



UiT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Fotlenke som varetektssurrogat

Lene Holmvik Ovesen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	6
1.1	Oppgavens tema	7
1.2	Juridisk metode og rettskilder.....	8
1.3	Rettspolitikk og videre fremstilling.....	9
2	Varetekt i Norge	10
2.1	Oversikt	10
2.2	Varetektsfengsling og vilkår etter straffeprosessloven.....	11
2.2.1	Generelle vilkår	11
2.2.2	Spesielle vilkår	13
2.3	Forholdsmessighetsprinsippet i straffeprosessloven § 170 a.....	17
2.4	EMK art. 5	19
2.4.1	Vilkår for frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr.1 litra c.....	20
2.4.2	Proporsjonalitetsprinsippet- krav om at relevante og tilstrekkelige fengslingsgrunner må foreligge.....	23
3	Bruken av fotlenke i Norge	24
3.1	Dagens bruk av fotlenke i Norge.....	24
3.1.1	Historikk og veien frem til dagens bruk av fotlenke	25
3.2	Soning med fotlenke som gjennomføring av straff.	30
3.2.1	Lovfestede vilkår.....	31
3.2.2	Forutsetninger.....	31
4	Fotlenke som varetektssurrogat.....	33
4.1	Hjemmel for bruk av fotlenke som varetektssurrogat	33
4.1.1	Rettsikkerhet, legalitetsprinsippet og mildeste inngreps prinsipp.	33
4.1.2	Straffeprosessloven §§ 181 og 188	35
4.1.3	Fotlenke som varetektssurrogat i andre land.....	38
4.2	Kan formålene med varetekt ivaretas ved bruk av fotlenke?	39

4.2.1	Kan fotlenke anvendes som varetektssurrogat når det er fare for unndragelse?	40
4.2.2	Finnes det tilfeller hvor det foreligger fare for bevisforspillelse hvor fotlenke kan være formålstjenlig?	42
4.2.3	Kan fotlenke som varetektssurrogat anvendes ved fare for gjentakelse av en straffbar handling?	44
4.2.4	Varetektsfradrag for bruk av fotlenke som surrogat.	47
4.2.5	Forholdsmessighetsprinsippet og varetektssurrogater	48
4.2.6	Proporsjonalitetsprinsippet og varetektssurrogater	49
5	Lovendring eller endring av praksis?	49
5.1	Lov	50
5.2	Praksis	50
	Kildeliste	54
	Konvensjoner	54
	Lover	54
	Forarbeider	54
	Forskrifter	54
	Retningslinjer	54
	Rettspraksis	54
	Litteratur	56
	Internettkilder	56
	Vedlegg	58
	Vedlegg nr.1 Epost 1	58
	Vedlegg nr. 2 Epost 2	58
	Vedlegg nr. 3 Epost 3	58
	Vedlegg nr. 4 Epost 4	58
	Vedlegg nr. 5 Høringsbrev- Rask reaksjon 16.5.2006	58
	Vedlegg nr. 6 Høringssvar Agder lagmannsrett	58
	Vedlegg nr. 7 Høringssvar Agder statsadvokatembeter	58

Vedlegg nr. 8 Høringssvar Arbeids- og likestillingsdep	58
Vedlegg nr. 9 Høringssvar Barne- og likestillingsdep	58
Vedlegg nr. 10 Høringssvar Dommerforeningen	58
Vedlegg nr. 11 Høringssvar Domstoladm.....	58
Vedlegg nr. 12 Høringssvar Fellesorganisasjonen	58
Vedlegg nr. 13 Høringssvar FFP	58
Vedlegg nr. 14 Høringssvar Finansdep	58
Vedlegg nr. 15 Høringssvar Folkehelseinstituttet	58
Vedlegg nr. 16 Høringssvar Fornying- og adminstrasjonsdep	58
Vedlegg nr. 17 Høringssvar Helse- og omsorgsdep.....	59
Vedlegg nr. 18 Høringssvar Hordaland statsadvokatembeter	59
Vedlegg nr. 19 Høringssvar HVO kriminalomsorgen	59
Vedlegg nr. 20 Høringssvar Høyesterett	59
Vedlegg nr. 21 Høringssvar JURK	59
Vedlegg nr. 22 Høringssvar Juss-Buss.....	59
Vedlegg nr. 23 Høringssvar KITT	59
Vedlegg nr. 24 Høringssvar kommunal- og regionaldep	59
Vedlegg nr. 25 Høringssvar KRUS.....	59
Vedlegg nr. 26 Høringssvar Kultur og- kirkelep.....	59
Vedlegg nr. 27 Høringssvar Kunnskapsdep.....	59
Vedlegg nr. 28 Høringssvar KY.....	59
Vedlegg nr. 29 Høringssvar Likestillings- og diskrimineringsombudet	59
Vedlegg nr. 30 Høringssvar NFF	59
Vedlegg nr. 31 Høringssvar Nordland frimsorgsktr.....	59
Vedlegg nr. 32 Høringssvar NTL.....	59
Vedlegg nr. 33 Høringssvar Oslo statsadvokatembeter	60
Vedlegg nr. 34 Høringssvar POD	60

Vedlegg nr. 35 Høringssvar Politiets Fellesforbund	60
Vedlegg nr. 36 Høringssvar Region nord.....	60
Vedlegg nr. 37 Høringssvar Region nordøst.....	60
Vedlegg nr. 38 Høringssvar Region sør	60
Vedlegg nr. 39 Høringssvar Region sørvest.....	60
Vedlegg nr. 40 Høringssvar Region vest	60
Vedlegg nr. 41 Høringssvar Region øst	60
Vedlegg nr. 42 Høringssvar Regjeringsadvokaten.....	60
Vedlegg nr. 43 Høringssvar Riksadvokaten.....	60
Vedlegg nr. 44 Høringssvar Rogaland statsadvokatembete.....	60
Vedlegg nr. 45 Høringssvar Samferdselsdep.	60
Vedlegg nr. 46 Høringssvar SOM.....	60
Vedlegg nr. 47 Høringssvar Sosial- og helsedir.....	60
Vedlegg nr. 48 Høringssvar Statens innkrevingsentral	60
Vedlegg nr. 49 Høringssvar UD.....	60
Vedlegg nr. 50 Høringssvar Vedlegg1 POD	61
Vedlegg nr. 51 Høringssvar Vedlegg 1 Region sør	61
Vedlegg nr. 52 Høringssvar Vedlegg 1 Region vest.....	61
Vedlegg nr. 53 Høringssvar Vedlegg 1 Region øst.....	61
Vedlegg nr. 54 Høringssvar Vedlegg 2 POD.....	61
Vedlegg nr. 55 Høringssvar Vedlegg 2 Region sør	61
Vedlegg nr. 56 Høringssvar Vedlegg 2 Region vest.....	61
Vedlegg nr. 57 Høringssvar Vedlegg 2 Region øst.....	61
Vedlegg nr. 58 Høringssvar Vedlegg 3 POD.....	61
Vedlegg nr. 59 Høringssvar Vedlegg 3 Region sør	61
Vedlegg nr. 60 Høringssvar Vedlegg 4 POD.....	61
Vedlegg nr. 61 Høringssvar Vedlegg 4 Region sør	61

Vedlegg nr. 62 Høringssvar Vedlegg 5 POD.....	61
Vedlegg nr. 63 Høringssvar Vedlegg 5 Region sør	61
Vedlegg nr. 64 Høringssvar Vedlegg 6 Region sør	61
Vedlegg nr. 65 Høringssvar Vestfold og Telemark statsadvokatembeter.....	61

1 Innledning

Norge som en rettsstat er sjeldent gjenstand for kritikk, hverken nasjonalt eller internasjonalt. Som rettsstat er Norge solid og sterk, men likevel ikke perfekt. Et av våre svake punkter er varetektsinstituttet, som ved flere anledninger er kritisert av internasjonale menneskerettighetsorganer.

Norge har over lengere tid fått kritikk for utstrakt bruk av varetektsfengsling fra flere internasjonale og regionale kontrollorganer. Den europeiske komité for forebygging av tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff (CPT) har ved flere anledninger kommet med hard kritikk etter de har gjennomført besøk i Norge.¹

Kritikken fra CPT både i 2005 og 2011 har gått ut på både den utstrakte bruken av varetektsfengsling, samt mengden av restriksjoner som ble benyttet i norsk rett.

FNs menneskerettighetskomité uttrykte bekymring for lengden på varetekten i enkelte tilfeller i sin rapport fra 1999. Norge ble rådet til å sørge for at gjeldende lovverk skulle samsvare bedre med art.9 i FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter².

At Norge har intensjoner om å imøtekomme kritikken og gjennomføre endringer i varetektinstituttet er bekreftet ved flere tilfeller. Justis- og beredskapsdepartementet bekreftet intensjonen i sin innstilling om innføring av elektronisk kontroll som varetektssurrogat hvor de uttaler at surrogatet «(...) kan bidra til redusert bruk av varetektsfengsling og anses å være i samsvar med Norges internasjonale konvensjonsforpliktelser.»

Organisasjoner som ivaretar verdenssamfunnets interesser og overvåker at konvensjoner overholdes er av den oppfatning at Norge ikke oppfyller menneskerettigheter på en tilfredsstillende måte. Dette er noe vi må ta på alvor, og det er derfor viktig at man ser på alle muligheter for å imøtekomme anbefalinger som er gitt for å forbedre de kritiserte forholdene.

I motsetning til fengsling som gjennomføring av straff er varetektsfengsling ikke noe en person kan forvente eller forberede seg på. Det å plutselig bli fratatt sin frihet vil for de aller fleste oppleves som traumatisk og uutholdelig, spesielt hvis dette er over en lang periode. Følgene av en varetektsfengsling kan få store konsekvenser for den som fengsles, både det sosiale, økonomiske og helsemessige aspektet av livet kan få store påvirkninger av et slikt inngrep. Et viktig hensyn i alle tilfeller av varetektsfengsling er at det gjøres inngrep i den

¹ http://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt_NO

² Ot.prp. nr.66 (2002-2003) s.8

personlige friheten til personer som fremdeles er presumptiv uskyldig da saken ikke er avgjort av en domstol. Utgangspunktet er at varetektsfengsling kan ilegges når de lovfestede vilkår er oppfylt og det ikke anses for å være et uforholdsmessig inngrep. En begrensning for å anvende varetektsfengsling er at formålet med fengslingen ikke kan oppnås ved fengslingssurrogater. Dette forutsetter at det foreligger reelle alternative tiltak som er formålstjenlig.

Elektronisk kontroll som gjennomføring av straff er et aktuelt tema for tiden. I 2016 ble det foretatt en evaluering av soning med fotlenke på oppdrag fra Justis- og beredskapsdepartementet. Av rapporten fremgår det at mellom 2008-2015 ligger antall avbrudd av soningen på rundt 5%³ Gjentakelseskriminaliteten for sonere med elektronisk kontroll var på ca. 10% etter to år, tilsvarende for soning i fengsel var på ca. 20%.

Fotlenke som gjennomføring av straff anses i dag for å være et vellykket tiltak.

Det er derfor aktuelt å ta kunnskapen som foreligger på området og benytte denne i en vurdering om fotlenke kan benyttes som et reelt varetektssurrogat i Norge.

Dette utgangspunktet er inspirasjonen for oppgavens tema.

1.1 Oppgavens tema

Det overordnede formålet med en straffeprosess er å få realisert det strafferettslige ansvaret. Et av midlene som staten kan benytte for å oppnå dette formålet er varetekt. Varetekt benyttes som et instrument i etterforskning som har som formål å oppklare og plassere det strafferettslige ansvaret. Retten til personlig frihet er en grunnleggende menneskerettighet, og varetekt er et inngrep i denne rettigheten. Ved et slikt inngrep kreves det derfor at staten må begrunne sitt inngrep som ett ledd i et legitimt formål. I begrunnelsen kreves det at det gjøres en avveining av interesser som ikke er sammenfallende. Inngrepets intensitet og hvor byrdefullt dette vil være for individet som frihetsberøves skal holdes opp mot nødvendigheten av å tillate inngrepet av samfunnsmessige interesser. Denne vurderingen må alltid gjøres med det utgangspunkt at alle skal anses uskyldig inntil skyld er bevist etter loven, og at det bryter med grunnleggende rettsprinsipper å anvende frihetsberøvelse utover det som loven ikke uttrykkelig hjemler.

³ http://www.vista-analyse.no/site/assets/files/5598/va-rapport_2016-02_evaluering_av_soning_med_fotlenke_revidert_versjon05082016.pdf s.35

Vurderingen om varetektssurrogater kan benyttes faller inn under vurderingen av nødvendigheten av inngrepet, men vil også ha en direkte innflytelse på om inngrepet er forholdsmessig. Bruk av surrogater kan avhjelpe uforholdsmessighet ved varetektsfengsling. Avveiningen mellom hensyn til den mistenkte i vid forstand holdt opp mot samfunnets behov for en effektiv etterforskning og oppklaring skal også gjøres i vurderingen om alternative tiltak til varetektsfengsling er formålstjenlig.

I oppgaven skal det vurderes om det i dag er tilstrekkelig hjemmel for å innføre bruk av fotlenke som varetektssurrogat, eller om det krever endring av lov eller praksis for å innføre tiltaket som et alternativ til varetektsfengsling. Det er også et mål med oppgaven å besvare om formål med varetektsfengsling ivaretas ved bruk av fotlenke, og i hvilke tilfeller kan det være aktuelt å benytte fotlenke som alternativ tiltak.

1.2 Juridisk metode og rettskilder

Juridisk metode er den metodiske prosessen for å finne frem til hvilke rettskilder som er relevant for å kunne besvare et juridisk spørsmål. Fortolkning og vektlegging av de relevante rettskildene er en del av denne prosessen som skal lede frem til å konstatere gjeldende rett.

I oppgaven skal det redegjøres for gjeldende rett og drøfte denne. Den tradisjonelle metodelæren utarbeidet gjennom rettspraksis fra Høyesterett vil bli benyttet. I Torstein Eckhoffs bok *Rettskildelære*⁴ beskrives denne metoden inngående. I boken betegnes rettskilder som rettskildefaktorer og fremstilles i en pedagogisk inndeling i syv kategorier; lovttekst, lovforarbeider, rettspraksis, andre myndigheters praksis, privates praksis, juridisk litteratur/ rettsoppfatninger og reelle hensyn. Selv om inndelingen av rettskildene ikke var ment som en hierarkisk fremstilling anså Eckhoff det som at lovtteksten var det «naturlige utgangspunkt»⁵

I norsk rett vil lov 22.mai 1981 nr. 25 lov om rettergangsmåten i straffesaker (heretter straffeprosessloven eller strpl.) være den primære rettskildefaktoren. For å fastlegge gjeldende rett vil forarbeider til loven og rettspraksis anvendes for å presisere tolkningen av ordlyden i lovbestemmelser.

Strpl. § 388 1.ledd nr. 2. og 3 viser at Høyesterett ikke har kompetanse til å prøve lagmannsrettens skjønn i kjennelser om varetektsfengsling. Høyesteretts ankeutvalg kan bare

⁴ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001

⁵ Eckhoff, *Rettskildelære* 2001 s.39

prøve underinstansens saksbehandling og lovtolkning, og ikke den konkrete subsumsjonen. Relevant rettspraksis vil derfor være praksis fra Høyesteretts ankeutvalg.

Høyesteretts ankeutvalg har kompetanse til å prøve den konkrete rettsanvendelsen i reguleringen av forholdet mellom straffeprosesslovens regler og forholdet til EMK.⁶

EMK er i sin helhet inkorporert i norsk rett og i medhold av lov 21. mai 1999 nr. 30 lov om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettsloven) § 3 jf. § 2 har bestemmelsene forrang ved motstrid med andre lovbestemmelser.

For å konstatere motstrid mellom bestemmelser i EMK og annen norsk lovgivning må det foretas en fortolkning av de aktuelle bestemmelsene. Av EMK art. 19 og 32 er det EMD som skal tolke og utvikle de dynamiske konvensjonsbestemmelsene. Praksis fra EMD og den tidligere Kommissjonen vil derfor være de primære kildene når rettigheter og friheter som følger av EMK skal tolkes og anvendes.

Ved motstrid mellom norske lovbestemmelser og EMK vil det oppstå spørsmål om hvordan EMDs rettspraksis skal vektlegges. Av Rt. 2005 s. 833 premiss 45 skal det gjøres en selvstendig tolkning av konvensjonens bestemmelse hvis det foreligger tvil om hvordan den skal forstås. I tolkningen skal norske domstoler benytte samme metode som EMD i fortolkningen av konvensjonsbestemmelsen, men domstolen skal ikke utvikle konvensjonen da dette ligger under EMDs kompetanse.

For å avgjøre om norske bestemmelser er samsvarer med det rettslige innholdet i EMK vil dermed praksis fra EMD være den primære kilden til å kunne avgjøre slike spørsmål.

1.3 Rettspolitikk og videre fremstilling.

Et av formålene med denne oppgaven er å prøve å si noe om dagens rettsstilstand og argumentere for og imot om tilstanden bør endres. I norsk, og skandinavisk rettsvitenskap har det vært vanlig å bruke rettspolitikk om analyser som søker å avklare hvilke verdier rettsstilstanden hviler på, og om retten er et rasjonelt middel for å realisere disse.⁷ Dette beskriver et av formålene med oppgaven. Oppgaven krever dermed at det gjøres en rettspolitisk vurdering. I en slik vurdering er det nødvendigvis ikke et krav til at man skal komme frem til en bestemt konklusjon, og det der derfor ikke et mål for oppgaven at det vurderingene som gjøres skal resultere i et endelig svar.

⁶ Rt.2015 s.408 premiss 8

⁷ Christoffer C. Eriksen, «Om rettspolitikk», *Kritisk juss*, nr. 03-04/2012 (volum 39), kap. 1

Ved bruk av varetektssurrogater er det en forutsetning at vilkårene for fengsling er tilstede.⁸ Det skal derfor i oppgavens punkt 2 presenteres de lovfestede vilkår og vilkår etter internasjonale forpliktelser som må være oppfylt for at varetektsfengsling og dermed alternative tiltak kan anvendes.

For å kunne vise at elektronisk kontroll ved bruk av fotlenke kan være et fullverdig surrogat for fengsling ved varetekt må man se på hva det innebærer å være underlagt en slik kontroll. Ved innsikt i dette har man et grunnlag for å kunne si om formål med varetekt vil kunne ivaretas eller ikke. Det vil i oppgavens punkt 3 presenteres dagens bruk av fotlenke og veien frem til denne bruken. Punkt 4 er oppgavens hoveddel og omhandler fotlenke som varetektsurrogat, om det i dag foreligger tilstrekkelig hjemmel for å innføre dette som et alternativ tiltak og i hvilke tilfeller tiltaket anses som formålstjenlig.

Ved inngrep med straffeprosessuell tvang stilles det også krav til at det foreligger prosessuell legitimitet. Jeg vil ikke gå nærmere inn på dette da dette faller utenfor oppgavens tema.

2 Varetekt i Norge

2.1 Oversikt

Når et straffbart forhold skal etterforskes vil det i mange av tilfeller være et behov for påtalemyndighetene å benytte tvangsmidler. Behovet har sin begrunnelse i statens ansvar for å sikre at prosessen rundt etterforskningen gjennomføres effektivt og på best mulig måte, slik at riktig faktum legges frem ved hovedforhandling.

I norsk straffeprosess fremgår reglene for anvendelse av tvangsmidler i straffeprosesslovens fjerde del. De relevante bestemmelsene ved varetektsfengsling og som setter rammen for bruken av tvangsmidler i disse tilfellene er kapittel 13a og kapittel 14.

På en gjennomsnittsdag i 2016 var det 1005 som var varetektsfengslet. Dette omfanget er hverken økt eller redusert hvis man sammenlikner med de siste 6 årene, nivået er så å si likt for denne perioden. Det er derimot en reduksjon i 2016 på antall avsluttede varetektsopphold på 7 % sammenliknet med antallet i 2015, og 21% reduksjon sammenliknet med antallet i 2013. For første gang på en fem-års periode var det i 2016 flere norske statsborgere enn ikke-

⁸ Innst. 268 L (2012-2013)

norske statsborgere i varetektsopphold. En av årsakene til dette er at det i 2016 var betydelig færre varetektsfengslinger på grunn av brudd på utlendingslovgivningen.⁹

Nedgangen for de som løslates direkte fra varetekt og de som overføres fra varetekt til soning av en ubetinget fengselsdom er tilnærmet like.

I 2016 satt 3969 personer fengslet på en gjennomsnittsdag 25,3% av disse var varetektsfengslet. Dette betyr at det er en betydelig del av de innsatte som det gjøres inngrep overfor uten at det er avsagt dom i

2.2 Varetektsfengsling og vilkår etter straffeprosessloven

Varetektsfengsling er et straffeprosessuelt tvangsmiddel som kan benyttes i en etterforskningsprosess. Formålet for bruken vil være avhengig av den risikoen som foreligger og som gjør det nødvendig å benytte det strengeste tvangsmiddelet i straffeprosessen.

Adgang for bruk av varetekt fremgår av strpl. § 184 andre ledd sammenholdt med strpl. §§ 171, 172 eller 173 andre ledd. Disse kan man betegne som minimumsvilkår som må være oppfylt for at det kan gis adgang for å varetektsfengsle.

I noen tilfeller brukes varetektsfengsling for å sikre at saken kan gjennomføres og dommen kan fullbyrdes. I andre tilfeller kan formålet med fengsling begrunnes med å forhindre at mistenkte flykter og dermed unndrar seg fra straffeforfølgning eller straffefullbyrdelse. Det kan også være tilfeller hvor mistenkte må fengsles for å forhindre at beviser i saken ødelegges eller forhindre at mistenkte begår nye kriminelle handlinger under etterforskningen.

2.2.1 Generelle vilkår

Strpl. § 171 regulerer adgangen til pågrepelse for «den som med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder». At de generelle vilkårene også gjelder for varetektsfengsling fremgår av overskriften til kapittel 14 i straffeprosessloven, pågrepelse og fengsling, hvor bestemmelsen er inntatt.

Det fremgår to rettslige begrensinger i kravet om skjellig grunn til mistanke, det må foreligge et straffbart forhold og det må mistenkes at vedkommende har begått det aktuelle forholdet.

Skjellig grunn til mistanke

⁹ <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/rekordmange-i-fengsel-i-2016>

Ordlyden «skjellig grunn» setter et krav til at mistanken må være veloverveid, rimelig og godt begrunnet. Ordlyden gjør det naturlig å legge til grunn at mistankes styrke vil være et avgjørende moment for om det foreligger en kvalifisert grunn til mistanke.

Forarbeidene viser til at betegnelsen «skjellig grunn» som definisjon på mistankens styrke er en innarbeidet formulering som gjennom praksis er gitt et nærmere innhold.¹⁰

Utfyllende praksis har definert innholdet nærmere og i Rt.1993 s.1302 s. 1303 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg i forbindelse med en varetektsfengsling at «(...) det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det.» Praksis har også slått fast at det er tilstrekkelig med vanlig sannsynlighetsovervekt.¹¹ Det er også tilstrekkelig at det etter en samlet vurdering avgjøres om det foreligger skjellig grunn til mistanke. Hvis det etter en samlet vurdering avgjøres at det foreligger «skjellig grunn» til mistanke er det ikke et krav om at det skal foretas en redegjørelse for hvorledes tvil på de enkelte ledd i bevisvurderingen har påvirket den samlede vurdering.¹²

Praksis har også lagt til grunn at mistanke ikke bare gjelder ved vurderingen om den siktede har begått den påståtte handlingen, men omfatter også spørsmålet om straffeskyld.¹³ Det er med dette et krav om at den siktede har skyldene, og både subjektive og objektive vilkår for straff må være oppfylt. Mistanken må derfor kunne forankres i objektive, konkrete omstendigheter som bygger på faktiske forhold. Dette kan for eksempel være tekniske bevis, den siktedes forklaring, motiv og anledning, vitneforklaringer og forklaring fra fornærmede. Troverdigheten til de enkelte involverte i saken må selvfølgelig vurderes av retten, men subjektive vurderinger fra politiet eller påtalemyndighet skal ikke påvirke rettens vurderinger.

Straffbar handling.

Ordlyden «straff» i bestemmelsen knyttes til strafferammen av handlingen ikke til selve reaksjonen. Det er derfor et krav om at mistanken knytter seg til om straffbare handlinger er begått. Denne forståelsen følger også av forarbeidene som viser til at handlingen som mistenkes må omfattes av gjerningsbeskrivelsen i en straffebestemmelse og at de alminnelige

¹⁰ NOU 1980: 28 s. 39

¹¹ Rt. 2011 s. 946 premiss 13.

¹² Rt. 2001 s. 977.

¹³ Rt. 2002 s. 1589

vilkårene for straff må være tilstede.¹⁴ Det er sikker praksis at det stilles krav om sannsynlighetsovervekt for at samtlige vilkår for straffansvar er oppfylt.¹⁵

Av strpl. § 171 første ledd stilles det også et kvalifikasjonskrav til den straffbare handlingen som mistanken er knyttet til. Bestemmelsen gir bare adgang til å varetektsfengsle den som med skjellig grunn kan mistenkes «for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn i 6 måneder.». Det er den abstrakte strafferammen i straffebudet som skal legges til grunn, det er ikke avgjørende hva den forventede straff vil være.¹⁶

2.2.2 Spesielle vilkår

I tillegg til de generelle vilkår må også en av de fire spesielle vilkårene i strpl. § 171 være oppfylt for at det kan gis adgang til å varetektsfengsle. Disse vilkårene betegner forhold som kan utgjør en potensiell risiko hvis ikke siktede varetektsfengsles. Forholdene som utgjør potensielle risikosituasjoner er unndragelsesfare, fare for bevisforspillelse, gjentakelsesfare eller egen begjæring. De ulike fengslingsgrunnene utgjør alle en fare for at det overordnede målet med straffeprosessen. De er en risiko for at realiseringen av det strafferettslige ansvaret, blir skadelidende eller som ytterste konsekvens ikke kan gjennomføres. Når varetektsfengsling besluttet krever strpl. § 184 andre ledd at kjennelsen begrunner hvorfor retten har kommet frem til at en av de spesielle fengslingsgrunnene foreligger. Det er kreves derfor holdepunkter for konkrete forhold som utgjør en fare av ulik art, og en generell fare er derfor ikke tilstrekkelig.

2.2.2.1 Unndragelsesfare.

Den potensielle risikoen som betegnes som unndragelsesfare foreligger når: «det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler»¹⁷ Å gå i dekning eller holde seg skjult fra myndighetene er eksempler på unndragelse.¹⁸ Flukt til utlandet og innenlands flukt omfattes av bestemmelsen. «Andre forholdsregler» omfatter tiltak som tvungen psykisk helsevern og tvungen omsorg.¹⁹

¹⁴ NOU 1980: 28 s.14.

¹⁵ Rt. 2004 s. 887 premiss 12

¹⁶ Rt. 2006 s. 1398

¹⁷ Strpl. § 171 første ledd nr. 1

¹⁸ NOU 1980: 28 s. 43.

¹⁹ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4.utgave Oslo 2009 s. 286.

Varetekstutvalget har i forarbeidene uttalt om risikoen for unndragelse at «Etter gjeldende rett kreves det ikke at den mistenkte har tatt positive skritt for å forsøke flukt. Det er nok at det foreligger en konkret begrunnet fare for flukt.»²⁰ Det er dermed ikke et krav om at den mistenkte må ha forberedt flukt eller om det er gjort tidligere fluktforsøk. Videre i samme uttalelse viser utvalget til en rekke hensyn som vil være relevant for vurderingen av risikoen: «Om en slik fare foreligger vil bl.a. avhenge av hvor alvorlig siktelsen er, mistenktes forhold til arbeide og familie og andre forhold som binder ham til hjemstedet, praktisk mulighet for flukt og hans forhold under tidligere straffeforfølgning. Det avgjørende er om retten etter en slik vurdering antar at det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgning eller fullbyrding. At vedkommende er vanskelig å få tak i f.eks. fordi han ikke har noen fast bopel, kan ikke i seg selv regnes som flukt»²¹ Oppramsingen fra utvalget er ikke uttømmende, men uttalelsen viser at retten må gjøre en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak for å avgjøre om det foreligger en fluktfare. Momentene som utvalget viser til knytter alle seg til de individuelle forholdene i den konkrete saken, foruten om alvorlighetsgraden av siktelsen. Dette viser at det er omstendighetene i saken og forhold rundt den mistenkte som er relevante momenter i vurderingen. Retten må derfor avgjøre om det er en realitet i den antatte risikoen for unndragelse, det må vurderes om den mistenkte har mulighet til å oppholde seg i utlandet eller holde seg skjult. Det må vises til konkrete holdepunkter for at dette er en mulighet jf. «grunn til å frykte».

Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt at det foreligger en kvalifisert risiko for unndragelse. I Rt. 2002 s. 46 ble det vektlagt at siktede var medlem av Hells Angels, en internasjonal organisasjon med historikk for å hjelpe sine medlemmer med å unndra seg fra straffeforfølgning. Dette forholdet utgjorde en sterk grunn til å frykte unndragelse. Dette ble utslagsgivende i vurderingen om det forelå unndragelsesfare, selv om siktede var norsk statsborger, hadde familie og var i arbeid.

2.2.2.2 Bevisforspillelsesfare.

Risiko for bevisforspillelse er forhold hvor «det er nærliggende fare for at vil forspille bevis i saken, for eksempel ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige,»²². Hvis varetekt begrunnes med fare for bevisforspillelse stilles det krav til at faren må være «nærliggende».

²⁰ NOU 1980: 28 s. 60

²¹ *Ibid.*

²² Strpl. § 171 første ledd nr. 2

Det følger av rettspraksis at det kreves sannsynlighetsovervekt og at det «. I alminnelighet kreves det da at retten angir hvilke konkrete forhold i saken som tilsier at det er sannsynlighetsovervekt for at den siktede vil påvirke vitner eller på annen måte forspille bevis».²³ Det er dermed ikke tilstrekkelig at det foreligger en generell frykt for bevisforspillelse eller at siktede har mulighet til å forspille bevis. Det må foreligge konkrete, objektive holdepunkter, som etter en totalbedømmelse avgjør om risikoen er nærliggende. Det kreves ikke en konkretisering av hvilke bevis det er fare for, men det må vises til hvordan eller hvorfor det foreligger en risiko for bevisforspillelse. Det er sannsynlighetsovervekten for bevisforspillelse som må konkretiseres, dette for å motvirke at bevisforspillelsesfaren blir for generell og hypotetisk.²⁴ I dette kravet ligger det at det må fremkomme av vurderingen hvordan bevis kan forspilles og hvilke bevis eller vitner det er fare for at skal bli påvirket.

Bestemmelsen gir også adgang til fengsling hvis det foreligger en fare for at bevis mot medskyldige i saken. Denne adgangen er spesielt rettet mot tilfeller av organisert kriminalitet, hvor siktede i slike saker ofte står i et avhengighetsforhold til andre.²⁵ Det er likevel en begrensning i adgangen til å fengsle på dette grunnlaget. I forholdsmessighetsvurderingen bør det kreves tungtveiende grunner til å kunne varetektsfengsle for å forhindre slike tilfeller av bevisforspillelsesfare.²⁶ Tilpassing av mistenktes egne forklaringer til andre bevis i saken vil ikke utgjør ikke en risiko for bevisforspillelse. At dette forholdet ikke omfattes av bestemmelsen er slått fast i Rt.1996 s.1089.

2.2.2.3 Gjentakelsesfare.

Det kan besluttes å varetektsfengsle hvis «det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder,»²⁷ Om ordlyden i bestemmelsen «antas påkrevd for å hindre» er det utalt i forarbeidene at det skal gi «rom for en skjønsmessig bedømmelse av så vel faregraden og alvorligheten av de fryktede lovbrudd som mulighetene for avvergelse av faren på annen måte»²⁸

At det må være påkrevd vises det til at fengslingsgrunnen skal brukes med stor varsomhet. Dette understrekes også i forarbeidene hvor det fremgår at varetektsfengsling med

²³ Rt. 2015 s. 1327 premiss 14.

²⁴ Rt. 2009 s.1613 premiss 9.

²⁵ NOU 1980: 28 s. 47.

²⁶ *Ibid.*.

²⁷ Strpl. § 171 første ledd nr. 3

²⁸ Ot.prp. nr. 53 (1983–1984) s. 164.

begrunnelse i gjentakelsesfare bare skal benyttes ved risiko for at det skal begås kriminalitet av et visst alvor, eller kriminalitet aktivitet av omfattende eller langvarig karakter som ikke kan stoppes på annen måte. Uavhengig av siktelsens alvor må det foreligge sannsynlighetsovervekt for gjentakelse.²⁹ Kravet til sannsynlighetsovervekt og synet om at fengslingsgrunnen skal anvendes med varsomhet legges også til grunn i rettspraksis hvor det er uttalt at «Etter fast praksis i Høyesteretts kjæremålsutvalg kreves «en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå nye mer alvorlige lovbrudd om han ikke blir varetektsfengslet».³⁰ Det er ikke tilstrekkelig at det er en nærliggende eller konkret og nærliggende fare for tilbakefall.³¹

Dette fengslingsgrunnlaget i motsetning til de andre fengslingsgrunnlagene som er gjennomgått har ikke begrunnelse i hensyn til etterforskningen, men i bekjempelse av kriminalitet. Mindretallet i Varetektsutvalget ønsket ikke å videreføre dette fengslingsgrunnlaget med begrunnelsen om at dette bare førte til en forskyvelse av kriminelle handlinger til et tidspunkt etter løslatelse, da fengslingsgrunnlaget som regel brukes overfor tilbakefallsforbrytere. Begrunnelsen for at bestemmelsen ble videreført var av hensyn til samfunnets behov for å beskytte seg mot kriminalitet, rettssikkerheten til andre borgere og for ikke å støte den alminnelige rettsfølelsen.³²

2.2.2.4 Egen begjæring.

Varetektsfengsling kan besluttes dersom siktede selv begjærer fengsling.³³ Det kreves at siktede har gitt en positiv anmodning om fengsling, og det er ikke tilstrekkelig at det bare er gitt samtykke.³⁴ Grunner som kan tale for at siktede selv begjærer seg varetektsfengslet kan være fordi han frykter represalier fra personer han har gitt opplysninger om i forbindelse med etterforskningen. Naturlig nok anvendes denne fengslingsgrunnen sjeldent.³⁵

2.2.2.5 Andre fengslingsgrunner.

Hvis noen mistenkes for et lovbrudd som kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller forsøk på et slikt lovbrudd», eller i tilfeller hvor det er mistanke om overtredelse av strl. §§ 272 eller 274 kan det besluttes varetektsfengsling.³⁶ Selv om det ikke foreligger forhold som

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Rt. 2004 s.74 s.74

³¹ *Ibid.*

³² Ot. prp. nr. 53 (1983-1984) s.29-30.

³³ Strpl. § 171 første ledd nr. 4

³⁴ Johs. Andenæs (2009) s. 289.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Strpl. § 172.

fører til at vilkårene i strpl. § 171 ikke er oppfylt kan en person likevel fengsles, såfremt det foreligger tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken om at det er begått handlinger som beskrives i bestemmelsen. Kravet til mistanke skjerpes betydelig i forhold til kravet om skjellig grunn i strpl. § 171. Retten må i disse tilfellene være rimelig sikker på skyldspørsmålet i slike saker og det er dermed ikke tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt.³⁷ Hvis det skal gis adgang til varetektsfengsling skal det «(...) foretas en bred helhetsvurdering hvor blant annet de samfunnsmessige behov og rettshåndhevelseshensyn som har begrunnet bestemmelsen, vurderes.».³⁸

Hvis en mistenkt «(...) som ikke vites å ha fast bopel i riket» og «når det er grunn til å frykte for at han ved flukt til utlandet vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrding av straff eller andre forholdsregler» kan han varetektsfengsles.³⁹ Ordlyden «flukt» som benyttes i bestemmelsen vil gi en snevrere adgang til å benytte fengslingsgrunnlaget enn ordlyden «unndragelse fra forfølgningen».⁴⁰ Som regel vil slike tilfeller som omfattes av bestemmelsen omhandle straffbare handlinger som begås av utlendinger under opphold i Norge. I slike tilfeller vil ikke fengslingssurrogater som passbeslag og beslag være tilstrekkelig for å minimere faren for flukt tilstrekkelig.⁴¹ Det foreligger ikke tilfeller av flukt når en turist reiser tilbake til sitt hjemsted etter endt ferie, eller en utenlandsk arbeider returnerer til sitt hjemland etter endt arbeidsoppdrag.⁴² I motsetning til unndragelsesfaren i strpl. § 171 nr. 1 kreves det ikke en bestemt grad av alvorlighet og det kreves heller ikke «skjellig grunn» til mistanke.

2.3 Forholdsmessighetsprinsippet i straffeprosessloven § 170 a

Forholdsmessighetsprinsippet i straffeprosessen gjelder ved bruk av tvangsmiddel som et instrument i etterforskning. Prinsippet sørger for å ivareta de motstridene hensynene som må vektlegges i tilfeller hvor staten ønsker å benytte et tvangsmiddel. Samfunnets behov for å plassere straffeansvaret og bekjempe kriminalitet holdes opp mot individets rettigheter.

³⁷ Rt. 1989 s.70 s.72

³⁸ Rt. 2002 s. 794 s.843

³⁹ Strpl. § 173

⁴⁰ Strpl. § 171 1.ledd nr. 1

⁴¹ Ot. prp. nr. 53 (1983-1984) s. 25-26

⁴² Johs. Andenæs (2009) s. 293

Forholdsmessighetsprinsippet begrenser adgangen til å benytte tvangsmidler ved å stille krav til at det inngrepet som tvangsmiddelet utgjør.

Ordlyden i strpl. § 170 a er som følger «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 oppstiller to vilkår og begrenser med dette adgangen til å benytte tvangsmidler. Inngrepet må ha «tilstrekkelig grunn», og inngrepet kan ikke være uforholdsmessig.

Av uttalelser i forarbeidene kommer det klart frem at bestemmelsen inneholder to selvstendige vilkår. Første punktum i bestemmelsen har en selvstendig betydning, men at det er en nær sammenheng mellom de to vurderingstemaene i bestemmelsen.⁴³I vurderingen om fengsling vil utgjøre et uforholdsmessig inngrep vil vurderingen av om det foreligger en tilstrekkelig grunn være et sentralt moment.⁴⁴

Ordlyden «tilstrekkelig grunn» må forstås slik at de grunner som foreligger for å må være sterke nok til at inngrep med tvangsmidler kan anvendes. Vurderingstemaet er hensiktsmessigheten av inngrepet, at formålet som ønskes oppnådd ikke kan oppnås på andre måter enn ved bruk av det aktuelle inngrepet. Det må derfor vurderes om det er nødvendig å varetektsfengsle.⁴⁵ Det må det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor ulike hensyn trekkes inn. Forhold og momenter knyttet til den mistenktes side skal tas med i denne vurderingen. Dette kan være forhold rundt livssituasjonen som jobb, familie, helse. Dette kan være hensyn som hvis forholdene tilsier dette må vektlegges i vurderingen om varetektsfengsling er nødvendig. At ulike særtrekk ved forholdet rund den mistenkte kan vektlegges kan også utledes av forarbeidene hvor det fremgår at retten kan legge vekt på andre forhold i saken, i tillegg til forholdsmessighetsvurderingen.⁴⁶

Et relevant moment i helhetsvurderingen er den antatte kriminelle handlingen og alvorligheten av denne. Hvis det er i samfunnets interesse å beskytte seg mot fremtidig kriminalitet eller mot hindringer som vil påvirke etterforskningens resultat og fremgang skal dette hensynet ivaretas.

Bestemmelsens andre punktum begrenser bruken av tvangsmidler ved å kreve at det i en forholdsmessighetsvurdering skal legges vekt på «sakens art» og «forholdene ellers». I dette ligger det en begrensning hvis inngrepet sett i lys av sakens art og omfang vil virke særlig

⁴³ Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) s.17

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ NOU: 28 1980 s. 57.

⁴⁶ Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) s. 17.

inngrepene. Det må gjøres en vektning av ulike momenter hvor «sakens art» og «forholdene ellers» er relevante.

«Sakens art» viser til alvorligheten av det straffbare forholdet. Hvor alvorlig det aktuelle lovbruddet er og arten av dette vil ha betydning for hvordan hensynet til samfunnets behov for å plassere straffeansvaret skal vektlegges. Det vil også kunne indikere hvor omfattende etterforskningen av det gjeldende forholdet vil være.

Ordlyden «forholdene ellers» indikerer at flere forhold knyttet til den mistenkte eller offentlige interesser kan omfattes av betegnelsen. Av forarbeidene kommer det også klart frem at dette kan være momenter som hvor sterk mistanken er, tvangsmiddelets inngrepsintensitet, og nødvendigheten av inngrepet.⁴⁷ Av dette fremgår det at det er individuelle hensyn som er kjernen i forholdsmessighetsvurderingen.

Det ligger i kravet til forholdsmessighet at fengslingsbehovet ikke kan møtes med mindre inngrepene. jf. strpl. § 184. Rettsanvenderen må vurdere hvilket tvangsmiddel som ivaretar det nødvendige inngrepsbehovet. Forholdsmessighetsvurderingen vil med dette avgjøre om det er et behov for inngrep som gjør det nødvendig med varetektsfengsling, eller om varetektsurrogater anses for å være tilstrekkelig.

Mål og middel skal samsvare med hverandre, og det er ikke alltid nødvendig å benytte det sterkeste inngrepet for å oppnå formålet for etterforskningen. I dette ligger det at hvis formålet med etterforskningen kan nås ved bruk av andre tiltak vil ikke varetektsfengsling være forholdsmessig og dermed heller ikke formålstjenlig.

Av strpl. § 184 andre ledd må fengslingskjennelsen vise at det er foretatt en vurdering av forholdsmessigheten av inngrepet, men det er ikke et generelt krav til at retten redegjør for hvorfor fengslingen ikke vil være et uforholdsmessig inngrep.⁴⁸ Ankeutvalget har likevel i flere saker krevd at underrettene skal begrunne nærmere hvorfor fengslingen ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep, særlig ved langvarig fengsling.⁴⁹

2.4 EMK art. 5

Artikkelen konstaterer retten til personlig frihet og verner mot vilkårlig frihetsberøvelse. Denne iboende rettigheten tilsier at også personer som straffeforfølges eller etterforskes har

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Se eksempelvis Rt. 1998 s. 1081 s. 1083 og Rt. 1999 s.475 s. 476

som utgangspunkt rett til frihet. EMK art. 5 nr. 1 litra a-f tillater det i begrensede tilfeller at det gjøres inngrep den personlige friheten. Bestemmelsene gir individet rettigheter ved en frihetsberøvelse og det forutsetter dermed at det er foretatt en frihetsberøvelse. For å konstatere en frihetsberøvelse må det vurderes arten av inngrepet, varigheten av inngrepet, potensielle virkinger av inngrepet og gjennomføringsmåten av inngrepet.⁵⁰ Det er av betydning hvor sterk intensitet inngrepet har, og det er ikke tvilsomt at fengsling er av høy intensitet og dermed kan betegnes som frihetsberøvelse⁵¹ I tilfeller av varetektsfengslinger er det EMK art. 5 nr. 1 litra c og art. 5 nr. 3 som er relevante for frihetsberøvelsen som finner sted. Utgangspunktet er at norske straffeprosessuelle bestemmelser og dermed adgangen til å varetektsfengsle er i samsvar med de krav som følger av EMK.

2.4.1 Vilkår for frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr.1 litra c

Av EMK artikkel 5 nr. 1 litra c angir hvilke vilkår som må være oppfylt for at en frihetsberøvelse kan tillates og lyder som følger:

«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 reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so».

Første ledd i konvensjonsbestemmelsen stiller krav til at frihetsberøvelsen samsvarer med de aktuelle materielle og prosessuelle reglene i nasjonal rett derav ordlyden «accordance with a procedure prescribed by law». Strider frihetsberøvelsen med den nasjonale retten vil den heller ikke være konvensjonsmessig. Det er ikke alltid tilstrekkelig at frihetsberøvelsen har skjedd i samsvar med nasjonal rett, frihetsberøvelsen kan ikke stride med rettigheter etter konvensjonen.⁵² Konvensjonen er ikke til hinder for at nasjonal rett oppstiller flere betingelser enn hva som følger av konvensjonen. Dette innebærer at hvis det stilles strengere krav for frihetsberøvelse enn det som følger av EMK, er det de nasjonale kravene som er avgjørende.

⁵⁰ Aall, 2015 s. 348

⁵¹ Aall, 2015 s. 349

⁵² Johnson v. The United Kingdom 1997 para. 60.

Av ordlyden i litra c følger det at frihetsberøvelsen skal være i overensstemmelse med den framgangsmåten som bygger på et legalt grunnlag, «the lawful arrest or detention», og at frihetsberøvelsen må være formålstjenlig og bygge på det anerkjente legitime formålet, «for the purpose of bringing him for the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed a criminal offence». ⁵³ Formålet med frihetsberøvelsen må i alle tilfeller være alt den mistenkte skal fremstilles for en domstol. ⁵⁴ Vurderingen av formålet skal foretas uavhengig av hva utfallet av straffeforfølgningen blir, derfor er det ikke et krav om at det må føre til en tiltale eller at vedkommende stilles ovenfor en domstol for at en frihetsberøvelse er konvensjonsmessig. ⁵⁵ Frihetsberøvelse kan videre bare tillates i forbindelse med straffesaker, og den må ha tilknytning til den aktuelle straffesaken. ⁵⁶ Frihetsberøvelse som et rent forebyggende tiltak vil ikke være i samsvar med vilkårene i litra c. Det vil stride mot konvensjonen hvis nasjonal lov ikke har tilstrekkelig hjemmel til å straffe handlingene som begrunner frihetsberøvelsen. ⁵⁷

Videre viser bestemmelsen i litra c at frihetsberøvelse kan tillates i de tilfeller det foreligger rimelig mistanke, «reasonable suspicion», om at en kriminell handling er begått.

Bestemmelsen tillater også frihetsberøvelse av en person i tilfeller hvor det er rimelig å anse frihetsberøvelsen som nødvendig for å hindre personen i å begå en straffbar handling eller for å hindre at personen flykter etter å ha begått en kriminell handling.

Kravet til at en rimelig mistanke må foreligge er essensielt for vernet mot vilkårlige frihetsberøvelser. I dette kravet forutsettes det at det må vises til objektivt konstaterbare fakta i saken som sannsynliggjør at personen har eller kan ha begått et lovbrudd. ⁵⁸

Sakens faktiske og rettslige omstendigheter omfattes av kravet, det må derfor foreligge en rimelig mistanke om at handlingen eller unnlatelsen er foretatt av den mistenkte, og at gjerningen er straffbar på det tidspunktet frihetsberøvelsen ble foretatt. ⁵⁹

I tillegg til at kravet om at rimelig mistanke må foreligge må altså et av tilleggsmomentene være tilstede og momentene er som nevnt unndragelsesfare og gjentakelsesfare. I tillegg er det slått fast i praksis fra EMD at bevisforspillelsesfaren også gir hjemmel for varetektsfengsling.

⁵³ Merete Havre, *Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet*, 2015 s.36

⁵⁴ *Lawless v. Ireland* 1961 para. 13-15.

⁵⁵ *Murray v. The United Kingdom* 1994 para. 67.

⁵⁶ *M. v. Germany* 2009 para. 102 og *Epple v. Germany* 2005 para. 35.

⁵⁷ *Lukanov v. Bulgaria* 1997 para. 82-83 og *Jecius v. Lithuania* 2000 para. 50-51.

⁵⁸ *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom* 1990 para. 32.

⁵⁹ *Kandzhov v. Bulgaria* 2008 para. 54-62.

EMD har uttalt at det må foreligge et begrunnet behov for pågripelse eller frihetsberøvelse, det er ikke tilstrekkelig at det foreligger generelle forhold som taler for fluktfare.⁶⁰ Sterk tilknytning til et annet land og/eller en svak tilknytning til etterforskningslandet, en eventuell lang fengselsstraff, tidligere fluktforsøk og andre personlige egenskaper hos den siktede er forhold som kan være relevante ved en vurdering av den reelle fluktfaren.⁶¹ Vurderingen skal til enhver tid ta utgangspunkt hvordan forholdene er på det aktuelle tidspunktet og eventuelt endringer i forholdene som oppstår underveis i prosessen.⁶² Dette gjelder for alle grunner for fengsling, og er ikke bare aktuell i tilfeller som omhandler fluktfare.⁶³

Når det gjelder gjentakelsesfaren gir EMK art. 5 nr. 1 litra c adgang til å varetektsfengsle når det er nødvendig for å forhindre gjentakelse. I denne vurderingen er det relevant om den siktede er straffet tidligere, men også andre relevante forhold rundt den siktede er av betydning. Det kreves konkrete holdepunkter for at den siktede skal begå en straffbar handling, og det er ikke tilstrekkelig å vise til tidligere begåtte handlinger.⁶⁴ Det er staten som har bevisbyrden når det skal sannsynliggjøres en fremtidig straffbar handling og det stilles strenge krav til både sannsynligheten og nødvendigheten av inngrepet.⁶⁵

Fare for bevisforspillelse kan ikke utledes av konvensjonene som tilfeller hvor det tillates varetektsfengsling men EMD har eksplisitt uttalt at denne risikoen kan føre til at siktede kan forstyrre «the administration of justice»⁶⁶, og er dermed en relevant fengslingsgrunn. Det kreves at risikoen er reel og konkret, og i dette ligger det et krav om at det må konkretiseres hvilke type bevis som kan forspilles og muligheten siktede har til å utføre dette.

Artikkel 5 nr. 1 angir de situasjoner hvor frihetsberøvelsen vil være i samsvar med konvensjonen, mens artikkel 5 nr. 3 og kravet om hovedforhandling innen rimelig tid, eller løslatelse i påvente av hovedforhandlingen stiller ytterligere krav knyttet til fengslings lengde.

EMK artikkel 5 nr. 3 lyder slik:

⁶⁰ Neumaister v. Austria 1968, para 10

⁶¹ Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen* (2004) s. 154

⁶² Bykov v. Russia 2009, para 65

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Haidn v. Germany 2011, para 76

⁶⁵ Clooth v. Belgium 1991, para. 40

⁶⁶ Smirnova v. Russia 2003, para 59.

«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».

Av bestemmelsen fremgår det to separate materielle vilkår, hovedforhandling må skje innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen.⁶⁷ I tilfeller av varetekt regulerer vilkårene to ulike faser av en varetektsfengsling. Ved frihetsberøvelse i samsvar med artikkel 5 nr. 1 litra c skal personen straks fremstilles for retten. Det er bare i tilfeller at vilkår for fortsatt fengsling er oppfylt at hovedforhandlingen må skje innen «rimelig tid», og utgangspunktet er at den siktede skal løslates. EMD har ved flere anledninger presisert at statene ikke kan velge om siktede skal løslates.⁶⁸ Staten har en plikt til å løslate, skjer ikke dette må begrunnelsen fra staten vise til nødvendigheten av fortsatt fengsling.

EMDs praksis for vurderingen av statens grunner for fengslingen er om disse er relevante og tilstrekkelige, relevant and sufficient.⁶⁹ Hvilke grunner som kan tillate fortsatt fengsling er utviklet av praksis fra EMD hvor det samfunnsmessige behovet skal vektet mot inngrepet som gjøres i den personlige frihetsinteressen. EMD foretar en samlet vurdering om det foreligger relevante og tilstrekkelige grunner for en fortsatt frihetsberøvelse. I saken Smirnova mot Russland viser EMD til hvilke fengslingsgrunner som gjennom utvikling av praksis tillater fortsatt fengsling: «The Convention case-law has developed four basic acceptable reasons for refusing bail: the risk that the accused will fail to appear for trial, the risk that the accused, if released, would take action to prejudice the administration of justice or commit further offences or cause public disorder»⁷⁰

2.4.2 Proporsjonalitetsprinsippet- krav om at relevante og tilstrekkelige fengslingsgrunner må foreligge.

Kravet om proporsjonalitet kan ikke utledes direkte av ordlyden til EMK art. 5. Reglene i EMK art. 5 nr.1 litra c gir en fakultativ mulighet for frihetsberøvelse basert på rimelighet og nødvendighetsvurdering. EMD bruker samlebegrepet «sufficient» for disse

⁶⁷ Havre (2015) s. 37

⁶⁸ Se for eksempel McKay v. the United Kingdom GC 2006 para 41.

⁶⁹ Se for eksempel Smirnova v, Russland 2003 para. 58

⁷⁰ Smirnova v, Russland 2003 para. 59

vurderingene.⁷¹ EMK art. 5 nr.1 litra c. anvendes i dag av EMD først og fremst som materielle krav til at inngrepet skal bygge på et legalt grunnlag, «lawfull» og formålet med inngrepet skal være legitimt anerkjent, «for the purpose of bringing him to the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence (...)». ⁷² Det må konkret begrunnes for at inngrepet ikke er vilkårlig og dermed konvensjonsstridig. EMD stiller i dag krav til statens grunner for inngrepet etter EMK art. 5 nr. 3, hvor de materielle begrensningene best kommer til uttrykk.⁷³

Forholdet mellom de to bestemmelsene kommer til uttrykk i uttalelsen til EMD «(...) Article 5 §1(c) is mostly concerned with the existence of a lawful basis for detention within criminal proceeding, whereas Article 5 §3 deals whit the possible justification for such detention.»

Dette fører til at det først må vurderes om kravene I EMK art. 5 nr. 1 litra c er oppfylt for så å vurdere kravene etter art. 5 nr. 3. Formålet kriminalitetsbekjempelse må stå i et visst forhold til varetektsinngrepet. Proporsjonalitetsprinsippet blir dermed et verktøy i nødvendighetsvurderingen av frihetsberøvelsen. Dette betyr at i valget med flere egnede tiltak skal det tiltaket som griper minst inn i friheten til individet velges. Det skal søkes å optimalisere to uforenelige størrelser ved å balansere disse.⁷⁴

3 Bruken av fotlenke i Norge

3.1 Dagens bruk av fotlenke i Norge.

Lov om endringer i straffegjennomføringsloven mv. ble sanksjonert i statsråd 23.januar 2015 og trådte i kraft samtidig. Endringsloven opphevet ordningen med elektronisk kontroll som varetektssurrogat. Ordningen var hjemlet i strprl. § 188 nytt tredje ledd og lød som følger «I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om at siktede, dersom han samtykker, skal oppholde seg på ett eller flere bestemte steder, og være undergitt elektronisk kontroll. Kongen kan gi nærmere forskrifter om elektronisk kontroll i stedet for fengsling.». Ordningen trådte aldri i kraft før den ble opphevet.

⁷¹ Havre (2015) s.35

⁷² Havre (2015) s.36

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Havre (2015) s. 67-69

Begrunnelsen for opphevelsen av bestemmelsen var at flere av høringsinstansene var skeptiske til å innføre elektronisk kontroll som varetektssurrogat, men også at det var stor politisk uenighet ved vedtakelsen av lovbestemmelsen. Partiene som på dette tidspunktet var kommet i regjering og i samarbeidsposisjon hadde votert mot forslaget når det ble innført. Det kan derfor antas at forslaget om opphevelsen av varetektssurrogatet i stor grad var politisk motivert. Denne antakelsen forsterkes da det fremgår av forarbeidene med uttalelsen: «På bakgrunn av regjeringsskiftet har departementet utarbeidet et forslag om å oppheve straffeprosessloven § 188 nytt tredje ledd.»⁷⁵

I dag kan domfelte søke om å få gjennomføre sin straff ved soning med fotlenke. Søknader om alternativ til soning i fengsel behandles ikke av domstolen. Det er kriminalomsorgen som behandler søknadene og avgjør om vilkårene og forutsetningene er oppfylte. Kriminalomsorgen har også myndighet til å avgjøre om det er nødvendig å stille ytterligere vilkår for straffgjennomføringsalternativet for den enkelte søker. Lov nr. 21 av 18.mai 2001 Lov om gjennomføring av straff mv. (heretter strgfll.) § 16 andre ledd oppstiller tre vilkår for at gjennomføring av straff med fotlenkesoning kan være et alternativ til soning i fengsel. Jeg vil kommentere nærmere om på vilkårene i oppgavens punkt 3.2.

3.1.1 Historikk og veien frem til dagens bruk av fotlenke

Våren 2006 sendte Justisdepartementet ut et høringsbrev, «Rask reaksjon- tiltak mot soningskø og for å bedre innhold i soningen»⁷⁶. I utkastet ble det presentert en rekke ulike tiltak for å minske soningskøen, hvor et av forslagene var innføring av elektronisk kontroll som gjennomføring av straff og som varetektssurrogat. Ordningen skulle gi retten mulighet til å beslutte at siktede skulle oppholde seg på bestemte steder og være underlagt elektronisk kontroll. Departementet presiserte i høringsbrevet at det var viktig å etablere ordninger med stor grad av fleksibilitet som virkemiddel for å redusere soningskø. Elektronisk kontroll i motsetning til fengselsplasser ga muligheter til fleksibilitet. Kapasiteten kunne forflyttes raskt og utvides enkelt ved innkjøp. Dette begrunnet departementets syn om at elektronisk kontroll kunne fungere som alternativ til tradisjonell varetekt.⁷⁷

⁷⁵ Prop. 120 L (2013-2014) s. 29

⁷⁶ Ot. prp. nr. 31 (2006-2007) (heretter Ot.prp. nr. 31)

⁷⁷ Ot. prp. nr. 31 s.47

Departementet viste til at det til tider var store problemer med å skaffe nødvendige varetektsplasser raskt etter pågrepelse og at det var liten tradisjon for å benytte varetektssurrogater. Behovet for et reelt surrogat var derfor en nødvendighet.⁷⁸

Kritikken mot Norges bruk av varetektsfengsling var også en av grunnene til at departementet forslø innføringen av elektronisk kontroll som varetekssurrogat. Det var ønskelig at alternativer til varetektsfengsling skal benyttes da fengslingssurrogater er mindre inngripende tiltak, og i mange tilfeller ivaretar formålet med pågrepelse eller fengsling. Ved innføringen av varetektssurrogatet skulle dette være med på å redusere besparelser av fengselsplasser og en reduksjon i bruken av tradisjonell varetektsfengsling generelt⁷⁹. Departementet viste videre til statistikk fra SSB hvor de mente at rundt 64% (1947 av 3033) av innsettelsene i varetekt i 2005 kunne ha blitt vurdert for elektronisk kontroll da de ikke var undergitt restriksjoner, med forutsetningen om at formålet med varetekt ble ivarettatt i de enkelte tilfellene. Ved innføring av elektronisk kontroll som et alternativ til varetektsfengsling mente departementet at retten skal foreta en konkret vurdering om tiltaket vil ivareta formålet for varetektsfengsling. Påtalemyndighetene skulle også få mulighet til å overføre en mistenkt fra fengsling til elektronisk kontroll hvis dette anses som tilstrekkelig.⁸⁰

De fleste av høringsinstansene var positiv til forslaget om et prøveprosjekt med elektronisk kontroll som gjennomføring av straff. Til innføring av elektronisk kontroll som varetektssurrogat var de fleste derimot negative, skeptiske eller tause. Vestfold og Telemark statsadvokatembeter fremsto som mest negativ ved å uttale at «Forslaget om elektronisk overvåkning som surrogat for varetektsfengsling fremstår for meg som helt virkelighetsfjernt» og begrunnet dette med at i de fleste tilfeller kunne bare formålet for varetekt ivaretas ved «(...) en fysisk barriere i form av låst celledør/fengselsport».

Det som var gjennomgående i tilbakemeldingene fra de fleste høringsinstansene som var kritisk til forslaget, var at det ble trukket frem tilfeller hvor det forelå fare for bevisforspillelse som begrunnelse for sin kritikk. At elektronisk kontroll ikke var en passende alternativ for disse tilfellene overskygget potensialet og de eventuelle fordelene ved alternativet. Dermed var det en generell negativt innstilling til innføring av varetektssurogatet.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Ot. prp. nr. 31 s.48-49

⁸⁰ *Ibid.*

Hordaland statsadvokatembete var også kritiske med tanke på bevisforspillelsesfaren. Når det gjaldt gjentakelsesfaremomentet så var innstillingen mer positivt, men det ble påpekt at det måtte gjøres en grundig vurdering av om ordningen var forsvarlig. Et annet moment som ble trukket frem var uttrykning av politi ved brudd på vilkår eller forutsetninger ved bruk av fotlenke. Det bles stilt spørsmål til hvordan dette skulle løses hvis nærmeste politienhet var langt borte. Det ble konkludert med å uttale at forslaget til varetektssurrogat ikke var særlig gjennomførbart.

Et annet gjennomgående argument fra høringsinstansene for at man stilte seg skeptisk til elektronisk kontroll som et alternativ til varetekt var at dette kunne føre til forskjellsbehandling og «klasseskille». Flere instanser argumenterte for at man ved bruk av fotlenke ville ekskludere mange fra å kunne bli vurdert som egnet for tiltaket, siden mistenkte i mange tilfeller manglet en egnet bolig.

Agder statsadvokatembete var imot varetektssurrogatet på det nåværende tidspunkt. De uttrykte bekymring for unndragelsesfaren, og pekte på at det var mange utenlandske personer i denne risikogruppen. Elektronisk kontroll i disse tilfellene ville ikke hindre noen i å rømme landet. Det ble også trukket frem tilfeller hvor varetektsfengsling ble ilagt med hensyn til gjentakelsesfare. I disse tilfellene var det som oftest uklare boforhold som vil vanskeliggjøre etablering av elektronisk overvåking.

Kriminalomsorgen region nord mente at fotlenke som varetektssurrogat ikke var hensiktsmessig, og at meldeplikt var et bedre tiltak.

Politidirektoratet uttalte at det i forslaget fremsto som uklart hvilke kategorier av varetektsinnsatte surrogatet var ment for, og at det ville kreve ressurser for å avklare dette.

Ved en gjennomgang av høringsuttalelsene er det oppsiktsvekkende at instansene som var utelukkende kritiske til elektronisk kontroll som varetektssurrogat ikke nevnte noe om de skadelige virkningene varetektsfengsling kan påføre den mistenkte og de positive virkningene av elektronisk kontroll som varetektssurrogat.

Høringsinstansene som støttet forslaget trakk i sine uttalelser frem prinsippet om mildeste inngrep, og at man i tilfeller ved varetektsfengslinger omhandler mennesker som enda ikke har fått skyldspørsmålet avgjort.

Dommerforeningens utvalg for strafferett nevnte at det til tross for uenighet blant medlemmene deres rundt spørsmålet om en innføring av en forsøksordning med elektronisk

kontroll som straffegjennomføring, stilte seg positiv til dette som varetektssurrogat. De var av den oppfatning at dette surrogatet ville være hensiktsmessig i adskillige tilfeller, da en skal bruke de mildeste midlene en har tilgjengelig for å oppnå formålet, spesielt fordi målgruppen varetektsfengslede var presumptivt uskyldige.

Sosial- og helsedirektoratet støttet forslaget om elektronisk kontroll som et prøveprosjekt som straffegjennomføring. I forhold til tiltaket som et varetektssurrogat antok de at kravet til dokumentasjon om vilkårene for overføring til elektronisk kontroll måtte være strengere i disse tilfellene. De la videre vekt på det faktum at dette vil være positivt med tanke på psykisk og fysisk helse, familiemedlemmer og særlig barn.

Juridisk rådgivning for kvinner (JURK) stilte seg meget positive all former for bruk av elektronisk kontroll. Det ble trukket frem at dette kunne redusere skadevirkningene som følger av at den innsatte i et fengsel tar opp normer, rutiner, vaner og annet som er typisk for fengselsinstitusjonen. De påpekte at forskning har vist at slik normendring påvirker den innsatte uansett lengde på opphold. Fordi de innsatte blir fratatt kontrollen over egne liv, vil fangesamfunnet med dets avvikende normer og regler fungere som et substitutt, noe opphold i eget hjem kan avverge.

Som et resultat av høringsrunden valgte departementet å ikke fremme forslaget om innføring av varetektssurrogatet. Dette på bakgrunn av sterk skepsis fra flere tunge høringsinstanser og behovet for bedre kunnskap om en rekke forhold rundt den praktiske gjennomføringen.⁸¹

Forslag til innføring av elektronisk kontroll som varetektssurrogat ble på nytt fremmet i 2013. Bakgrunnen for dette var et vedvarende behovet for å frigjøre fengselsplasser og å innføre alternativer til den tradisjonelle varetektsfengslingen⁸² Departementet trakk frem den internasjonale kritikken mot varetektsinstituttet som en begrunnelse for behovet for et reelt varetektssurrogat. Dette forutsatt at det som andre surrogater sikret formålet med varetekt. De grunnleggende forutsetningene for dette var at tiltaket ivaretar samfunnets behov for beskyttelse, forsvarlig ivaretagelse av sikkerheten, i tråd med den alminnelige rettsoppfatning, siktede disponerer boforhold med muligheter for telefon som er egnet for elektronisk kontroll, foreligger samtykke fra den siktede og eventuelle andre beboere over 18 år som bor i samme bolig⁸³

⁸¹ Prop.71 L (2012-2013) s.10

⁸² Prop.71 L (2012-2013) s.14

⁸³ *Ibid.*

Departementet presiserte at en innføring av varetektssurrogatet ikke skulle føre til økt bruk av varetekt, men at dette skulle være et reelt alternativ til fengsling⁸⁴. For at elektronisk kontroll kunne innføres som et alternativ krevde det en avklaring av en del spørsmål rundt gjennomføringen av tiltaket. Herunder avklaring av ansvarsfordelingen mellom domstol, påtalemyndighet og kriminalomsorg. Departementet mente at «Etter å ha besluttet varetekt, kan retten i rettsmøtet be kriminalomsorgen vurdere om elektronisk kontroll ivaretar formålet med varetekten og om øvrige forutsetninger for elektronisk kontroll er til stede.»⁸⁵ På bakgrunn av kriminalomsorgens innstilling og sakens omstendigheter kunne retten og eventuelt påtalemyndighetene beslutte innvilgelse av varetektssurrogatet. Departementet forslo også at påtalemyndigheten skulle få «fullmakt til å avbryte fengslingen slik at siktede kan overføres til elektronisk kontroll som varetektssurrogat»⁸⁶.

1. september 2008 ble gjennomføring av straff med elektronisk kontroll innført som et prøveprosjekt i flere av landets fylker⁸⁷ og ordningen ble utvidet både i 2011 og 2012 til å gjelde flere fylker. Mye av skepsisen til innføring av elektronisk kontroll som varetektssurrogat var knyttet til at det var behov for kunnskap om praktisk gjennomføring av ordningen. Man hadde gjennom prøveprosjektet med elektronisk kontroll som gjennomføring av straff opparbeidet seg et bedre grunnlag for å kunne vurdere hvordan varetektssurrogatet kunne fungere i praksis. Departementet la til grunn at elektronisk kontroll som varetektssurrogat i stor grad kunne samordnes med den allerede eksisterende ordningen for straffegjennomføring. Herunder benytte opparbeidet kompetanse og tekniske system hos kriminalomsorgen.⁸⁸ I årene etter at departementet valgte å ikke fremme et forslag om å bruke dette som varetektssurrogat var det en økende bruk av varetekt. Det var kommet gode tilbakemeldinger på tiltaket som gjennomføring av straff og en holdningsendring fra forrige runde gjorde at departementet ønsket å fremme lovforslag om innføring av elektronisk kontroll som varetektssurrogat⁸⁹.

Justiskomiteen la frem sin innstilling til innføringen av elektronisk kontroll som varetektssurrogat⁹⁰. Spørsmål rundt denne innstillingen ble tatt opp i møte på Stortinget

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Lov om endringer i straffegjennomføringsloven mv. av 29. juni 2007 nr. 84.

⁸⁸ Prop. 71 L (2012-2013) s. 14.

⁸⁹ Prop. 71 L (2012-2013) s. 13.

⁹⁰ Innst. 268 L (2012-2013)

29.04.13.⁹¹ I referatet fra dette møtet fremgår det at de ulike partiene vektlegger samme momenter som høringsinstansene gjorde i 2006 for begrunne sin innstilling.

Høyre, Fremskrittspartiet og Kristelig Folkeparti som var kritiske til forslaget hadde fokus på at formålet med varetekt ikke ivaretatt under møtet i Stortinget.

De daværende regjeringspartiene, Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, begrunnet sitt standpunkt for å innføre fotlenke som varetektssurrogat ved at dette førte til frigjøring av fengselsplasser, at dette ville være et mindre inngripende tiltak, det ville være kostnadsbesparende og at de gode erfaringene med denne formen for straffegjennomføring hadde skapt tiltro til at denne formen som varetektssurrogat.

3.2 Soning med fotlenke som gjennomføring av straff.

I Norge har man som et alternativ til soning i fengsel en mulighet å gjennomføre sin straff med fotlenke. Denne straffegjennomføringsformen forutsetter at visse vilkår er oppfylt.

Formålet med soningsformen er å «ivareta sine sosiale og økonomiske forutsetninger under straffegjennomføringen og bidra til å redusere faren for ny kriminalitet».⁹²

Som nevnt må den domfelte må søke om å sone med fotlenke, og det er kriminalomsorgen som avgjør om søker oppfyller vilkårene og forutsetningene. Kriminalomsorgen avgjør samtidig om det skal stilles ytterligere vilkår til søker hvis det anses for å være nødvendig.

Fotlenken er en trådløs sender som sender radiofrekvenser til en mottaker som plasseres i personens bolig. Signalene fra fotlenken sendes videre til en mottakerstasjon. Så lenge fotlenken er i rekkevidden til mottakeren sendes det kontinuerlig signaler fra fotlenken om at personen er innenfor tillat område. Hvis personen forlater avtalt sone vil det gå en alarm hos kontrollsenteret. Med dagens teknologi er det ikke være mulig å lokalisere personens tilholdssted utenfor senderens rekkevidde. Hvis man forlater sonen innfor avtalte tidspunkt loggføres dette.⁹³

Som nevnt tidligere i oppgaven oppstiller strgfjfl. § 16 andre ledd oppstiller tre vilkår som må være oppfylt. Ordlyden «kan» i bestemmelsen viser til at det skal foretas en konkret vurdering, og det er som nevnt kriminalomsorgen som skal gjøre denne skjønsmessige

⁹¹ <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2012-2013/130429/5/>

⁹² Forskrift til lov om straffegjennomføring 22. februar 2002 nr. 183. § 7-1. Heretter Forskrift nr. 183

⁹³ Tore Rokkan, Evalueringsrapport 1 s. 18

vurderingen. Det skal videre gis en kort fremstilling av de tre lovfestede vilkår og forutsetninger som må være oppfylt for at domfelte kan gjennomføre sin straff med fotlenke.

3.2.1 Lovfestede vilkår

For det første må den idømte ubetingede fengselsstraffen ikke overstige 4 måneder når soningsformen benyttes som helgjennomføring av straffen. Når alternativet til gjennomføringen av straff skal benyttes som delgjennomføring av straffen må det ikke være med enn 4 måneder til forventet løslatelse.

Det andre vilkåret knyttes til at det skal være hensiktsmessig å la den domfelte sone med fotlenke. Ordlyden viser videre til at vurderingen om hensiktsmessigheten skal knyttes til formålet om å «sikre en positiv utvikling» At noe er hensiktsmessig vil bero på en konkret vurdering av det enkelte individet, spesielt siden soningsformen skal utgjøre en positiv utvikling for den enkelte domfelte. Forarbeidene viser til at i hensiktsmessighetsvurderingen er det hensynet til en effektiv rehabilitering og domfeltes egeninnsats som skal tillegges vekt i vurderingen.⁹⁴

Det siste lovfestede vilkår er at det å tillate soning med fotlenke vil bidra til å motvirke ny kriminalitet. Dette vilkåret knyttes direkte til et av hovedformålene med denne formen for gjennomføring av straff som nevnt i Forskrift nr. 183.

3.2.2 Forutsetninger

I tillegg til at de tre lovfestede vilkårene skal være oppfylt må også noen forutsetninger være tilstede for at det kan innvilges en søknad om gjennomføring av straff med fotlenke. Disse forutsetningene fremgår av strgf. § 16 tredje ledd. I bestemmelsen vises det til at domfelte skal ha fast bopel og være sysselsatt i form av arbeid, opplæring eller annet tiltak. I tillegg skal domfelte unnlate å bruke rusmidler, bedøvelsesmidler, hormonpreparater eller andre kjemiske stoffer som ikke er lovlig foreskrevet.

Forutsetningen om at domfelte skal ha fast bopel viser til at det kreves at bosituasjonen må være av en relativt permanent karakter, bolig med kortidsleiekontrakt, for eksempel på uke- eller månedsbasis, vil derfor være utelukket. Forskrift nr. 183 § 7-3 kreves det at domfelte har tilgang til «egnet» bolig med elektrisitet og mulighet for telefonforbindelse.

⁹⁴ Ot. prp. nr. 31 2006-2007 s. 40

Det er også en forutsetning at eventuelle myndige samboere i boligen gir sitt samtykke til at domfelte kan gjennomføre soning av straff i boligen.⁹⁵ Domfelte må videre være sysselsatt i form av arbeid, opplæring eller tiltak, og det kreves at sysselsettingen ikke er til hinder for at den domfelte kan kontrolleres på en tilfredsstillende måte.⁹⁶ Det er en forutsetning for at soning med fotlenke innvilges at domfelte avstår fra å bruke rusmidler, bedøvelsesmidler, hormonpreparater eller andre kjemiske stoffer som ikke er lovlig foreskrevet. Avståelse fra dette kontrolleres ved en urinprøve den dagen soningen starter.⁹⁷ Kriminalomsorgen kan også på senere tidspunkt i soningen kreve å gjennomføre undersøkelser for å kontrollere at domfelte avstår fra å benytte de nevnte midler.⁹⁸

Som nevnt kan kriminalomsorgen stille ytterlige vilkår til enkelte domfelte. Hvilke vilkår det er snakk om vil være basert på en nødvendighetsvurdering i forbindelse med kravet til at soningsformen skal være sikkerhetsmessig forsvarlig.⁹⁹ I strfgjl. § 16 fjerde ledd fremgår det en oppstilling av forslag til særvilkår som kan stilles. Hvis domfelte ikke samtykker til særlige vilkår som stilles av kriminalomsorgen kan søknad om fotlenkesoning avslås.

I tillegg til å avgjøre om vilkår og forutsetninger for å gjennomføre straff med fotlenke er oppfylt er kriminalomsorgen ansvarlig for å gjennomføre kontinuerlig kontroll i løpet av soningen ved å undersøke om soningsformen til enhver tid er sikkerhetsmessig forsvarlig¹⁰⁰ og om formålet med straff blir tilstrekkelig ivaretatt¹⁰¹. Dette gjennomføres i form av forhåndsavtalte besøk i domfeltes bolig eller uanmeldte besøk i bolig eller hvor den domfelte er sysselsatt.¹⁰²

⁹⁵ Forskrift nr. 183 § 7-3 tredje ledd.

⁹⁶ Forskrift nr. 183 § 7-4 andre ledd.

⁹⁷ Forskrift nr. 183 § 7-4 siste ledd.

⁹⁸ Strgjfl. § 29

⁹⁹ Strgjfl. § 16 fjerde ledd jf. § 3.

¹⁰⁰ Strgjfl. § 3

¹⁰¹ Strgjfl. § 2

¹⁰² Forskrift nr. 183 § 7-5

4 Fotlenke som varetektssurrogat

4.1 Hjemmel for bruk av fotlenke som varetektssurrogat

4.1.1 Rettssikkerhet, legalitetsprinsippet og mildeste inngreps prinsipp.

Begrepet rettssikkerhet betegner en borgers sikkerhet mot overgrep og vilkårlighet utøvd av staten, og gir individet rettigheter hvis det gjøres inngrep av det offentlige. Rettssikkerhet skal beskytte muligheten for et individ å kunne forutberegne sin rettsstilling og ivareta sine rettslige interesser. Materiell rettssikkerhet stiller krav til avgjørelsene, de skal være gode for å kunne anses som rettferdige. På strafferettens og straffeprosessens områder står rettssikkerhet som hensyn sentralt. Forutberegnelighet er et annet sentralt hensyn. Det stilles krav til at den aktuelle lovbestemmelsen som tillater inngrep må være tilstrekkelig klar og presis slik at et individ kan vite hva man kan straffes for ikke å bli straffet vilkårlig.

Prinsipper og hensyn som kan utledes fra menneskerettighetene, straffelovgivningen og Grunnloven er sentrale når det offentlige skal anvende tvangsinngrep mot en borger.

Legalitetsprinsippet, proporsjonalitet, forholdsmessighet og mildeste inngreps prinsipp står særlig sterkt i disse tilfellene.

Legalitetsprinsippet står sentralt ved bruk av tvangsmidler og tvangsinngrep. For å tillate inngrep må det ha hjemmel i lov. Det er hjemmelen som angir rammen for anvendelse av inngrepet, og det som ikke omfattes vil da anses for å være vilkårlig og lovstridig. Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter GrL.) § 94 uttrykker det grunnleggende legalitetsprinsippet hvor det i bestemmelsens første ledd første punktum fremgår at «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver.» Spørsmålet videre er om legalitetsprinsippet er til hinder for å benytte fotlenke som varetektssurrogat, da det i dag ikke har hjemmel i lov.

Retten til personlig frihet er en grunnleggende menneskerettighet, men det finnes ingen norsk lov hvor denne rettigheten er positivt nedfelt. Det er uttrykkelig fastlagt i GrL. § 94 at inngrep i den personlige frihet må ha hjemmel i lov. Grunnlovsbestemmelsen gir dermed retten til personlig frihet et indirekte vern.

Retten til personlig frihet er negativt vernet gjennom Lov 20.mai 2005 nr. 28 Lov om straff (Straffeloven), (heretter forkortet strl.). Lovens bestemmelser setter rammene for når frihetsberøvelse er straffbart.

I Grl. § 94 1.ledd andre punktum er det i tatt inn et krav til innholdet av inngrepet, «Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.».

Hva som ligger i forholdsmessighetsvurderingen etter denne bestemmelsen er forarbeidene så og si tause om. I Rt. 2015 s. 1142 premiss 22 vises det til at Menneskerettsutvalget har lagt til grunn at «(...) grunnlovfestingene «Ikke på noe punkt» ville «endre dagens tilstand» utover å løfte rettigheten inn i Grunnloven jf. Dokument 16 (2011-2012) side 117».

Prinsippet om mildeste inngrep har sin forankring i betraktningen om forholdsmessighet. Prinsippet bygger på et syn om at tiltaket som utgjør det minste inngrepet men som oppfyller målsetningen med bruken skal benyttes. Varetektsutvalget har sammenfattet prinsippet slik «Retten er pålagt å ta hensyn til og respektere den enkeltes personlige integritet og hans berettigede krav på at inngrepene ikke gjøres mer byrdefulle enn det formålet tilsier»¹⁰³ At prinsippet gjør seg gjeldene på tilfeller av varetektsfengslinger fremgår av uttalelsen til Varetektsutvalget.

Grl. § 94 sammenstilt med strpl. § 184 jf. § 171 flg. utgjør den formelle legitimiteten for varetekt som inngrep. Utgangspunktet er at inngrep i den personlige friheten er av en slik styrke at det kun kan skje i henhold til klare regler og at det er dette som er rammen for hva som kan tillates av inngrep. At dette er utgangspunktet fremgår uttrykkelig av uttalelsen i forarbeidet: «(...) frihetsberøvelse er så inngripende at det kun kan skje i henhold til klare regler, ikke bare vilkårene for å frihetsberøve men også gjennomføringen av frihetsberøvelsen»¹⁰⁴

I spørsmålet om det i medhold av strpl. §§ 188 jf. 181 gir retten adgang til å fastsette vilkår om at den siktede i stedet for varetektsfengsel skal kunne holdes tilbake i bolig eller institusjon utenfor fengselsvesenet uttalte departementet at: «Det kan anføres at når retten kan gjøre det mer, å varetektsfengsle vedkommende, bør den kunne gjøre det mindre, nemlig bestemme at den domfelte utenfor fengsel skal undergis tiltak som innebærer at han eller hun ikke har sin fulle frihet.»¹⁰⁵ Dette må tolkes som en mer til mindre betraktning og at det ved et mindre inngripende tiltak ikke er et like strengt krav om uttrykkelig hjemmel for inngrepet, og at legalitetsprinsippet ikke er til hinder for å benytte mindre inngripende tiltak, når alternativet er varetektsfengsling.

¹⁰³ NOU 1980:28 s. 57

¹⁰⁴ Ot. prp. nr. 46 (2000-2001) s. 50-51

¹⁰⁵ *Ibid.*

Minstemiddelprinsippet forutsetter at det gjøres en konkret vurdering i hver enkelt sak. Det må vurderes om inngrepet er nødvendig i et tilstrekkelighetsperspektiv. Kravet til tilstrekkelig grunn i strpl. § 170 a kan dermed ikke ses oppfylt hvis mindre inngripende tiltak vil oppfylle formålet med en varetektsfengsling¹⁰⁶. Det er i denne vurderingen surrogater for varetektsfengslingen vil komme inn. Et individuelt tilpasset surrogat er utvilsomt mindre belastende og vil oppleves av de fleste som et mildere inngrep enn varetektsfengsling.

Dette viser at det er bare hvor det i vurderingen om ulike surrogater er tilstrekkelig for å oppnå formålet med varetektsfengsling etterlates en for stor risiko for den aktuelle fengslingsgrunnen skal inntreffe at det foreligger en interesseovervekt i det offentliges favør. Det er i disse tilfellene at det er «nødvendig» med fengsling. Finnes det mindre inngripende midler som kan ivareta formålet for varetektsfengsling, er ikke vilkårene for varetektsfengsling oppfylt jf. strpl. § 184 andre ledd.

4.1.2 Straffeprosessloven §§ 181 og 188

Av strpl. § 184 andre ledd første punktum kan fengsling ikke besluttes dersom «(...) formålet ikke kan oppnås med andre tiltak etter § 188.» Det vil derfor være naturlig å tolke dette som at retten har ikke å beslutte fengsling dersom alternativer kan benyttes. Mildeste inngreps prinsipp og bruken av fengslingsurrogater ligger i kjernen av forholdsmessighetsprinsippet. Straffeprosessloven §§ 181 og 188 er begge i samsvar med prinsippet om at tvangsmiddel bare skal brukes så lenge det foreligger tilstrekkelig grunn jf. strpl. § 170 a. Etter påtaleinstruksen §9-4 første punktum skal det etter strpl. § 181 alltid vurderes om det foreligger et mindre inngripende alternativ enn varetektsfengsling som kan oppfylle formålet.

Med hjemmel i strpl. § 181 første ledd kan påtalemyndigheten unnlate pågripelse eller løslate pågrepne personer, hvis de samtykker til å overholde vilkår som fastsettes av påtalemyndigheten.

Bestemmelsen ramser opp noen surrogater som kan benyttes som meldeplikt, passbeslag og at siktede skal ha begrensninger i sin bevegelsesfrihet. Ordlyden viser at oppregningen ikke er

¹⁰⁶ Havre (2015) s. 81

uttømmende og at ulike surrogater kan kombineres. Rettspraksis bekrefter at andre alternativer enn tiltak fra listen i strpl. § 181 kan benyttes, alene eller i kombinasjon, for å at fengsling kan unngås. I Rt. 2007 s.333 hadde den mistenkte som var 17 år blitt pålagt en rekke vilkår av retten, slik at han ikke skulle bli videre fengslet. Retten besluttet å løslate mot at en rekke vilkår ble overholdt. Et av tiltakene var at mistenkte måtte bo hos sin onkel til saken ble endelig avgjort, og at alkohol og andre rusmidler skulle avstås fra. I tillegg skulle han møte til undervisning på den skolen han tilhørte samt meldeplikt til politiet ved jevne mellomrom. Han fikk kontaktforbud med andre som var involvert i samme straffesak samt forbud mot å oppholde seg på enkelte områder. Gutten fikk en dom på 90 dagers fengsel og det måtte da avgjøres om han kunne få et varetektsfradrag jf. straffeloven § 60 for de dagene han hadde vært underlagt restriksjonene pålagt av retten. Høyesterett kom frem til at tiltakene var fengslingssurrogater, og at det skulle gis fradrag i fengselsstraffen for de dagene gutten hadde oppholde seg hos sin onkel. I sin begrunnelse viste Høyesterett til paragrafens ordlyd som sier at all frihetsberøvelse som utøves i saken skal det gis fradrag for. I dette tilfellet var tiltakene og restriksjonene pålagt av retten av en karakter- og hadde et formål slik at man kunne likestille med og trekke paralleller til et opphold i fengsel.

Vurderingen om varetektssurrogater utgjør et viktig moment i forholdsmessighetsvurderingen i strprl. § 170 dette fremgår av forarbeidene hvor det uttales at «(...) for eksempel kan ikke den mistenkte varetektsfengsles hvis et mindre inngripende etterforskingsskritt er tilstrekkelig og hensiktsmessig».¹⁰⁷ I HR- 2000- 322 – U ble vurderingen av tiltak foretatt under vurderingen av vilkåret «tilstrekkelig grunn» i strpl. 170 a. Dette viser at tiltak utover det som fremgår av strprl. §§ 181 og 188 kan benyttes som surrogater.¹⁰⁸

Av Rt. 2000 s.1717 s. 1720 fremgår det at hverken domstol eller påtalemyndighet kan pålegge det offentlige å gjennomføre et varetektssurrogat det ikke foreligger dekning for. Domstolen har ikke kompetanse til å pådra det offentlige utgifter som det ikke foreligger finansiering for. Det må dermed antas at det er et forbehold mot tilgjengelighet for hvilke tiltak som kan benyttes som surrogat for varetektsfengsling.

¹⁰⁷ Ot. prp. nr. 53 (1983-1984) s. 16.

¹⁰⁸ Havre (2015) s. 81

Det som fremstå som noe uklart er om retten har en plikt til å vurdere varetektssurrogat etter strpl. § 184 andre ledd.

Etter tolkningen av ordlyden fremstår dette som en plikt. Som nevnt tidligere vil vurderingen av nødvendigheten med inngrep trekke inn momentet om andre tiltak kan utgjøre fullgodt alternativ til varetektsfengsling. I de tilfeller de har samme oppfyllende effekt som fengsling vil dette gi en direkte konsekvens at varetektsfengsling vil være uforholdsmessig hvis et mindre inngripende tiltak er formålstjenlig.¹⁰⁹ Det fremgår av forarbeidene til strpl. § 184 at det ikke er adgang til å fengsle hvis det foreligger et tilfredsstillende alternativ. Det ble derfor henvist til strpl. § 188 i bestemmelsens andre ledd for å tydeliggjøre dette.¹¹⁰

At retten har en plikt til å vurderer surrogater kan også utledes fra Rt. 2003 s. 451. I dommen uttales det at det skal vurderes om gjentakelsesfaren reduseres tilstrekkelig ved bruk av surrogater, og at det ikke kreves at risikoen elimineres helt.¹¹¹ Plikten fører til at det er et vilkår at retten må gjøre en vurdering av surrogater før fengsling kan besluttes.

Dette samsvarer med EMK hvor det etter art. 5 nr. 3 skal det foretas en vurdering hvor det må vurderes om det foreligger mindre inngripende midler som kan oppfylle formålet med varetekten. Det må gjøres en vurdering av de ulike alternativene og hvilken effekt disse kan gi for det samfunnsmessige behovet. Etter EMK art. 5 nr. 3 er rettsregelen at hvis et alternativt middel kan oppfylle det samfunnsmessige behovet skal dette alternativet benyttes, og siktede skal løslates.

Det er denne rettsregelen som også uttrykkes i strpl. § 184 andre ledd ved at det stilles opp et vilkår for at varetektsfengsling kan benyttes at det ikke foreligger mindre inngripende alternativer som er formålstjenlige. Dette følger også av nødvendighetskravet i Grl. § 94 samt kravet til tilstrekkelighet i strpl. § 170a.

Det er en forutsetning at vilkår for varetektsfengsling må være oppfylt for at surrogater kan benyttes, men det kreves ikke at den mistenkte må fremstilles for varetektsfengsling for at et surrogat kan idømmes. Høyesteretts kjæremålsutvalg måtte ta stilling til dette i Rt. 2009 s.263. Den mistenkte ble løslatt fra varetektsfengsling, men påtalemyndigheten påla meldeplikt og inndragelse av pass. Den mistenkte motsatte seg dette og mente at ileggelse av surrogater måtte idømmes av retten med varetektsfengsling som subsidiær anførsel. Retten

¹⁰⁹ NOU 1980:28 s. 58-59

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) s. 34

¹¹¹ Rt. 2003 s. 451 premiss 14

kom frem til at påtalemyndigheten kunne kreve fengslingsurrogat uten at det ble fremmet et prinsipielt krav om varetektsfengsling.

4.1.3 Fotlenke som varetektssurrogat i andre land

I motsetning til elektronisk kontroll som tiltak i gjennomføring av straff er ikke særlig utbredt i europeiske land å benytte elektronisk kontroll som varetektssurrogat. England, Wales, Østerrike, Nederland og Portugal er de land i Europa benytter tiltaket som surrogat for fengsling før domsavsigelsen. USA benytter også elektronisk kontroll som varetektssurrogat¹¹².

Portugal var tidlig ute med å ta i bruk elektronisk kontroll som varetektssurrogat og siden dette ble tatt i bruk i 2002 har de oppgitt å ha gode erfaringer med tiltaket. Surrogatet kan kun benyttes i saker hvor strafferammen er på 3 år eller mer. Gjennomføringen av prosessen starter med at det avsies en tradisjonell varetekts kjennelse av retten og retten ber deretter friomsorgskontoret om å gjøre en vurdering av egnetheten. Denne vurderingen skal legges frem innen fem dager etter at kjennelsen er avsagt. Det er denne egnethetsvurderingen som vil danne grunnlaget for om rettens avgjørelse om tiltaket kan benyttes som surrogat for varetektsfengsling¹¹³. Friomsorgen gjør en vurdering om det foreligger tilgang til egnet bolig og om eventuelle samboere samtykker.

I Nederland er fotlenke som varetektssurrogat et av seks bruksområder. Tiltaket som varetektssurrogat fremgår ikke uttrykkelig i en lovbestemmelse, men domstolen eller påtalemyndigheten kan forslå bruken av surrogatet og etter en anbefaling fra kriminalomsorgen kan løslatelse mot dette vilkåret tillates. Bruken av fotlenke krever samtykke fra den siktede. I 2013 var 12% av de som var ilagt fotlenke tilfeller av varetekt, og bruken av fotlenke i disse tilfellene er økende.¹¹⁴

I Belgia ble fotlenke som varetektssurrogat innført ved lov i januar 2014, en begrunnelse for dette var mangel på fengselsplasser og den negative påvirkning fengselslivet har på nyinsatte. Ved bruk av fotlenke forutsetter det at den mistenkte må oppholde seg i sitt eget hjem 24/7,

¹¹² Prop. 71L (2012-2013) s. 9

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ http://28uzqb445tcn4c24864ahmel.wpengine.netdna-cdn.com/files/2016/06/EMEU-EM-in-the-Netherlands_Briefing-report-English.pdf

og det tillates bare at man kan forlate boligen for konkrete grunner og dette forutsetter at det er gitt tillatelse fra dommeren som er ansvarlig for den pågående etterforskningen.¹¹⁵

4.2 Kan formålene med varetekt ivaretas ved bruk av fotlenke?

Varetekt som inngrep i den personlige friheten krever avveininger av motstående hensyn, individets behov og behovene samfunnet som et fellesskap har. Konflikten i denne vurderingen er utgangspunktet om at enhver har rett til personlig frihet og er vernet mot inngrep i denne. Unntak fra utgangspunktet er hvis inngrep kan begrunnes med et reelt behov for kriminalitetsbekjempelse ved å kunne utøve en effektiv etterforskning med formål om oppklaring og å pålegge ansvar for den straffbare handlingen som er begått.¹¹⁶

Hvis man ser på surrogater som en hierarkisk inndeling basert på inngrepsintensiteten i den personlige friheten vil man normalt anse meldeplikt eller passbeslag på det nederste trinnet, som den mildeste inngrep form for inngrep. Neste trinn i inndelingen vil da være meldeplikt kombinert med passinndragelse som et sterkere inngrep. Øverst vil varetektsfengsling være plassert og vil utgjøre det sterkeste inngrep i den personlige friheten. Fotlenke vil i den hierarkiske fremstillingen kunne plasseres på et trinn mellom disse tvangsmidlene. På en glideskala vil bruk av fotlenke være nærmere sluttpunktet som er varetektsfengsling enn begynnelsen på skala som vil være løslatelse.

Opphold med fotlenke i eget hjem kan for de fleste ses på som en mildere form for varetekt enn en tradisjonell fengsling. Hvis man har et såkalt normalt privatliv med familie og barn tilbringer man normalt mer tid i hjemmet enn de som lever et mer ustrukturert liv. For personer som har få eller ingen rutiner i sin hverdag vil det å bli tvunget inn i rutiner og begrensninger som dette fører med seg oppleves som mer byrdefullt. Det som er felles for alle som kan oppholde seg i hjemmet med fotlenke i stedet for en fengselsinstitusjon er det man ikke blir isolert fra omverden. Kontakten med sitt sosiale nettverk kan opprettholdes relativt normalt, og man ekskluderes ikke fra samfunnet på samme måte som ved fengsling. Fordelen med dette er at når man løslates ikke trenger å tilpasse seg samfunnet i like stor grad som ved løslatelse fra fengsel.

¹¹⁵ <http://28uzqb445tcn4c24864ahmel.wpengine.netdna-cdn.com/files/2016/06/EMEU-Electronic-monitoring-in-Belgium.pdf>

¹¹⁶ Havre (2015) s.214

4.2.1 Kan fotlenke anvendes som varetektssurrogat når det er fare for unndragelse?

Siktete kan fengsles dersom «det er grunn til å frykte at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler» jf. strpl. § 171 første ledd nr. 1 jf. strpl. § 184 andre ledd. Ordlyden viser at hensynet bak dette vilkåret er at dette skal hindre at unndragelse fører til at selve formålet med prosessen fra forfølgning til fullbyrdingen ikke kan realiseres, plasseringen av det strafferettslige ansvaret. Det må foreligge en konkret begrunnet fare for flukt. I vurderingen vil forhold som siktelsens alvorlighetsgrad, forhold til familie, arbeid og andre relevante forhold som knytter siktete til hjemstedet være avgjørende for om det foreligger en fare for flukt. I samme vurdering skal også forhold rundt en eventuell tidligere straffeforfølgning tas med samt om det er praktisk mulig å gjennomføre en flukt.¹¹⁷ I vurderingen av om det foreligger en fare for unndragelse vil det være av sentral betydning hvor den siktete har sin tilhørighet. At vedkommende er vanskelig å få tak i f.eks. fordi han ikke har noen fast bopel, kan ikke i seg selv regnes som flukt».¹¹⁸ Uttalelsen viser at det ikke er skal være avgjørende om siktete har permanent bosted eller ikke. Fare for unndragelse ved flukt til et annet land er størst i tilfeller hvor den siktete er en utlending. Varetektsfengsling kan likevel ikke begrunnes med «(...) en helt generell henvisning til at siktete har tilknytning til et annet land».¹¹⁹ Det kan være relevant om den siktete er norsk statsborger.¹²⁰ Vurderingen om det er «grunn til å frykte» skal ikke begrunnes med subjektive vurderinger. Det «(...) kreves at det foreligger objektive momenter for å konstatere at fare for unndragelse kan anses som sannsynlig»¹²¹ Det er ikke et krav at det skal foreligge en sannsynlighetsovervekt.¹²² I Rt. 2004 s.88 satt siktete, som var av utenlandsk opprinnelse, i varetekt i 540 dager. Dette ble begrunnet med at det forelå en viss fare for unndragelse.¹²³ Konstateres det at det foreligger en fare for unndragelse må retten vise i sin begrunnelse at det er foretatt en forsvarlig og fullstendig vurdering av den konkrete saken.¹²⁴ En syntese av rettspraksis viser at det ikke er et krav om at det i rettens begrunnelsen er tatt stilling til hvor stor risikoen for unndragelse er, og at det så å si aldri nevnes at dette er blitt gjort i rettens vurdering. Tilknytningen den siktete har er oftest avgjørende i vurderingen for

¹¹⁷ NOU 1980: 28 s.43

¹¹⁸ NOU 1980: 28 s.43

¹¹⁹ Rt. 2000 s.1938

¹²⁰ Rt. 2001 s.760

¹²¹ Rt. 2000 s.1973

¹²² *Ibid.*

¹²³ Rt. 2004 s.88 premiss 8

¹²⁴ Rt. 2004 s.88 og Rt. 2011 s.329 premiss 11

om det foreligger fare for unndragelse.¹²⁵ Vurderingen av risikoens størrelse er et nødvendig moment som sammen med andre momenter er en forutsetning for den konkrete interesseavveiningen som skal foretas etter strpl. § 170a, jf. EMK art. 5. vil være forsvarlig.¹²⁶

I mange saker hvor det foreligger en viss fare for unndragelse vil fengslingsurrogater etter strpl. § 188 være et formålstjenlig tiltak. EMD krever at kausjon tilbys når unndragelse er det eneste fengslingsgrunnlaget.

Et alternativ med fotlenke vil være svært effektivt. Dersom den siktede bryter vilkårene for bruk av fotlenken vil det umiddelbart bli oppdaget av kriminalomsorgen.

Med utgangspunkt i glideskalaen forklart i innledningen til dette punktet vil tilfeller hvor fotlenke kan benyttes være de sakene hvor meldeplikt, alene eller i kombinasjon med passinndragelse, anses for ikke å kunne forhindre risikoen for unndragelse tilstrekkelig. I tillegg må varetektsfengsling utgjøre et for stort inngrep i den personlige friheten målt opp mot risikoen for unndragelse.

Unndragelsesfare som grunnlag for varetektsfengsling vil i motsetning til fare for bevisforspillelse normalt ikke avta over tid. Faren kan være tilstede og normalt ikke minske frem til hovedforhandlingen. Det er derfor spesielt viktig at retten foretar en grundig og konkret vurdering i disse tilfellene. I Rt.2011 s.506 ble meldeplikt vurdert som varetektssurrogat. Retten vurderte det alternative tiltaket til ikke å være formålstjenlig, med begrunnelse i alvorligheten av forholdet. I en annen sak unnlot ankeutvalget å besvare anførsel om løslatelse evt. mot fengslingsurrogater.¹²⁷ Det finnes flere eksempler fra rettspraksis hvor begrunnelsen for varetekt var fare for unndragelse og retten ikke har vurdert og tatt stilling til bruk surrogater som tiltak.¹²⁸

Når EMD har konstatert krenkelse er det i de fleste tilfeller begrunnet med at den nasjonale domstolen ikke har vurdert den konkrete risikoen for flukt. Det er bare påvist de relevante omstendighetene uten at den reelle fluktfaren er vurdert.¹²⁹ I en sak ble det konstatert krenkelse da den nasjonale domstolen ikke hadde vurdert nytten av alternative midler. Saken omhandlet alvorlig kriminalitet og viser at det i alle tilfeller av kriminelle handlinger og grunner som kan gi grunnlag for varetektsfengsling skal vurderes om bruk av alternative tiltak

¹²⁵ Se f.eks. Rt. 2000 s. 1319 og Rt. 2011 s. 329

¹²⁶ Havre (2015) s. 152.

¹²⁷ Rt. 2000 s.1319

¹²⁸ Se blant annet, Rt. 2004 s.88 og Rt. 2011s. 329

¹²⁹ Jebens (2004) s.159

er tilstrekkelig og hensiktsmessig.¹³⁰ Som nevnt viser praksis fra EMD om at det er et krav om at kausjon må tilbys når den eneste begrunnelse for varetektsfengsling er fare for unndragelse, og at det med dette kan utledes en pliktregel.¹³¹ Det er ikke nok at det er vurdert at kausjon er ikke er tilstrekkelig¹³², men det finnes tilfeller hvor det kan gjøres unntak fra denne plikten etter at det er gjort en konkret vurdering.¹³³

Fotlenke som varetektssurrogat vil være høyst relevant i tilfeller ved risiko for unndragelse. Hvis det som utgangspunkt er kausjon som skal benyttes i tilfeller hvor unndragelse utgjør den eneste risikoen, vil det bare unntaksvis tillates å varetektsfengsle. Hvis frihetsinngrepet legges til grunn vil inngrepsintensiteten ved bruk av fotlenke være sterkere enn ved bruk av kausjon som surrogat for fengsling. Fotlenke vil derfor kunne benyttes i mange tilfeller hvis kausjon ikke anses for å være formålstjenlig. Varetektsfengsling vil da være det tiltaket som må benyttes når det etter en konkret vurdering anses som eneste tiltak som oppfyller formålet.

4.2.2 Finnes det tilfeller hvor det foreligger fare for bevisforspillelse hvor fotlenke kan være formålstjenlig?

Strpl. § 171 1. ledd nr. 2 omfatter tilfeller hvor det er «nærliggende fare for bevisforspillelse. Faren må dermed være høyst aktuell, og av en slik karakter at faren ikke avhenger av om det er siktedes vilje eller evne som avgjør utfallet av forholdet.

Det må eksistere en reell mulighet for bevisforspillelse og en sannsynlighet for at denne muligheten benyttes.¹³⁴ Adgangen til å fengsle med begrunnelse i slike forhold vil bare kunne benyttes så lenge mulighet for bevisforspillelse er tilstede.¹³⁵

Å benytte surrogater på forhold hvor bevisforspillelse er ofte lite hensiktsmessig og alternative midler vil kunne ha samme oppfyllende effekt som fengsling. I de fleste slike tilfeller vil det å kunne holde den siktede fengslet være et effektivt etterforskningsinstrument. Når det foreligger en risiko for bevisforspillelse vil risikoen i mange tilfeller minskes etter hvert som etterforskningen skrider fremover og bevis sikres.

Som beskrevet tidligere kreves det en konkret og reell risiko for bevisforspillelse, og som en direkte konsekvens av dette må det dermed vises til hvilke typer av bevis det er tale om. Det

¹³⁰ Khodorkovskiy v. Russia, 2011, para 197.

¹³¹ Havre (2015) s. 316.

¹³² Kudla v. Poland GC 2000, para 112-117

¹³³ Khodorkovskiy v. Russia 2011, para 196.

¹³⁴ Ot. prp. nr. 53 (1983-1984) s. 164.

¹³⁵ *Ibid.*

kan være fysiske bevis som dokumenter, ¹³⁶kommunikasjon med andre personer som er siktet i saken, ¹³⁷ eller påvirkning av vitner. ¹³⁸ Praksis fra EMD viser at det skal vurderes etter den oppdaterte risikograden og at det dermed må vurderes etter hvert som etterforskningen drives fremover og bevisstatus i saken. ¹³⁹Ankeutvalget har bekreftet synspunktet om at det er den til enhver tid oppdaterte risikosituasjonen som skal legges til grunn. ¹⁴⁰ I de fleste saker vil det naturlige være graden av risiko for bevisforspillelse vil minske etter hvert som bevis i saken sikres som et resultat av etterforskningens fremdrift.

EMD tillater som utgangspunkt ikke frihetsberøvelse med begrunnelse i fare for at vitner eller mistenkte samordner sine forklaringer, hvis etterforskningen er avsluttet og bevis er sikret. ¹⁴¹ EMD har ved flere anledninger uttalt risikoen for at vitner koordinerer sine forklaringer avtar med tiden. Det vil også være av betydning om vitner har avgitt forklaringer. ¹⁴²

Det vil være naturlig at vurderingen av om alternativer til varetektsfengsling kan være formålstjenlig vil endres ved tidsforløpet i en sak. I forarbeidene presiseres det at Forholdsmessighetsprinsippet er ikke bare betydning for vurderingen om varetektsfengsling kan benyttes. Det har også betydning for hvor lenge varetektsfengslingen kan benyttes. ¹⁴³ Retten må vurdere om fortsatt bruk av varetektsfengsling er uforholdsmessig jf. strpl. § 170 a I tilfeller hvor den siktede holdes varetektsfengslet over en lengere perioden vil det også være naturlig at vektleggingen av de motstridende hensyn endres, spesielt når etterforskning nærmer seg avslutning. Forholdsmessigheten av inngrepet skal som vist vurderes fortløpende og man må derfor vurdere om forholdene på siktedes side ivaretas med tanke på hvor byrdefullt inngrepet antas å være. Selv om grunner for fengsling er relevante, er det ikke sikkert at risikoen for bevisforspillelse vil være sterke nok til å fengsle over en lengere tidsperiode.

Etter hvert som tiden går vil det i mange tilfeller føre til at faren for bevisforspillelse reduseres, og alternativer til varetektsfengsling vil være tilstrekkelig for å dekke det samfunnsmessige behovet i saken.

¹³⁶ W. v. Switzerland , 1993 para 36

¹³⁷ Veliyev v. Russia, 2010, para 152

¹³⁸ Dudek v. Poland, 2006, para 37

¹³⁹ Yuriy Yakovlev v. Russia, 2007, para 74

¹⁴⁰ Rt. 2009 s.339.

¹⁴¹ Csaky v. Hungary 2006 para. 36.

¹⁴² Se for eksempel I.A v. France 1998 para. 109 og Trzaska v. Poland 2000 para. 65.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 64 1998-1999 s. 146

Fotlenke kan i tilfeller hvor bevisforspillelse utgjør fengslingsgrunnen kunne benyttes som et overføringstiltak. I løpet av tiden fremt til hovedforhandlingen, forutsatt at det er tilstrekkelig fremdrift i saken, vil det være naturlig at intensiteten av risikoen for at bevis kan forspilles bli lavere. Det vil derfor i mange tilfeller være et punkt på denne tidslinjen at den antatte risikoen som da vil være fallende møter et skjæringspunkt for graden av oppfyllelse ved bruk av fotlenke, når man legger oppfyllelse av formålet med etterforskningen til grunn.

En løsning for tilfeller hvor risikoen for bevisforspillelse knytter seg til at den mistenkte ikke skal kontakte bestemte personer eller oppholde seg på bestemte områder vil være en fotlenke med GPS løsning kombinert med et besøksforbud. Bruk av GPS-teknologi gjør at det er mulig å spore opp en person og finne det nøyaktig tilholdsstedet for en person til enhver tid. I dag benyttes denne teknologien som omvendt voldsalarm og gir følgelig en langt større sikkerhet enn den teknologien som normalt benyttes i dag ved bruk av fotlenke.

Påtalemyndigheten kan med hjemmel i strpl. § 181 jf. § 222 a ilegge besøksforbud hvis det er nødvendig for at mistenkte ikke skal begå en ny straffbar handling. Forspillelse av fysiske beviser er en straffbar handling og kan straffes med bøter eller fengsel inntil 2 år jf. strl. § 160. Hvis det er en risiko for at vitner kan påvirkes av den mistenkte ved løslatelse omfattes ikke dette av forbudet i strl. § 160. I slike tilfeller må varetektsfengsling begjæres av påtalemyndigheten jf. strpl. § 183 og retten må avgjøre om inngrepsbehovet i den konkrete situasjonen gjør det nødvendig å varetektsfengsle.

Denne kombinasjonen kan være et reelt alternativ til varetektsfengsling, men det kreves at retten gjør en konkret vurdering av dette. Det alternative tiltaket vil forhindre at vitner kan påvirkes eller bevis kan fjernes eller plantes i forsøk på å manipulere etterforskningen. Slik et besøksforbud fungerer i dag vil det ikke være formålstjenlig i de fleste tilfeller hvor det foreligger fare for bevisforspillelse da det krever at retten har full tillit til at den mistenkte ikke vil benytte seg av muligheten. En løsning med kombinasjonen fotlenke med GPS-løsning og besøksforbud vil derimot kunne fungere så å si optimalt i disse tilfellene, og vil uten tvil være formålstjenlig.

4.2.3 Kan fotlenke som varetektssurrogat anvendes ved fare for gjentakelse av en straffbar handling?

Strpl. § 171 nr. 3 gir hjemmel til å fengsle i tilfeller «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».

Ordlyden «antas påkrevd» viser til at dette er tilfeller hvor en gjentakelse er uunngåelig. I motsetning til de to andre fengslingsgrunnlagene kan ikke faren for gjentakelse begrunnes med hensyn til den pågående etterforskningen, da risikoen ikke har en direkte årsakssammenheng med etterforskningen. Fengsling på dette grunnlaget kan betegnes som «prevensjonsarrest», da formålet er å forhindre fremtidige straffbare handlinger. En slik preventiv fengsling kan være effektiv hvis siktede er i en aktiv fase med vinningskriminalitet, eller hvis det er fare for alvorlige voldshandlinger.¹⁴⁴ Varetektsfengsling på dette grunnlaget må derfor ses på som et ledd i et perspektiv for bekjempelse av fremtidig kriminalitet. Gjentakelsesfare som fengslingsgrunnlag er problematisk og har vært kritisert, mindretallet i Varetektsutvalget ønsket å fjerne muligheten til å fengsle på dette grunnlaget. Dette standpunktet ble begrunnet med at det var vanskelig å akseptere en ordning som systematisk rammet sosialt skjevt.¹⁴⁵

Flertallet i Varetektsutvalget viste til at en effektiv gjennomføring av straffesaken er et ledd i realiseringen av strafferettens formål.¹⁴⁶ Varetektsfengsling ved risiko for at nye straffbare handlinger skal begås vil derfor ikke på samme måte som de andre fengslingsgrunnlagene være en del av straffeprosessens mål, men en del av prosessens mål om å realisere strafferettens formål.¹⁴⁷ Dette bekreftes også i departementets begrunnelse for likevel å beholde fengslingsgrunnlaget, til tross for kritikken fra mindretallet i Varetektsutvalget. Hensynet til «(...) rettstryggleiken for moglege offer for nye lovbrøt» var en av grunnene departementet trakk frem som talte for å opprettholde gjentakelsesfare som fengslingsgrunn.¹⁴⁸

De som oftest fengsles på grunnlag av risiko for at siktede skal begå en ny straffbar handling er vinningsforbrytere som også er rusmisbrukere. Problematikken i slike tilfeller er at det nødvendigvis ikke er en manglende vilje fra den siktede til å avstå fra en ny kriminell handling, men en manglende mulighet til å avstå fra slike handlinger.¹⁴⁹ Formålet med gjentakelsesfengsling er ikke at den skulle fungere som en form for sosial renovasjon. Dette kommer til uttrykk i Varetektsutvalgets klare uttalelser om dette temaet.¹⁵⁰ Ankeutvalgets praksis viser likevel at regelen anvendes slik i dag. Hyppig vinningskriminalitet eller annen

¹⁴⁴ Ot. prp. nr. 53 1983-1984 s. 30

¹⁴⁵ NOU 1980:28 s. 37

¹⁴⁶ NOU 1980:28 s. 32

¹⁴⁷ Havre (2015) s. 166.

¹⁴⁸ Innst. O. nr. 72 (1984-1985) s. 7.

¹⁴⁹ Se for eksempel Rt. 2004 s. 1214

¹⁵⁰ Ot. prp. nr. 53 (1983-1984) s. 18-19

kriminalitet av mer alminnelig art fører til varetektsfengsling, selv om forholdet er mindre alvorlig.¹⁵¹ I tilfeller hvor siktede er rusavhengig er det av relevant betydning om siktede er under behandling, eller er har fått kontroll over sitt misbruk.¹⁵²

Fotlenke som surrogat vil være et godt alternativ i tilfeller hvor det foreligger en kvalifisert risiko for gjentakelse. Å fengsle personer som er rusavhengige fører til en forskyvning av forholdene som krever endring, varetekt skal ikke benyttes som rehabiliteringsinstans. Avhengig av siktedes problemer med rusmidler kan fotlenke eller institusjonsplassering vurderes som tilstrekkelig inngrep. Retten må ta hensyn til om det ytres et ønske eller vilje til å gjøre noe med sitt rusmisbruk og vurdere om fotlenke eller institusjonsplassering vil være det mest formålstjenlig. I denne vurderingen må det være relevant at fengslingsgrunnen er et ledd i bekjempelse av fremtidig kriminalitet og at det er samfunnsinteressen som er det overordnede hensynet.

Av rapporten «Evaluering av soning med fotlenke» fremgår det at gjentakelseskriminaliteten for sonere med elektronisk kontroll var på ca. 10% etter to år, tilsvarende for soning i fengsel var på ca. 20%. Undersøkelsen ble gjort ved å sammenlikne to tilsvarende grupper, hvor den ene gruppen sonet sin straff i fengsel og den andre gruppen gjennomførte sin straff med fotlenke. I sammenheng med denne sammenlikningen viser rapporten at «(...) soning med elektronisk kontroll tendere til å ha en positiv virkning på tilbakefall og da særlig for grupper som i utgangspunktet har høy sannsynlighet for tilbakefall.»¹⁵³

I sin høringsuttalelse i forbindelse med Raks reaksjon mente Kriminalomsorgen region øst at ved bruk av elektronisk kontroll ville dette forhindre at personer som aldri har vært i kontakt med et kriminelt nettverk unngår å komme i kontakt med personer med negativ påvirkning. Dette er spesielt viktig siden den siktede i varetekt ikke er funnet skyldig i en kriminell handling. Det er ikke ukjent at det i drives med kriminell skolering og rekruttering, særlig av unge innsatte, i fengsel. Det er positivt både for enkeltpersoner og samfunnet for øvrig at ikke flere enn nødvendig kommer i kontakt med et kriminelt nettverk og knytter bånd til personer som man ikke ville ha hatt kjennskap til hvis man ikke hadde vært varetektsfengslet. Dette bekreftes i rapporten som evaluerer soningen med elektronisk kontroll. Erfaringer fra

¹⁵¹ Se for eksempel Rt. 2007 s. 948 og Rt. 2011 s. 221.

¹⁵² Rt. 2007 s.948

¹⁵³ http://www.vista-analyse.no/site/assets/files/5598/va-rapport_2016-02_evaluering_av_soning_med_fotlenke_revidert_versjon05082016.pdf s. 44

domfelte trekker frem at det er en fordel at man ikke trenger å forholde seg til kriminelle og andre «fengselspersoner», og at man er mindre utsatt for å lokkes inn i ting man ønsker.¹⁵⁴

I 2017 var det for første gang flere som påbegynte soning med alternativ soningsform enn soning i fengsel. En forklaring på dette er den økende bruken av fotlenke, hvor over 3000 som sonet med fotlenke enten som hel- eller delgjennomføring av straffen.

Av alle som kunne søke om denne formen for gjennomføring av straff, er det 80% som søker og halvparten av disse for innvilget sin søknad. Som et resultat av dette vil de som soner sin straff i fengsel bestå av flere harde kriminelle som har begått alvorlige handlinger. Miljøet i fengslene vil som en konsekvens av dette endres til et tøffere og mer krevende miljø.¹⁵⁵

En annen problemstilling er som nevnt at fengsling ved fare for gjentakelse ikke har en direkte sammenheng med målet for etterforskningen. I motsetning til for eksempel risiko for bevisforspillelse vil den ikke bli mindre etter hvert som etterforskningen gir resultater.

Behovet for kriminalitetsbekjempelse vil være gjeldende både for den eller de som direkte rammes av eventuelle handlinger som det er fare for at skal gjentas eller generelt for samfunnet som et fellesskap.¹⁵⁶ Konsekvensen er at fengslingen ofte vil vedvare frem til det foreligger en rettskraftig dom.¹⁵⁷

I disse tilfellene kan varetektsfengsling føre til at hele eller store deler av straffen sones under varetektsfengslingen. Varetektsfengslingen vil da være en forhåndsstraff.¹⁵⁸ Forhåndsstraff ved varetektsfengsling bryter med uskyldspresumpsjonen og må derfor unngås så langt det er mulig.

Av momentene som er presentert i dette punktet fremgår det klart at i tilfeller hvor varetekten kan begrunnes med fare for gjentakelse er det bare i særegne tilfeller at retten bør ilegge varetektsfengsling.

4.2.4 Varetektsfradrag for bruk av fotlenke som surrogat.

Straffeloven. § 83 gir rett til fradrag i straffen for «Den tiden siktede har vært berøvet friheten i anledning saken» Ordlyden «berøvet friheten» er en vid betegnelse og viser at det ikke

¹⁵⁴ ¹⁵⁴ http://www.vista-analyse.no/site/assets/files/5598/va-rapport_2016-02_evaluering_av_soning_med_fotlenke_revidert_versjon05082016.pdf s.47

¹⁵⁵ <https://www.nrk.no/norge/flere-som-soner-i-samfunn-enn-i-fengsel-1.14009904>

¹⁵⁶ Havre (2015) s. 193

¹⁵⁷ Havre (2015) s. 167.

¹⁵⁸ Strl. § 60

avgrenses til bare å gjelde tilfeller av varetektsfengsling.¹⁵⁹ Dette samsvaret med uttalelser i forarbeidene hvor departementets syn samsvarer med ordlydsfortolkningen. Det avgjørende om hvordan varetektsfradrag skulle beregnes er omfanget av restriksjonene og graden av oppfyllelse.¹⁶⁰

Departementets syn på varetektsfradrag ved bruk av fotlenke fremstår som klart i uttalelsen i forarbeidene om at personer undergitt elektronisk kontroll gir rett til varetektsfradrag dag for dag da frihetsberøvelse ikke er begrenset til varetektsfengsling.¹⁶¹

4.2.5 Forholdsmessighetsprinsippet og varetektssurrogater

Som beskrevet tidligere i denne oppgaven er det et vilkår for varetektsfengsling at det må foreligge «tilstrekkelig grunn». Ordlyden tilsier at bruken av surrogater for fengsling vil inngå i vurderingen om grunnen er tilstrekkelig. Når retten står ovenfor et tilfelle hvor den siktede ikke utgjør en tilstrekkelig fare som tilsier at fengsling er den adekvate inngrepet, men hvor løslatelse uten ytterligere vilkår utgjør en for stor risiko vil et surrogat kunne anses for å være tilstrekkelig. I tillegg til at ordlyden tilsier at bruk av surrogater skal tas med i forholdsmessighetsvurderingen bekreftes dette også av forarbeidene. Her fremgår det at det legges opp til en todelt vurdering hvor det skal vurderes om lovens vilkår er oppfylt og om det er tilstrekkelig grunn.¹⁶² Forarbeidene sier uttrykkelig at hvis et mindre inngripende tiltak er tilstrekkelig og hensiktsmessig kan ikke den mistenkte varetektsfengsles da det ikke foreligger tilstrekkelig grunn.¹⁶³

At en vurdering om det finnes formålstjenlige surrogater skal foretas etter strpl. § 170 a fastslås også i praksis, hvor ankeutvalget i HR-2014-181-U bekrefter lagmannsrettens forståelse av strpl. § 170 a og uttaler at varetektsfengsling skal unngås hvis det finnes et reelt alternativ.

Det følger videre av strpl. § 184 andre ledd at det skal fremgå av fengslingskjennelsen at det er foretatt en forholdsmessighetsvurdering. Bestemmelsen setter dermed en skranke for hvilke tiltak som kan benyttes som surrogat for fengsling jf. strpl. § 188.

¹⁵⁹ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 2016 s. 453

¹⁶⁰ Prop.71 L (2012-2013) s.15.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) s.17

¹⁶³ *Ibid.*

4.2.6 Proporsjonalitetsprinsippet og varetektssurrogater

Adgang til bruk av alternative tiltak fremgår av EMK art. 5 nr. 3 andre punktum som fastslår at «release may be conditioned by guarantees to appear to trial»

Ordlyden viser til at løslatelse kan skje mot vilkår som garanterer at den siktede møter ved hovedforhandling. Videre viser ordlyden til at et slikt tiltak skal garantere for oppmøte, og må derfor oppfylle samme funksjon som fengsling. Det er i praksis ingen alternative tiltak som kan oppfylle alle funksjoner som ved fengsling. Praksis fra EMD modifierer dette kravet til fengslingssurrogatet. Det alternative tiltaket må likevel være av en slik art at den tilstrekkelig reduserer den potensielle risikoen som foreligger.

Etter EMK art. 5 nr. 1 kreves det at fengslingen er nødvendig, også i denne vurderingen vil minstemiddelprinsippet danne grunnlag for vurderingen. Dersom det finnes tiltak som er mindre inngripende og formålstjenlige og dette ikke benyttes, vil fengslingen komme i konflikt med rimelighetskravet i EMK art. 5 nr. 3.¹⁶⁴ Det er den nasjonale domstolen som skal gjøre vurderingen av de tilgjengelige surrogatene og praksis fra EMD viser at det ikke foretas en vurdering av tilgjengelige alternativene, og at det er den nasjonale domstolen som har et særlig ansvar til å vurdere fengslingssurrogater.¹⁶⁵

Proporsjonalitetsprinsippet i sammenheng med bruk av varetektssurrogatet fremgår av vurderingen som skal begrunne nødvendigheten av inngrepet. Behovet for kriminalitetsbekjempelse som begrunnelse tilsier ikke at varetekt er det eneste tiltaket som er formålstjenlig. I denne vurderingen vil tiltakets oppfylleelsesgrad holdt opp mot varetektsfengsling vurderes opp mot intensiteten av inngrepet overfor den siktede. Tiltakets som skal benyttes er det tiltaket hvor oppfylleelsesgraden møter inngrepsintensiteten i et skjæringspunkt.

5 Lovendring eller endring av praksis?

Når man tar den internasjonale kritikken til etterretning og dagens bruk av varetektsfengsling er det utvilsomt et behov for å benytte surrogater. Spesielt vil tilfeller hvor det foreligger en risiko, men at denne er i det nedre sjiktet for hva som kan betegnes som en tilstrekkelig risiko være aktuelle tilfeller hvor mindre inngripende tiltak bør benyttes. Tilfeller som også er

¹⁶⁴ Aall, "Rettsstat og menneskerettigheter", 2015 s.364.

¹⁶⁵ McKay v. The United Kingdom 2006 para. 41

aktuelle for å benytte surrogater kan være når man nærmer seg grensen for hva som er uforholdsmessig strpl. § 170 a.

For at det skal åpnes for bruk av fotlenke som varetektssurrogater kreves det endringer. En slik endring kan enten skje ved lovendring, men det krever også en holdningsendring hos domstolen og påtalemyndighet. Ser man nytten av bruk av fotlenke og anser tiltaket for å være formålstjenlig vil det føre til en endring i praksis. Dette krever selvfølgelig tilrettelegging for bruken av fotlenke som varetektssurrogat, men siden tiltaket allerede er i bruk som gjennomføring av straff vil dette være gjennomførbart.

5.1 Lov

Er det i dag tilstrekkelig lov hjemmel for å anvende fotlenke som varetektssurrogat eller kreves det ny lovbestemmelse som gir hjemmel for tiltaket som tvangsmiddel.

Hvis et alternativ tiltak vurderes som tilstrekkelig for å oppnå ønsket formål har retten en plikt til å benytte seg av dette jf. strpl. § 184 andre ledd første punktum. Denneplikten kan også utledes av forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres etter strpl. § 170 a. Hvis man legger til grunn et mer til mindre syn vil dette modifisere kravet til en klar lovhjemmel. Hensynet til forutberegnelighet tilsier at det skal være en bestemmelse som eksplisitt hjemler tiltaket som lovlig inngrep. Siden vilkår for varetektsfengsling skal være oppfylt for at surrogater og eventuelt fotlenke kan benyttes må det antas at de fleste vil akseptere at et alternativ til fengsling ilegges.

Fotlenke som varetektssurrogat har tidligere vært inntatt i strpl. § 188 tredje ledd. Det vil derfor ikke være ressurskrevende å innta bestemmelsen i loven. Dette vil utvilsomt være den beste løsningen.

En annen løsning er at strpl. §§ 181 og 188 harmoniseres bedre med gjeldende rett, slik at bestemmelsene ikke fremstår som fakultative men som plikt til å vurdere alternative tiltak.

5.2 Praksis

Det er utvilsomt ulike syn på om fotlenke som varetektssurrogat er formålstjenlig. Dette kom klart frem i høringsrunden i tilknytning til «Rask reaksjon» og debatter i Stortinget ved innføring av surrogatet i strpl. § 188 tredje ledd, og den etterfølgende opphevelsen av lovbestemmelsen. For at innføring av fotlenke kan skje med endring i praksis kreves det en holdningsendring.

Noe av kritikken fra flere av høringsinstansene i 2006 var at fotlenke som varetektssurrogat ville føre til forskjellsbehandling. For å kunne benytte tiltaket må siktede ha en egnet bolig.

Kritikken gikk ut på at det ville klart fremstå som en forskjellsbehandling for personer som ikke har tilgang til en egnet bolig slik at det kan vurderes om varetektssurrogatet kan ilegges. Riksadvokaten som i sin uttalelse var kritisk til både elektronisk kontroll som gjennomføring av straff og som varetektssurrogat mente at en slik sosial forskjellsbehandling av prinsipielle grunner er meget uheldig.

Departementet sitt forslag for å forhindre at enkelte skulle bli ekskludert fra tiltaket hvis de ikke kunne stille med egnet bolig var at det skulle tilrettelegges for ressursvake grupper i samfunnet. Hvordan dette skal løses i tilfeller hvor det er snakk om å benytte elektronisk kontroll som varetektssurrogat nevnes ikke ytterligere¹⁶⁶. Departementets forslag som kan være hensiktsmessig i forbindelse med gjennomføring av straff er at de som ikke kan stille med egnet bolig skal få botrening gjennom et tverrfaglig samarbeid¹⁶⁷. Et slikt tilbud vil ikke være hensiktsmessig i tilfeller hvor fotlenke skal benyttes som varetektssurrogat, unntatt de tilfeller hvor den siktede eventuelt skal overføres fra varetektsfengsling til surrogatet.

For de som har en egnet bolig vil det variere mye på hvilken standard den enkelte disponerer, alt fra en ettroms leilighet eller hybel til en villa på flere hundre kvadratmeter. I motsetning til fengsel hvor alle bor på like utformede rom og oppholder seg under like forhold vil det ved opphold i eget hjem føre til at opplevelsen av varetekten vil være avhengig av hvilket hjem man disponerer. Dette vil være en form for sosial forskjellsbehandling og et differensiert tiltak. Denne forskjellen vil likevel være saklig begrunnet ved at varetektssurrogatet er et tiltak som er i tråd med prinsippet om minstemiddelinngrep.

En løsning som kan tenkes er at i tilfeller hvor siktede ikke kan stille med egnet bolig kan en annen form for teknologi benyttes. Den alternative metoden er GPS- teknologi som kontinuerlig overvåker den som er påsatt fotlenken. Dette alternativet kan også være formålstjenlig i tilfeller hvor det foreligger fare for bevisforspillelse som nevnt i punkt 4.2.2. Ved bruk av denne teknologien kreves det mer ressurser for å kunne drive en tilstrekkelig form for overvåkning, dermed må økonomisk hensyn tas med i vurderingen for disse tilfellene.

Økonomiske besparelser var et insentiv for å innføre fotlenke som varetektssurrogat.

Departementet viste til at driften av et høysikkerhetsfengsel som har ca. 50 plasser, koster Kriminalomsorgen ca. 40 millioner kroner hvert år, i motsetning til en antatt årlig kostnad på 15 millioner kroner for drift av elektronisk kontroll som varetektssurrogat. Departementet

¹⁶⁶ Ot. prp. nr. 31 (2006-2007) s.51

¹⁶⁷ *Ibid.*

poengterte også at selv om det blir frigjort 50 fengselsplasser ved bruk av elektronisk kontroll, så vil ikke dette medføre nedleggelse av andre fengselsplasser, da det var en mangel på fengselsplasser. Men det ville derimot kunne redusere behovet for å bygge nye fengselsplasser.¹⁶⁸

Selv om beregningene er basert på tall for noen år siden må det likevel antas og legges til grunn at tilsvarende forholdstall vil være gjeldende basert på tall for kostnader etter dagens forhold.

I motsetning til at det ved gjennomføring av straff med elektronisk kontroll er et krav om at man må ha en sysselsetting utenfor hjemmet var det ikke tiltenkt et slikt krav ved elektronisk kontroll som varetektssurrogat. Departementet uttalte at «Det vil ikke være hensiktsmessig å stille krav om at siktede er tilfredsstillende sysselsatt eller aktivisert på dagtid»¹⁶⁹ Grunnen til dette er at bruken av elektronisk kontroll ville kunne benyttes i ulike tilfeller hvor det i noen tilfeller kunne være nødvendig at personen var inne 24 timer i døgnet hvor det kun var mulig å oppholde seg utendørs med følge. I andre tilfeller kan det aksepteres at den varetektsfengslede opprettholder sin sysselsetting utenfor hjemmet på dagtid, eller igjen kun mulig for utgang for å motta nødvendig helsehjelp mv. Flexibiliteten til fotlenken gjør at den kan tilpasses de ulike situasjonene fra full isolasjon til mer utgang.

I evalueringen av soning med fotlenke vises det at soningsformen er et samfunnsøkonomisk lønnsomt tiltak ved sammenlikning av soning i fengsel. Det frigjøres resurser fra fengselsinstitusjonen som kan brukes på andre måter. Rapporten viser også at fotlenkesoning er kostnadsbesparende. I 2013 var den årlige kostnaden for en fotlenke 325 000 kr mens kostnaden for en fengselsplass på lav sikkerhet var samme år gjennomsnittlig på 620 000 kr. Rapporten viser også at kostnadsinnsparingen for bruk av fotlenke er tilnærmet fast per dag. Det vil derfor være naturlig å anta at lønnsomheten øker med varigheten av bruken av fotlenken.¹⁷⁰

Varetektsfengsling er det sterkeste tvangsmiddelet som kan benyttes overfor en mistenkt, og har et sterkt inngrep i den personlige friheten. Hensynet til rettssikkerhet og interessene til individet som inngrepet rammer setter krav til at påtalemyndigheten og retten må foreta en særlig grundig avveining av de gjeldende hensynene.

¹⁶⁸ Prop.71 L (2012-2013) s.19

¹⁶⁹ Prop. 71 L (2012-2013) s. 15

¹⁷⁰ http://www.vista-analyse.no/site/assets/files/5598/va-rapport_2016-02_evaluering_av_soning_med_fotlenke_revidert_versjon05082016.pdf s 82-85

I avgjørelsen om varetektsfengsling skal ilegges er forholdsmessighetsvurderingen et stuktureringsverktøy som i en helhetsvurdering trekker inn flere relevante hensyn. Det må vurderes om varetektsfengsling er et egnet tiltak, om det foreligger et nødvendig behov for å benytte seg av fengsling og om inngrepet i den personlige friheten er forsvarlig eller rimelig hvis samfunnets behov for inngrepet tilsier dette. Forholdsmessighetsvurderingen som gjøres konkretiserer avveiningen av de ulike hensynene og legitimerer med dette rettens avgjørelse. Varetekt er et effektivt tiltak for staten som et preventivt tiltak mot kriminelle handlinger, men dette tilsier ikke at det kan benyttes rettmessig i alle tilfeller. Det er tilfeller hvor inngrepet vil være urettmessig overfor den som rammes av det, og ved bruk av surrogater vil man unngå å gjøre urettmessige inngrep. Dette forutsetter at det finnes reelle alternative tiltak som kan tilpasses de ulike tilfellene slik at samfunnets behov kan ivaretas på en rettmessig måte. Som vist i oppgaven har fotlenke en større oppfylleelsesgrad, til å minimere risikoene som utgjør de spesielle vilkårene i strpl. § 171 tilstrekkelig, enn mange av de alternative tiltakene som kan benyttes i dag. Ved å innføre fotlenke som varetektssurrogat tilsier dette at de grunnleggende rettighetene til den mistenkte reelt sikres da forholdsmessighetsvurderingen vil være preget av at man også vurderer fotlenke som alternativ tiltak jf. strpl. § 184 andre ledd jf. strpl. § 170 a.

Kildeliste

Konvensjoner

- Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjonen EMK)

Lover

- Lov 21. mai 1999 nr. 30 lov om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
- Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
- Lov 22.mai 1981 nr. 25 Lov om rettergangsmåten i straffesaker
- Lov 18.mai 2001 nr. 21 Lov om gjennomføring av straff mv.
- Lov 20.mai 2005 nr. 28 Lov om straff (Straffeloven)
- Lov 29.juni 2007 nr. 84 om endringer i straffegjennomføringsloven mv.

Forarbeider

- NOU 1980: 28
- Ot. prp. nr. 53 (1983–1984)
- Ot. prp. nr. 64 (1998-1999)
- Ot. prp. nr. 46 (2000-2001)
- Ot. prp. nr. 66 (2002-2003)
- Ot. prp. nr. 31 (2006-2007)
- Prop.71 L (2012-2013)
- Prop. 120 L (2013-2014)
- Innst. O. nr. 72 (1984-1985)
- Innst. 268 L (2012-2013)

Forskrifter

- Forskrift til lov om straffegjennomføring 22. februar 2002 nr. 183
- Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten 28.juni 1985 nr. 1679

Retningslinjer

Rettspraksis

- Rt. 1989 s.70
- Rt.1993 s.1302
- Rt.1996 s.1089
- Rt. 1998 s. 1081

- Rt. 1999 s.475
- Rt. 2000 s. 1319
- Rt. 2000 s.1973
- Rt. 2000 s.1938
- Rt. 2001 s.760
- Rt. 2001 s. 977
- Rt. 2002 s. 46
- Rt. 2002 s. 794
- Rt. 2002 s. 1589
- Rt. 2003 s. 451
- Rt. 2004 s.74
- Rt. 2004 s.88
- Rt. 2004 s. 887
- Rt. 2004 s. 1214
- Rt. 2005 s. 833
- Rt. 2006 s. 1398
- Rt. 2007 s. 333
- Rt. 2007 s. 948
- Rt. 2009 s.263
- Rt. 2009 s.339
- Rt. 2009 s.1613
- Rt. 2010 s.1520
- Rt. 2011 s. 221
- Rt. 2011 s.329
- Rt.2011 s.506
- Rt. 2011 s.946
- Rt. 2015 s.408
- Rt. 2015 s. 1142
- Rt. 2015 s. 1327
- HR- 2000- 322 – U

- Case of Lawless v. Ireland 1 July 1961
- Case of Neumaister v. Austria 27 June 1968
- Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom 30 August 1990
- Case of W. v. Switzerland 26 January 1993
- Case of Murray v. The United Kingdom 28 October 1994
- Case of Lukanov v. Bulgaria 20 March 1997
- Case of Johnson v. The United Kingdom 24 October 1997
- Case of K.-F. v. Germany 27 November 1997
- I.A v. France 23 September 1998
- Case of Labita v. Italy 6 April 2000
- Trzaska v. Poland 11 July 2000
- Case of Kudla v. Poland 26 October 2000
- Case of Smirnova v. Russia 24 July 2003

- Case of Dudek v. Poland 5 October 2004
- Case of Epple v. Germany 15 December 2005
- Csaky v. Hungary 28 March 2006
- Case of McKay v. the United Kingdom 3 October 2006
- Case of Kandzhov v. Bulgaria 6 November 2008
- Case of Bykov v. Russia 10 March 2009
- Case of M. v. Germany 17 December 2009
- Yuriy Yakovlev v. Russia 29 April 2010
- Case of Veliyev v. Russia 24 June 2010
- Case of Haidn v. Germany 13 January 2011
- Case of Khodorkovskiy v. Russia 31 May 2011

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4.utgave (Fagbokforlaget 2015)

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, (2016)

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgave samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer (2009)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5.utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)

Havre, Merete, *Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet- en balansetest* (2015).

Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen* (2004)

Eriksen, Christoffer C., «Om rettspolitikk», *Kritisk juss*, nr. 03-04/2012 (volum 39)

Internettkilder

<https://lovdata.no/register/lover>

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2012-2013/130429/5/> (lest 10.05.18)

http://www.vista-analyse.no/site/assets/files/5598/va-rapport_2016-02_evaluering_av_soning_med_fotlenke_revidert_05082016.pdf (lest 10.05.18)

eller slik Rasmussen, Ingeborg m.fl., Evaluering av soning med fotlenke, RAPPORT 2016/02, Vista analyse AS- rett i fotnote hvis endres.

<https://www.nrk.no/norge/flere-som-soner-i-samfunn-enn-i-fengsel-1.14009904-> (lest 18.04.18)

<https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/rekordmange-i-fengsel-i-2016> (lest 10.05.18)

http://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt_NO (lest 10.05.18)

http://28uzqb445tcn4c24864ahmel.wpengine.netdna-cdn.com/files/2016/06/EMEU-EM-in-the-Netherlands_Briefing-report-English.pdf (lest 10.05.18)

<http://28uzqb445tcn4c24864ahmel.wpengine.netdna-cdn.com/files/2016/06/EMEU-Electronic-monitoring-in-Belgium.pdf> (lest 10.05.18)

Vedlegg

Vedlegg nr.1 Epost 1

Vedlegg nr. 2 Epost 2

Vedlegg nr. 3 Epost 3

Vedlegg nr. 4 Epost 4

Vedlegg nr. 5 Høringsbrev- Rask reaksjon 16.5.2006

Vedlegg nr. 6 Høringssvar Agder lagmannsrett

Vedlegg nr. 7 Høringssvar Agder statsadvokatembeter

Vedlegg nr. 8 Høringssvar Arbeids- og likestillingsdep

Vedlegg nr. 9 Høringssvar Barne- og likestillingsdep

Vedlegg nr. 10 Høringssvar Dommerforeningen

Vedlegg nr. 11 Høringssvar Domstoladm

Vedlegg nr. 12 Høringssvar Fellesorganisasjonen

Vedlegg nr. 13 Høringssvar FFP

Vedlegg nr. 14 Høringssvar Finansdep

Vedlegg nr. 15 Høringssvar Folkehelseinstituttet

Vedlegg nr. 16 Høringssvar Fornyings- og administrasjonsdep

Vedlegg nr. 17 Høringssvar Helse- og omsorgsdep

Vedlegg nr. 18 Høringssvar Hordaland statsadvokatembeter

Vedlegg nr. 19 Høringssvar HVO kriminalomsorgen

Vedlegg nr. 20 Høringssvar Høyesterett

Vedlegg nr. 21 Høringssvar JURK

Vedlegg nr. 22 Høringssvar Juss-Buss

Vedlegg nr. 23 Høringssvar KITT

Vedlegg nr. 24 Høringssvar kommunal- og regionaldep

Vedlegg nr. 25 Høringssvar KRUS

**Vedlegg nr. 26 Høringssvar Kultur og- kirke- og
religiøst**

Vedlegg nr. 27 Høringssvar Kunnskapsdep

Vedlegg nr. 28 Høringssvar KY

**Vedlegg nr. 29 Høringssvar Likestillings- og
diskrimineringsombudet**

Vedlegg nr. 30 Høringssvar NFF

Vedlegg nr. 31 Høringssvar Nordland friomsorgsktr

Vedlegg nr. 32 Høringssvar NTL

Vedlegg nr. 33 Høringssvar Oslo statsadvokatembeter

Vedlegg nr. 34 Høringssvar POD

Vedlegg nr. 35 Høringssvar Politiets Fellesforbund

Vedlegg nr. 36 Høringssvar Region nord

Vedlegg nr. 37 Høringssvar Region nordøst

Vedlegg nr. 38 Høringssvar Region sør

Vedlegg nr. 39 Høringssvar Region sørvest

Vedlegg nr. 40 Høringssvar Region vest

Vedlegg nr. 41 Høringssvar Region øst

Vedlegg nr. 42 Høringssvar Regjeringsadvokaten

Vedlegg nr. 43 Høringssvar Riksadvokaten

Vedlegg nr. 44 Høringssvar Rogaland statsadvokatembete

Vedlegg nr. 45 Høringssvar Samferdselsdep.

Vedlegg nr. 46 Høringssvar SOM

Vedlegg nr. 47 Høringssvar Sosial- og helsedir

Vedlegg nr. 48 Høringssvar Statens innkrevingsentral

Vedlegg nr. 49 Høringssvar UD

Vedlegg nr. 50 Høringsssvar Vedlegg1 POD

Vedlegg nr. 51 Høringsssvar Vedlegg 1 Region sør

Vedlegg nr. 52 Høringsssvar Vedlegg 1 Region vest

Vedlegg nr. 53 Høringsssvar Vedlegg 1 Region øst

Vedlegg nr. 54 Høringsssvar Vedlegg 2 POD

Vedlegg nr. 55 Høringsssvar Vedlegg 2 Region sør

Vedlegg nr. 56 Høringsssvar Vedlegg 2 Region vest

Vedlegg nr. 57 Høringsssvar Vedlegg 2 Region øst

Vedlegg nr. 58 Høringsssvar Vedlegg 3 POD

Vedlegg nr. 59 Høringsssvar Vedlegg 3 Region sør

Vedlegg nr. 60 Høringsssvar Vedlegg 4 POD

Vedlegg nr. 61 Høringsssvar Vedlegg 4 Region sør

Vedlegg nr. 62 Høringsssvar Vedlegg 5 POD

Vedlegg nr. 63 Høringsssvar Vedlegg 5 Region sør

Vedlegg nr. 64 Høringsssvar Vedlegg 6 Region sør

**Vedlegg nr. 65 Høringsssvar Vestfold og Telemark
statsadvokatembeter**