

Varetekstfengsling



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 670

Leveringsfrist: 25.04.2010

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 16.158 ord

22.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Hensyn og formål	2
1.2	Statistikk	3
1.3	Oversikt over straffeprosesslovens kapittel 14	4
1.4	Historikk	6
1.5	Fengslingssurrogater	7
1.6	Restriksjoner under varetekt	9
1.7	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon	12
1.7.1	Artikkel 3	13
1.7.2	Artikkel 5	14
1.7.3	Artikkel 6	16
<u>2</u>	<u>DE GENERELLE VILKÅR FOR FENGLING</u>	<u>16</u>
2.1	Skjellig grunn til mistanke	17
2.2	Høyere straff enn fengsel i 6 måneder	18
2.3	Straffbarhet	19
<u>3</u>	<u>DE SPESIELLE VILKÅR FOR FENGLING</u>	<u>20</u>
3.1	Fluktfare	20
3.2	Bevisforspillelsesfare	22
3.3	Gjentakelsesfare	26

3.4	Fengsling når mistenkte selv begjærer det	30
3.5	Rettsåndhevelsesarrest	31
<u>4</u>	<u>FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN</u>	<u>34</u>
4.1	Straffeprosessloven § 170a	34
4.2	Tilstrekkelig grunn	35
4.3	Uforholdsmessig inngrep	35
4.3.1	Alder	37
4.3.2	Familieforhold	39
4.3.3	Arbeid og sosiale forhold	40
4.3.4	Mistankens styrke	42
4.3.5	Samfunnshensyn	42
4.3.6	Siktelsens alvor	43
4.3.7	Den konkrete straffutsikten	44
4.3.8	Forholdsmessighet ved fengsling fram til hovedforhandling	45
4.3.9	Opphold i politiarrest	47
<u>5</u>	<u>KRITIKK AV VARETEKTSORDNINGEN</u>	<u>48</u>
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>50</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>51</u>
7.1	Lovgivning og forarbeider	51
7.2	Juridisk litteratur	52
7.3	Dommer (alle dommer hentet fra lovdata)	53
7.4	Internasjonale dommer (alle dommer hentet fra hudoc)	56
7.5	Nettdokumenter	56

1 Innledning

Varetekt er et straffeprosessuelt tvangsmiddel som innebærer frihetsberøvelse av en person mistenkt for en straffbar handling. Varetektsfengsling er ikke straff i juridisk forstand.¹ I de tilfeller der den siktede senere blir dømt til fengselsstraff for forholdet, vil tiden i varetekt imidlertid regnes som en del av straffen, og gi rett til fradrag etter straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10 (strl) § 60. Fengsling er et svært inngripende tvangsmiddel, og inngrepet krever naturlig nok uttrykkelig hjemmel i lov. I følge Grunnlovens § 99 skal ingen fengsles uten at det har hjemmel i lov. Hjemmelen for å pågripe finner vi i straffeprosessloven av 23. mai 1981 nr. 25 (strpl) § 171. Bestemmelsen inneholder en rekke generelle vilkår som må være oppfylt for at pågripelse skal kunne skje. I tillegg til de generelle vilkår må også minst et av de spesielle vilkår i nr. 1-4 være oppfylt. Etter strpl § 184 2. ledd er vilkårene for å varetektsfengsle i hovedsak de samme som for å pågripe.

Denne avhandlingen tar i hovedsak sikte på å gjøre rede for de materielle vilkår for å kunne varetektsfengsle. For fullstendighetens skyld blir det i tillegg nødvendig å gjøre rede for fengslingssurrogater og muligheten for bruk av restriksjoner under varetekt. Jeg vil også komme noe inn på det internasjonale aspekt ved varetektsfengsling, i og med at Norge gjennom ratifikasjonen av den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) er bundet av de regler denne konvensjonen oppstiller, og etter menneskerettighetsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 3 vil konvensjonens regler ved motstrid gå foran de norske. Det vil gjøres forholdsvis inngående rede for forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter strpl § 170a, særlig i forhold til varetektsfengsling, ettersom forholdsmessigheten er den vurderingen som i praksis reiser flest problemstillinger. Jeg vil behandle en del momenter som ofte tillegges vekt ved denne vurderingen. Avslutningsvis vil jeg ta opp noe av den kritikken Norge har fått for sin varetektspraksis.

¹ Bjerke og Keiserud *Straffeprosessloven med kommentarer* 2.utg (1996) s. 485

1.1 Hensyn og formål

Til grunn for de norske reglene for pågrepelse og varetektsfengsling ligger flere grunnleggende prinsipper. Legalitetsprinsippet står sentralt, og kommer på fengslingens område til uttrykk i Grunnlovens § 99 om at ingen kan fengsles uten at det har hjemmel i lov. Bestemmelsen gir ikke noen krav til hvilke fengslingsgrunner som kan benyttes eller hvordan fengslingen skal gjennomføres. Regler om dette må gis i vanlig lovs form.

Proporsjonalitetsgrunnsetningen har fått sitt uttrykk i strpl § 170a om at et straffeprosessuelt tvangsmiddel bare kan benyttes dersom det er tilstrekkelig grunn til det, og det ikke vil være et uforholdsmessig inngrep. Selv om alle vilkårene for å kunne fengsle er oppfylt, vil fengsling derfor ikke være obligatorisk. Det må foretas en avveining mellom det man oppnår ved å fengsle og den belastningen inngrepet vil være for siktede. Det må være proporsjonalitet mellom disse to faktorer, slik at det ikke er adgang til å fengsle dersom belastningen for siktede vil være større enn de fordeler som oppnås ved fengslingen.

Videre bygger den norske straffeprosessen på minste inngreps prinsipp, det vil si at det minst inngripende tiltak som vil oppnå formålet skal benyttes. Det vil derfor ikke være adgang til å fengsle dersom andre tiltak vil være tilstrekkelig. Dette er særlig av hensyn til den mistenkte, han skal ikke utsettes for større påkjenninger enn det som er nødvendig for å sikre at saken blir oppklart og at sak kan gjennomføres for domstolene.

Fengslingen må ha et av de oppregnede formål i strpl § 171 nr. 1-4, altså være begrunnet enten i fluktfare, bevisforspillelsesfare, fare for nye straffbare handlinger eller i siktedes eget ønske om fengsling. I tillegg foreligger det fengslingsadgang etter strpl § 172 ved særlig alvorlige forbrytelser. Denne listen over tillatte fengslingsformål er uttømmende, slik at det ikke er adgang til å ta hensyn til andre formål, som for eksempel at det vil være praktisk for politiet å ha siktede tilgjengelig for avhør eller konfrontasjon ved nye bevis. Heller ikke fengsling for å få den siktede til å tilstå vil være tillatt. Fengslingen skal bidra

til å sikre sakens oppklaring og gjennomføring, ikke være et middel til å lette etterforskningen.²

Varetektsfengsling kan skje på flere stadier av en sak, under etterforskningen og i påvente av dom og soning. Fengslingen vil under de ulike stadier av saken kunne ha flere ulike formål. Ved fengsling under etterforskningen vil fengslingen kunne bidra til oppklaringen av det straffbare forhold, ved at den mistenkte ikke vil ha mulighet til å unndra seg straffen eller å forspille bevis. Fengsling etter at etterforskningen er fullført, men før saken har kommet opp for domstolene, vil i hovedsak være begrunnet i at den siktede ikke skal begå nye straffbare handlinger eller forsøke å unndra seg straffen. Også etter at dom foreligger i første instans, men før endelig dom foreligger, kan det være behov for å fengsle. Dette kan være enten av frykt for at den siktede vil unndra seg fullbyrdelse av straffen, eller fordi det er grunn til å frykte at han vil begå nye straffbare handlinger før endelig dom foreligger og soningen begynner. På dette stadiet vil en fortsatt fengsling også kunne være noe den siktede selv ønsker, ettersom han vil få fradrag i den utmålte straff for den tid han har sittet i varetekt etter strl § 60. Har han begått handlingen og vet at han mest sannsynlig vil bli dømt, kan det være praktisk å komme i gang med soningen på et tidligst mulig tidspunkt.

1.2 Statistikk

Varetektsinstituttet er hyppig brukt i praksis. I snitt sitter det til enhver tid 970 personer i varetekt i Norge.³ I 2007 var det 2948 nyinnsettelse i varetekt.⁴ Av disse var 2686 menn og 262 kvinner.⁵ I 2007 ble det totalt tilbrakt 242.541 døgn i varetekt i norske fengsler. Den overveldende del av denne tiden var det menn som stod for, med 227.215 døgn mot

² Bjerke *Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler* 2.utg (1986) s. 7

³ Sandvig *Åtte døgn på glattcelle* (2010)

⁴ www.ssb.no/fengsling tabell 57

⁵ L.c.

kvinner 15.326.⁶ En stor del ble varetektsfengslet med grunnlag i vinningsforbrytelser og narkotikaforbrytelser.⁷ Av de varetektsfengslede i 2007 var 51 personer under 18 år,⁸ noe som kan være et utslag av at fengsling av mindreårige etter strpl § 174 2. ledd kun skal skje dersom det er strengt nødvendig. Ca 20 % av de innsatte i norske fengsler var i 2008 varetektsfanger. I mange andre land er andelen varetektsfanger meget høyere. Et tilfelle der andelen varetektsfanger er svært høy er Liberia, hvor hele 97 % av de innsatte er varetektsfanger.⁹

Den enkelte siktede kan komme til å tilbringe betydelig tid i varetekt. Det er også tegn til en viss økning i den tid den enkelte siktede tilbringer i varetekt. I 2007 hadde 36 % av de som ble overført fra varetekt til soning av dom sittet i varetekt i mer enn tre måneder, en økning fra 31 % året før. Ved løslatelse fra varetekt i 2007 hadde 42 % sittet fra en måned til et år, mot 37 % i 2006.¹⁰

1.3 Oversikt over straffeprosesslovens kapittel 14

I straffeprosesslovens fjerde del finner vi de straffeprosessuelle tvangsmidler. Reglene for pågripelse og varetektsfengsling står i straffeprosessloven kapittel 14. Kapitlet inneholder de materielle vilkår for å kunne pågripe og fengsle, samt en rekke prosessuelle regler.

Pågripelse besluttes primært av påtalemyndigheten etter strpl § 175. For å kunne pågripe må de generelle vilkår i strpl § 171 1. ledd være oppfylt, i tillegg til at minst et av de spesielle vilkår i nr. 1-4 må foreligge. Ved svært alvorlige forbrytelser kan pågripelse skje med hjemmel i strpl § 172, selv om ingen av de spesielle vilkår i § 171 foreligger. Etter

⁶ www.ssb.no/fengsling tabell 63

⁷ www.ssb.no/fengsling tabell 57

⁸ L.c.

⁹ Politiembetsmennes blad nr. 2 2008 s. 19

¹⁰ <http://www.ssb.no/fengsling/>

§ 174 skal pågripelse av mindreårige ikke skje dersom det ikke er særlig påkrevd. Dette er et strengt krav, og pågripelse av mindreårige skjer ikke så ofte i praksis.

Etter at pågripelse er skjedd skal den siktede fremstilles for tingretten dersom påtalemyndigheten vil begjære varetektsfengsling. Fremstillingsfristen for retten finner vi i § 183. Senest den tredje dagen etter pågripelse skal den siktede fremstilles for avgjørelse av fengslingsspørsmålet. Dette er en lengstefrist, den pågripne skal fremstilles for retten snarest mulig.

§ 184 angir at fengsling i hovedsak kan skje dersom vilkårene for å på gripe er oppfylt. Beslutning om varetektsfengsling skjer ved kjennelse. Etter bestemmelsens andre ledd kreves det at en kjennelse om varetektsfengsling skal angi lovhjemmelen, kortfattet nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke og redegjøre for grunnen til fengslingen. Det er forutsatt at det stilles forholdsvis strenge krav til begrunnelsen for hvorfor vilkårene for å kunne fengsle antas oppfylt, ettersom det er et svært inngripende tvangsmiddel overfor siktede. Særlig i tilfeller der det er snakk om langvarig fengsling vil kravene til begrunnelsen skjerpes.¹¹

Strpl § 170a står i et eget kapittel 13a. Etter denne bestemmelsen skal et tvangsmiddel kun benyttes dersom det er tilstrekkelig grunn til det, og inngrepet ikke vil være et uforholdsmessig inngrep. Bestemmelsen er generell og gjelder alle tvangsmidlene etter straffeprosesslovens fjerde del. Det kreves at det i fengslingskjennelsen går frem at fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep etter § 184 2. ledd.

Etter § 185 skal det settes en tidsfrist for fengslingen, som ikke skal overstige fire uker. Det kan bare settes en lengre tidsfrist dersom det foreligger omstendigheter som tilsier at ny prøving om fire uker vil være uten betydning. Adgangen til å ilegge varetektsfengsel for lenger enn fire uker av gangen er ment å være snever, da saken i mange tilfeller vil stå i et

¹¹ Rt. 1998 s. 1292 på s. 1293

noe annet lys etter fire uker. Det er da rimelig at fengslingsgrunnlaget skal vurderes på nytt.¹² Praktisk viktig er adgangen til å kunne forlenge fengslingen i ytterligere fire uker av gangen ved kjennelse. Det kan i tillegg til kjennelse om fengsling ilegges ytterligere restriksjoner under fengslingen dersom dette anses nødvendig etter § 186, som brev- og besøksforbud eller delvis isolasjon. § 186a angir mulighetene for fullstendig isolasjon, noe som krever sterkere grunnlag enn for delvis isolasjon. Restriksjonene må ilegges ved kjennelse.

Det er adgang til å benytte surrogater i stedet for pågrepelse eller varetektsfengsling dersom dette antas å være tilstrekkelig, se § 181. Bestemmelsen lister opp en rekke mulige alternativer til pågrepelse og fengsling, som for eksempel meldeplikt og innlevering av pass, og denne listen er ikke uttømmende.

1.4 Historikk¹³

Etter Norske Lov av 1687 var adgangen til fengsling svært vid. Det var nok at det forelå en beskyldning om at det var begått en handling som kunne medføre straff på liv eller lemmer, det var ikke noe krav om at det forelå begrunnet mistanke. Denne vide adgangen til å fengsle ble modifisert i praksis av at det var stor adgang til løslatelse mot å stille kausjon. På grunn av begrensninger i størrelsen på kausjonen var løslatelse mot kausjon svært vanlig. I de tilfeller der det ikke ble gitt løslatelse mot kausjon, måtte den fornærmede som regel dekke utgiftene til fengslingen selv, da det i hovedsak var den fornærmedes eget ansvar å påtale og reise straffesak. Dette førte til at fengsling ble benyttet i relativt liten grad. I hovedsak var fengslingsformålet den gang å hindre flukt. Det var ikke adgang til å fengsle på grunn av bevisforspillelsesfare.

Det at den fornærmede selv måtte reise sak og ofte dekke kostnadene ved fengsling dersom ikke den mistenkte ble løslatt mot kausjon, førte til at mange forbrytere slapp straff. Det ble

¹² Rt. 2005 s. 884 avsnitt 16

¹³ Fremstillingen bygger i hovedsak på Bratholm *Pågrepelse og varetektsfengsel* (1957) kapittel 2

på 1700-tallet gitt flere forordninger for å rette på situasjonen. Tidligere hadde prosessmåten for sivile saker og straffesaker vært den samme, men nå ble reglene for straffeprosessen endret slik at den skilte seg stadig mer fra sivilprosessen. Den offentlige interessen i at forbrytelser ble oppklart og den skyldige straffet ble mer fremtredende, og det ble adgang til å fengsle på grunn av bevisforspillelsesfare og av prevensjonshensyn. Den mistenkte hadde ikke lenger noe ubetinget krav på å bli løslatt mot kausjon, og særlig i alvorlige saker ble det vanlig å nekte kausjon. Dommerens rolle i saken ble også mer fremtredende, da det ble innført frister for fremstilling for retten. Dommeren fikk også et visst ansvar for sakens opplysning.

I 1887 kom den første straffeprosessloven, og jurysystemet ble innført ved denne lov etter mange års uenighet i Stortinget. Loven inneholdt regler om pågrepelse og varetektsfengsling som i store trekk tilsvarende de vi finner i loven i dag. Straffeprosessloven av 1981 var i stor grad en videreføring av gjeldende rett, selv om reglene på noen punkter ble endret. I årene etter at loven trådte i kraft har det vært lite endringer i de materielle regler for å kunne pågripe og varetektsfengsle. Viktig var likevel innføringen av strpl § 170a i 1999, som understreket at all bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler skulle gjennom en forholdsmessighetsvurdering. Tidligere nevnte loven dette eksplisitt kun for pågrepelse og fengsling, men forholdsmessighetsvurderingen ble tolket inn i at det i loven stod at de forskjellige tvangsmidler ”kan” benyttes. Selv om alle lovens vilkår var oppfylt ble tvangsmiddelet ikke benyttet dersom det ikke ble ansett å være forholdsmessig.

1.5 Fengslingssurrogater

Dersom fengslingens formål kan oppnås med et mindre inngripende tiltak, skal dette benyttes. Mulige alternativer til pågrepelse er listet opp i strpl § 181 1. ledd, og disse alternative tiltak kan også benyttes i stedet for varetektsfengsling etter strpl § 188. Listen i § 181 1. ledd er ikke ment å være uttømmende, men er en eksemplifisering av de praktisk mest relevante tiltak. Også andre tiltak kan benyttes. For eksempel kan opphold i behandlingsinstitusjoner, eller ved barnevernsinstitusjoner dersom den siktede er

mindreårig, kunne være aktuelt. Det er fullt mulig å benytte flere surrogater i sammenheng, som meldeplikt kombinert med innlevering av pass.

Det er et krav for å benytte tiltakene at de generelle og spesielle vilkår for å kunne fengsle foreligger. Det er derfor ikke tillatt å benytte et fengslingssurrogat dersom lovens vilkår for å kunne fengsle ikke er oppfylt.¹⁴ I tilfeller der lovens vilkår for å fengsle er oppfylt, men fengslingen ville være uforholdsmessig etter strpl § 170a, kan det i noen tilfeller ilegges fengslingssurrogater. For eksempel kan en som har ansvar for små barn, eller som er for syk til å fengsles, kunne ilegges reiseforbud eller pålegges å oppholde seg på bestemte steder.

Det er ikke et krav at tiltaket fullstendig eliminerer risikoen for flukt, bevisforspillelse eller lignende. Det er tilstrekkelig at surrogatet reduserer faren for flukt, bevisforspillelse osv under det minimum som kreves for å kunne fengsle.¹⁵ Surrogater kan derfor benyttes selv om de ikke vil være like effektive alternativer som fengsling.

Etter strpl § 188 1. ledd er det også adgang til å bruke sikkerhetsstillelse som et alternativ til fengsling. Dette vil særlig kunne være aktuelt dersom det foreligger fluktfare, men alternativet er lite brukt i norsk rett.

Det er mulig å benytte alternativer til fengsling i forhold til alle de spesielle vilkår i strpl § 171 nr. 1-4. Etter straffeprosessloven av 1887 var det ikke adgang til å benytte fengslingsalternativer dersom det forelå bevisforspillelsesfare. Dette ble endret da den nye straffeprosessloven trådte i kraft. De alternativer som vil kunne oppnå formålet vil være noe ulike avhengig av hvilket spesielt vilkår som foreligger. Er det fare for bevisforspillelse, vil forbud mot å kontakte bestemte personer eller å oppholde seg på bestemte steder kunne være aktuelt. Foreligger det fluktfare, vil meldeplikt, opphold på bestemte steder eller beslagleggelse av pass kunne være aktuelle tiltak.

¹⁴ Bratholm *Pågripelse og varetektsfengsel* (1957) s. 299

¹⁵ *Ibid.* s. 300- 301

Den mistenkte er nødt til positivt å samtykke til fengslingsurrogatet, og samtykket skal være skriftlig. Dersom ikke den mistenkte er villig til å samarbeide i forhold til gjennomføringen av surrogatet, er det lite poeng i å ilegge det. Det er lite sannsynlig at et surrogat som meldeplikt vil la seg gjennomføre hvis ikke den mistenkte godtar å møte opp til fastsatt tid på fastsatt sted. Samtidig vil den mistenkte ha en sterk oppfordring til å samtykke i surrogatet, da det reelle alternativ som regel vil være at han fengsles dersom han ikke samtykker.¹⁶ Også ved brudd på surrogater kan det være aktuelt med fengsling, men dette vil ikke skje automatisk, en ny kjennelse må til. I denne kjennelsen vil det da som regel gå frem at surrogater har vært forsøkt og ikke blitt ansett egnet, og dette kan være med på å begrunne at fengsling i det foreliggende tilfelle ikke vil bli ansett uforholdsmessig.

Bruken av fengslingsurrogater må gjennom forholdsmessighetsvurderingen etter strpl § 170a, da disse vil være straffeprosessuelle tvangsmidler. Som regel vil et alternativ til fengsling være mindre inngripende overfor den mistenkte enn å fengsles, slik at det skal mindre til for at et fengslingsurrogat vil bli ansett for å være uforholdsmessig. Surrogatet må ikke oppleves som mer belastende for siktede enn det å bli fengslet. I de fleste tilfeller vil det være en fordel for den siktede å unngå fengsling, i og med at han da kan fortsette som normalt i jobb og kan opprettholde den normale kontakt med familie og bekjente. Likevel kan det tenkes tilfeller der et fengslingsurrogat vil kunne anses som uforholdsmessig, for eksempel hvis den siktede pålegges å melde seg på et sted som ligger langt fra hjem eller arbeidsplass.

1.6 Restriksjoner under varetekt

Dersom hensynet til etterforskningen tilsier det, kan den mistenkte underlegges restriksjoner under tiden i varetekt etter strpl §§ 186 og 186a. Restriksjoner må ilegges ved kjennelse. Restriksjonene kan innebære brev- og besøksforbud eller -kontroll, forbud mot

¹⁶ NOU 1980:28 s. 58

kontakt med bestemte andre innsatte, altså delvis isolasjon, eller fullstendig forbud mot kontakt med andre innsatte. Restriksjonene skal ilegges for så kort tid som mulig, og skal opphøre når de ikke lenger anses nødvendige. I praksis ilegges restriksjoner for forholdsvis kort tid av gangen. For fullstendig isolasjon må det være nærliggende fare for at den siktede vil forspille bevis etter § 186a, mens det for delvis isolasjon eller forbud og kontroll med brev og besøk er tilstrekkelig at hensynet til etterforskningen tilsier at restriksjonene bør ilegges.

Begrunnelsen for bruken av restriksjoner under varetektsfengslingen er at hensynet til etterforskningen ikke blir tilstrekkelig sikret ved at mistenkte varetektsfengsles, slik at ytterligere tiltak er nødvendig for å hindre bevisforspillelse.¹⁷ Det kreves etter strpl § 186 3. ledd at det i kjennelsen begrunnes konkret hvorfor etterforskningen vil bli skadelidende i den enkelte sak. Det er ikke tilstrekkelig at det henvises til at restriksjonene er nødvendige eller lignende. Heller ikke å henvise kun til formålet med fengslingen vil være nok, det må begrunnes konkret hvordan etterforskningen vil bli skadelidende dersom restriksjonene ikke blir ilagt.¹⁸

Bruk av restriksjoner vil være aktuelt i de tilfeller der det foreligger bevisforspillelsesfare. Dersom det fengsles med grunnlag i fluktfare eller fare for nye straffbare forhold, vil fengslingen i seg selv nøytralisere faren for disse forhold, slik at det ikke vil være behov for ytterligere restriksjoner. For å kunne ilegge restriksjoner begrunnet med bevisforspillelsesfare, kreves det ikke mer enn at det foreligger en reell mulighet for at den siktede vil forspille bevis, og en viss mulighet for at han vil benytte seg av denne muligheten.¹⁹ Sannsynlighetsovervekt for at han vil forspille bevis dersom han får muligheten til det er derfor ikke nødvendig. Det er adgang til å ilegge restriksjoner også i de tilfeller der det bare er etterforskningen mot en medsiktet som vil bli skadelidende.²⁰

¹⁷ Ot.prp.nr.66 (2001-2002) s. 134

¹⁸ Rt. 2008 s. 111 avsnitt 12

¹⁹ Rt. 1997 s. 1851 på s. 1853

²⁰ Bjerke og Keiserud *Straffeprosessloven med kommentarer* 2.utg (1996) s. 515

Adgangen til å ilegge restriksjoner har også en side til EMK. Etter EMK art. 8 har enhver rett til respekt for sin korrespondanse. Å sensurere korrespondansen til varetektsfengslede kan være tillatt dersom det tilfredsstillende kravene etter art. 8 nr. 2. Etter denne bestemmelsen er det krav om at inngrepet har hjemmel i lov, har et av de opplistede formål og i tillegg er nødvendig i et demokratisk samfunn. Etter strpl § 186 2. ledd kreves det kun at kontrollen eller forbudet er nødvendig av hensyn til etterforskningen, slik at det kan synes som om terskelen for å ilegge restriksjoner er lavere etter straffeprosessloven enn det som er tillatt etter EMK art. 8. Imidlertid vil regelen i strpl § 186 2. ledd om at forbud eller kontroll må ilegges ved kjennelse av retten, og i 3. ledd om at kjennelsen må angi konkret hvordan etterforskningen blir skadelidende dersom inngrepet ikke gjennomføres, innebære rettsikkerhetsgarantier for at restriksjoner ikke ilegges annet enn i tilfeller der det vil være tillatt å gjøre inngrep etter EMK art. 8 nr. 2.

Bruken av fullstendig isolasjon er underlagt tidsbegrensninger. Hvor lenge den siktede kan underlegges fullstendig isolasjon avhenger av strafferammen for det straffbare forhold. Dersom den handling han er siktet for har en strafferamme på fengsel inntil seks år, kan den siktede ikke holdes i fullstendig isolasjon ut over seks uker. Det er ikke adgang til å overskride denne fristen selv om det fremdeles anses nødvendig med fullstendig isolasjon. Er siktede mistenkt for flere straffbare handlinger som til sammen har en strafferamme på mer enn seks års fengsel, er det adgang til å forlenge isolasjonen utover seks uker dersom tungtveiende hensyn gjør det nødvendig. Dersom den siktede er varetektsfengslet for et enkelt forhold med høyere strafferamme enn fengsel i seks år, kan det ilegges fullstendig isolasjon i til sammen tolv uker, med mulighet for fortsatt isolasjon dersom tungtveiende hensyn gjør seg gjeldende. Adgangen til å forlenge isolasjonen ut over lovens frister er ment å være svært snever.²¹ For mindreårige kan isolasjonen ikke under noen omstendigheter vare lenger enn 8 uker i sammenheng. Fristene i strpl § 186a er ikke ment å

²¹ Ot.prp.nr.66 (2001-2002) s. 136

være normalfrister, isolasjon skal normalt benyttes i vesentlig kortere tidsperioder enn det etter loven er adgang til.²²

Bruken av restriksjoner må underlegges en forholdsmessighetsvurdering etter strpl § 170a, og det må gå frem av kjennelsen at denne vurderingen er foretatt. Den minst inngripende restriksjonen som vil oppnå formålet skal benyttes, slik at det ikke er adgang til å ilagge fullstendig isolasjon dersom delvis isolasjon vil være nok til å unngå bevisforspillelse. Ved vurderingen vil de samme momenter som benyttes ved vurderingen av forholdsmessigheten ved fengslingen være av betydning, men det må også tas hensyn til at bruken av restriksjoner vil innebære en ytterligere belastning for den siktede i tillegg til fengslingen. Særlig bruk av fullstendig isolasjon er en stor belastning for den siktede, og det stilles her strenge krav til rettens begrunnelse etter § 186a. Fullstendig isolasjon skal kun benyttes der det er strengt nødvendig, og må vurderes fortløpende, slik at isolasjonen skal opphøre når den ikke lenger kan anses å være nødvendig og forholdsmessig.

Restriksjoner brukes i praksis stort sett i saker som gjelder alvorlige forhold. I en undersøkelse fra 2008 kom det fram at det store flertall av saker der det ble begjært restriksjoner under fengslingen gjaldt narkotika, vinningsforbrytelser eller vold.²³

1.7 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

Norge har ratifisert den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), og er dermed bundet av konvensjonens regler. Etter strpl § 4 gjelder straffeprosessloven med de begrensninger som følger av folkeretten. I tillegg vil EMK etter menneskerettsloven § 3 ved motstrid gå foran norske lovregler. Det er derfor viktig å vurdere hvilke krav til varetektsfengslingen EMK stiller opp.

²² Ot.prp.nr.66 (2001-2002) s. 135

²³ Bakke og Myhrer *Begjæring om varetekt med restriksjoner – en undersøkelse av praksis* (2009) s. 17

1.7.1 Artikkel 3

EMK art. 3 kan få betydning for hvilke krav som stilles til forholdene under fengslingen. Forbudet mot tortur er helt generelt, og gjelder da også under pågrep og fengsling. Også i Grunnlovens § 96 finner vi forbud mot tortur. Selv om denne bestemmelsen direkte kun forbyr tortur under avhør, anses forbudet mot tortur generelt å være en regel av grunnlovs rang. Men også andre forhold enn tortur kan føre til at fengslingen anses for å være i strid med art. 3. Det kan foreligge så kummerlige forhold for de innsatte at det vil være i strid med forbudet mot nedverdiggende eller umenneskelig behandling. De forhold varetektsoppholdet foregår under vil være av stor betydning. Standarden i cellene kan ikke være for dårlig.²⁴ Ikke en hver form for dårlig behandling vil falle inn under art. 3, det må en viss grad av alvorlighet til for at behandlingen skal stride mot bestemmelsen.

Frihetsberøvelse vil nesten alltid innebære en belastning for den innsatte, men det generelle ubehag som følger av en legitim frihetsberøvelse vil ikke være i strid med art. 3.

Myndighetene må imidlertid sørge for at forholdene i fengselet ikke er slik at det krenker menneskeverdet når det kan unngås.²⁵ De varetektsfengslede rettigheter under fengselsoppholdet er i Norge sikret gjennom straffegjennomføringsloven av 18. mai 2001 nr. 21. Loven stiller opp detaljerte regler om hvordan fengsling skal gjennomføres og hvilke rettigheter de innsatte har. Standarden i norske fengsler er generelt sett god i forhold til i mange andre land, slik at saker i forhold til EMK art. 3 foreløpig ikke har vært oppe for den europeiske menneskerettighetsdomstol med grunnlag i forholdene det blir sonet under eller mangel på grunnleggende rettigheter i fengsel. Imidlertid har Norge blitt kritisert for sin bruk av isolasjon under fengslingen, og langvarig isolasjon kan tenkes å være et brudd på forbudet mot umenneskelig behandling, da dette innebærer en særlig belastning for siktede. Foreløpig har det ikke vært noen saker oppe for den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) mot Norge som omhandler isolasjon under varetektsfengsling.

²⁴ Se bl.a. Karalevicius v. Litauen avsnitt 36

²⁵ Karalevicius v. Litauen avsnitt 34

1.7.2 Artikkel 5

Etter EMK art. 5 skal ingen fengsles uten at dette har hjemmel i lov, og fengslingen må ha et av de formål som er listet opp i art. 5 nr. 1 a-f. I art. 5 nr. 1 c) er adgangen til å varetektsfengsle hjemlet. Etter denne bestemmelsen er det adgang til å varetektsfengsle dersom det er mistanke om at den siktede har begått et straffbart forhold, det er nødvendig å fengsle ham for å unngå flukt, eller dersom det er fare for at han vil begå nye straffbare forhold. Det settes ikke noen nedre grense for strafferammen for det straffbare forhold. Selv om det i bestemmelsen står at det må foreligge rimelig grunn til mistanke, fare for flukt eller fare for nye straffbare forhold, er det rimelig klart at bestemmelsen må tolkes som at kravet til rimelig mistanke må foreligge i tillegg til fluktfare eller fare for nye straffbare forhold, da det ellers lett ville kunne føre til urimelige resultater.²⁶ Det norske varetektssystemet anses å være i tråd med EMKs krav, og kravet om skjellig grunn til mistanke etter strpl § 171 anses å tilfredsstillende kravet om rimelig grunn til mistanke etter art. 5 nr. 1 c).²⁷

Pågrepelse og fengsling grunnet bevisforspillelsesfare er ikke nevnt i art. 5 nr. 1 c), men det er klart at det ikke vil være et menneskerettighetsbrudd å fengsle på grunn av bevisforspillelsesfare. At fengsling med grunnlag i bevisforspillelsesfare ikke vil være i strid med EMK art. 5 nr. 1 c) er antatt i forarbeidene til straffeprosessloven, og har også fått sin tilslutning fra Høyesterett.²⁸ Også EMD har i sin praksis akseptert fengsling med grunnlag i fare for bevisforspillelse.²⁹ Faren for bevisforspillelse kan ikke begrunnes i at den siktede ikke har tilstått, da dette vil være et klart brudd på uskyldspresumsjonen i art. 6 nr. 2.³⁰

²⁶ Gammeltoft-Hansen *Varetegtfengsling* (1976) s. 81-82

²⁷ Rt. 1985 s. 1444 på s. 1445

²⁸ Ot.prp.nr.53 (1983-1984) s. 26, Rt. 1992 s. 1524 på s. 1526

²⁹ Se bl.a. *Kauczor v. Polen*

³⁰ *Kauczor v. Polen* avsnitt 46

Selv om fengslingen i utgangspunktet har et legitimt grunnlag, vil dette kunne forandre seg over tid. En i utgangspunktet legitim varetektsfengsling med grunnlag i fare for bevisforspillelse, vil kreve et annet grunnlag for fortsatt fengsling etter som tiden går og faren for bevisforspillelse minker. Etter at de avgjørende vitner har vært avhørt og de nødvendige bevis har blitt sikret, vil fengsling begrunnet i bevisforspillelsesfare ikke lenger være tillatt. Det vil da også være på sin plass for domstolene å vurdere om mindre inngripende tiltak vil kunne være tilstrekkelig til å sikre sakens gjennomføring.³¹ I tillegg til at fengslingsgrunnlaget vil svekkes over tid ved at de nødvendige bevis har blitt sikret, vil fengsling over lang tid innebære en stadig større belastning for den siktede. Avveiningen mellom hensynet til siktede og bevisforspillelsesfaren vil dermed etter hvert kunne falle annerledes ut enn i begynnelsen av saken.

Selv om art. 5 nr. 1 c) oppstiller at det kan fengsles dersom den siktede mistenkes for et særlig alvorlig forhold, kan ikke fengslingen vare i ubegrenset tid med dette som eneste begrunnelse. De nasjonale domstolene er nødt til å begrunne sine konklusjoner om å holde den siktede i fortsatt varetekt, kun å henvise til at det foreligger for eksempel fluktfare vil ikke være nok.³² Dette har sammenheng med at myndighetene har et ansvar for at saken kommer opp til doms innen rimelig tid etter art. 5 nr. 3. Det oppstilles ikke noen absolutt grense for hvor lang tid det kan gå mellom fengsling og dom før det foreligger brudd på art. 5 nr. 3. Grensen vil avhenge av de konkrete omstendigheter i saken. Selv langvarige varetektsfengslinger har i enkelte tilfeller blitt akseptert av EMD, men det skal mye til for at en svært langvarig fengsling skal være i tråd med art. 5 nr. 3. I *Kauczor mot Polen* hadde den siktede sittet i varetekt i over 7 år, noe som etter forholdene ble ansett å være et klart brudd på denne bestemmelsen, selv om han var mistenkt for drap.

³¹ *Szeloch v. Polen* avsnitt 93-94

³² *Bykov v. Russland* avsnitt 6

1.7.3 Artikkel 6

Etter art. 6 nr. 1 har enhver som er tiltalt for et straffbart forhold krav på en rettferdig rettergang, og på at rettergangen skal skje innen rimelig tid. Tiden i varetekt vil være en del av rettergangen, ettersom den mistenkte får status som siktet etter strpl § 82 når det besluttet eller foretas pågrepelse. Han vil da anses som anklaget etter EMK art. 6 nr. 1, og dette markerer begynnelsen på prosessen mot han.³³ Dersom varetektstiden er av for lang varighet vil dette kunne være med på å konstatere brudd på retten til rettferdig rettergang, dersom dette medfører at saken ikke anses avgjort innen rimelig tid.

Også i forhold til uskyldspresumsjonen i art. 6 nr. 2 vil tiden i varetekt kunne reise problemer. I tilfeller der varetekt benyttes med straff som formål i tiden før rettskraftig dom foreligger vil dette medføre at uskyldspresumsjonen ikke blir respektert. Det kan selv i korrupte stater være vanskelig å få politiske motstandere dømt i retten, og det vil da være praktisk enklere å holde dem i varetekt på ubestemt tid. Dette er klart et brudd på uskyldspresumsjonen i art. 6 nr. 2.

2 De generelle vilkår for fengsling

De generelle vilkår for å kunne pågripe finnes i strpl § 171. Vilkårene er kumulative, slik at alle må være oppfylt for at pågrepelse skal kunne skje. Etter strpl § 184 2. ledd er vilkårene for å kunne fengsle i hovedsak de samme som for pågrepelse.

³³ Bårdsen *Avgjørelse i straffesaker innen "rimelig tid"* LoR 1997 s. 323-352 på s. 328

2.1 Skjellig grunn til mistanke

Det første generelle vilkår for å kunne pågripe og fengsle er at det foreligger skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold. Med skjellig grunn menes god eller rimelig grunn.³⁴ Tidligere var det i teorien en viss uenighet i om det krevdes sannsynlighetsovervekt for at kravet om skjellig grunn til mistanke skulle være oppfylt, eller om grensen gikk ved akkurat 50 %. I Rt. 1993 s. 1302 ble det uttalt om kravet om skjellig grunn til mistanke at ”det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling enn at han ikke har det”. Dette er også gjentatt i senere dommer, bl. a. Rt. 1999 s. 256. Etter dette er det ganske klart at Høyesterett stiller krav om at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at den siktede har begått handlingen. Det er ikke noe krav om at sannsynlighetsovervekten skal være kvalifisert, slik at dersom det er 51 % sannsynlighet for at den siktede har begått handlingen, vil det være nok til at kravet om skjellig grunn til mistanke er oppfylt.

Tvil av rettslig art, om en handling i det hele tatt er straffbar, vil ikke være av betydning. Er det usikkert om den handling som er begått faller inn under et straffebed, må dommeren ved avgjørelsen av fengslingsspørsmålet bestemme seg for om forholdet er straffbart eller ikke.

Ved vurderingen av om det foreligger skjellig grunn til mistanke, vil det være anledning til å legge vekt på at den mistenkte ikke har forklart seg for politiet. At den mistenkte ikke har plikt til å forklare seg er begrunnet i at den skyldige ikke skal tvinges til å bidra til sin egen domfellelse. Derimot er det langt færre betenkeligheter ved å pålegge en uskyldig til å bidra til sin egen renvaskelse. Dersom han er uskyldig vil det å forklare seg kunne bidra til at det ikke lenger foreligger skjellig grunn til mistanke, slik at han dermed vil unngå fengsling.³⁵

Det er ikke nok med en subjektiv formodning om at den mistenkte har begått handlingen, mistanken må være forankret i konkrete, objektive forhold.³⁶ Dette følger naturlig av at det

³⁴ Bjerke og Keiserud *Straffeprosessloven med kommentarer* 2.utg (1996) s. 486

³⁵ Gammeltoft-Hansen *Varetægtsfengsling* (1976) s. 57

³⁶ Bratholm *Pågrepelse og varetektsfengsel* (1957) s. 169

kreves at fengslingskjennelsen etter strpl § 184 2. ledd skal nevne hvorfor det foreligger skjellig grunn til mistanke. Det at siktede tidligere er dømt for lignende straffbare handlinger vil kunne være relevant i vurderingen av om det foreligger skjellig grunn til mistanke, men det må i tillegg objektive forhold til for å kunne fengsle. En følelse av at han er skyldig basert på erfaring vil ikke være nok. I praksis er det gjerne vilkåret om at det må foreligge skjellig grunn til mistanke som reiser problemer i en sak, sammenholdt med spørsmålet om fengslingen vil være et uforholdsmessig inngrep etter § 170a.

2.2 Høyere straff enn fengsel i 6 måneder

For å kunne pågripe og varetektsfengsle må strafferammen for handlingen overstige fengsel i 6 måneder. Den alminnelige adgang til å idømme bot i tillegg til fengsel etter strl § 26a kommer ikke i betraktning, jmfør § 26a 2. ledd. Dette betyr at dersom straffebudet har en strafferamme på fengsel i opptil seks måneder eller bot er det ikke adgang til å fengsle, men dersom strafferammen i selve straffebudet er seks måneders fengsel og bot, vil det etter strpl § 171 være adgang til å pågripe og varetektsfengsle.

Det er den generelle strafferammen i straffebudet som er avgjørende i forhold til om det er adgang til å pågripe og varetektsfengsle, ikke den konkrete straff den siktede risikerer å bli idømt. Dette følger av ordlyden i lovteksten, da denne henviser til at handlingen ”kan medføre” høyere straff enn fengsel i seks måneder. Etter bestemmelsen er det strafferammen for en eller flere handlinger som må overstige seks måneder. Tidligere sto det kun i loven en straffbar handling. Dette medførte at det ved idealkonkurrens, det at den siktede hadde overtrådt flere straffebud ved samme handling, kunne det varetektsfengsles, men ikke ved realkonkurrens. Ordlyden ble endret da straffeprosessloven ble satt i kraft til ”handling”, for å understreke at også ved tilfeller der den siktede mistenkes for å ha begått flere overtredelser ved flere handlinger, og strafferammen for disse handlingene til sammen overstiger fengsel i seks måneder, kan det fengsles.³⁷ I dag står det i loven ”en eller flere handlinger”, slik at dette er helt klart. I de tilfeller der strafferammen utvides på grunn av

³⁷ Ot.prp.nr.53 (1983-1984) s. 163-164

gjentakelse etter strl § 61, er det den utvidede strafferamme som blir den avgjørende. Det samme gjelder der strafferammen blir utvidet dersom det foreligger straffskjerpene omstendigheter.

Et unntak fra kravet om at den straffbare handling må kunne medføre høyere straff enn fengsel i seks måneder gjelder etter strpl § 173 2. ledd dersom den mistenkte ikke vites å ha fast bopel i landet, og det er grunn til å frykte flukt til utlandet. Det er i slike tilfeller adgang til å pågripe og varetektsfengsle uavhengig av strafferammen. Etter bestemmelsens første ledd er det adgang til å pågripe uavhengig av strafferammen også dersom noen treffes på fersk gjerning og ikke avstår fra den straffbare handling. I disse tilfellene er det ikke adgang til å varetektsfengsle, etter som § 173 1. ledd ikke er nevnt i § 184 2. ledd.

Muligheten for å kunne pågripe og varetektsfengsle har hatt betydning for fastsettelse av strafferammen for enkelte lovbrudd. For eksempel ble strafferammen for naskeri utvidet ved lov om endring i straffeprosessloven av 28. juni 2002 nr. 55, ved at strafferammen på bøter eller fengsel i inntil seks måneder ble utvidet med tillegget ”eller begge deler”. Dette ble gjort nettopp for å åpne for pågripelse og varetektsfengsel etter strpl § 171, da det ble ansett å være et praktisk behov for å kunne fengsle i slike tilfeller.³⁸

2.3 Straffbarhet

For at pågripelse eller varetektsfengsling skal kunne iverksettes er det et vilkår at handlingen er straffbar. Handlingen må dekke gjerningsinnholdet i et straffebud, skyldkravet i det konkrete straffebud må være oppfylt, den mistenkte må være strafferettslig tilregnelig, og det må ikke foreligge en straffrihetsgrunn. En som er under den kriminelle lavalder eller sinnssyk i gjerningsøyeblikket når dette ikke skyldes selvforskyldt rus, kan derfor ikke pågripes. Det kreves sannsynlighetsovervekt for at alle straffbarhetsvilkårene er oppfylt.³⁹

³⁸ Ot.prp.nr.66 (2001-2002) s. 130

³⁹ Rt. 2004 s. 887 avsnitt 12

For de tilfeller der en som ikke er strafferettslig tilregnelig er mistenkt for å ha begått en alvorlig forbrytelse, er det mulighet for pågrepelse etter strpl § 171 2. ledd dersom vilkårene i første ledd for øvrig er oppfylt. Det kan da også varetektsfengsles etter § 184 2. ledd.

Dette unntaket fra at mistenkte skal kunne ilegges straff gjelder kun ved alvorlige forbrytelser som kan føre til tvungent psykisk helsevern etter strl § 39 eller tvungen omsorg etter strl § 39a. Dersom de forbrytelser som er begått er av mindre alvorlig art, er det ikke adgang til å pågripe og fengsle, selv der den mistenkte har begått en lang rekke forbrytelser og forårsaket store materielle skader.

3 De spesielle vilkår for fengsling

Selv om alle de generelle vilkår i strpl § 171 1. ledd er oppfylt, er ikke dette nok til å kunne pågripe eller varetektsfengsle. Minst et av de spesielle vilkårene i nr. 1-4 må også foreligge. I tillegg er det i enkelte tilfeller mulig å varetektsfengsle etter strpl § 172 selv om vilkårene i § 171 nr. 1-4 ikke er oppfylt.

3.1 Fluktfare

Det første mulige spesielle vilkår for å kunne fengsle finner vi i strpl § 171 nr. 1. Etter dette alternativet er det anledning til å fengsle når det foreligger ”grunn til å frykte” at den mistenkte vil unndra seg forfølgelsen eller straffen. Fluktfaren kan knytte seg både til tiden han er under etterforskning og tiden etter dom, men før soning. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for at den mistenkte vil unndra seg straffen, men det må foreligge konkrete momenter som gir grunn til å frykte en unndragelse. Det er ikke noe vilkår at unndragelsen vil være permanent, også ved fare for midlertidig unndragelse av en viss

varighet vil vilkåret være oppfylt.⁴⁰ Inn under fluktfare går også fare for selvmord,⁴¹ selv om det sjelden er en aktuell problemstilling i praksis. Det behøver ikke å være fare for flukt til utlandet, også flukt innenlands er omfattet. I tillegg vil det at den siktede vil forsøke å skjule seg på sitt hjemsted ved bruk av falskt navn eller lignende vil være omfattet.⁴² At den siktede vil kunne holde seg skjult ved bruk av falskt pass med uriktig identitet vil kunne være av betydning for vurderingen av om det foreligger fluktfare, noe som også ble tillagt vekt i Rt. 1994 s. 1009.

Det kreves ikke at den mistenkte har tatt konkrete skritt for å forsøke flukt, men det må foreligge en konkret begrunnet frykt for at den mistenkte vil flykte dersom han får sjansen. At den mistenkte tidligere har forsøkt å unndra seg pågripelse eller soning av ilagt dom vil kunne være et relevant moment,⁴³ men trenger ikke i seg selv være avgjørende. Andre sentrale momenter vil kunne være hvor alvorlig siktelsen er, om mistenkte har arbeid og familie som binder han til bostedet og minsker sannsynligheten for flukt, og om flukt er praktisk mulig.⁴⁴

Den siktedes tilknytning til Norge vil være et viktig moment, og må vurderes i forhold til den tilknytning den siktede har til et annet land. I begrunnelsen av at det foreligger unndragelsesfare vil det derfor ikke være tilstrekkelig å vise til den siktedes tilknytning til et annet land enn Norge.⁴⁵ Likevel vil den mistenktes statsborgerskap være av betydning ved vurderingen av om det foreligger fluktfare i det aktuelle tilfelle. Flukt til utlandet vil fremstå som mer nærliggende dersom den mistenkte ikke er norsk statsborger. Har den siktede familie her i landet, og er andre familiemedlemmer norske statsborgere, er dette et

⁴⁰ Bjerke og Keiserud *Straffeprosessloven med kommentarer* 2.utg (1996) s. 486

⁴¹ Rt. 2003 s. 1016 avsnitt 15

⁴² NOU 1980:28 s. 43

⁴³ Se for eksempel Rt. 2008 s. 604 avsnitt 12

⁴⁴ NOU 1980:28 s. 43

⁴⁵ Rt. 1998 s. 1292 på s. 1294

moment retten må ta med i vurderingen, da det normalt vil gjøre flukt til utlandet mindre sannsynlig.⁴⁶

Det er mulig å ta hensyn til den siktedes generelle troverdighet i vurderingen av om det er grunn til å feste lit til siktedes forsikringer om å møte frem til hovedforhandling.⁴⁷ Har den siktede avgitt lite troverdige forklaringer til politiet under avhør, er det mindre grunn til å feste lit til den siktedes forsikringer. Det vil da kunne foreligge fluktfare selv om den siktede høytidelig har lovet å møte frem til hovedforhandling. Fremstår siktede som en svært ærlig og samvittighetsfull person vil det kunne være større grunn til å tillegge forsikringene vekt ved helhetsvurderingen av om det foreligger unndragelsesfare.

Den potensielle straffens størrelse vil være av betydning for vurderingen av om den siktede vil forsøke å unndra seg straffen, men selv utsikten til en svært streng straff vil ikke alene være nok til å konstatere at det foreligger fluktfare. Det er normalt større grunn til å frykte at den siktede vil unndra seg en lengre straff enn straff av kortere varighet. Dette momentet vil avta i styrke etter hvert som den siktede har sonet en stadig større del av straffen gjennom varetektsfengsel, slik at fluktfaren da vil minske.⁴⁸ Det er mindre grunn til å frykte at den mistenkte vil unndra seg straffen når kun en mindre del av den gjenstår, enn når han har lang tid i fengsel foran seg.

3.2 Bevisforspillelsesfare

Etter strpl § 171 nr. 2 er det adgang til å fengsle dersom det er ”nærliggende fare” for at den mistenkte vil forspille bevis. Kravet til sannsynlighet er dermed skjerpet i forhold til unndragelsesfare etter nr. 1, der det er tilstrekkelig at det foreligger ”grunn til å frykte” unndragelse. I ”nærliggende fare” ligger at det må eksistere en reell mulighet for at den mistenkte vil kunne forspille bevis, og det må være sannsynlig at han vil benytte seg av

⁴⁶ Rt. 2003 s. 658 avsnitt 21

⁴⁷ Rt. 2004 s. 145 avsnitt 14

⁴⁸ Andorsen *Om varetektsfengsling og uforholdsmessig inngrep* LoR 1984 s. 79-98 på s. 92

denne muligheten.⁴⁹ Etter rettspraksis kreves det sannsynlighetsovervekt for at den siktede vil forspille bevis dersom han løslates.⁵⁰ Det kreves ikke at den siktede har gjort noe konkret som tyder på at han vil forspille bevis dersom han får muligheten, men om slike forhold foreligger vil de naturligvis være med på å underbygge at det foreligger bevisforspillelsesfare.

I tillegg må det foreligge reelle bevis som den mistenkte skal kunne ødelegge for at det i det hele tatt skal kunne være tale om bevisforspillelsesfare, og det må foreligge en viss mulighet for at bevisforspillelseshandlingen vil kunne lykkes. Dersom alle bevis av betydning allerede er kjent for politiet, vil muligheten for å ødelegge bevis være borte. I tillegg til at det må foreligge en faktisk mulighet til å kunne forspille bevis, må det være en reell mulighet for at bevisforspillelseshandlingen vil få innvirkning på etterforskningen. Dersom mistenkte vil forsøke å påvirke et vitne som politiet uansett ikke vil feste lit til, vil det ikke være behov for å fengse på grunn av bevisforspillelsesfare.⁵¹

Bevisforspillelsesfaren må knytte seg til det forhold den siktede er mistenkt for, ettersom bestemmelsen retter seg mot bevisforspillelse ”i saken”. Det er dermed ikke anledning til å fengse den siktede fordi man frykter at han vil forspille bevis i forhold til andre straffbare forhold politiet mistenker ham for, dersom mistanken for disse forhold ikke tilfredsstillende kravet om skjellig grunn til mistanke, slik at det ikke er mulig å begjære varetektsfengsling for disse forhold.

Med å forspille bevis menes alle typer av hindring av at bevis blir kjent, så som påvirkning av vitner, både til ikke å forklare seg eller til å endre en tidligere avgitt forklaring, påvirkning av medskyldige til å endre sin forklaring, ødeleggelse av fysiske bevis, og også det å sørge for at bevis kommer senere frem i lyset enn de normalt ville ha gjort. I tillegg

⁴⁹ NOU 1980:28 s. 46

⁵⁰ Se bl.a. Rt. 2003 s. 1296 avsnitt 15

⁵¹ Gammeltoft-Hansen *Varetægtsfengsling* (1976) s. 98-99

vil det å fabrikere bevis være bevisforspillelse i lovens forstand.⁵² Listen i § 171 nr. 2 er derfor ikke ment å være uttømmende, men er mer en eksemplifisering av de mest praktiske former for bevisforspillelse.

At siktede gjør seg kjent med bevisene i saken og tilpasser sin egen forklaring etter disse anses ikke som bevisforspillelse.⁵³ Dette har sammenheng med at den mistenkte ikke har plikt til å forklare seg for politiet eller i retten etter strpl §§ 90 og 232, og at han heller ikke risikerer straffansvar for falsk forklaring om egne forhold etter strl § 167. Gjelder den falske forklaringen derimot medsiktedes forhold, er den ikke vernet av denne bestemmelsen.

Relevante momenter som kan trekkes inn i vurderingen av om det foreligger fare for bevisforspillelse vil kunne være om siktede har forspilt bevis i forbindelse med tidligere siktelser, og om siktede viser manglende vilje til å samarbeide med politiet.

Selv om den siktede ikke har plikt til å forklare seg for politiet, vil en manglende vilje til å forklare seg kunne være et moment i vurderingen av om det foreligger fare for bevisforspillelse. Det at siktede nekter å forklare seg kan bidra til at selve situasjonen med fare for bevisforspillelse opprettholdes. Den siktetes forklaring er sentral for å få klarhet i hva som har foregått. Nekter han å si noe, og kun hevder at han er uskyldig, vil dette gjøre at det blir vanskelig å finne ut hva som har skjedd. Politiet blir da nødt til å finne andre bevis i saken, og tiden i varetekt kan bli lang som følge av at etterforskningen trekker ut i tid.

Faren for bevisforspillelse trenger ikke å være rettet mot forspillelse av bevis mot den siktede selv, også fare for ødeleggelse av bevis mot medskyldige vil være omfattet.⁵⁴ Men det må dreie seg om bevis i ”saken”, altså må bevisene gjelde samme sakskompleks som

⁵² NOU 1980:28 s. 45

⁵³ Se bl.a. Rt. 2000 s. 343 på s. 345

⁵⁴ Bjerke *Fengsling* (1976) s. 95

det han er siktet for.⁵⁵ Bevisforspillelsesfaren må i slike tilfeller vurderes særlig nøye, og det skal atskillig til for at fengsling på et slikt grunnlag skal finne sted.⁵⁶ Kun å henvise til at det er stor fare for at bevis mot medskyldige vil bli ødelagt er derfor ikke nok.⁵⁷ I tillegg er det ikke sikkert at faren for bevisforspillelse er lik i forhold til de ulike siktede i en sak, slik at det er nødvendig at retten tar stilling til om det foreligger bevisforspillelsesfare i forhold til den konkrete siktede. En henvisning til en tidligere kjennelse mot en medsiktet vil ikke være nok til å si at denne vurderingen har vært foretatt.⁵⁸

For å kunne varetektsfengsle med grunnlag i bevisforspillelsesfare i forhold til medskyldige kreves det ikke at de medskyldige er kjent for politiet. Også i de tilfeller der politiet kun er klar over at det er flere skyldige, men ikke hvem de andre er, kan det fengsles med grunnlag i bevisforspillelsesfare overfor disse. Dersom det er flere siktede i en sak og disse har gitt ulike forklaringer om hendelsesforløpet, kan dette tyde på at faren for bevisforspillelse ennå foreligger. Likevel vil ikke en hver uoverensstemmelse mellom de medskyldige være av betydning.⁵⁹

Dersom den siktede har tilstått, vil det normalt ikke lenger foreligge fare for bevisforspillelse. Dette gjelder imidlertid ikke ubetinget. Det må være grunn til å feste lit til den siktedes tilståelse, og den må ikke fremstå som en tilståelse kun for å slippe ut av fengsel som ikke har rot i virkeligheten. I tillegg vil det i noen tilfeller fremdeles være fare for at den mistenkte vil kunne påvirke vitner og dermed svekke andre bevis mot han, selv om han har tilstått.⁶⁰ Det at man frykter at den siktede senere vil komme til å endre sin forklaring i retten kan ikke anses som bevisforspillelsesfare i lovens forstand.⁶¹

⁵⁵ Rt. 2003 s. 656 avsnitt 13

⁵⁶ Ot.prp.nr.53 (1983-84) s. 28

⁵⁷ Rt. 1994 s. 1336 på s. 1337

⁵⁸ Rt. 2009 s. 472 avsnitt 16-17 og 21

⁵⁹ Rt. 1991 s. 792 på s. 793

⁶⁰ NOU 1980:28 s. 46

⁶¹ Ot.prp.nr.53 (1983-84) s. 48

Normalt er faren for bevisforspillelse størst like etter at det straffbare forhold er oppdaget, og faren vil bli mindre etter hvert som etterforskningen skrider frem, vitner blir avhørt og bevis blir sikret. Når muligheten til å forspille bevis ikke lenger er til stede fordi politiet har foretatt de nødvendige etterforskningsskritt, er det heller ikke lenger adgang til å holde den siktede fengslet etter strpl § 171 nr. 2. Unntaksvis vil det likevel kunne være mulighet for fortsatt fengsling selv om etterforskningen har kommet langt, for eksempel der nye opplysninger blir kjent på et sent stadium av etterforskningen, eller der de bevis som er kjent peker i ulike retninger.⁶² Foreligger det fare for at den siktede vil true vitner til å endre sin forklaring, kan det etter omstendighetene være nødvendig med fengsling grunnet bevisforspillelsesfare også etter at etterforskningen er avsluttet og frem til hovedforhandlingen.⁶³

3.3 Gjentakelsesfare

Det tredje mulige spesielle vilkår for å kunne fengsle er at det foreligger fare for at den mistenkte vil begå nye straffbare forhold hvis han ikke varetektsfengsles. Etter strpl § 171 nr. 3 kreves det at det ”antas påkrevd” å fengsle for å unngå nye straffbare forhold. Formuleringen ble valgt for å understreke at det må foretas en skjønnsmessig vurdering, der faregraden og alvorligheten av de fryktede forhold kan tas med i betraktningen.⁶⁴ ”Antas påkrevd” er ment å være et strengt krav, det kreves en sterk grad av sannsynlighet for at den siktede vil begå nye straffbare handlinger dersom han ikke fengsles.⁶⁵ Nærliggende fare for nye straffbare handlinger vil ikke være nok.⁶⁶

⁶² Ot.prp.nr.53 (1983-84) s. 164

⁶³ Rt. 1999 s. 1163 på s. 1165

⁶⁴ Ot.prp.nr.53 (1983-1984) s. 164

⁶⁵ Ibid. s. 165

⁶⁶ Rt. 2004 s. 74

Ved vurderingen av om det er grunn til å frykte nye straffbare handlinger vil det være nødvendig å vurdere om faren for nye handlinger er særlig stor dersom ikke den mistenkte fengsles nå, i og med at det kreves at fengsling ”antas påkrevd”. Det må foreligge en mer konkretisert fare enn den generelle tilbakefallsrisikoen som jo stort sett er til stede dersom den mistenkte først har begått et straffbart forhold.⁶⁷

Videre er det et krav at de handlinger det er fare for at den siktede vil begå har en strafferamme på mer enn seks måneder. Dette vil beregnes på samme måte som for det generelle vilkår i strpl § 171 1. ledd, slik at det er den konkrete strafferammen i straffebudet som er avgjørende, og ikke den straff den siktede vil risikere å få utmålt i en senere sak om forholdet. Det er ikke noe krav at de nye straffbare forhold vil være av samme art som det den mistenkte skal varetektsfengsles for, men i praksis er det som regel lignende forhold det vil være snakk om. Det vil være særlig vanskelig å vurdere om det foreligger fare for straffbare forhold dersom det er snakk om handlinger av en art den mistenkte ikke tidligere har begått. Det er ikke nødvendig å konkretisere i kjennelsen hvilke nye straffbare handlinger det fryktes.⁶⁸

Mistankens styrke vil få betydning i vurderingen av om det er fare for nye straffbare handlinger. Ved svake beviser vil siktede ha en sterkere oppfordring til ikke å begå nye straffbare handlinger enn dersom mistanken er særlig sterk. Fengsling med grunnlag i gjentakelsesfare blir derfor mer betenkelig dersom det er en reell mulighet for at siktede ikke har begått handlingen, enn der han med stor sannsynlighet er skyldig.⁶⁹

Ved vurderingen av om det er fare for nye straffbare handlinger vil det være av betydning om den siktede tidligere er dømt. Dette vil normalt ha relativt stor vekt ved vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare. Dersom de tidligere forhold ligger langt tilbake i tid, og den siktede ikke har begått straffbare handlinger i mellomtiden, er det derimot mindre

⁶⁷ Rt. 1996 s. 93 på s. 97

⁶⁸ Rt. 1997 s. 928 på s. 929

⁶⁹ Gammeltoft-Hansen *Varetægtsfengsling* (1976) s. 111

grunn til å tillegge dem vekt. At den siktede ikke tidligere er straffet vil være et moment av betydning, men vil ikke i seg selv være avgjørende, noe Rt. 1999 s. 1171 er et eksempel på. Det er også adgang til å ta hensyn til forhold som ennå ikke er pådømt, men det vil ikke være tilstrekkelig kun å henvise til at det foreligger en tiltalebeslutning. Forholdet må vurderes konkret.⁷⁰ Der begrunnelsen for gjentakelsesfare er de forhold som siktede tidligere har begått, er det klart at retten må bygge på det som faktisk har skjedd. Har retten lagt et uomtvistelig uriktig faktum til grunn, kan dette være en saksbehandlingsfeil som må føre til opphevelse etter strpl § 385 jmfør § 343. Likevel må det at retten har bygget på det uriktige faktum kunne ha virket inn på kjennelsens innhold for at den skal oppheves.⁷¹

Det er ved vurderingen av om det er fare for nye straffbare handlinger som kan medføre fengsel i mer enn seks måneder adgang til å legge vekt på at den siktede tidligere har begått handlinger med en strafferamme under seks måneder.⁷² Disse handlingene kan være med i sannsynliggjøringen av at den siktede vil kunne begå alvorligere lovbrudd dersom han ikke fengsles nå.

Hva slags straffbare handlinger den siktede er mistenkt for vil kunne være av betydning for vurderingen av om det foreligger fare for nye straffbare handlinger. Ved gjentatte tilfeller av for eksempel vinningsforbrytelser kan det være større grunn til å frykte nye straffbare handlinger, ettersom de kan være tegn på en mer kriminell livsstil. Handlingene foretas da ofte for å finansiere misbruk av alkohol eller narkotika, noe som tilsier at det er nærliggende fare for at siktede vil fortsette å begå straffbare handlinger av samme art som han nå er siktet for.

Fengsling begrunnet i fare for nye straffbare handlinger skjer av hensyn til samfunnets behov for å beskytte seg mot kriminalitet.⁷³ Denne prevensjonsarresten fører til at den

⁷⁰ Rt. 2004 s. 1253 avsnitt 18

⁷¹ Rt. 2006 s. 571 avsnitt 16

⁷² Rt. 2004 s. 1253 avsnitt 17

⁷³ Ot.prp.nr.53 (1983-84) s. 30

siktede ikke kan begå nye straffbare forhold den tid han sitter inne, og samfunnet er da vernet i den tiden fengslingen varer. I de tilfeller der det er fengslet med grunnlag i gjentakelsesfare vil varetektsfengslingen imidlertid ofte kun innebære en tidsforskyvning av de straffbare forhold, slik at den siktede vil begå nye straffbare forhold etter at han slipper ut fra fengsel igjen. Fengslingen i seg selv er sjelden en garanti mot at den siktede ikke senere vil begå nye straffbare handlinger, men det vil likevel være et samfunnsmessig behov for å kunne fengsle for å hindre nye straffbare handlinger i tiden frem til domsavgjørelse.⁷⁴

En annen del av begrunnelsen for fengsling med grunnlag i gjentakelsesfare er samfunnets interesse i at straffbare forhold blir oppklart og pådømt. Det kan føre til vanskeligheter med gjennomføringen av straffesaken dersom den siktede nærmest livnærer seg på kriminelle forhold, og til enhver tid har straffbare forhold som er under etterforskning.⁷⁵ Ved at han varetektsfengsles og ikke har mulighet til å begå nye straffbare forhold mens etterforskningen pågår, er det mulig å få en samlet pådømmelse av de forhold han har begått.

Varetektsfengsles det fram til saken pådømmes med grunnlag i gjentakelsesfare så fort mistenkte pågripes for et straffbart forhold, vil den siktede ikke få den fordel at en samlet dom for mange forhold blir lavere enn dersom forholdene pådømmes hver for seg. En som er siktet for mange tilfeller av innbrudd vil ikke få en vesentlig høyere straff for 15 enn for 14 innbrudd, slik at han nærmest får kvantumsrabatt for mange straffbare forhold. Pådømmes hvert enkelt straffbare forhold for seg, vil han få en betydelig lengre straff samlet sett.

⁷⁴ Ot.prp.nr.53 (1983-84) s. 30

⁷⁵ L.c.

3.4 Fengsling når mistenkte selv begjærer det

Det fjerde spesielle vilkår for å kunne fengsle etter strpl § 171 er de tilfeller der den mistenkte selv begjærer det av grunner som ”finnes fyldestgjørende”. Slike saker gjelder som regel tilfeller der den siktede har utsikter til en svært lang fengselsstraff, og det vil være hensiktsmessig å påbegynne soningen av denne så raskt som mulig. Han vil uansett få fradrag for tiden i varetekt i den utmålte dom etter strl § 60. Det vil også kunne være hensiktsmessig for den siktede å sitte i varetekt i påvente av en fellende dom, da det i denne periode vanligvis vil være vanskelig for siktede å være i arbeid og ellers fungere normalt i samfunnet.

Også i tilfeller der den siktede lever under kummerlige forhold, han er for eksempel hjemløs, kan det være gode grunner til at han ønsker å bli varetektsfengslet for det straffbare forhold han har begått. Det samme gjelder der den siktede sliter med narkotikamisbruk, og han selv innser at den beste muligheten for å komme ut av misbruket ligger i at han blir fengslet. Han vil i den perioden han er fengslet ikke ha mulighet til å benytte narkotika, noe som muligens kan føre til at han omsider får kontroll over rusmisbruket.

At siktede selv ber om å bli fengslet kan også skje i tilfeller der den siktede frykter hevnaksjoner fra andre siktede. Dette kan særlig være aktuelt ved tilfeller av gjengoppgjør eller narkotikasaker, eller hvis den siktede har angitt andre. I slike saker kan det virke som et uforholdsmessig inngrep overfor den siktede ikke å fengsle ham når han selv ønsker det.⁷⁶ Risikerer den siktede sjikane eller trusler kan det også være nok til at kravet om fyldestgjørende grunn er oppfylt. At den siktede risikerer å bli omtalt negativt i media eller i nabolaget vil derimot ikke være tilstrekkelig.⁷⁷

⁷⁶ Andersen *Om varetektsfengsling og uforholdsmessig inngrep* LoR 1984 s. 79-98 på s. 90-91

⁷⁷ Ibid. s. 91

Det kreves at den siktede positivt ber om pågrepelse eller fengsling. Samtykke vil ikke være nok. I tillegg til begjæringen må det foreligge en ”fyldestgjørende” grunn, noe som normalt vil måtte være at det foreligger tilnærmet sikre utsikter til en ubetinget fengselsstraff, og at den siktede har avgitt en klar tilståelse.⁷⁸ Tilfeller av fengsling etter denne bestemmelsen vil normalt være lite aktuelt dersom det ikke foreligger tilståelse, etter som den siktede selv positivt må be om å bli fengslet.

3.5 Rettshåndhevelsesarrest

Etter strpl § 172 kan det i enkelte saker fengsles selv om de spesielle vilkår i strpl § 171 ikke foreligger. I disse tilfellene er det snakk om straffbare forhold med en strafferamme på over ti år, noe som betyr at det kun vil være ved alvorlige forbrytelser at fengsling etter denne bestemmelsen vil være aktuelt. Også forsøk på en forbrytelse som kan medføre høyere straff enn fengsel i ti år er omfattet, selv om forsøk etter strl § 51 skal straffes mildere enn en fullbyrdet forbrytelse. Gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser vil etter strpl § 172 siste punktum ikke komme i betraktning, slik at det er strafferammen for en enkelt forbrytelse som må overstige ti år. Etter de andre alternativer i § 172 vil også fengsling kunne skje etter denne bestemmelsen ved særlig grove voldsforbrytelser med uforsettlige følger.

I tillegg til at strafferammen må overstige ti år kreves det at det foreligger tilståelse eller andre særlige forhold som er egnet til å styrke mistanken i vesentlig grad. At det kreves forhold som vesentlig styrker mistanken, innebærer at det ikke er nok at det foreligger skjellig grunn til mistanke. Det skal adskillig mer til.⁷⁹ Hva dette innebærer må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Det kreves imidlertid ikke at det foreligger ”en nær opp til visshet grensende sannsynlighet” for at den siktede er skyldig i forholdet.⁸⁰ I de tilfeller der

⁷⁸ Andorsen *Om varetektsfengsling og uforholdsmessig inngrep* LoR 1984 s. 79-98 på s. 90

⁷⁹ Rt. 1989 s. 70 på s. 72

⁸⁰ Rt. 1989 s. 186 på s. 187

fellende dom foreligger vil kravet om særlig sterk mistanke vanligvis være oppfylt, men retten må likevel ved avgjørelsen av fengslingsspørsmålet vurdere mistanken styrke.⁸¹

Viktig er at kravet til særlig sterk mistanke gjelder mistanken om at den siktede er skyldig og kan straffes for forholdet, ikke hvorvidt det foreligger forhold som styrker mistanken om at han faktisk har begått handlingen. I tilfeller der det er tvil om det foreligger en straffrihetsgrunn vil derfor ikke vilkåret være oppfylt.⁸² Alle straffbarhetsvilkårene må antas å foreligge.

I mange tilfeller av alvorlige forbrytelser vil et eller flere av de spesielle vilkår for fengsling etter strpl § 171 nr. 1-4 foreligge, noe som vil være av betydning ved vurderingen av om § 172 skal anvendes i det konkrete tilfellet. Det er imidlertid ikke noe krav om at disse vilkårene eller elementer av dem skal foreligge, da rettshåndhevelsesarrest etter strpl § 172 er et selvstendig fengslingsgrunnlag.⁸³

Ved vurderingen av om fengsling skal skje etter § 172 skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet i samfunnet at den siktede er på frifot. Bakgrunnen for bestemmelsen er at det ved svært alvorlige forbrytelser vil kunne virke opprørende om en som tilnærmet sikkert er skyldig i en alvorlig forbrytelse skal kunne gå løs i påvente av at saken hans kommer opp for retten. I tillegg vil det kunne bidra til å skape utrygghet at en som har begått svært alvorlige forbrytelser er på frifot, selv om det ikke konkret foreligger gjentakelsesfare. Hensynet til rettshåndhevelsen spiller også en rolle. Når det begås alvorlige forbrytelser er det nødvendig at allmennheten ser at noe blir gjort for å opprettholde tilliten til rettssystemet og påtalemyndigheten. En umiddelbar reaksjon kan være påkrevet av denne grunn selv om ikke de spesielle vilkår i § 171 nr. 1-4 foreligger.⁸⁴

⁸¹ Rt. 1996 s. 1352 på s. 1353

⁸² Rt. 1994 s. 648 på s. 649

⁸³ Rt. 1998 s. 1244 på s. 1245

⁸⁴ Bjerke *Fengsling* (1977) s. 105-106

Det kreves ikke at det foreligger konkrete holdepunkter for at unnlatelse av å fengsle eller å løslate siktede vil forårsake en reaksjon hos allmennheten. Det avgjørende blir om løslatelsen vil være egnet til å skape en slik reaksjon.⁸⁵ Dette gjelder selv om den mistenkte tidligere har vært løslatt og det ikke har medført noen reaksjon i samfunnet, dersom situasjonen på dette tidspunkt er endret, slik at det nå foreligger fare for at allmennheten vil reagere på løslatelse.⁸⁶ Det kan for eksempel være tilfellet der den siktede er dømt i tingretten, men saken er anket og skal opp for lagmannsretten. I slike saker kan det komme til å skape mistillit til rettssystemet om den siktede skal være på frifot fram til saken kommer opp for lagmannsretten. Selv om det ikke kreves en konkretisering av hvordan allmennheten kan komme til å reagere, eller om det i det hele tatt vil komme en reaksjon, er det nødvendig å konkretisere i kjennelsen de momenter som er av betydning for samfunnets eller rettshåndhevelsens behov.⁸⁷

§ 172 antas ikke å være i strid med EMK art. 5 nr. 1 c), selv om fengsling med grunnlag i at det er begått en særlig alvorlig forbrytelse ikke er nevnt i denne bestemmelsen.⁸⁸ Det er imidlertid etter EMK ikke tilstrekkelig for å kunne fengsle kun at det er begått en alvorlig forbrytelse, det må vurderes konkret om det foreligger tilstrekkelig grunn til å fengsle siktede i denne saken.⁸⁹ EMD har i sin praksis akseptert at det i tilfeller av særlig alvorlige forbrytelser kan være behov for å varetektsfengsle, i det minste for en viss tid, på grunn av en potensiell reaksjon i samfunnet. Like fullt er det et krav at løslatelsen faktisk vil være egnet til å skape en reaksjon i samfunnet, og dette kan endre seg over tid. Fengsling med dette grunnlag kan bare benyttes så lenge samfunnshensyn fortsatt gjør seg gjeldende.⁹⁰

⁸⁵ Rt. 1997 s. 1739 på s. 1740

⁸⁶ Rt. 2001 s. 940 på s. 944

⁸⁷ Rt. 2002 s. 842 på s. 843

⁸⁸ Rt. 1987 s. 1285 på s. 1288

⁸⁹ Rt. 2001 s. 940 på s. 943

⁹⁰ Letellier v. Frankrike avsnitt 51

At det er adgang til å varetektsfengsle selv om de spesielle vilkår etter strpl § 171 nr. 1-4 ikke foreligger, innebærer at det ikke er behov for å tøyde de andre fengslingsgrunnlagene for at fengsling skal kunne foretas der en grov forbrytelse er begått.⁹¹ I og med at det kreves at mistanken er særlig sterk vil den siktede med stor sannsynlighet ha en lang fengselsstraff foran seg, slik at fengslingen vil være mindre betenkelig overfor den siktede selv. Likevel bør bestemmelsen benyttes med forsiktighet, ettersom den er et uttrykk for å gi etter for den allmenne rettsfølelse og ikke er begrunnet i de tradisjonelle fengslingsgrunnlag.

4 Forholdsmessighetsvurderingen

4.1 Straffeprosessloven § 170a

Strpl § 170a er en generell bestemmelse som gjelder ved bruk av alle tvangsmidlene i straffeprosesslovens fjerde del. Bestemmelsen kom inn i loven ved lov 3. desember 1999 nr. 82. Tidligere stod kravet om at inngrepet ikke skulle være et uforholdsmessig inngrep i strpl §§ 174 1. ledd og 184 2. ledd, og gjaldt direkte kun i forhold til pågrepelse og fengsling. Forholdsmessighetsvurderingen ble imidlertid innfortolket også i de andre bestemmelsene om straffeprosessuelle tvangsmidler. Innføringen av en egen bestemmelse var ikke ment som en endring av rettstilstanden, men tydeliggjorde at kravet om forholdsmessighet skulle gjelde ved alle typer tvangsinngrep etter straffeprosessloven.

Bestemmelsen er et uttrykk for proporsjonalitetsgrunnsetningen, det minst inngripende tvangsmiddel som vil oppnå det tilsiktede formål skal benyttes. Straffeprosessuelle

⁹¹ NOU 1980:30 s. 54

tvangsmidler kan etter sin art være svært inngripende overfor den siktede, og bør derfor benyttes med forsiktighet. Tvangsmidlene må kontinuerlig vurderes slik at de står i forhold til det mål som søkes oppnådd.⁹² Det må foreligge interesseovervekt til fordel for fengsling for at dette tvangsmiddelet skal kunne benyttes.

4.2 Tilstrekkelig grunn

Det første krav i strpl § 170a er at et tvangsmiddel ikke skal benyttes med mindre det er "tilstrekkelig grunn" til det. Dersom et mindre inngripende tiltak vil være tilstrekkelig til å oppnå det man ønsker, skal dette tiltaket benyttes. For eksempel vil det i enkelte tilfeller være nok til å hindre fluktfare etter strpl § 171 nr. 1 at den mistenkte må levere inn pass eller pålegges meldeplikt etter strpl § 181 1. ledd. I slike tilfeller er det ikke tilstrekkelig grunn til å benytte seg av varetektsfengsling.

4.3 Uforholdsmessig inngrep

Etter strpl § 170a 2. pkt skal et straffeprosessuelt tvangsmiddel ikke benyttes dersom det ville være et uforholdsmessig inngrep. Her må det foretas en helhetsvurdering, og mange ulike momenter vil kunne være relevante. Det må foretas en avveining mellom samfunnets interesse i å oppklare lovbrudd og de ulemper inngrepet vil påføre den mistenkte. De fordeler som oppnås ved å fengsle må være større enn de ulemper den mistenkte blir utsatt for som følge av fengslingen. Den mistenktes interesser skal respekteres, slik at inngrepet ikke skal gjøres mer byrdefullt enn det som er nødvendig for å oppnå formålet.⁹³

Det å sitte i varetektsfengsel vil i det store flertall av saker innebære en belastning for den siktede. Hans personlige frihet vil bli kraftig innskrenket, han må oppholde seg i cellen store deler av døgnet, og han kan ikke gå på jobb eller pleie sitt vanlige sosiale liv. Dette er normale følger av det å sitte i fengsel, og vil ikke innebære at varetektsfengslingen av den

⁹² Gammeltoft-Hansen *Varetægtsfængsling* (1976) s. 142

⁹³ NOU 1980:28 s. 57

grunn kan sies å være uforholdsmessig. De vanlige ulempene er det tatt hensyn til i og med at det kreves en god del for å kunne varetektsfengsle noen, det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at han har begått et lovbrudd av en såpass alvorlig grad at han risikerer større straff enn fengsel i seks måneder, i tillegg til at minst et av de spesielle vilkår i strpl § 171 nr. 1-4 må være oppfylt. Det skal derfor noe mer enn det alminnelige ubehag ved å sitte i fengsel til for at varetektsfengsling skal kunne sies å være uforholdsmessig når fengslingsvilkårene er oppfylt.

Vurderingstemaet blir derfor om varetektsfengsling vil være et uforholdsmessig inngrep overfor denne mistenkte i denne konkrete saken, som følge av at det for han foreligger særlige forhold som gjør at fengsling vil innebære en spesielt stor belastning for ham. Dette må vurderes i forhold til det behov myndighetene har for å holde han varetektsfengslet. Ved denne vurderingen er det mange ulike elementer som kan tas i betraktning, og et enkelt moment vil ikke i seg selv være avgjørende. Noe som blir tillagt vesentlig vekt i en sak vil kunne være nærmest uten betydning i en annen sak, fordi de konkrete forhold skiller seg fra hverandre på flere punkter. På samme måte er det ikke nødvendig at forholdsmessigheten faller likt ut i forhold til flere siktede i samme sakskompleks. Det må foretas en helhetsvurdering der de ulike momenter veies mot hverandre.

Etter strpl § 184 2. ledd kreves det at det i kjennelse om varetektsfengsling fremgår at fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep. Kravet til begrunnelse utgjør en viktig rettsikkerhetsgaranti for den siktede, og medfører at dommeren konkret må vurdere om fengslingen vil være uforholdsmessig. Å formulere hvorfor et inngrep ikke vil være uforholdsmessig kan være vanskelig, og det må tas hensyn til de vanskeligheter ved formuleringen av kjennelsen som dommeren kan støte på ved vurderingen av om begrunnelsen i hvert tilfelle er tilstrekkelig.⁹⁴ Det kan ikke stilles urimelig strenge krav til begrunnelsen for hvorfor fengslingen ikke anses uforholdsmessig, men det må gå frem av kjennelsesgrunnene at det er foretatt en konkret vurdering av forholdsmessigheten.⁹⁵

⁹⁴ Ot.prp.nr.81 (1999-2000) s. 28

⁹⁵ Ibid. s. 45

Ved forlengelse av fengslingen må forholdsmessigheten vurderes på nytt, og det er ikke gitt at vurderingen behøver å falle likt ut nå som på de tidligere stadier i saken. Ofte vil behovet for å holde den siktede i varetektsfengsel minke over tid, etter som de spesielle fengslingsvilkårene vil kunne svekkes over tid. Retten vil ikke være bundet av tidligere forholdsmessighetsvurderinger.⁹⁶ Der fengslingen har vart lenge er det også nødvendig at det konkret går frem at forholdsmessigheten har vært vurdert på det nåværende tidspunkt. Selv om denne vurderingen skulle falle likt ut nå, er det ikke en tilstrekkelig begrunnelse kun å henvise til den tidligere forholdsmessighetsvurdering.⁹⁷ Dette har sammenheng med at et tvangsmiddel ofte vil oppleves som mer belastende dersom det blir opprettholdt over tid enn om det kun ilegges for et avgrenset, kort tidsrom. Av denne grunn vil kravet til begrunnelsen for hvorfor fengsling ikke anses uforholdsmessig over tid skjerpes.

Hvis fengslingen anses for å være et uforholdsmessig inngrep, og den mistenkte derfor må løslates, skal det begrunnes i kjennelsen hvorfor fengsling vil være et uforholdsmessig inngrep. Dette vil normalt være langt enklere å formulere kort og presist enn en begrunnelse for hvorfor fengsling ikke anses som et uforholdsmessig inngrep. Det er gjerne et konkret forhold som blir utslagsgivende, og kjennelsen kan da henvise til denne omstendighet som begrunnelse for hvorfor fengsling anses uforholdsmessig.

4.3.1 Alder

I de tilfeller der den mistenkte er mindreårig vil dette få stor betydning ved forholdsmessighetsvurderingen. Etter strpl § 174 2. ledd skal personer under 18 år ikke pågripes dersom det ikke er særlig påkrevd. Det skal derfor mye til for å kunne pågripe mindreårige. Bestemmelsen virker inn på § 170a slik at det skal mer til for at fengslingen ikke skal anses uforholdsmessig når mistenkte er mindreårig enn når han er voksen. Dette betyr ikke at fengsling av en person mellom 15 og 18 år er utelukket, men at det skal mye

⁹⁶ Rt. 2000 s. 310 på s. 312

⁹⁷ Rt. 2009 s. 472 avsnitt 17

til for at fengslingen i slike tilfeller ikke skal være et uforholdsmessig inngrep. Det stilles også strengere krav til begrunnelsen for hvorfor fengsling ikke vil være et uforholdsmessig inngrep når siktede er mindreårig.

Etter barnekonvensjonen art. 37 b) skal fengsling av mindreårige kun skje som en siste utvei. I de tilfeller der det er mulig å finne andre løsninger enn å fengsle vedkommende, skal disse benyttes fremfor å fengsle. Dersom det ikke finnes tilfredsstillende alternativer til fengslingen kan varetektsfengsling benyttes, fordi dette etter omstendighetene fremstår som siste utvei.⁹⁸ Dette vil kunne være tilfelle der barnevernets tilbud ikke har vært tilstrekkelig sett i sammenheng med hvor alvorlig den konkrete saken er. Jo yngre den mistenkte er, jo viktigere vil det også være å finne alternativer til fengsling. En lovovertreder som så vidt har fylt 15 år på gjerningstidspunktet vil som regel oppleve fengslingen som mer belastende enn en som kun har noen måneder igjen før han fyller 18 år.

Ved vurderingen av forholdsmessigheten av fengsling i de tilfeller siktede er mindreårig vil det være nødvendig å ta i betraktning den belastningen det vil være for en ung person å bli fengslet. For unge personer vil ofte et møte med det norske fengselsvesenet være en stor påkjenning, og den mindreårige vil få avbrutt sin utdanning i kortere eller lengre tid. Dette kan medføre at de ikke fullfører sin utdanning, noe som igjen kan gi problemer senere i livet.

Selv om selve pågripelsen ikke ville være et uforholdsmessig inngrep, vil raskt en kjennelse om varetektsfengsling av en mindreårig være det. Dersom det er mulig bør mindre inngripende tiltak benyttes. Et mulig alternativt tiltak vil kunne være opphold hos bestemte personer, enten det er familie⁹⁹ eller i behandlingskollektiver.¹⁰⁰ Oppholdet vil gjerne være kombinert med ulike restriksjoner slik at den mindreårige vil være under tilsyn og ikke ha mulighet til flukt, ødeleggelse av bevis eller å begå nye straffbare handlinger

⁹⁸ Rt. 2004 s. 1655 avsnitt 15

⁹⁹ Rt. 2007 s. 333

¹⁰⁰ Rt. 1992 s. 817

mens oppholdet pågår. Innebærer restriksjonene at oppholdet får karakter av frihetsberøvelse, kan i slike tilfeller oppholdet likestilles med frihetsberøvelse og gi adgang til varetektsfradrag. Selv om opphold i private hjem eller institusjoner vil adskille seg markert fra et normalt opphold i varetektsfengsel, kan omfanget av de restriksjoner den mindreårige blir ilagt og graden av oppfyllelse av dem være så omfattende at det er naturlig å likestille oppholdet med frihetsberøvelse som gir rett til fradrag.¹⁰¹

Dersom fengsling av mindreårige skal benyttes, skal det skje for et kortest mulig tidsrom. Fristen for fengsling er etter strpl § 185 fire uker, med mindre prøving etter fire uker vil være uten betydning. Ved fengsling av barn under 18 år bør fengslingen vurderes kontinuerlig slik at de ikke utsettes for unødig eller for lang fengsling, og det bør vurderes en kortere fengslingsfrist enn fire uker der det er mulig. Det kreves i tillegg en særlig begrunnelse for å forlenge fengslingen utover fire uker av gangen når siktede er mindreårig.¹⁰²

Også i tilfeller der den mistenkte er av særlig høy alder vil varetektsfengsling kunne fremstå som et uforholdsmessig inngrep.¹⁰³

4.3.2 Familieforhold

§ 170a gir kun en anvisning på at det straffeprosessuelle tvangsmiddelet ikke skal være et uforholdsmessig inngrep, ikke hvem inngrepet ikke skal være uforholdsmessig overfor. I hovedsak vil naturligvis forholdsmessighetsvurderingen foretas i forhold til den belastningen fengslingen vil være for siktede selv. Hensynet til andre enn siktede kan likevel etter omstendighetene føre til at varetektsfengsling kan være et uforholdsmessig inngrep. Dette gjelder spesielt i forhold til den siktedes familie. Der den siktede har barn

¹⁰¹ Rt. 2007 s. 333 avsnitt 20

¹⁰² Rt. 2009 s. 1125 avsnitt 13

¹⁰³ Andorsen *Om varetektsfengsling og uforholdsmessig inngrep* LoR 1984 s. 79-98 på s. 80

med et akutt behov for å se den siktede, for eksempel ved alvorlig sykdom, vil fortsatt fengsling kunne fremstå som et uforholdsmessig inngrep, selv ved en lovovertrødelse av alvorlig art.¹⁰⁴ Også i tilfeller hvor barna vil komme til reagere svært sterkt på den siktedes opphold i varetektsfengsel, kan fengslingen anses uforholdsmessig slik at den siktede må løslates.¹⁰⁵ Dersom den siktede er eneforsørger for mindreårige barn vil dette klart virke inn på vurderingen av om fengslingen er uforholdsmessig. Der det ikke er andre mulige omsorgspersoner vil fengslingen være svært belastende for barna da de risikerer en svært usikker tilværelse den tiden fengslingen varer.

Også hensynet til den siktedes ektefelle eller samboer vil være av betydning, særlig dersom denne står i et avhengighetsforhold til den siktede. Har den siktede familiemedlemmer med rusproblemer kan det være aktuelt å vektlegge dette, det samme gjelder dersom det er alvorlig sykdom i den nærmeste familie. Særlig i tilfeller der det er en reell risiko for at familiemedlemmet kan dø av sykdommen, og den siktede da blir påført den ekstra belastningen det er ikke å kunne være til stede, vil fengslingen kunne anses uforholdsmessig slik at den siktede må løslates.¹⁰⁶ I slike tilfeller er det gjerne svært viktig for den syke å ha den siktede hos seg, noe som også må tillegges vekt ved forholdsmessighetsvurderingen.

4.3.3 Arbeid og sosiale forhold

Har den mistenkte fast jobb, vil dette komme inn i vurderingen av om han skal holdes fengslet. Den mistenkte vil ved fengselsopphold av noe lengre varighet mest sannsynlig miste jobben. Ved fengselsopphold av mer enn to måneders varighet vil den siktede ikke ha krav på permisjon etter arbeidsmiljøloven, og et fravær av en slik lengde vil kunne anses som saklig grunn til oppsigelse. Dersom den siktede blir dømt etter tid i varetekt vil tiden i varetekt kunne være grunnlag for oppsigelse, mens i de tilfeller der den mistenkte senere

¹⁰⁴ Rt. 1997 s. 678 på s. 681

¹⁰⁵ Rt. 1999 s. 1610 på s. 1611

¹⁰⁶ Rt. 1986 s. 1406 på s. 1407

blir frikjent vil det ikke være like klart at den mistenkte skal bære hele risikoen for fravær grunnet varetekt.¹⁰⁷ Blir den siktede dømt for det straffbare forhold, er det naturlig at han selv bærer risikoen for fravær i forhold til arbeidsgiver, da dette kunne ha vært unngått ved at han ikke innlot seg på det straffbare forhold. Blir han i stedet mistenkt og varetektsfengslet for et forhold han senere blir frikjent for, vil det kunne medføre store problemer dersom han i tillegg til oppholdet i varetekt vil miste jobben. Dette kan igjen føre til at han senere kan komme til å begå straffbare forhold. Mister den siktede jobben kan han i tillegg få økonomiske problemer og vanskeligheter med å forsørge sine familiemedlemmer.

Også det at den siktede nylig har fått seg jobb etter en tid som arbeidsledig vil kunne være av betydning. Dette kan være et tegn på at han er i ferd med å snu et negativt atferdsmønster og er på vei ut av en kriminell livsstil. Hvis han da skal havne i varetektsfengsel, og dermed bli arbeidsledig igjen, vil dette kunne føre med seg en negativ utvikling med nye straffbare forhold og opprettholdt kontakt med det kriminelle miljø.

Mange av de som begår straffbare handlinger i Norge sliter med rusproblemer, og begår vinningskriminalitet for å finansiere misbruket. I slike situasjoner hadde det vært ønskelig å gi den mistenkte opphold på behandlingsinstitusjon fremfor fengsling, da de trenger hjelp til å komme ut av misbrukssituasjonen. Ettersom de begår kriminalitet for å finansiere sitt misbruk vil de mest sannsynlig fortsette med å begå lovbrudd når de slipper ut igjen, slik at hjelp til å komme ut av rusavhengigheten vil være langt mer samfunnsnyttig enn å varetektsfengsle. Dessverre er det begrenset antall behandlingsinstitusjoner for misbrukere her til lands, slik at mange ikke får den hjelpen de behøver til å komme ut av den destruktive livsstilen.

Dersom den siktede har fått opphold på behandlingsinstitusjon, vil raskt varetektsfengsling fremstå som et uforholdsmessig inngrep dersom fengslingen medfører at siktede vil miste

¹⁰⁷ Rt. 1992 s. 1482 på s. 1487

behandlingstilbudet. Fengsling i tiden fram til behandlingen kan iverksettes vil derimot kunne anses for å være forholdsmessig. Den siktede vil når han kommer inn i behandlingssituasjonen som regel være under et visst tilsyn, slik at behandlingen etter omstendighetene kan fremstå som et fengslingssurrogat.

4.3.4 Mistankens styrke

Mistankens styrke vil kunne være et moment av stor betydning ved vurderingen av om fengslingen skal anses for å være forholdsmessig eller ikke.¹⁰⁸ Dette gjør seg særlig gjeldende ved saker som gjelder fengsling av lang varighet og for alvorlige forhold. Fremstår det som nærmest sikkert at den siktede har begått handlingen, er det mindre grunn til å anse fengslingen for uforholdsmessig, da han med stor sannsynlighet vil bli idømt fengselsstraff. Er derimot mistanken svakere fundert vil det være større grunn til å anse fengslingen uforholdsmessig, særlig etter hvert som tiden går. Fengsling vil innebære en stadig større belastning over tid. Det er av denne grunn mer betenkelig å utsette en mulig uskyldig for en slik belastning enn en som tilnærmet sikkert har begått den straffbare handling.

4.3.5 Samfunnshensyn

Hensynet til samfunnet vil komme inn under forholdsmessighetsvurderingen etter strpl § 170a. Spesielt der de straffbare forhold som er begått er av alvorlig art og det foreligger gjentakelsesfare, må samfunnet vernes mot de grove forbrytelser den siktede kan komme til å begå dersom han løslates. Ulempene og det ubehag den siktede utsettes for som følge av fengslingen må vurderes i forhold til de belastninger samfunnet vil utsettes for dersom den siktede slippes løs. Er disse belastningene betydelige, skal det mer til for at fengslingen vil anses å være uforholdsmessig.

¹⁰⁸ Rt. 2008 s. 1102 avsnitt 12

Men også i mindre alvorlige tilfeller kan hensynet til samfunnet veie tungt i forholdsmessighetsvurderingen. Ved organisert kriminalitet, eller der den siktede har begått et stort antall kriminelle handlinger vil det kunne veie tungt at samfunnet bør vernes mot slik kriminalitet. Slike saker påvirker mange mennesker og kan innebære store materielle tap.

I tilfeller der utenlandske statsborgere kommer til Norge med den hensikt å begå kriminalitet kan det være særlig viktig å varetektsfengsle for å sende et tydelig signal om at slik kriminalitet blir slått hardt ned på. Dersom de siktede slippes ut i slike tilfeller er også utsiktende til å få fullbyrdet en fellende dom små, da flukt til hjemlandet må fremstå som en reell fare.

4.3.6 Siktelsens alvor

Dersom siktede er mistenkt for et svært alvorlig forhold, skal det normalt mer til for at varetektsfengsling skal fremstå som et uforholdsmessig inngrep enn ved mindre alvorlige lovovertridelser. I slike tilfeller vil samfunnet ha en særlig interesse i at den siktede holdes fengslet, og denne interessen vil veie tungt. Samfunnet har behov for beskyttelse mot forbrytelser av særlig alvorlig art, da slike handlinger skaper frykt hos befolkningen. Det er også i strid med den allmenne rettsfølelsen om en som er mistenkt for noe så alvorlig som drap eller lignende skal gå fri i påvente av at saken kommer opp.

Dette har også fått sitt uttrykk i strpl § 172 om rettshåndhevelsesarrest. I saker av slik alvorlig art skal det svært mye til for at varetektsfengsling skal anses uforholdsmessig. Likevel kan det tenkes tilfeller der varetektsfengsling vil kunne fremstå som et uforholdsmessig inngrep. Et eksempel på dette finner vi i LE-2008-68933, der drapet hadde skjedd to år tidligere, allmennhetens interesse i saken hadde avtatt, og den siktede var inne i et behandlingstilbud, slik at nye psykoser av den art drapet var begått under fremsto som lite sannsynlig. Selv om skylden her var på det rene ville fortsatt fengsling være uforholdsmessig.

Der det foreligger siktelse for et alvorlig forhold skal det ofte mye til for at fortsatt fengsling skal anses uforholdsmessig dersom vilkårene for fengsling foreligger fremdeles, selv om den siktede har sittet i varetekt i lengre tid. Momentet henger sammen med den konkrete straffutsikten. Jo alvorligere forhold mistenkte er siktet for, jo lenger fengselsstraff risikerer han normalt, og jo lenger tid vil han etter omstendighetene kunne sitte i varetekt uten at dette anses uforholdsmessig.

4.3.7 Den konkrete straffutsikten

Selv om varetektsfengslingen ved første gangs fengsling ikke er å anse som et uforholdsmessig inngrep, vil den etter som tiden går likevel kunne fremstå som uforholdsmessig. Dette kommer tydelig frem dersom tiden i varetekt begynner å nærme seg lengden på den straff den siktede mest sannsynlig kommer til å bli idømt. Selv om de spesielle vilkår for å kunne fengsle fremdeles er til stede, kan den mistenkte ikke holdes fengslet i urimelig lang tid. Dette har også vært et moment den europeiske menneskerettighetsdomstolen har lagt vekt på når de har vurdert om en fengsling har vært i strid med EMK art. 5 nr. 3, som stiller krav om at den mistenkte skal få sin sak prøvet innen rimelig tid. I tillegg vil en svært langvarig fengsling kunne anses i strid med uskyldspresumsjonen etter EMK art. 6 nr. 2, selv om den ennå ikke har oversteget lengden på den straff den siktede risikerer.

At det ikke er fare for at den siktede vil oversone vil være et moment som spiller inn ved vurderingen av om fortsatt fengsling er et uforholdsmessig inngrep. Foreligger en konkret straffutsikt på vesentlig lenger tid enn den siktede risikerer å sitte i varetekt, skal det mye til for at fengslingen kan sies å være uforholdsmessig kun med grunnlag i at den siktede har sittet lenge i varetekt. Den siktede vil uansett få fradrag for den tid som er sonet i varetekt, slik at tiden i varetekt kun innebærer en fremskynding av soningen.

Et særlig problem som reiser seg i forhold til den konkrete straffutsikten er at det i Norge er vanlig med prøveløslatelse når 2/3 av straffen er sonet. Det blir derfor et spørsmål om varetektsfengslingen skal anses som et uforholdsmessig inngrep allerede når tiden i

varetekt begynner å nærme seg 2/3 av den straff den siktede mest sannsynlig blir idømt. Dette må dommeren ta i betraktning når forholdsmessigheten av fengslingen vurderes.¹⁰⁹

Vil den siktede mest sannsynlig bli idømt betinget fengselsstraff vil dette måtte tas i betraktning i vurderingen av om varetektsfengsling vil være uforholdsmessig. Den siktede vil da ikke nyte godt av den fordel at han får fradrag i utmålt straff for den tid han har sittet i varetekt. Imidlertid blir det ved vurderingen av om siktede skal få betinget straff tatt hensyn til at han allerede har sittet i varetekt en periode, slik at det ikke er utelukket å varetektsfengsle selv om det mest sannsynlig vil bli idømt betinget straff. I tillegg vil han ved brudd på betingelsene for betinget straff, slik at straffen blir omgjort til ubetinget fengsel, da få fradrag for tiden i varetekt.¹¹⁰

4.3.8 Forholdsmessighet ved fengsling fram til hovedforhandling

Ved kjennelse om forlengelse av fengsling er det etter strpl § 185 1. ledd adgang til å forlenge fengslingen i inntil fire uker av gangen, med mindre prøving etter fire uker vil være uten betydning. Ved hver fornyede prøving skal forholdsmessigheten av fengslingen vurderes etter § 170a.

Dersom det er klart at fengsling vil bli begjært frem til hovedforhandling finner sted, skal forholdsmessigheten vurderes ut fra dette tidsperspektivet, og ikke i forhold til de kommende fire ukene. Det foreligger en rekke dommer fra den senere tid der lagmannsrettens kjennelse har blitt opphevet som følge av at forholdsmessigheten kun har blitt vurdert ut fra et fireukers perspektiv.¹¹¹ Det samme gjelder dersom det foreligger dom som er anket, og det ut fra begrunnelsen for fengslingen virker åpenbart at påtalemyndigheten tar sikte på å holde den siktede fengslet fram til ankeforhandlingen blir

¹⁰⁹ Andorsen *Om varetektsfengsling og uforholdsmessig inngrep* LoR 1984 s. 79-98 på s. 92

¹¹⁰ *Ibid* s. 94-95

¹¹¹ Rt. 2009 s. 834, Rt. 2008 s. 1807, Rt. 2008 s. 1102 osv

holdt. Retten må ta stilling til når ankeforhandlingen mest sannsynlig vil bli berammet, og vurdere forholdsmessigheten ut fra dette tidsperspektiv.¹¹²

At forholdsmessigheten må vurderes ut fra når hovedforhandling eller ankeforhandling tidligst vil kunne bli holdt har gode grunner for seg. Fengsling fram til hovedforhandling eller ankeforhandling vil innebære en vesentlig større belastning for den siktede totalt sett enn fengsling i fire uker fra kjennelsestidspunktet. Dersom forholdsmessigheten kun skulle vurderes i forhold til de kommende fire uker, ville fengsling fram til hoved- eller ankeforhandling neppe kjennes uforholdsmessig på noe tidspunkt, selv der tiden som kunne gå før saken kommer opp risikerte å bli betydelig.

I enkelte saker kan det ta svært lang tid fra det blir tatt ut tiltale og til saken kommer opp. Årsaken til den lange saksbehandlingstiden har betydning for vurderingen av forholdsmessigheten.¹¹³ Den tid som har gått og årsakene til det må ses i sammenheng med behovet for fortsatt fengsling og siktelsens alvor,¹¹⁴ slik at det vil ikke være mulig å si at fengslingen er uforholdsmessig kun på grunn av at den mistenkte har sittet inne en bestemt tid. Selv der det innrømmes at tiden som har gått fra førstegangsfengsling frem til hovedforhandling har vært alt for lang, kan fortsatt fengsling anses forholdsmessig sett i forhold til forbrytelsens art og grovhet.¹¹⁵ Ved vurderingen av om den lange tiden i varetekt vil føre til at fortsatt fengsling vil være uforholdsmessig, vil det også være av betydning hvem som er ansvarlig for at saken ikke har kommet opp på et tidligere tidspunkt. Har den siktede forsøkt å sabotere etterforskningen, og denne dermed har trukket ut i tid, er det mindre grunn til å anse fortsatt fengsling som uforholdsmessig på grunn av det lange tidsforløpet. Ligger feilen hos påtalemyndigheten eller retten kan det være større grunn til å tillegge tidsforløpet vekt.

¹¹² Rt. 2009 s. 1704, Rt. 2009 s. 1182, Rt. 2008 s. 1035 osv

¹¹³ Rt. 2009 s. 306 avsnitt 14

¹¹⁴ Rt. 1993 s. 112 på s. 113

¹¹⁵ Rt. 1997 s. 1737 på s. 1738-1739

4.3.9 Opphold i politiarrest

I den senere tid har den tid den siktede tilbringer i politiarrest før overføring til fengsel blitt et moment som har betydning ved vurderingen av forholdsmessigheten ved varetektsfengsling. Dette er særlig fordi det har kommet fram at den enkelte siktede kan komme til å tilbringe betydelig tid i politiarrest. Etter forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002 § 4-1 1. ledd skal overføring fra politiarrest til fengsel skje innen to døgn etter pågrepelse, med mindre det ikke er praktisk mulig. Opphold i politiarrest innebærer en særlig belastning for den mistenkte, og oppholdet må derfor gjøres så kort som mulig. Det forekommer at tiden i varetekt overstiger to døgn, og den belastningen det er for siktede å sitte i politiarrest i lengre tid må tas i betraktning ved vurderingen av om fengslingen vil være uforholdsmessig. Momentet vil ikke i seg selv være avgjørende, selv i de tilfeller der den mistenkte blir sittende i politiarrest i flere døgn utover fristen.¹¹⁶ Forskriften stiller direkte krav til kriminalomsorgen om å stille varetektsplasser til disposisjon i løpet av to døgn etter at politiet har pågrepet en person. Den regulerer ikke politiets adgang til å pågripe eller begjære varetektsfengsling, og politiet kan ikke la være å pågripe dersom de mener det er behov for det, med den begrunnelse at det ikke finnes varetektsplasser nok. Politiets vurdering må gå på om det i dette tilfellet er behov for å varetektsfengsle, ikke på om kriminalomsorgen vil ha kapasitet i fengselet. Dette ville kunne medføre at det ikke ble fengslet i tilfeller der det klart var behov for det.

Norge har fått kritikk for å holde folk for lenge i politiarrest. I 2006 anbefalte Europarådets torturkomité at Norge burde jobbe for at varetektsfanger ikke ble holdt i varetekt på politistasjoner, med mindre helt spesielle omstendigheter forelå.¹¹⁷ Tiden i politiarrest innebærer en særlig belastning for siktede, da denne tiden innebærer større grad av isolasjon og enklere standard i cellene enn ved en fengselsplass. Hensynet til denne ekstra belastningen er søkt ivaretatt ved at det etter strl § 60 1. ledd gis ytterligere fradrag på et ekstra døgn for hver påbegynte todøgns periode for den tid som er utholdt i isolasjon.

¹¹⁶ HR-2010-155-U avsnitt 14

¹¹⁷ Europarådets torturkomité's rapport fra Norge 2006 avsnitt 10

Bakgrunnen for at politiarrest benyttes i såpass stor grad som det gjøres er at det finnes for få varetektsplasser i norske fengsler. Varetektsfangene skal holdes isolert fra de som sitter inne på ordinær soning, da den varetektsfengslede ennå ikke er dømt for noe og skal nyte godt av uskyldspresumsjonen.

5 Kritikk av varetektsordningen

Den norske varetektsordningen har vært kritisert både internasjonalt og her til lands. I hovedsak går kritikken ut på at det fengsles for lenge, for ofte og under for dårlige forhold. I 2006 offentliggjorde Europarådets torturkomité sin rapport fra Norge der det ble påpekt at bruken av politiarrest og bruken av isolasjon var for høy, og at isolasjonen varte for lenge.¹¹⁸ Også FNs torturkomité har uttrykt sin bekymring for bruken av isolasjon under varetektsfengsling, og etterspurt statistikk over om reglene for bruk av isolasjon overholdes i praksis.¹¹⁹

Forholdene under varetektsfengslingen, særlig den tid som blir tilbrakt i politiarrest, har også blitt kritisert. Det har forekommet at de innsatte ikke får tilgang til dusj og å bli luftet, og at de heller ikke får utdelt nødvendige hygieneartikler som for eksempel tannbørste. Særlig i Oslo har dette vært et problem, noe som har sammenheng med at det er for få varetektsplasser i Oslos fengsler i forhold til behovet. I snitt satt det i 2009 hver måned 110 personer i politiarrest i lenger tid enn de to døgn som kan gå før overføring til fengsel skal skje.¹²⁰ Bakgrunnen for at fristen ikke blir overholdt er at det er for få varetektsplasser, og varetektsfangene sitter inne stadig lenger.

¹¹⁸ Europarådets torturkomité's rapport fra Norge 2006 appendix 1

¹¹⁹ FNs torturkomité's rapport 2007-2008 s. 27

¹²⁰ Sandvig *Åtte døgn på glattcelle* (2010)

Også innenfor retts sosiologien har den norske varetektsordningen vært kritisert. Kritikken har fra dette hold gått mer på selve varetektsinstituttet enn på forholdene i politiarrest. Det å sitte i varetekt er en stor påkjenning for den enkelte. Tiden er preget av usikkerhet, ensomhet og manglende tiltaksordninger.¹²¹ I tillegg er forholdene under fengslingsmøtene kritisert. Det er vanskelig for en som ikke er kjent med de juridiske termer og prosedyrer å forstå det som foregår, og avgjørelsene blir foretatt raskt. Begrunnelsene for behovet for fengsling er ofte korte og summariske, og eventuelle fengslingssurrogater blir i praksis ikke vurdert.¹²² Videre hevdes det at den mistenktes forklaring ikke blir trodd, og at uskyldspresumsjonen ikke blir respektert. Dommerne henvender seg sjelden direkte til den mistenkte, noe som er med på å understreke avstanden mellom de ulike partene.¹²³ Dette er vel innvendinger som kan reises mot varetektssystemet de aller fleste steder, og er ikke spesielt for Norge som sådan.

Innen retts sosiologien har det i tillegg vært reist spørsmål om fengsling kun skjer på bakgrunn av de spesielle vilkår som straffeprosessloven tillater, eller om også ikke tillatte formål blir tatt i betraktning. Man kan tenke seg at påtalemyndigheten kan ha andre, underliggende formål ved fengslingen som ikke blir uttalt, og som heller ikke er i tråd med lovens formål.¹²⁴ Om dette har forankring i virkeligheten er det derimot vanskelig å kunne si noe sikkert om, da dette i så fall vil være formål som ikke blir skrevet ned noe sted eller ytret til noen. Det er naturlig å regne med at påtalemyndigheten ikke begjærer fengsling med grunnlag i et av de spesielle vilkår i straffeprosessloven dersom vilkåret rent faktisk ikke er oppfylt, men heller at det i visse tilfeller kan tenkes å forekomme at ikke anerkjente formål har vært en medvirkende faktor på avgjørelsen av om det skal begjæres fengsling.¹²⁵ De ulike formål kan være såpass sammenfiltret at det kan være vanskelig å si at kun de tillatte formål har vært påvirkende faktorer.

¹²¹ NOU 1980:28 vedlegg 2

¹²² Mathiesen *Skjellig grunn til mistanke?* (1989) s. 104-105

¹²³ L.c.

¹²⁴ Bratholm *Pågrepelse og varetektsfengsel* (1957) s. 143

¹²⁵ Ibid. s. 159

6 Avslutning

Varetekstsinstituttet har stor praktisk betydning både i Norge og internasjonalt, og påvirker mange mennesker hvert år. Det stilles strenge krav for at fengsling skal ilegges og gjennomføres. En rekke rettssikkerhetsgarantier sørger for at det må foretas en konkret vurdering av om vilkårene i hvert enkelt tilfelle er oppfylt. Den overordnede forholdsmessighetsvurderingen gjennomsyrrer hele varetektsordningen, og er i praksis også et av de mest sentrale spørsmål ved fengslingskjennelser.

Det er uten tvil et praktisk behov for å kunne varetektsfengsle, både av hensyn til gjennomføringen av straffeprosessen og av hensyn til samfunnet ellers. Dersom det ikke hadde vært adgang til å varetektsfengsle, er det meget mulig at mange straffbare handlinger aldri hadde blitt oppklart og at mange skyldige ikke hadde blitt dømt for de handlinger de hadde begått.

Det som gjør varetektsfengsling betenkelig er at den siktede ennå ikke er blitt dømt for noe. Fengsling før domsavgjørelse kan virke som en antesipert straff, selv om dette ikke er fengslingens formål. Enhver skal anses uskyldig til det motsatte er bevist. Likevel er det fullt mulig å fengsle noen før dom foreligger, dersom vilkårene for varetektsfengsling foreligger. Dette representerer et grunnleggende dilemma ved systemet, og er også noe av grunnen til at det blir reist kritikk mot hvordan fengslingen fungerer.

7 Litteraturliste

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>

7.1 Lovgivning og forarbeider

1814 Grunnloven

1902 Almindelig Borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 23. mai 1981 nr. 25

1999 Lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

1999 Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.) av 3. desember 1999 nr. 82

2001 Lov om gjennomføring av straff (straffegjennomføringsloven) av 18. mai 2001 nr. 21

2002 Lov om endring i straffeprosessloven av 28. juni 2002 nr. 55

2002 Forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma, 1950

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter 1989

NOU 1980:28 Varetektsfengsling

Ot.prp.nr.53 (1983-1984) Ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m m

Ot.prp.nr.81 (1999-2000) (endringslov) Straffeprosessloven og straffeloven (bruk av varetektsfengsling mv.)

Ot.prp.nr.66 (2001-2002) (endringslov) Straffeprosessloven mv. (hurtigere saksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)

7.2 Juridisk litteratur

Andersen, Kjell V. *Om varetektsfengsling og uforholdsmessig inngrep*. I: Lov og Rett 1984 s. 79-98

Bakke, Jostein og Tor-Geir Myhrer *Begjæring om varetekt med restriksjoner – en undersøkelse av praksis*. Oslo 2009

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud *Straffeprosessloven med kommentarer*. Bind 1 2. utg. Oslo, 1996

Bjerke, Hans Kristian *Fengsling*. Oslo, 1976

Bjerke, Hans Kristian *Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler*. 2. utg. Oslo, 1986

Bratholm, Anders *Pågrepelse og varetektsfengsel*. Oslo, 1957

Bårdsen, Arnfinn *Avgjørelse av straffesaker innen "rimelig tid"*. I: Lov og Rett 1997 s. 323-352

Gammeltoft-Hansen, Hans *Varetægtsfengsling*. København, 1976

Mathiesen, Thomas *Skjellig grunn til mistanke? En studie av forhørsretten*. 1. utg. Oslo, 1989

Politiembetsmennesenes blad nr. 2 2008 s. 19

Sandvig, Jenny *Åtte døgn på glattcelle*. I: Aftenposten 24. februar 2010 [sitert fra www.aftenposten.no 25. februar 2010]

7.3 Dommer (alle dommer hentet fra lovdata)

Rt. 1985 s. 1444

Rt. 1986 s. 1406

Rt. 1987 s. 1285

Rt. 1989 s. 70

Rt. 1989 s. 186

Rt. 1991 s. 792

Rt. 1992 s. 817

Rt. 1992 s. 1482

Rt. 1992 s. 1524

Rt. 1993 s. 112

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1994 s. 648

Rt. 1994 s. 1009

Rt. 1994 s. 1336

Rt. 1996 s. 93

Rt. 1996 s. 1352

Rt. 1997 s. 678

Rt. 1997 s. 928

Rt. 1997 s. 1737

Rt. 1997 s. 1739

Rt. 1997 s. 1851

Rt. 1998 s. 1244

Rt. 1998 s. 1292

Rt. 1999 s. 256

Rt. 1999 s. 1163

Rt. 1999 s. 1171

Rt. 1999 s. 1610

Rt. 2000 s. 310

Rt. 2000 s. 343

Rt. 2001 s. 940

Rt. 2002 s. 842

Rt. 2003 s. 656

Rt. 2003 s. 658

Rt. 2003 s. 1016

Rt. 2003 s. 1296

Rt. 2004 s. 74

Rt. 2004 s. 145

Rt. 2004 s. 887

Rt. 2004 s. 1253

Rt. 2004 s. 1655

Rt. 2005 s. 884

Rt. 2006 s. 571

Rt. 2007 s. 333

Rt. 2008 s. 111

Rt. 2008 s. 604

Rt. 2008 s. 1035

Rt. 2008 s. 1102

Rt.. 2008 s. 1807

Rt. 2009 s. 306

Rt. 2009 s. 472

Rt. 2009 s. 834

Rt. 2009 s. 1125

Rt. 2009 s. 1182

Rt. 2009 s. 1704

HR—2010-155-U

LE-2008-68933

7.4 Internasjonale dommer (alle dommer hentet fra hudoc)

Bykov v. Russland The European Court of Human Rights, Strasbourg,
10. mars 2009

Kauczor v. Polen The European Court of Human Rights, Strasbourg,
3. februar 2009

Karalevicius v. Litauen The European Court of Human Rights, Strasbourg,
7. april 2005

Letellier v. Frankrike The European Court of Human Rights, Strasbourg,
26. juni 1991

Szeloch v. Polen The European Court of Human Rights, Strasbourg,
22. februar 2001

7.5 Nettdokumenter

Europarådets torturkomité's rapport fra Norge 2006
http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2006-14-inf-eng.htm#_Toc131243702 [sitert
25. mars 2010]

FNs torturkomité's rapport 2007-2008 elektronisk versjon tilgjengelig fra:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/reports.htm> [sitert 8. april 2010]

Statistisk sentralbyrå, *Fengslinger*.

<http://www.ssb.no/fengsling/> [sitert 26. februar 2010]

http://www.ssb.no/0305/a_krim_tab/tab/tab-2009-02-26-57.html [sitert 26. februar 2010]

http://www.ssb.no/0305/a_krim_tab/tab/tab-2009-02-26-63.html [sitert 26. februar 2010]

