»*.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 81 (1999-2000)

⁵⁸ Rt-2000 s. 482

⁵⁹ Kritikken av varetektsordningen fra forskjellige kontrollorganer resulterte i at lovgiver gjennomgikk og endret straffeprosessloven i 2001 og 2002. Se neste fotnote.

varetekten fordi «skadevirkningene øker gjennomgående med varetektstidens lengde, samtidig som fordelene ved fengsling avtar[.]»⁶⁰

Etter revisjon av grunnloven, vil det i tillegg til de formelle legalitetskrav for frihetsinngrep, nå også stilles innholdsmessige krav til begrunnelsen fra staten ved inngrep jf. § 94.⁶¹

Etter et søk på lovdata med stikkord mot begrepene begrunnelse og forholdsmessighet, finner jeg ingen kjennelser fra ankeutvalget som drøfter disse med grunnlag i strpl. § 170a. Kravet til begrunnelsene drøftes under bestemmelsen i strpl. § 171 første ledd nr. 1-3. I ankeutvalgets kjennelser vises det først og fremst til tidsperspektivet som begrunnelse for oppheving av underrettenes kjennelser.

2.2.5 Kravet til varetektstidens lengde

Strpl. § 170a inneholder ingen eksplisitt tidsbegrensning, men fastslår at det skal være «tilstrekkelig grunn». Straffeprosessloven inneholder imidlertid flere bestemmelser som har betydning for varetektstidens lengde. Også strpl. § 184 annet ledd inneholder en materiell begrensning ved at vilkårene må være oppfylt gjennom hele vareteksperioden.

Strpl. § 187a inneholder et krav om at siktede må løslates «så snart retten eller påtalemyndigheten finner at grunnen til varetektfengsling er falt bort..[.]». Videre fastslår strpl. § 275 første ledd at hovedforhandling skal berammes «så snart som mulig» og «senest to uker etter at saken kom inn til tingretten», dersom «ikke særlige forhold er til hinder».

Ingen av disse bestemmelsene gir etter ordlyden en konkret anvisning på hva som for eksempel må være en lengstegrense og er utformet som svært skjønsmessig.

I følge mindretallet i Varetektsutvalget ble det foreslått en lengstetid, men dette førte ikke frem fordi Departementet var redd for å vanskeliggjøre etterforskningen i komplekse saker.⁶² Mange varetektfengslede har opplevd svært lange varetektstider⁶³ og blant annet av den grunn har Norge fått kritikk fra Den europeiske torturkomité og FNs torturkomité.⁶⁴ Det ble i 2002 fremsatt en forslag til lovendring på denne bakgrunn med formål om å innføre lengstetid for å begrense varetektstiden, men forslaget ble ikke vedtatt.⁶⁵ Det ble imidlertid innført tidsfrister for å avholde hovedforhandling dersom siktede er varetektfengslet, jf. strpl. § 275 annet ledd, bokstav b.⁶⁶

Ankeutvalgets praksis har konstatert at tidsperspektivet skal stå sentralt i vurderingen om fengslingen er forholdsmessig. Dersom det er på det rene at siktede skal holdes i varetekt helt frem til hovedforhandling skal forholdsmessighetsvurderingen foretas med dette perspektivet.⁶⁷ Det uttales herunder at: «Når det skal vurderes om fengsling vil være et uforholdsmessig inngrep, må retten ta standpunkt til hvilket tidsperspektiv som legges til

⁶⁰ Ot.prp. nr. 81, (1999-2000), s. 45

⁶¹ Dokument 16, (2011-2012)

⁶² NOU 1980:28

⁶³ Rt-2009 s. 1707, Rt-2007 s. 1056

⁶⁴ Rapport fra CTP, (2011:31), s. 66

⁶⁵ Ot.prp. nr. 66, (2001-2002) s. 48

⁶⁶ Ibid. s. 58-66 og s. 67-74

⁶⁷ Rt-2008 s. 1035, Rt-2010 s. 717

*grunn. Hvis dette ikke gjøres, mangler et så viktig element i vurderingen at den nødvendigvis blir mangelfull».*⁶⁸

Jo lengre tid siktede har vært fengslet, dess sterkere må grunnene være for fortsatt fengsling. I tillegg til dette øker kravet til begrunnelse for fortsatt fengsling, i takt med lengden på varetektsperioden. I dette ligger at både grunnvilkåret og ett av de alternative vilkår skal være oppfylt fortløpende. Dersom etterforskningen er avsluttet skal for eksempel siktede løslates, fordi faren for bevisforspillelse opphører, eller minsker betraktelig.⁶⁹ Når det gjelder kravet til mistankens styrke har ankeutvalget slått fast at dette er et moment som skal inn i forholdsmessighetsvurderingen når varetektsfengsling skal forlenges.⁷⁰ Vi kommer nærmere tilbake til dette i kapittel 3.

2.2.6 Forholdsmessighetsvurderingen i forhold til bruk av varetektsurrogater

Strpl. § 170a angir at det skal foreligge *«tilstrekkelig grunn»* for fengsling.

Etter ordlyden skal fengslingsurrogat også være en del av *«tilstrekkelig grunn»*- vurderingen. Det kan eksempelvis tenkes at den siktede ikke utgjør særlig fare for omgivelsene, men at løslatelse uten noen betingelser, er for risikabelt. I slike tilfeller kan det være tilstrekkelig å bruke et mindre inngripende middel, herunder meldeplikt som surrogat. Det kan tenkes at meldeplikt for politiet tre ganger i uken, kan virke preventivt, og dermed hindre gjentakelse eller flukt. Nærmere om de forskjellige fengslingsgrunner i spørsmålet om varetektssurrogat i punkt 3.2.2.

Forarbeidene sier uttrykkelig at retten må prøve både om lovens formål er oppfylt og om det er *«tilstrekkelig grunn»*, altså to kriterier.⁷¹ Dermed kan det se ut til at forarbeidene klart legger opp til en behandling av to adskilte vilkår, og at varetektssurrogat skal inngå i den ene vurderingen. Dermed angir både ordlyden og forarbeidene at det hensiktsmessig at en vurdering om bruk av fengslingsurrogater inngår i forholdsmessighetsvurderingen.

Denne delen av strpl. § 170a ser ikke ut til å ha blitt tolket slik etter ankeutvalgets tidligere praksis. Dette i motsetning til hva det kan se ut som lovgiver har ment, som således indikerer at ankeutvalget har tolket vekk *«tilstrekkelig grunn»*- vurderingen og omgjort dette til et krav om begrunnelse. (vis kjennelser)

Det fremgår imidlertid av en fersk kjennelse fra i år, at ankeutvalget har uttalt at varetektsfengsling skal unngås hvis det finnes andre alternativer. I denne saken var ankeutvalget enig med lagmannsrettens vurdering av varetektsfengslingen i forhold til strpl. § 170a. Lagmannsretten uttalte herunder:

*«Lagmannsretten har i forholdsmessighetsvurderingen tatt utgangspunkt i at varetektsfengsling skal unngås dersom det foreligger et reelt alternativ til slik fengsling. Dette er riktig forståelse av straffeprosessloven § 170a».*⁷²

⁶⁸ Ibid. Se Rt-2012 s. 787, Rt-2012 s. 1217, Rt-2014 s. 744 mfl. Opphevet grunnet manglende tidsperspektiv

⁶⁹ Rt-1990 s. 922

⁷⁰ Rt-2008 s. 1102, Rt- 2011 s. 1145

⁷¹ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999), s. 17

⁷² HR-2014-181-U

Dermed er det nå slått fast at en vurdering av bruk av varetektsurrogater skal foretas etter strpl. § 170a.

I tillegg til strpl. § 170a setter bestemmelsen i strpl. § 184 annet ledd, siste del, opp materielle nødvendighetsbegrensninger i spørsmålet om bruk av tiltak etter strpl. § 188. Dette drøftes nærmere i kapittel 3, under punkt 3.1.2.

Bestemmelsen i strpl. § 170a er et utgangspunkt for vurderingen om bruk av tvangsmidler vil være i strid med EMK art. 5 nr. 3. Bestemmelsen i EMK art. 5 er et uttrykk for proposjonalitetsprinsippet. Her skal det minst inngripende tvangsmiddel for å oppnå det tilsiktede formål, brukes. Vi går nå over til å se nærmere på dette.

2.3 Proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art. 5

2.3.1 Utgangspunktet for vurderingen etter EMK art. 5 nr. 1, bokstav c

EMK art. 5 nr. 1, bokstav c inneholder materielle nødvendighetsbegrensninger, som betyr at ikke alle straffbare handlinger forsvare bruk av varetektsfengsling og inneholder et krav til at fengslingen må være «*reasonable considered necessary*», som betyr at inngrepet må betraktes som rimelig og nødvendig.

Bestemmelsen i EMK art. 5 nr. 3 inneholder også et uttrykkelig vilkår om at siktede må «*release pending trial*» som innebærer at siktede må løslates i påvente av hovedforhandling. EMK art. 5 nr. 3 oppstiller også et krav om at hovedforhandling skal skje innen «*reasonable time*». Det er denne bestemmelsen som best gir uttrykk for kravet til statens grunner for varetektsfengsling.

2.3.2 Kravet til rimelig tid og grunnlaget for fengslingen

I kravet til «*reasonable time*» etter ordlyden, må varetekten må enten opphøre fordi siktede ikke får hovedforhandling innen rimelig tid, eller så må siktede løslates i påvente av hovedforhandling.

Ordlyden angir videre at dette gjelder frem til hovedforhandling, og ikke ved ankebehandling etter dom i første instans. Dette tilsier en rimelighetskontroll av lengden på varetekten og i tillegg hvilke grunner som ligger bak fengslingen, altså nødvendigheten. Bestemmelsen forstås slik at staten har en plikt å løslate siktede dersom staten ikke kan innfri kravet om rimelig tid. Her må altså staten handle raskt, fordi utgangspunktet etter denne bestemmelsen er løslatelse.

Når EMD skal vurdere kravet til «*reasonable time*» ses det først om grunnlaget er «*relevant and sufficient*». Dersom dette er oppfylt ses det videre hen til hvorvidt den nasjonale domstol har utvist «*special diligence*» i behandling av saken.⁷³ Etter ordlyden kan det forstås som særlig aktpågivenhet, herunder fremgå hva retten har bygget fengslingsavgjørelsen på, både

⁷³ Case of Puntzelt v. Czech Republic, (2000), premiss 73, Case of Labita v. Italy GC, (2000), premiss 153

faktisk og rettslig. Det må altså etter foreligge «*relevant and sufficient*» grunner, dersom siktede ikke skal løslates til frihet, eller mot surrogater i påvente av hovedforhandling.

EMK art. 5 nr. 3 angir en rimelighetskontroll der det skal foreligge gode grunner for fortsatt fengsling, og dette gjelder for hele fengslingsperioden.⁷⁴ Det er imidlertid ikke nok at det foreligger relevante og tilstrekkelige fengslingsgrunner, de må ha også ha tilstrekkelig vekt.⁷⁵ Staten må altså gi gode nok grunner for ikke å løslate den siktede, også i de mest alvorlige sakene.⁷⁶

Fengslingen skal følge en proposjonalitetsnorm som betyr at alle momentene skal oppstilles og vektet, og inngrepet skal være basert på et sikkert grunnlag, herunder både for og i mot fengsling. På denne vektskålen må behovet for inngrep stå i forhold til hvor sterkt inngrepet er, gjennom hele prosessen, på ethvert stadium.⁷⁷ Det fremgår av flere EMD- dommer hvor høyt denne frihetsrettigheten er ved at «*This right is of the highest importance in a democratic society*».⁷⁸

Staten har etter EMK art. 5 nr. 3 en plikt til å løslate etter en rimelighetsvurdering av grunnlaget for fengslingen, og etter en rimelighetsvurdering av varetektens lengde. Det skal altså foretas en helhetsvurdering når det gjelder spørsmål om varetektsfengsling er rimelig.⁷⁹ I denne vurderingen skal også minste inngreps prinsipp, herunder alternative midler behandles i tillegg til rimeligheten av inngrepet.

2.3.3 Vurderingen om bruk av alternative midler EMK art. 5 nr. 3

EMK art. 5 nr. 3 annet punktum slår fast at «*release may be conditioned by guarantees to appear fo trial*».

Etter ordlyden legger bestemmelsen opp til at løslatelse kan gjøres betinget av garantier for oppmøte ved hovedforhandling. Bestemmelsen oppstiller etter ordlyden et krav til at det alternative midlet skal ha samme funksjon som fengsling, ved ordbruken «*guarantees*» for at siktede vil møte til hovedforhandling. Det skal således foreligge en garanti. Ordlyden skal således ikke tas bokstavelig da kravet modifiseres av praksis. De garantier retten kan kreve, må holdes opp mot formålet bak de forskjellige fengslingsgrunnene. Altså om de alternative midler i tilstrekkelig grad vil redusere risikoen som fryktes.

Formålet med tilleggsrettigheten i EMK art. 5 nr. 3 er å forhindre vilkårlig frihetsberøvelse og sikre at varetektsfengsling ikke benyttes i andre tilfeller, og med lengre varighet enn nødvendig.⁸⁰

Bestemmelsen i EMK art. 5 nr. 3 er et uttrykk for proposjonalitetsprinsippet som skal sørge for at det minst inngripende tvangsmiddel som vil oppnå det tilsiktede formål, skal brukes. Det er også et krav etter EMK art. 5 nr. 1, at fengslingen må være nødvendig. Dette knytter seg til hvilke tvangsmidler som kan benyttes og, her må det minste inngreps prinsipp være

⁷⁴ Case of Veliyev v. Russia, (2010), premiss 145

⁷⁵ Case of Khodorkovskiy v. Russia, (2011), premiss 186

⁷⁶ Case of Chraidi v. Germany, premiss 38 og Case of Tomasi v. France, premiss 85-103

⁷⁷ Case of Vladimir Solovyev v. Russia, premiss 115

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Case of Wemhoff v. Germany, (1968), premiss 16-17

⁸⁰ Jebens, «menneskerettigheter i straffeprosessen», s. 119

styrende. Fengslingen skal, dersom formålet med fengslingen kan oppnås med mindre inngripende midler, vil det måtte anses å komme i konflikt med rimelighetskravet i EMK art. 5 nr. 3, å ikke bruke dette alternativet.⁸¹ Selve vurderingen om valg av middel foretas ikke etter EMDs praksis, den må foretas av den nasjonale domstol, men plikten til å vurdere surrogater gjelder i alle saker.⁸²

Vi har en felles europeisk standard vi må forholde oss til når det gjelder hvilke alternative midler som er egnet for å oppfylle straffeprosessens overordnede formål. Det fremgår for eksempel av art. 5 nr. 3 at kausjon og passbeslag er et egnet varetektssurrogat. Det er videre opplistet en rekke alternativer i Europarådets rekommandasjon:⁸³

1. a *promise of the person concerned to appear before the judicial authority* [...], 2. a requirement *to reside at a specified address* (e.g. the home, a bail hostel, a specialised institution for young offenders, etc. under *conditions laid down by the judicial authority*, 3. a restriction on *leaving or entering a specified place or district without authorisation*, 4. an order to *report periodically to certain authorities* (e.g. court, police, etc.), 5. *surrender of passport or other identification papers*, 6. *provision of bail or other forms of security* by the person concerned, having regard to his means, 7. *provision of surety*, 8. *Supervision and assistance* by an agency nominated by the judicial authority.

Etter EMDs praksis er alle de ovennevnte midlene reelle alternativer til fengsel.⁸⁴ Det fremgår av flere avgjørelser i EMD at forskjellige surrogater kan anvendes kombinert med hverandre, som for eksempel kausjon og meldeplikt.⁸⁵

Etter EMD skal det foretas en helhetsvurdering som inneholder de samme momenter som det skal bli lagt vekt på ved en vurdering etter strpl. § 170a, av om fortsatt fengsling vil være uforholdsmessig,⁸⁶ i tråd med norsk straffeprosess.⁸⁷ Etter proposjonalitetsmodellen som anvendes av EMD, oppstilles tre nødvendighetskriterier. De tre utgangspunktene for proposjonalitetsvurderingen er graden av risiko, mistankens styrke og alvorligheten av det straffbare forholdet. Disse kriterier går vi nærmere inn på når det redegjøres for de alternative vilkår som må være oppfylt for fengsling.

Før vi ser nærmere på dette, skal vi først oppsummere hvor straffeprosessloven og EMK skiller lag, og hvor de er sammenfallende i spørsmålet om inngrepet er forholdsmessig etter strpl. § 170a og proposjonal etter EMK art. 5 nr. 3.

Det fremgår av den generelle kommentaren til SP at varetektstiden skal være så kortvarig som mulig, og dette har også EMD lagt til grunn. Videre har EMD presisert at forlenget varetektsfengsling ikke bare må være nødvendig i forhold til samfunnsinteressen, men også være rimelig i forhold til den som berøves sin frihet, altså siktede.⁸⁸

⁸¹ Aall, «Rettsstat og menneskerettigheter», (2011), s. 346

⁸² Case of McKay v. The United Kingdom GC, (2006), premiss 41

⁸³ Recommendation No. R (80), punkt 15, se også Merete Havre, «Den store balansetesten» s. 265-266

⁸⁴ Case of Yuriy Yakovlev v. Russia, (2010), premiss 72, Case of Goroshchenya v. Russia, (2010), premiss 89

⁸⁵ Case of Baginski v. Poland, (2005), premiss 72.

⁸⁶ Rt-2009 s. 472

⁸⁷ Rt-2007 s. 333

⁸⁸ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», (2004) s. 210

2.3.4 Likheter og ulikheter mellom de to regelsett i spørsmål om forholdsmessighet og proporsjonalitet

Det fremgår av EMK art. 5. nr. 3 at siktede skal ha rett på hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse i under saksforberedelsen. Strpl. § 170 a har ingen slike referanser, og legger herunder sin vekt på at inngrepet etter «*sakens art*» og «*forholdene ellers*» ikke må være et uforholdsmessig inngrep, uten at det refereres til tidsperspektivet. Tidskravet kan likevel innfortolkes under ordlyden «*forholdene ellers*».

EMK art. 5 nr. 3 legger stor vekt på varetektstidens lengde har, og særlig ved langvarig fengsling, i motsetning til strpl. § 170a. Således mangler straffeprosessloven regler som direkte regulerer varetektstidens lengde fra pågrep til hovedforhandling, eventuelt løslatelse, som er det tidspunktet som EMK art. 5 nr. 3 forholder seg til. Slikt sett er bestemmelsene prinsipielt forskjellige, ved at EMK art. 5 uttrykkelig presiserer varetektstidens lengde.

Som nevnt i innledningen er hovedregelen etter EMK art. 5 nr. 3 at løslatelse er utgangspunktet, og dermed faller det på statens byrde og begrunne inngrepet i friheten til siktede. Etter norsk straffeprosess er innfallsvinkelen følgelig motsatt, ved at retten skal begrunne fengslingen. Når reglene er utformet slik at staten må finne grunner for å frata noen et grunnleggende gode, vil det trolig føre til mer utfyllende sådanne.

Ved at nødvendighetsbegrensningen etter grl. § 94 er inntatt, er det nå et krav at staten skal begrunne om inngrepet er nødvendig, og dermed er alle typer frihetsinngrep tatt inn i norsk internrett, og slikt sett tilsvarer de samlet sett EMK art. 5.

2.3.5 Likheter og ulikheter knyttet til praksis i ankeutvalget og i EMD i spørsmål om forholdsmessighet og proporsjonalitet

Forskjellen i praksis viser seg ved at strpl. § 170a legger stor vekt på innholdet i siktelsen, herunder det straffbare «*forholdets art*», ved at ankeutvalget ofte viser til «*den forventede straff*», eller at siktede har begått «*seksuelle overgrep*», som argument for fengsling.⁸⁹ Det vises også til sakens kompleksitet.⁹⁰ Her legger EMD seg på en litt annen linje, det er bare dersom graden av risiko og graden av mistanke er sterk, at sakens alvor, vil få betydning.⁹¹ Alvorlighetsgraden av det straffbare forhold er altså kun et supplerende element og vil ikke stå seg alene som grunnlag for fengsling.⁹²

Undersøkelser⁹³ viser ankeutvalgets praksis i forhold til hvordan de begrunner varetektskjennelser. Ankeutvalgets kjennelser sier ofte at begrunnelsene er for svake, til tross for at det ikke stilles veldig strenge krav til begrunnelsen.

Forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a skal være en del av begrunnelsen i varetekts sakene, men det er ikke praksis at ankeutvalget begrunner varetektsfengslingen alene i dette prinsippet. I denne saken hadde lagmannsretten kun begrunnet fengslingen med gjentakelsesfare knyttet opp mot tidligere kriminalitet, og holdt utenfor siktedes livssituasjon

⁸⁹ Rt-2011 s. 329 (11), Rt-2009 s. 1348 og Rt-2000 s. 1319 s. 1321

⁹⁰ Rt-1997 s. 759

⁹¹ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», s. 226

⁹² Case of Chraidí v. Germany (2006), premiss 38

⁹³ Merete Havre, «Den store balansetesten» - ble ankeutvalgets kjennelser i tidsrommet 1999-2014, analysert

ved fremstillingen. Dette var for svakt mente ankeutvalget og uttalte herunder at: *«Det må foretas en helhetsvurdering hvor kriminalitetens art og hyppighet, domfeltes livssituasjon mv er av betydning»*.⁹⁴

I tingrettene og i lagmannsrettene redegjøres det ofte bare for minstevilkårene i strpl. § 171 første ledd. Det som er realiteten etter disse analysene, er at minstevilkårene i strpl. § 171 drøftes utfyllende, mens forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 170a vies liten eller ingen plass. Etter 1999 er det bare en kjennelse som sier noe om bestemmelsen i strpl. § 170a og her fremgår det i ingen grad hvilken vekt de forskjellige momentene skal ha.⁹⁵ I de få kjennelser som foreligger er EMK art. 5 nr. 3 kun trukket inn i de mest alvorlige sakene, og bare når det dreier seg om lange fengslinger. På den måten ser det ut til at vernet etter EMK ikke gjelder i de mindre alvorlige sakene, etter ankeutvalgets praksis.⁹⁶

Det er bare noen få avgjørelser der forholdet mellom vilkårene i strpl. § 170a og EMK art. 5 nr. 3 eksplisitt er behandlet i ankeutvalget. Disse skal ses i lys av hverandre og det uttales i den sammenheng at det etter EMK art. 5 nr. 3 *«må foretas en helhetsvurdering som i det vesentlige tar opp i seg de samme momenter som det tradisjonelt blir lagt vekt på ved en vurdering etter straffeprosessloven § 170a av om fortsatt fengsling vil være uforholdsmessig»*.⁹⁷ Ankeutvalget opphevet kjennelsen for uriktig forståelse av EMK art. 5 nr. 3, samt manglende begrunnelse i forhold til strpl. § 170a.

Det er tilstrekkelig at EMK art. 5 nr. 3 er vurdert, uten at bestemmelsen trenger å nevnes.⁹⁸ Likevel ble en kjennelse opphevet året etter, fordi den alene bygget på strpl. § 170a, uten å, i alle fall uttalt, trekke inn EMK art. 5 nr. 3.⁹⁹

Når det gjelder grunnvilkårene for fengsling omhandler disse, i tillegg til de ovennevnte, et strafferammekrav og et mistankekrav og vi skal i det følgende først se på strafferammekravet for at varetektsfengsling kan benyttes. Derneft, avslutningsvis behandles de spesielle vilkår for varetektsfengsling.

3. Når kan det varetektsfengsles etter norsk straffeprosess og EMK?

3.1 Grunnvilkår for varetektsfengsling

3.1.1 Minstevilkår for adgangen til å pågripe og fengsle

Strpl. § 184, annet ledd, første setning gir grunnlag for varetektsfengsling

«dersom vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er til stede og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188».

⁹⁴ Rt-2010 s. 931

⁹⁵ Merete Havre, «Den store balansetesten», s. 40

⁹⁶ Rt-2009 s. 472 og Rt-2010 s. 889

⁹⁷ Rt-2009 s. 472

⁹⁸ Rt-2001 s. 1084.

⁹⁹ Rt-2002 s. 842

Bestemmelsen i strpl. § 171 regulerer adgangen til pågrepelse for

«den som med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder».

Vilkårene for pågrepelse og varetektsfengsling er de samme, men bestemmelsen i strpl. § 184, annet ledd viser også til det generelle forbudet mot uforholdsmessige inngrep i strpl. § 170a, som innebærer en begrensning for adgangen til varetektsfengsling.

Etter EMK art.5 nr. 1, bokstav c, skal det tas stilling om det i det hele tatt kan gripes inn. Her er det ikke satt noen nedre grense for strafferamme for å kunne varetektsfengsle. Vurderingen er mer basert rundt alvorlighetsgraden av det straffbare forholdet og basert på denne vurderes om det er *«sufficient»* (tilstrekkelig) grunn til å fengsle. Det neste som vurderes er om det foreligger *«reasonable suspicion»*(rimelig mistanke) for fengsling.

3.1.2 Er det et vilkår at retten må vurdere varetektssurrogat etter straffeprosessloven § 184 annet ledd?

Strpl. § 184 annet ledd fastslår at fengsling bare kan besluttes, dersom *«formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188»*.

Ordlyden taler for at det er en plikt. Plikt forstås som et krav og må således oppfylles. Tiltak kan for eksempel være et virkemiddel, eller en form for aktivitet for å få noen til å gjøre en handling, eller eventuelt en endring. Et tiltak kan oppleves som byrdefullt, ved at det fordrer en aktiv handling og ansvarliggjøring, og på motsatt side, som positivt, dersom forandring er ønskelig.

Tiltak kan etter den vide ordlyden bety nesten alt fra arbeid for å bøte på hærverk, forskjellige rus- og/eller sinnemestringsprogrammer, meldeplikt, oppholdspåbud, besøksforbud etc. Dette gjelder selvfølgelig ikke for de som anses som farlige, syke eller ved andre skjerpene forhold bør holdes innelåst. I slike tilfeller bør således innholdet i tiltakene utelukkende være kyndig behandling.

Om uttrykket *«formålet ikke kan oppnås»* skal tas på ordet slik det er formulert, betyr det at surrogatet må oppfylle de krav til sikkerhet som varetektsfengsling gjør. Det betyr at fengslingssurrogatet mer eller mindre må eliminere risikoen for gjentakelse, unndragelse eller bevisforspillelse. Dette ville imidlertid gi utsagnet et noe ulogisk innhold, fordi det er ingenting som kan redusere disse risikosituasjonene slik en fengsling kan.

Det er forøvrig få retningslinjer hverken i forarbeidene eller andre steder som sier noe om hvorvidt et fengslingssurrogat må gi samme sikkerhet som en fengsling gir. Forarbeidene sier imidlertid at det er resultatet som er relevant, ikke hvordan resultatet oppnås. Et varetektssurrogat er ansett som et tvangsmiddel på lik linje med varetektsfengsling.¹⁰⁰

I saker bevisforspillelse uttaler forarbeidene at bruk av fengslingssurrogater er utelukket.¹⁰¹ Mer om dette i punkt 3.2.3.

¹⁰⁰ NOU 1980:28, s. 58

¹⁰¹ Ibid. s. 59

Varetektssurrogater må også ses i sammenheng strpl. § 170a, og skal etter denne ikke anvendes dersom det er et uforholdsmessig inngrep. På den ene siden står individets interesser, og på den annen side står samfunnets behov for beskyttelse.

Når retten skal se på hvilke andre tiltak som kan være aktuelle, vil den måtte se hen til hva det er som skal beskyttes. Er siktede under etterforskning for grov vold i nære relasjoner, vil det ofte være behov for varetektsfengsling for å beskytte sårbare vitner. I slike situasjoner er tale om bevisforspillelse. I denne sammenheng kan besøksforbud, elektronisk soning¹⁰² kunne være aktuelle surrogater. Er det tale om fluktfare, vil passinnlevering og meldeplikt være anvendelige surrogater.

Et eksempel kan være dersom en sak er svært kompleks, med mange siktede, og høy risiko for bevisforspillelse. Hensynet til etterforskningen tilsier at de siktede ikke må ha kontakt med hverandre, men at det likevel ikke vil være til skade om de siktede har kontakt med andre, utenfor saken. I et slikt scenario kunne man tatt individuelle hensyn i spørsmålet om surrogat. Dersom en av de siktede er behandlingsmotivert, og av forskjellige grunner har særlig behov for rehabilitering, vil det trolig ikke skade etterforskningen om denne ene siktede fikk innvilget surrogat ved for eksempel plassering i institusjon. De andre siktede er varetektsfengslet, slik at den siktede som har surrogat er uansett forhindret i å ta kontakt med de medsiktede. Således er formålet med straffeprosessens formål oppfylt, i tillegg til at siktedes individuelle hensyn er ivaretatt.

Ordlyden «*i stedet for fengsling*» jf. strpl. § 184 annet ledd, angir isolert sett at et fengslingssurrogat bare kan fastsettes der det er lagt ned påstand om varetektsfengsling. Det samme kan utledes av forarbeidene som sier at «*i forbindelse med avgjørelsen om den pågrepne skal undergis varetektsfengsel, jf. utk § 188*».¹⁰³ Det er derimot fastslått i praksis at det er anledning å fastsette surrogater, selv om det ikke er lagt ned påstand om varetektsfengsling. Det kan, i enkelte saker være tilstrekkelig at siktede for eksempel har meldeplikt, uten at det samtidig kreves fengsling.¹⁰⁴

Etter strpl. § 188 kan retten i stedet for fengsling

«*treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse*».

Disse virkemidlene omhandler inngrep i økonomiske goder for blant annet å sikre at siktede skal møte i hovedforhandling. Disse alternativene brukes imidlertid sjelden i praksis.¹⁰⁵

Strpl. § 181 nevner som surrogater blant annet meldeplikt, passbeslag og at siktede må oppholde seg på bestemte steder til bestemte tider. Denne listen er ikke uttømmende, men bare ment som eksempler. De som her er nevnt er imidlertid de mest vanlige. Videre kan flere fengslingssurrogater kombineres, her er det kun kreativiteten som setter grenser.¹⁰⁶

Etter strpl. § 188 annet ledd er det uttrykkelig bestemt at retten, i stedet for fengsling kan

¹⁰² Se kapittel 4, et punkt om bruk av elektronisk kontroll som surrogat

¹⁰³ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 169

¹⁰⁴ Rt-2009 s. 263

¹⁰⁵ Bjerke/Keiserud/Sæther «Straffeprosessloven, kommentarutgave» (2011) 4.utg s. 670

¹⁰⁶ Rt-2007 s. 333

«treffe beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet».

Det følger av forarbeidene at det bør være adgang til å fastsette som vilkår at den siktede isteden for varetektsfengsling skal kunne holdes tilbake i institusjon eller bolig som ikke er tilknyttet fengselsvesenet.¹⁰⁷ I utgangspunktet foreligger det ingen bestemmelse som gir grunnlag for å holde noen tilbake mot sin vilje i slike institusjoner, men det må naturlig nok stille seg annerledes i varetektssaker, da dette reelt dreier seg om en fengsling. Av den grunn kan institusjonen holde siktede tilbake mot sin vilje, men det er politiet som er hovedansvarlig. For å kunne svare til dette sikkerhetskravet er det følgelig en forutsetning at institusjonen må samtykke til å ta i mot siktede.¹⁰⁸ Det er videre en forutsetning for enkelte surrogater at siktede samtykker til dem, blant annet fordi det krever en viss behandlingsmotivasjon dersom siktede for eksempel skal plasseres i rusinstitusjon.

Ankeutvalget konstaterer dette ved at *«frihetsberøvelse kan finne sted i andre former enn i fengsel bak låste dører»*.¹⁰⁹

Ved langvarig varetektsfengsling, er inntrykket at de siktede blir lite ansvarliggjort i forhold til vanlige gjøremål. Siktede tilbringer mye av tiden overlatt til seg selv, de får servert alle måltider og deltar mindre på aktiviteter enn de som soner dom. Alt fra trening, skolegang, kjøkkentjeneste, forskjellige rus- og rehabiliteringsprogrammer etc. Ved at loven åpner for tiltak i varetektsprosessen høres umiddelbart ut som et gode, selv om det nødvendigvis ikke oppleves som mindre inngripende for siktede og for eksempel være under behandling eller løslatt med andre betingelser. Det kan tenkes at noen ville foretrekke alminnelig varetekt i så måte, fremfor å måtte ta ansvar for seg selv, ved å forsøke å få til en endring.

Det er viktig å merke seg at opphold på institusjon ikke nødvendigvis er et mildere inngrep, selv om det kan anses mer egnet. Ankeutvalget har blant annet av den grunn fastslått at et varetektssurrogat kan gi rett til fradrag i varetektsdøgn. *«Det avgjørende ved vurderingen av om surrogat kan godtas som grunnlag for varetektsfradrag, er omfanget av restriksjonene og graden av oppfyllelse»*.¹¹⁰

Norge innførte i 2008 et prøveprosjekt, som i dag er videreført, med elektronisk kontroll, som alternativ til soning. På grunnlag av svært positive resultater ble det fremmet forslag om innføring av elektronisk kontroll som varetektssurrogat.¹¹¹ Begrunnelsen var blant annet hensynet til siktedes familie, hensynet til jobb eller utdanning og muligheten for å leve et noenlunde normalt liv. På myndighetenes side vil denne ordningen medføre flere ledige fengslingsplasser og reduksjon av bruk av tradisjonell varetekt.¹¹² Departementet har vedtatt et nytt tredje ledd i strpl. § 188 som lyder:

«I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om at siktede, dersom han samtykker, skal oppholde seg på et eller flere bestemte steder, og være undergitt elektronisk kontroll».¹¹³

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 46 (2000-2001), s. 50-51, og s. 71

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Rt-2007 s. 333

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 31 (2006-2007), s. 53

¹¹² Ibid. s. 48-49

¹¹³ Prop. 71 L (2012-2013), s. 21

Det følger av forarbeidene at bruk av elektronisk kontroll som varetektssurrogat i de tilfeller det er mulig, kan bidra til å redusere bruken av varetektsfengsling. Ved å iverksette en slik praksis vil Norges varetektspraksis anses å være i samsvar med de internasjonale konvensjonsforpliktelser.¹¹⁴

Nærmere om mulighetene ved elektronisk kontroll i punkt 3.3.

Vi har allerede sett at «tilstrekkelig grunn»- kriteriet, har liten eller ingen plass i ankeutvalgets praksis. Denne vurderingen er en forutsetning for å komme frem til en tilfredsstillende løsning etter strpl. § 184 annet ledd. Sammenhengen mellom disse bestemmelsene kan oppsummeres slik: Inngrepet må ha en «tilstrekkelig grunn», jf. strpl. § 170a, og dermed kan fengsling i mange tilfeller møtes med mindre inngripende «tiltak», jf. strpl. § 184 annet ledd, og i tillegg til at inngrepet ikke skal være «ufoholdsmessig», jf. strpl. § 170a for å varetektsfengsle etter norsk internrett.

Slik de ovennevnte bestemmelser er formulert, og hva de materielt sett skal inneholde, kan det tolkes slik at retten etter dette har en plikt å vurdere varetektssurrogater. Se også punkt 2.3.3 der EMD slår fast at de nasjonale domstoler skal foreta en helhetsvurdering med utgangspunkt i EMK art. 5 nr. 3, sml. Strpl. § 170a.

Om retten har en plikt til å bruke varetektssurrogat, dersom surrogatet kan oppfylle formålet besvares ikke av ankeutvalgets kjennelser.¹¹⁵ Men der EMD mener varetektsinngrepet er uproposjonalt vil den oppheve kjennelsene, og da kan det være tilstrekkelig at retten ikke har vurdert alternative midler.¹¹⁶

Det at varetektssurrogat ikke blir vurdert, viser seg å være det hyppigste krenkelsesgrunnlaget etter EMD, viser doktorgradsfunn.¹¹⁷ Dermed er det rimelig å tenke seg at retten skal vurdere tiltak etter § 188 som et alminnelig vilkår når EMDs tolkning legges til grunn.

Retten har således en plikt til å vurdere alternative midler etter straffeprosessloven.

Vi går i det følgende kort gjennom de øvrige grunnvilkår som må foreligge etter straffeprosessloven og etter EMK art. 5 nr. 3, for at det i det hele tatt kan fengsles. Dernest og avslutningsvis der vi på de alternative vilkår.

3.1.3 Strafferammekravet for varetektsfengsling

Etter strpl. § 184, annet ledd, jf. § 171, første ledd er det et absolutt krav at siktede må være mistenkt for å ha begått «*en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder*».

Uttrykket «*straff*» sikter ikke til reaksjonen, men til strafferammen.¹¹⁸ Dersom siktede er skyldig i to eller flere straffbare forhold, ved flere forskjellige handlinger (realkonkurrens),

¹¹⁴ Ibid. punkt 2.3

¹¹⁵ Se blant annet Rt-2000 s. 364, Rt-2000, 1109, Rt-2011 s. 506

¹¹⁶ Case of Vladimir Solovyev v. Russia, (2007), premiss 117 med videre henvisninger. Her uttaler retten «The Court further emphasises that when deciding whether a person should be released or detained, the authorities have an obligation under Article 5 § 3 to consider alternative ways of ensuring his or her appearance at trial».

¹¹⁷ Merete Havre, «Den store balansetesten», s. 287

¹¹⁸ Jebens, «Menneskerettighet i straffeprosessen», s. 129

som enkeltvis ikke kan straffes med mer enn seks måneders fengsel, er varetektsfengsling utelukket.¹¹⁹ Begrunnelsen for strafferammekravet på 6 måneder var at Varetektsutvalget mente en avgrensning ville gi uttrykk for handlingens straffverdighet og forhindre en for vid skjønnsadgang til ugunst for den enkelte siktede.¹²⁰ Videre ble det tilføyd at denne løsningen var lovteknisk enkel og oversiktlig.¹²¹

Vilkåret etter EMK art. 5 nr. 1, bokstav c, er at det må foreligge mistanke om «*having committed an offence*». Etter ordlyden betyr det lovbrudd, men praksis har tolket at det bare omfatter straffbare handlinger.¹²² Bestemmelsen godtar at handlingen er straffbar etter nasjonal lov, uten hensyn til strafferammen, eller den sannsynlige strafferammen for handlingen.¹²³

Således stiller strpl. § 171 første ledd strengere krav til handlingen som grunnlag for pågripelse etter EMK art. 5 nr. 1, bokstav c.

Unntaket etter bestemmelsen i strpl. § 171 første ledd, er dersom den siktede er bostedsløs og fengslingsgrunnen er unndragelsesfare, jf. strpl. § 173, annet ledd. Bostedsløse kan etter dette grunnlaget fengsles uavhengig av strafferammen dersom det fryktes at han skal flykte.

For fengsling etter strpl. § 184, annet ledd, jf. § 172, første ledd, kreves at det foreligger kvalifisert sannsynlighetsovervekt og gjelder særlig alvorlige forhold. Bestemmelsen omhandler såkalt rettshåndhevelsesarrest og her økes strafferammen vesentlig fra 6 måneder til 10 år eller mer, og i tillegg forsterkes kravet til mistanke. Det er et vilkår etter bestemmelsen at det «*foreligger tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken*». Bestemmelsen er aktuell hvor det er forhold som i særlig grad styrker mistanken ved særlig graverende forbrytelser.¹²⁴ Strl. §§192, annet ledd, 233 og 229, annet alternativ, jf. § 232, er eksempler på slike forbrytelser. Her er det den aktuelle bestemmelsen i straffeloven som angir strafferammen. I motsetning til etter strpl. § 171, er gjentakelse og konkurrans uten betydning.¹²⁵ Det skal etter strpl. § 172 foretas en vurdering ut fra hvor store de samfunnsmessige behovene er og hensynet til allmennhetens rettsfølelse. Forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2, kan bli problematisk ved bruk av denne bestemmelsen fordi den kvalifiserte mistanken ligger farlig nær en skyldkonstatering.¹²⁶ For å ikke komme i konflikt med EMK skal bestemmelsen benyttes med stor varsomhet, herunder må grunnvilkårene vurderes grundig og konkret.¹²⁷

I utgangspunktet er det naturlig å tenke seg at strafferammekravet på 6 måneder skulle tilsi et rettssikkerhetsgode ved at det skjønsmessige spillerommet ble mindre. Realiteten kan like gjerne virke motsatt ved å legitimere fengsling helt i den nedre grense.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) s. 22

¹²⁰ NOU 1980:28 s. 40

¹²¹ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) s. 18 og NOU 1980:28 s. 39

¹²² Case of Ciulla v. Italy, (1989), premiss 38. Retten uttaler; «The Court points out that sub-paragraph (c) (art. 5-1-c) permits deprivation of liberty only in connection with *criminal proceedings*».

¹²³ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», s. 128

¹²⁴ Bjerke/Keiserud/Sæther «Straffeprosessloven, kommentarutgave» (2011) 4.utg s. 630

¹²⁵ Ibid. s. 631

¹²⁶ Case of Letellier v. France, (1991), premiss 51. Her uttales at rettshåndhevelsesarrest kan ikke «*be used to anticipate a custodial sentence*».

¹²⁷ Rt-2002 s. 85

Kravet om skjellig grunn til mistanke innebærer at det må foreligge et straffbart forhold og at siktede må være mistenkt for å begått dette straffbare forholdet. Vi skal nå se nærmere på kravet til at det må foreligge straffbar handling og dernest beviskravet skjellig grunn til mistanke.

3.1.4 Kravet om at det skal foreligge straffbar handling

Siktede må etter dette mistenkes for å ha begått «*en straffbar handling*».

Etter ordlyden forstås som at denne handlingen må kunne finnes i et straffebud. Det følger av forarbeidene at handlingen må omfattes av gjerningsbeskrivelsen i en straffebestemmelse, og at de alminnelige vilkår for straff må være tilstede.¹²⁸

Høyesterett konstaterer at «*retten ikke bare må finne det sannsynlig at siktede har begått det forholdet han er siktet for å ha begått, men at retten også finner at dette forholdet rammes av det angitte straffebudet*».¹²⁹

Ved kravet om at det må foreligge en «*straffbar handling*» jf. strpl. § 171, første ledd, må de objektive og subjektive vilkårene for straff etter straffeloven § 40 være oppfylt dersom det skal dreie seg om en straffbar handling. Det er ikke nok at den mistenkte har utført handlingen, dersom straff er utelukket fordi den mistenkte er uten skyldavne av forskjellige årsaker.¹³⁰ En person kan være uten skyldavne fordi han i gjerningsøyeblikket var under 15 år jf. straffeloven § 46, eller fordi han var psykotisk eller bevisstløs jf. straffeloven § 44, eller høygradig psykisk utviklingshemmet jf. straffeloven § 44, annet ledd. Dette innebærer at selv om personen har foretatt handlingen, kan han bli frifunnet når det gjelder skyldspørsmålet. Dette begrunnes med at vedkommende har manglende evne til å forstå konsekvensene av sine handlinger.

I spørsmålet om varetekt er dette ofte krevende å avgjøre umiddelbart etter en hendelse, fordi det ofte krever en nærmere vurdering om mistenkte er strafferettslig tilregnelig eller ikke. Dersom gjerningsmannen ikke er å anse som tilregnelig eller er mindreårig vil det være mulig å benytte seg av psykisk helsevern eller barnevern for å ta hånd om vedkommende.¹³¹ I de mest alvorlige tilfellene er det etter strpl. § 184, annet ledd, jf. 171, annet ledd, anledning til å holde utilregnelige siktede varetektsfengslet som kan medføre dom på psykisk helsevern, jf. strpl. §§ 39 flg. I det ovennevnte omtales de subjektive vilkårene for straff der det kan være tvil om straff kan ilegges. I noen saker kan det oppstå tvil om det etter loven dreier seg om et straffbart forhold og hvorvidt de rettslige vilkårene er oppfylt. Det kan være handlinger som er straffverdige, men som det ikke finnes en passende bestemmelse som handlingen kan subsumeres under.¹³² Dersom det er tvil om et forhold kan subsumeres under et straffebud, men det likevel skjer, er muligheten for å fengsle uskyldige tilstede, som tilsier restriktiv bruk av varetektsfengsel.¹³³

¹²⁸ NOU 1980:28, s. 14

¹²⁹ Rt-2010 s. 343

¹³⁰ Johs. Andenæs, «Norsk straffeprosess», 4. utg. s. 286

¹³¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 194

¹³² Rt-2012 s. 1211

¹³³ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984)

3.1.5 Kravet om skjellig grunn til mistanke

Det må her tas stilling til beviskravet «*skjellig grunn*» til mistanke jf. strpl. § 184, annet ledd, jf. strpl. § 171, første ledd, som vilkår for fengsling, jf. strpl. § 184, annet ledd, jf. § 171. Etter EMK art. 5 nr. 1, lita c, er vurderingstemaet om det foreligger «*reasonable suspicion*» som vilkår for fengsling.

Ordlyden «*skjellig grunn*» tilsier god og veloverveid grunn, utover vanlig mistanke. Dermed må også mistankens styrke bli et moment i vurderingen.

Forarbeidene mener at «*skjellig grunn*» dekker det kravet som stilles til mistankens styrke og videre at praksis har presisert dets nærmere innhold.¹³⁴

Begrepet «*skjellig grunn*» til mistanke betyr at det skal foreligge god eller rimelig grunn til å mistenke at noe straffbart har skjedd. Det fremgår av praksis «*at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det*».¹³⁵ Det kreves imidlertid ikke kvalifisert sannsynlighetsovervekt.¹³⁶

EMK art. 5 nr. 1, bokstav c krever at det må foreligge «*reasonable suspicion of having committed an offence*».

Eter ordlyden må det foreligge en begrunnet mistanke som er bygget på noe konkret.

Tolkningen av «*reasonable suspicion*» er utledet av EMD praksis og bygger på to hovedspørsmål. Det ene er hvilke krav som stilles til mistanken, og det andre er hvilke krav som stilles til mistankens styrke, jf. EMK art. 5 nr. 1c.¹³⁷

Mistankekravet er en grunnleggende forutsetning etter EMDs praksis.¹³⁸ Mistanken må videre være objektivt begrunnet, herunder at det vises til noen faktiske omstendigheter.

Å kreve sannsynlighetsovervekt kan videre være problematisk i forhold til uskyldspresumsjonen etter EMK art. 6, nr. 2. Når etterforskningen er i en startfase er ofte situasjonen uoversiktlig og det kan være vanskelig å vurdere sannsynligheten for at siktede er skyldig. Formålet bak dette kravet skal i utgangspunktet være en rettssikkerhetsgaranti, men utfallet av vurderingen kan få motsatt virkning ved at den bygger på en usikker antakelse, i stedet for på objektive holdepunkter.¹³⁹

Det er altså et krav om at mistanken skal være av en viss styrke både etter straffeprosessloven og etter EMK.¹⁴⁰ Etter EMDs praksis går domstolen langt i å prøve både de objektive holdepunktene og omstendighetene rundt hvor sterk mistanken er. EMD konstaterte blant

¹³⁴ NOU 1980:28, s. 39

¹³⁵ Rt-1993 s. 1302

¹³⁶ Rt-1997 s. 1856

¹³⁷ Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, (1990), premiss 32. Her uttaler retten: «The Court agrees with the Commission and the Government that having a «*reasonable suspicion*» presupposes the existence of facts or information which *would satisfy an objective observer* that the person concerned may have committed the offence». Se også Case of Wloch v. Poland, (2000), premiss 76.

¹³⁸ Case og Kudla v. Poland GC, (2000), premiss 111

¹³⁹ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen» (2004) s. 152

¹⁴⁰ Ibid.

annet krenkelse i en sak, fordi mistanken kun bygget på en subjektiv oppfatning, og manglet en tilstrekkelige objektive konstaterbare omstendigheter.¹⁴¹ Staten må altså gi gode nok grunner for ikke å løslate den siktede, også i de meste alvorlige sakene. Dersom fengslingsgrunnene ikke er gode nok, må alternative midler og surrogater alltid vurderes.

De spesielle vilkår som må foreligge for å klarlegge hvilke risikosituasjoner som potensielt kan oppstå dersom siktede ikke fengsles, er neste vurderingstema. Disse kan betegnes som fluktfare, bevisforspillelsesfare, gjentakelsesfare og anmodning.¹⁴² Disse må, i motsetning til etter EMK art. 5, være tilstede fra fengslingsens første dag. Det vil i det følgende gjøres nærmere rede for disse og hvilke alternative midler som kan være anvendelige i de forskjellige risikosituasjoner.

3.2 De spesielle vilkår for varetektsfengsling

3.2.1 Utgangspunktet for vurderingen

Foruten at grunnvilkårene for frihetsberøvelse må være oppfylt, krever straffeprosessloven at minst ett av fire spesielle vilkår foreligger. Disse fire fengslingsgrunnene er alle godtatte etter EMDs praksis.¹⁴³ De alternative fengslingsgrunnene er vilkår for varetektsfengsling og drøftes i forhold til EMK art. 5 nr. 3

Etter strpl. § 171 første ledd nr. 1 anvendes når det er fare for at siktede vil unndra seg straff, frykt for at siktede vil reise til utlandet dekkes av dette vilkåret. Det neste er dersom siktede utgjør en fare for å forspille bevis jf. strpl. § 171 første ledd, nr. 2 og det siste vilkåret gir adgang til varetektsfengsling i de tilfeller det er fare for gjentakelse av straffbar handling jf. strpl. § 171 første ledd, nr. 3. Loven krever at det skal foreligge særlig grunn til å frykte ny straffbar handling. Et moment som det særlig skal legges vekt på er, dersom det er fare for at allmennhetens rettsfølelse svekkes, jf. strpl. § 172. Dette er alle ulike situasjoner som kan utgjøre fare for at straffeprosessens overordnede mål om å realisere det strafferettslige ansvaret, blir satt på spill, eller på en eller annen måte blir skadelidende dersom siktede ikke fengsles.

Dersom varetekt skal benyttes, vil det neste være å foreta en interesseavveining for å se om det foreligger «*tilstrekkelig grunn*» for å bruke varetekt for å redusere eller eliminere risikoen etter strpl. § 170a. Begrepet «*relevant*» er knyttet opp mot hvorvidt det er grunn til å gripe inn jf. strpl. § 171, nr. 1-3 og § 172. Kravet «*sufficient*» er hvorvidt disse grunnene er sterke nok til å beslutte fengsling, og samsvarer med strpl. § 170a.

Varetektsfengsling bygger på en risikovurdering for fremtidige hendelser, og ikke på hva som har skjedd i fortiden. Av den grunn må vurderingen ha noen konkrete holdepunkter, en generell fare er ikke tilstrekkelig.

¹⁴¹ Case of Campbell and Hartley v. The United Kingdom, (1990), premiss 32

¹⁴² Jo Hov, «Innføring i prosess 2» s. 467

¹⁴³ Case of Khodorkovskiy v. Russia, (2011), premiss 184, der det fremgår at «*The Convention case-law has developed four basic acceptable reasons for refusing bail (or any other measure of restraint not related to deprivation of liberty): the risk that the accused will fail to appear for trial*»

I det følgende skal vi gå nærmere inn på de spesielle vilkårene for varetektsfengsling og hvilke alternative midler som kan være aktuelle.

3.2.2 Kan surrogater anvendes når det er fare for unndragelse?

Det fremgår av strpl. § 184, annet ledd, jf. § 171, første ledd, nr. 1, at siktede kan fengsles dersom «*det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler*».

Det må foreligge en konkret begrunnet fare for flukt, og denne vurderingen vil avhenge av hvor alvorlig siktelsen er, siktedes jobb- og familiesituasjon, forhold som binder han til hjemstedet, den reelle muligheten for flukt, samt tidligere forhold. Det overordnede hensynet bak dette vilkåret er å forhindre at unndragelsen får konsekvenser for prosessens mål, nemlig å få plassert det strafferettslige ansvaret.¹⁴⁴

Unndragelse foreligger først og fremst dersom det er tale om flukt til et annet land, herunder vil det være av sentral betydning hvor siktede har sin tilhørighet.

Med «*grunn til å frykte*» menes at det ikke er tilstrekkelig med en subjektiv antakelse. Av ankeutvalgets praksis fremgår det at «*det kreves objektive momenter for å konstatere at fare for unndragelse kan anses sannsynlig, men det kreves ikke sannsynlighetsovervekt*».¹⁴⁵ Varetektsfengsling på grunn av fluktfare kan heller ikke «*begrunnes med en helt generell henvisning til at siktede har tilknytning til andre land*».¹⁴⁶ I en sak satt siktede, av utenlandsk opprinnelse i varetekt i 540 dager fordi det forelå en viss fare for unndragelse.¹⁴⁷

Begrunnelsen må vise til at retten har foretatt en forsvarlig og fullstendig individuell vurdering.¹⁴⁸ Det kan videre være relevant om den siktede er norsk statsborger.¹⁴⁹ Ankeutvalget har godtatt selvmordsrisiko som en unndragelseshandling.¹⁵⁰ Det viser seg at ankeutvalget tar nærmest aldri stilling til hvor sterk faren for unndragelse er, selv om dette er en nødvendig forutsetning for den konkrete interesseavveining som skal foretas etter strpl. § 170a, jf. EMK art. 5.¹⁵¹ Grunnlaget for å varetektsfengsle siktede etter dette kriteriet knyttes hovedsakelig til hvor siktede har tilknytning.¹⁵²

I mange saker der det foreligger en viss fare for unndragelse, kan fengslingssurrogater etter strpl. § 188, være et tilstrekkelig virkemiddel. Eksempler på slike tiltak kan være møteplikt for politiet, kombinert med innlevering av pass, eventuelt sikkerhetsstillelse eller plassering i institusjon. Ved disse alternativene vil det oppdages dersom siktede unnviker avtalen. Det er imidlertid sjelden at norsk praksis velger å benytte seg av fengslingssurrogater som alternativ ved unndragelsesfare. Ved fare for unndragelse kan virkemidler som elektronisk soning trolig være svært effektivt, fordi det umiddelbart vil bli oppdaget dersom siktede bryter avtalevilkårene.

¹⁴⁴ NOU 1980:28, s. 43

¹⁴⁵ Rt-2000 s. 1973

¹⁴⁶ Rt-2000 s. 1938

¹⁴⁷ Rt-2004 s. 88

¹⁴⁸ Rt-2004 s. 88 og Rt-2011 s. 329

¹⁴⁹ Rt-2001 s. 760

¹⁵⁰ Rt-2003 s. 1016

¹⁵¹ Merete Havre, «Den store balansetesten» s. 132

¹⁵² Se blant annet Rt-2000 s. 1319, Rt-2011 s. 329

I en sak der meldeplikt var vurdert som surrogat, kom retten til at dette ikke var anvendelig på grunn av alvorligheten av forholdet.¹⁵³ I en annen sak hadde siktede anført løslatelse mot surrogater, hvilket ikke ble besvart av ankeutvalget.¹⁵⁴ Ved gjennomlesning av flere kjennelser er det i flere saker ikke tatt stilling til spørsmålet om bruk av surrogater i det hele tatt ved unndragelsesfare.¹⁵⁵

Det er viktig å merke seg at unndragelsesfare som grunnlag for varetektsfengsling kan være problematisk fordi den vil kunne vare over lang tid. I motsetning til bevisforspillelsesfaren, vil ikke fluktfaren, dersom det er konstatert, minske etterhvert som det nærmer seg hovedforhandling. Dette understreker viktigheten av at det foretas en grundig og konkret vurdering før varetekt besluttes.

Etter EMK art. 5 nr. 1, bokstav c, er en av grunnene for pågrepelse eller frihetsberøvelse, at det er «*reasonable suspicion*» og dermed «*necessary to prevent*» han i å «*fleeing*».

Det må foreligge et begrunnet behov, generelle forhold som kan tyde på fluktfare er ikke tilstrekkelig.¹⁵⁶ Det må foreligge klare indikasjoner på at det foreligger fluktfare. Slike omstendigheter kan være potensiell lang fengselsstraff, mangel på tilknytning til landet, eventuelt sterkt tilknytning til et annet land, tidligere fluktforsøk og generelt siktedes personlige egenskaper.¹⁵⁷ Når dette skal avgjøres, må det bero på den til enhver tid oppdaterte situasjonen, og hvorvidt den endrer seg underveis i prosessen.¹⁵⁸ Dette gjelder for øvrig for alle fengslingsgrunnene.¹⁵⁹

I de sakene hvor EMD har konstatert krenkelse, har skyldtes at nasjonale domstoler har stoppet etter å ha nøydt seg med å påpeke de relevante faktorer, uten å vurdere fluktfaren konkret, altså hvor reell den egentlig er.¹⁶⁰ I en sak som omhandlet alvorlig kriminalitet og stor fluktfare, konstaterte EMK krenkelse fordi staten ikke hadde vurdert bruk av alternative midler.¹⁶¹ Denne saken illustrerer at selv i alvorlige saker, skal surrogater vurderes på en grundig måte. Etter EMDs praksis vil det, når det eneste som gjenstår er unndragelsesfare, kreves at siktede tilbys kausjon.¹⁶²

Vi skal nå se på bevisforspillelsesfaren som fengslingsgrunn. Av de fire fengslingsgrunnene er det kun faren for bevisforspillelse som kan begrunne bruk av restriksjoner i varetekt, jf. strpl. § 171, først ledd, nr. 2.

¹⁵³ Rt-2011-506

¹⁵⁴ Rt-2000-1319

¹⁵⁵ Se blant annet: Rt-2000 s. 1109, Rt-2009 s. 1704, Rt-2011 s. 329, Rt-2000 s. 1319

¹⁵⁶ Case of Neumeister v. Austria, (1968), premiss 10, «*may either confirm the existence of a danger of flight or make it appear so small that it cannot justify detention pending trial*».

¹⁵⁷ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen» (2004) s. 154

¹⁵⁸ Case of Bykov v. Russia GC, (2009), premiss 65. Det uttales her: «The Court also notes that with the passing of time the courts' reasoning did not evolve to reflect the developing situation and to verify whether these grounds remained valid at the advanced stage of the proceedings».

¹⁵⁹ Case of Bykov v. Russia GC, (2009), premiss 65. Her listes opp flere fengslingsgrunner, «and exerting pressure on witnesses». Se Castberg, The European convention on Human rights (1974), s. 95, jf. Ot.prp. nr. 53 (1983-1984), s. 26

¹⁶⁰ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen» (2004) s. 159

¹⁶¹ Case of Khodorkovskiy v. Russia, (2011), premiss 197 der det uttales: «the domestic courts ought to have considered whether other, less intrusive, preventive measures could have been applied, and whether they were capable of reducing or removing completely the risks of fleeing, re-offending or obstructing justice».

¹⁶² Merete Havre, «En balansetest», s. 132

3.2.3 Er det åpning for bruk av surrogat ved fare for bevisforspillelse?

Den andre fengslingsgrunnen i strpl. § 171, første ledd, nr. 2, omfatter tilfeller der det er «*nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken, f eks ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige*».

Etter en ordlydsfortolkning av nærliggende fare forstås det som at faren er svært reell. At faren er så nær at det mest sannsynlig vil skje, uavhengig av siktedes vilje eller evne til å få det til. Bevisforspillelsen må skje i saken som er under etterforskning.

Begrepet «*nærliggende fare*» innsnevrer til en viss grad adgangen til å fengsle enn begrepet «*grunn til å frykte*», ved at det må eksistere en reell mulighet for siktede til å forspille eller ødelegge bevis. Adgangen til å fengsle på dette grunnlag skal bare bestå så lenge muligheten til å forspille bevis er der.¹⁶³

Ankeutvalget har herunder uttalt at det må «*forefinnes bevis som kan forspilles, siktede må ha reell mulighet til å forspille bevis, og det må være en nærliggende fare for at dette vil bli gjort*».¹⁶⁴

Bevisforspillelsesfaren etter strpl. § 171, første ledd nr. 2, må knytte seg til forhold den siktede er mistenkt for, ettersom bestemmelsen retter seg mot bevisforspillelse «*i saken*». Etter strpl. § 38 må det være tale om straffbare handlinger som er «*samme forhold*».

Ved «*nærliggende fare*» er det to vilkår som må være oppfylt. For det første må det foreligge en reell mulighet for å forspille bevis, og for det andre at det må foreligge en nærliggende fare for at siktede vil benytte seg av en slik mulighet, dersom han ikke fengsles. Rettspraksis peker «*på at det etter loven ikke er tilstrekkelig at siktede har reell mulighet for å kontakte og påvirke vitner. Det kreves en nærliggende fare for at denne mulighet vil bli benyttet*».¹⁶⁵ Det skal videre «*være sannsynlighetsovervekt for at muligheten blir benyttet*».¹⁶⁶

Det kreves bevis for at det foreligger nærliggende fare, herunder må vurderingen forankres i de konkrete forhold i saken.¹⁶⁷ I motsatt fall vil vurderingen av bevisforspillelsesfaren kunne bli for «*generell og hypotetisk*».¹⁶⁸ Det er ikke nok å påpeke at siktede «*vil kunne påvirke personer som hittil ikke er trukket inn i saken*».¹⁶⁹

Dette må konkretiseres slik at det skal være mulig å vite hvilke forklaringer og personer det gjelder. Dersom man frykter at siktede skal påvirke medsiktedes forklaring i forhold til sin egen sak, vil vilkåret være oppfylt. I denne forbindelse må det foreligge et klart forfølgingsformål, samt en forbindelse med det forhold siktede mistenkes for, og forhold som angår den medsiktede. Det behøver ikke å gjelde samme forhold som medsiktede,

¹⁶³ Ot.prp. nr. 53, (1983-1984), s. 164

¹⁶⁴ Rt-2009-339

¹⁶⁵ Rt-1993 s. 128 og Rt-1996 s. 1089

¹⁶⁶ Rt-2003 s. 1296

¹⁶⁷ Rt-2011 s. 946

¹⁶⁸ Rt-2009 s. 1613

¹⁶⁹ Rt-1996 s. 1089

forutsatt at det gjelder samme sakskompleks.¹⁷⁰ Fare for unndragelse av vitneplikt falle utenfor strpl. § 171, første ledd, nr. 2.¹⁷¹

Det er sikker rett at dersom siktede forsøker å tilpasse sin egen forklaring vil dette falle utenfor bestemmelsen. Ankeutvalget uttaler at «*siktetes mulighet til å tilpasse sin forklaring under straffesaken til de bevis som foreligger ikke kan omfattes av bestemmelsen i straffeprosessloven § 172 første ledd nr. 2, om forspillelse av bevis*».¹⁷² Videre uttales at «*Hvis lagmannsretten mener at siktede vil forsøke å tilpasse sin forklaring til hva andre impliserte har forklart eller tenker å forklare, er det snakk om en fare som ikke omfattes av straffeprosessloven § 171 nr. 2, jf. Rt-2000-343*».¹⁷³ Et eksempel kan være dersom siktede ønsker å forklare seg i saken, men av frykt for represalier vil det være et behov å få lest deler av de medsiktetes forklaringer først. Ulempen ved å lese medsiktetes forklaringer før siktede avgir sin egen, er siktede trolig vil bli ansett som mindre troverdig under hovedforhandling. Siktetes sikkerhet kan være en av årsakene til at tilpasning av forklaringer faller utenfor bestemmelsen. I store komplekse saker med mange impliserte, kan det å avgi forklaring innebære en fare for å bli en såkalt «tyster», som kan medføre negative konsekvenser. At siktede kan tilpasse sin forklaring, uten at det rammes av bestemmelsen, er i så måte fornuftig. Det vises også til eksemplet i punkt 3.1.2.

Hva som gjelder som bevis er forklaringer, herunder egne og vitners, samt reelle bevis som dokumenter, biologisk materiale, gjenstander, fingeravtrykk og DNA mfl. regnes som bevis. For å sikre bevis er det ulike tvangsmidler tilgjengelig for dette formål, herunder ransaking, beslag, kroppslige undersøkelser, avlytting og varetekt mfl.¹⁷⁴

Muligheten for å få surrogat ved denne fengslingsgrunnen er ofte lav. Fengsling på dette grunnlag er direkte knyttet til etterforskningen og kan anses som et direkte etterforskningsinstrument for å få oppklart saken. Det er naturlig å tenke seg til at behovet for fengsling på dette grunnlag vil minske underveis i prosessen.¹⁷⁵ Det følger av forarbeidene at dersom det åpnes for bruk av elektronisk kontroll, vil det muligvis kunne åpnes for surrogat også ved dette fengslingsgrunnlaget. Flere land har tatt i bruk teknikken med omvendt voldsalarm i saker som omhandler vold i nære relasjoner. Dette innebærer at både offer og gjerningsmann blir overvåket med GPS- teknikk, slik at de vet hvor de er i forhold til hverandre, og dermed kan møte mellom disse unngås ved varsling. Elektronisk kontroll som varetektssurrogat er foreløpig lite utbredt, men det er likevel flere land som har tatt det i bruk, og flere land som har satt i gang prøveordninger.¹⁷⁶

EMK art. 5 nr.1, litra c, nevner ikke fare for bevisforspillelse blant de forhold som kan gi grunnlag for «*pågrepelse eller frihetsberøvelse*». Likevel er bevisforspillelsesfare etter EMD ansett å være «*relevant and sufficient ground*».¹⁷⁷

Risikoen for at siktede vil forspille bevis må være konkret og reell, i den forstand at det må angis hvilken bevis som er i fare og om siktede vil benytte seg av denne muligheten. Typisk

¹⁷⁰ Rt-2009 s. 1178

¹⁷¹ Rt-2001 s. 280

¹⁷² Rt-1996 s. 1089

¹⁷³ Rt-2008 s. 378

¹⁷⁴ Straffeprosesslovens fjerde del.

¹⁷⁵ Johs. Andenæs, «Norsk straffeprosess», (2004), 4. utg. S. 281

¹⁷⁶ Prop. 71 L (2012-2013), punkt 2.3.1

¹⁷⁷ Case of Wemhoff v. Germany, (1968), premiss 14, uttales «*the existence of a danger of suppression of evidence*». Case of Baginski v. Poland, (2005), premiss 71

relevant risiko ved dette grunnlag er ødeleggelse av dokumentbevis,¹⁷⁸ mulighet for kommunikasjon med medsiktede,¹⁷⁹ og påvirkning av sårbare vitner,¹⁸⁰ mv. Det er et høyt vektlagt moment etter EMDs praksis at fengslings spørsmålet hele tiden må ses i lys av etterforskningens fremdrift og bevisstatus i saken, og dermed vil ofte muligheten for bevisforspillelse minske etterhvert som bevis sikres.¹⁸¹

Også ved dette fengslingsgrunnlaget må det ses på hvilke konsekvenser bevisforspillelsen får for prosessen. Det fremgår ikke av ankeutvalgets praksis at surrogater anvendes i saker som gjelder bevisforspillelsesfare. Det fremgår lite eller ingenting i litteraturen når det gjelder bruk av surrogater.

3.2.4 Kan surrogat anvendes ved fare for gjentakelse av straffbar handling?

Etter strpl. § 171, nr. 3, gis det anledning til å fengsle «*når det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder*».

«*Antas påkrevd*» legger opp til at noe er presserende og særlig nødvendig. Det kan tolkes som at det er uunnngåelig med en fengsling, fordi at gjentakelse av straffbar handling nærmest er uunnværlig.

Uttrykket «*antas påkrevd for å hindre*» gir rom for en skjønnsmessig bedømmelse av «*faregraden og alvorligheten av det fryktede lovbrudd, som muligheten for avvergelse av faren på annen måte*».¹⁸² Siste del av setningen som gjelder hvordan faren på annen måte kan avverges, kan forstås som at det åpnes fengslings surrogat. Det sies imidlertid ingenting om hva som nærmere ligger i dette.

Det følger av forarbeidene at det må foreligge sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå nye forbrytelser dersom han slippes fri før saken er avgjort i hovedforhandling.¹⁸³ Her skal det stilles strengere krav til antakelsen om gjentakelse, enn når loven sier «*grunn til å frykte*» eller «*nærliggende fare*», etter nr. 1 og nr. 2.¹⁸⁴ Dette er også presisert i ankeutvalgets praksis.¹⁸⁵

Bestemmelsen nevner ikke ordet gjentakelsesfare, fordi fare for gjentakelse av straffbare handlinger ikke i seg selv er tilstrekkelig til å begrunne varetektsfengsling.¹⁸⁶ Bestemmelsen krever derimot at fengsling er nødvendig for å hindre en straffbar handling etter ordlyden

¹⁷⁸ Case of W. v. Switzerland, (1993), premiss 36

¹⁷⁹ Case of Veliyev v. Russia, (2010), premiss 152

¹⁸⁰ Case of Dudek v. Poland, (2006), premiss 37

¹⁸¹ Case of Yuriy Yakovlev v. Russia, (2007), premiss 74 der det uttales at den nasjonale domstolen fant at siktede var: «*was liable to pervert the course of justice, the Court notes that at the initial stages of the investigation the risk that an accused person will pervert the course of justice could justify keeping him or her in custody. However, after the evidence has been collected, that ground becomes irrelevant*».

¹⁸² Straffeprosesslovkomiteens innstilling 1969, s. 239 (siste avsnitt)

¹⁸³ Ot.prp. nr. 53, (1983-1984), s. 165

¹⁸⁴ Ibid. s. 164

¹⁸⁵ Rt-1993 s. 905 og Rt-2003 s. 1296

¹⁸⁶ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», s. 165

«*antas påkrevd for å hindre*». Fordi varetektsfengsling på dette grunnlag kun har et preventivt formål for øye, stilles det strenge krav til konkretisering.¹⁸⁷

Dette sannsynlighetskravet er uavhengig av hvilken type straffbare handlinger som fryktes.¹⁸⁸ Dette spørsmålet har ikke ankeutvalget tatt stilling til, men juridisk teori har bemerket at dersom handlingen som fryktes er svært alvorlig, som for eksempel drap, bør kravet nedjusteres.¹⁸⁹ Dette vilkåret retter seg mot «*å hindre*» nye forbrytelser, og skiller seg de andre fordi den ikke har noen direkte tilknytning til etterforskningen. Av den grunn kalles slik fengsling ofte for prevensjonsarrest og her gjelder strenge krav til bevisbyrden.¹⁹⁰ Denne fengslingsgrunnen brukes ofte mot gjengangsforbrytere, som ofte gjør seg skyldig i nye straffbare forhold med en gang de blir løslatt. Likevel kan ikke dette være nok, det må foreligge noe mer konkret indikasjon på dette.¹⁹¹

Etter EMK art. 5, første ledd, bokstav c, gis det adgang til varetektsfengsling når det er nødvendig for å forhindre gjentakelsesfare. Her gis det adgang til å gripe inn «*when it is reasonable considered necessary to prevent him committing an offence*».

Varetektsfengsling på dette grunnlag betyr at det må foreligge «*a concrete and specific offence*», altså konkrete holdepunkter.¹⁹² Det stilles strenge krav både til sannsynligheten for en fremtidig straffbar handling og behovet for inngrep. Det følger av ordlyden i EMK art. 5 nr. 1 litra c, at inngrepet må være nødvendig.¹⁹³

Bestemmelsen i strpl. § 171 første ledd nr. 3, er etter ordlyden således i samsvar med EMK art. 5 nr. 1, bokstav c.

Det betyr at den straffbare handlingen enten må være alvorlig isolert sett, eller inngå som et ledd i omfattende kriminalitet, og etter dette synes EMK art. 5 nr. 1, bokstav c, å bygge på et noe strengere kriterium enn etter strpl. § 171 første ledd nr. 3.¹⁹⁴

I nødvendighetskravet etter konvensjonen ligger også en vurdering basert på hvilke type tvangsmiddel som kan benyttes. Det innebærer at fengslingssurrogater etter strpl. § 181 jf. § 188 vurderes nøye, for å oppfylle dette konvensjonskravet.¹⁹⁵

De mest aktuelle varetektssurrogater ved gjentakelsesfare kan være at siktede må oppholde seg, eventuelt ikke oppholde seg på bestemte steder eller besøksforbud mfl. Andre aktuelle virkemidler kan være plassering i institusjon, for eksempel rusinstitusjon, plassering i barnevernsinstitusjon eller underlagt psykisk helsevern. I en sak der siktede var rusavhengig og hadde utført to ran i ruspåvirket tilstand ble det innvilget surrogat i en behandlingsinstitusjon.¹⁹⁶ Vilkåret for løslatelsen var å la seg behandle, og siktede ble ved

¹⁸⁷ Rt-1996 s. 93

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 53, 81983-1984), s. 164-165

¹⁸⁹ Johs. Andenæs, «Norsk straffeprosess», s. 289

¹⁹⁰ Ibid., se også Johs. Andenæs, (2004), s. 288

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Case of Haidn v. Germany, (2011), premiss 76

¹⁹³ Case of Clooth v. Belgium, (1991), premiss 40. Det ble ansett å være «*necessary, among other conditions, that the danger be a plausible one and the measure appropriate, in the light of the circumstances of the case and in particular the past history and the personality of the person concerned*». Konstatert krenkelse.

¹⁹⁴ Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», s. 167

¹⁹⁵ Ibid. s. 168

¹⁹⁶ Rt- 2003 s. 316

løslatelsen direkte transportert til institusjonen. Det ble i tillegg fastsatt en rekke andre vilkår, herunder både meldeplikt, avståelse fra alle typer rusmidler, samt påbud om å oppholde seg på bestemt plass.¹⁹⁷ Frivillige plasseringer utover det strpl. § 188 legger opp til kan også være aktuelle alternativer.¹⁹⁸

Ved at det ofte er rusmisbrukere og som oftest fengsles på dette grunnlaget er det ofte en manglende vilje til å avstå fra kriminalitet som er problemet, men en manglende mulighet. Dette på tross av at varetaksutvalget gjorde det klart at varetakt ikke skal brukes som «renovasjon», for å løse sosiale problemer.¹⁹⁹ Etter ankeutvalgets praksis er hyppig kriminell aktivitet et relevant moment for å fengsle på grunnlag av gjentakelsesfare, uten at forholdet trenger å være av alvorlig art.²⁰⁰

Problemet med å fengsle denne gruppen er at problemene de har bare forskyves, istedenfor å gripe tak i den reelle problemet, som for eksempel rusavhengighet. I en sak der siktede var rusavhengig uttalte lagmannsretten at siktede «hadde alt å tjene på å holde seg unna ny kriminalitet».²⁰¹ Det er videre av betydning å se på om siktede er under behandling, eller har klart å slutte med sitt misbruk.²⁰²

Dersom siktede har vist en vilje til å ta tak i sine problemer er det overmåte viktig at retten tar hensyn til dette i varetaktsspørsmålet, og her bør institusjonsplassering tas opp som alternativ. Fare for gjentakelse er ikke knyttet til realiseringen av det strafferettslige ansvaret. Her er samfunnsinteressen i førerretet, og ikke etterforskningens behov. For å fengsle på grunnlag av gjentakelsesfare viser EMDs praksis langt mer alvorlige saker enn etter ankeutvalget, her fengsler ankeutvalget i saker med lav alvorlighetsgrad, og det er videre sjelden det fengsles på dette grunnlag alene.²⁰³ Dermed får ikke den høye terskel som «påkrevd» legger opp til, nødvendigvis den verdien ordet legger opp til. De som ofte blir fengslet på dette grunnlaget er rusmisbrukere og gjengangerkriminelle.²⁰⁴

3.3 Avsluttende bemerkninger

Selv om risikoen for å gjentakelse, unndragelse og bevisforspillelse er svak, kan alvorligheten i seg selv være utslagsgivende etter norsk internrett.²⁰⁵ I saker som omhandler alvorlig kriminalitet finnes det ingen saker der surrogat har vært vurdert.²⁰⁶ Dersom retten finner at surrogat ikke er anvendelig, skal den begrunne hvorfor. Dette følges også i liten grad opp i norsk praksis i følge disse undersøkelsene.²⁰⁷ Videre er det et absolutt krav at surrogater skal være vurdert.²⁰⁸

¹⁹⁷ Ibid. (11)

¹⁹⁸ Rt-2000 s. 1717

¹⁹⁹ NOU 1980:28, s. 20

²⁰⁰ Rt-2011 s. 221

²⁰¹ Rt-2004 s. 1214

²⁰² Rt-2007 s. 948

²⁰³ Merete Havre, «Den store balansetesten», s. 147

²⁰⁴ Rt-2011 s. 221

²⁰⁵ Rt-2013 s. 955

²⁰⁶ Rt-2009 s. 1704

²⁰⁷ Ibid. s. 287

²⁰⁸ Case of Chraid v. Germany, (2007), premiss 38-42

Etter EMD er det tilstrekkelig å vise til ett av fengslingsgrunnlagene i startfasen. Over tid er det mer tvilsomt at dette vil stå seg. Selv om plikten til å vurdere alternative midler gjelder alle fengslingsgrunnlagene konstaterer EMD som regel krenkelser som gjelder unndragelsesfare- og gjentakelsesfare.

Vurderingen om varetektfengsel skal besluttes, foretas som regel raskt, ofte når etterforskningen er i startfasen og med tynt bevisgrunnlag. Her må retten ta stilling til hvilket «onde» den skal velge mellom, herunder valg av tvangsmidler. Vurderingen er ofte basert på dommerens personlige vurdering om hvorvidt siktede kan ha nytte av alternative midler.

En viktig forutsetning for å foreta denne vurderingen, at siktede selv er tilstede. Siktede er som allerede nevnt stort sett kun tilstede i tingretten. Undersøkelser²⁰⁹ viser at siktede i tingretten ble løslatt mot surrogater, for deretter å bli fengslet av lagmannsretten, uten muntlige forhandlinger. Når lagmannsretten opphever kjennelser uten å selv møte siktede, kan den vanskelig fatte beslutningen på et tilstrekkelig solid grunnlag når det gjelder bruk av varetektssurrogater. I saker der siktede må samtykke, eventuelt vise seg behandlingsmotivert mv., vil det være en forutsetning at siktede er tilstede. Dersom siktede ikke skal være tilstede, øker behovet for gode begrunnelser slik at det fremgår klart og tydelig hvorfor lagmannsretten har kommet til motsatt resultat som tingretten. Det er svært viktig for den siktedes rettssikkerhet og tillitten til rettssystemet at dette gjøres grundig. Jeg tror dette momentet er svært viktig dersom surrogater skal vurderes da de fleste varetektsurrogater krever samtykke fra siktede. Således bør det være et krav at siktede, i de tilfeller det er ønskelig får være tilstede også i lagmannsretten.

Dermed må varetektssurrogater etter strpl. §§ 181 og 188, vurderes konkret, i hver enkelt sak, for å oppfylle konvensjonskravet, jf. momentene i strpl. § 170a.²¹⁰ Sammenholdt med de øvrige kriterier som må være tilstede, konkluderes det med at det er et vilkår at retten må vurdere om bruk av surrogat er aktuelt, jf. strpl. § 184 annet ledd, jf. strpl. § 188.

²⁰⁹ Merete Havre, «Den store balansetesten – varetekt etter en proposjonalitetsmodell», s. 283. Det er i avhandlingen vist til at av i alt 52 kjennelser var dette tilfellet.

²¹⁰ Rt-2004 s. 545

LITTERATURLISTE:

EMDs avgjørelser: (Grand Chamber)

Case of Khodorkovskiy v. Russia, (2011)
Case of Labita v. Italy, (2000)
Case of Matzetter v. Austria, (1969)
Case of Engel v. The Netherlands, (1976)

EMDs avdelingsavgjørelser:

Case of Yuriy Yakovlev v. Russia, (2010)
Case of Veliyev v. Russia, (2010)
Case of Yuriy Yakovlev v. Russia, (2007)
Case of Vladimir Solovyev v. Russia, (2007)
Case of Dudek v. Poland, (2006)
Case of Chraidi v. Germany, (2006)
Case of Baginski v. Poland, (2005)
Case of McKay v. the United Kingdom, (2003)
Case of Puntzelt v. Czech Republic, (2000)
Case of Wloch v. Poland, (2000)
Case of W. v. Switzerland, (1993)
Case of Tomasi v. France, (1992)
Case of Wemhoff v. Germany, (1968)

Ankeutvalgets kjennelser:

Rt-2014 s. 744
Rt-2012 s. 1217
Rt-2012 s. 1211
Rt-2012 s. 787
Rt-2012 s. 618
Rt-2011 s. 1145
Rt-2011 s. 506
Rt-2011 s. 946
Rt-2011 s. 329
Rt-2010 s. 343
Rt-2009 s. 1613
Rt-2009 s. 1348
Rt-2009 s. 1178
Rt-2009 s. 472
Rt-2009 s. 339
Rt-2009 s. 263
Rt-2008 s. 1102
Rt-2008 s. 1035
Rt-2008 s. 378
Rt-2008 s. 111
Rt-2007 s. 948
Rt-2007 s. 333
Rt-2006 s. 1726
Rt-2004 s. 1214

Rt-2004 s. 545
Rt-2004 s. 88
Rt-2003 s. 1016
Rt-2003 s. 1296
Rt-2003 s. 316
Rt-2002 s. 557
Rt-2002 s. 85
Rt-2001 s. 280
Rt-2001 s. 760
Rt-2000 s. 1942
Rt-2000 s. 1938
Rt-2000 s. 1973
Rt-2000 s. 1717
Rt-2000 s. 1704
Rt-2000 s. 1319
Rt-2000 s. 1109
Rt-2000 s. 996
Rt-2000 s. 482
Rt-2000 s. 364
Rt-1999 s. 174
Rt-1998 s. 1076
Rt-1998 s. 149
Rt-1997 s. 1856
Rt-1997 s. 928
Rt-1996 s. 1089
Rt-1993 s. 1302
Rt-1993 s. 905
Rt-1993-759
Rt-1993 s. 128
Rt-1990 s. 922
Rt-1986 s. 760

Uttrykte avgjørelser fra Høyesterett

HR-2014-2260-U
HR-2014-181-U

Offentlige utredninger:

NOU 1980:28
NOU 2009:15

Forarbeider:

Prop. 71 L (2012-2013)
Dokument 16, (2011-2012)
Ot.prp. nr. 31 (2006-2007),
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)
Ot.prp.nr 91 (1999-2000)
Ot.prp.nr. 81 (1999-2000)
Ot.prp. nr. 64 (1998-1999)
Ot. prp. nr. 53 (1983-1984)
Ot.prp. nr. 35 (1978-1979)

Internasjonale anbefalinger:

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, inntatt som norsk lov i Lov av 21. mai 1999, nr. 19 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, menneskerettsloven (mrl.) § 2.

Europarådets komité: Recommendation No. R (80)

Europarådets torturkomité, CTP,

FNs torturkomité (CAT) og

FNs spesialrapportør for tortur.

Litteratur:

Merete Havre, «Den store balansetesten – varetekt etter en proposjonalitetsmodell» (2014)

Temarapport om «Bruk av isolasjon i fengsel», UiO: Senter for menneskerettigheter, (2012)

Bjerke/Keiserud/Sæther «Straffeprosessloven, kommentarutgave», 4.utg (2011)

Thomas Horn, «Er isolasjon av innsatte i politiarrest i strid med EMK artikkel 8», (2010)

Jo Hov, «Innføring i prosess 2», (2010)

«Knophs oversikt over norsk rett», (2009)

Ruud/Ulfstein, «Innføring i folkerett», 3.utg. (2008)

Johs. Andenæs, «Norsk straffeprosess», 4. utg. (2004)

Jebens, «Menneskerettigheter i straffeprosessen», (2004)

Erik Møse «Menneskerettigheter», (2002)

Echoff, «Rettskildelære», 5.utg (2001)

Anders Bratholm, «Pågrepelse og varetekt» (1957)

Internett:

www.lovdato.no

www.ssb.no

www.kriminalomsorg.no

www.regjeringen.no

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>