

UiO : **Det juridiske fakultet**

Langvarig varetekt og forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ

Kandidatnummer: 708

Leveringsfrist: 25. april 2016

Antall ord: 17945



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Metode og rettskilder	3
1.4	Fremstillingen videre	5
2	VARETEKTSFENGSLING SOM STRAFFEPROSESSUELT TVANGSMIDDEL	6
2.1	Retten til personlig frihet som hovedregel	6
2.2	Formålet med og vilkårene for bruk av varetekt i straffeprosessloven	9
2.2.1	Straffeprosessloven § 184 annet ledd	9
2.2.2	Straffeprosessloven § 171	10
2.2.3	Straffeprosessloven § 172	13
2.2.4	Straffeprosessloven § 173	14
2.2.5	Straffeprosessloven § 170a	14
2.3	Vilkårene for bruk av varetekt etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c	16
3	LANGVARIG VARETEKTSFENGSLING	20
3.1	Retten til rettergang eller løslatelse innen en rimelig tidsfrist	20
3.1.1	Perioden som skal vurderes	20
3.1.2	Et krav om at relevante og tilstrekkelige fengslingsgrunner må foreligge	22
3.1.3	Et krav om sakens fremdrift	27
3.2	Straffeprosesslovens bestemmelser om langvarig varetekt og forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ	28
3.2.1	Innledning	28
3.2.2	Straffeprosessloven § 185	29
3.2.3	Straffeprosessloven § 187	33
3.2.4	Straffeprosessloven § 187 a	36
3.3	Særlige spørsmål om gjennomføringen av EMK artikkel 5 nr. 3 i praksis	36
3.3.1	EMD anvender en proporsjonalitetsmodell som avveiningsnorm	36
3.3.2	Krav til konkretisering og en overbevisende begrunnelse	41
3.3.3	Ankeutvalgets oversoningsnorm ved vurderingen av fengslingslengde	45
3.3.4	Plikten til å vurdere alternative midler	46
4	AVSLUTNING	51
	KILDER	55

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Et overordnet mål for en rettstat og et moderne demokrati er at inngrep fra myndighetenes side ikke skal skje vilkårlig overfor individet. Et inngrep må ha sin bakgrunn i et legitimt formål, det må være forholdsmessig og forutberegnelig.¹ Disse prinsippene gjør seg spesielt gjeldende ved langvarig varetektsfengsling som er et inngrep i retten til personlig frihet. Varetektsfengsling innebærer en frihetsberøvelse forut for domfellelse, hvor de prosessuelle og materielle reglene ikke inneholder de samme rettssikkerhetsgarantiene som ved fengsling etter dom. Det vil være nødvendig med regler som sikrer at frihetsberøvelsen blir så lite belastende som mulig, i den hensikt å hindre at det skjer overgrep mot den enkelte. Norge har tidligere fått kritikk for flere sider ved bruken av varetektsfengsling. Europarådets torturkomité har blant annet kritisert myndighetene for en omfattende bruk av varetektsfengsling, for bruk av isolasjon under frihetsberøvelsen og for frihetsberøvelse av barn og unge.² Videre viser tall fra Statistisk Sentralbyrå at over 24 % av alle innsatte den 1. januar 2014 satt i varetekt.³

Tema for denne oppgaven er de norske bestemmelser vedrørende langvarig varetektsfengsling og forholdet til Den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter EMK) artikkel 5 nr. 3 annet alternativ. Som følge av våre konvensjonsforpliktelser må norsk lovgivning og praksis angående bruk av varetekt samsvare med EMK artikkel 5, jf. lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettsloven) § 3 jf. § 2. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c oppstiller vilkår for når en frihetsberøvelse vil være i samsvar med konvensjonen. Hjemmelen for fengslingen må følge av nasjonal lovgivning, mens artikkel 5 vil sette begrensninger for hva norske myndigheter kan beslutte når det gjelder fengslingssaker.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (heretter straffeprosessloven) av 22. mai 1981 inneholder flere grunnleggende prosessuelle bestemmelser vedrørende behandlingen av en straffesak, men den inneholder få bestemmelser som omhandler straffesaksbehandlingens fremdrift. Det finnes heller ingen bestemmelser som setter grenser for hvor lenge den siktede kan holdes i varetekt. EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ gir siktede krav på hovedforhandling innen

¹ Aall (2013) s. 227.

² European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. (<http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2011-33-inf-eng.pdf>) og myndighetenes svar 25.07.2012: (<http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2012-20-inf-eng.pdf>).

³ 1015 av 4103 innsatte satt i varetekt 1. januar 2014 (24,74%) <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling/aar/2016-03-16?fane=tabell&sort=nummer&tabell=255494>.

«rimelig tid», eller løslatelse i påvente av hovedforhandlingen. Bestemmelsen stiller sammen med praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (heretter EMD og Domstolen) skjerpede krav til myndighetenes begrunnelse når varetektsfengslingen er langvarig. Denne oppgaven drøfter forholdet mellom norsk rett og EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ.

1.2 Avgrensninger

EMK artikkel 5 nr. 3 første alternativ gir siktede krav på å straks («promptly») bli fremstilt for en dommer. Kravet er gjennomført i Grunnloven § 94 og straffeprosessloven § 183. På det tidspunkt den pågrepne fremstilles for fengsling, skal retten ta stilling til hvor lenge siktede kan holdes fengslet, jf. straffeprosessloven § 184 annet ledd, jf. § 185 første ledd, jf. EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ. Det vil fremgå senere av oppgaven at EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ får anvendelse fra det tidspunkt en person blir pågrepet. Perioden fra pågripelse til fengsling vil derfor inngå i fengslingsperioden som skal vurderes etter EMK artikkel 5 nr. 3. Av hensyn til oppgavens tema og problemstilling vil oppgaven heretter avgrenses mot den pågrepnes krav på å bli fremstilt for en dommer så raskt som mulig.

Videre gjelder det særskilte restriksjoner for bruk av varetekt når det gjelder barn. Oppgaven avgrenses mot alle problemstillinger som har med straffesaksbehandling eller fengsling av barn under 18 år. Oppgaven går heller ikke inn på særlige problemstillinger vedrørende siktedes tilregnelighet.

Videre vil denne oppgaven avgrenses mot EMK artikkel 6 nr. 1. Bestemmelsens første punktum lyder:

«In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.»

Ved grunnlovsendringen i 2014 ble ny § 95 dannet etter mønster av EMK artikkel 6 nr. 1. Generelt oppstiller artikkel 6 nr. 1 langt flere rettigheter enn hva artikkel 5 gjør i forbindelse med avgjørelsen av straffesaken. Varetektsfengsling er en midlertidig avgjørelse som krever en hurtig beslutning, og det foreligger gode grunner for at siktedes rettigheter er mer begrensede.⁴ Bestemmelsen gir blant annet enhver rett til rettergang innen «rimelig tid». Det vil fremkomme senere av oppgaven at artikkel 6 nr. 1 overtar for artikkel 5 nr. 3 etter dom i første instans. Dette vil være tilfelle dersom siktede fortsatt holdes i varetekt etter domfellelse.

⁴ Aall (1994) s. 629.

Artikkel 6 nr. 1 vil likevel bli nevnt senere i oppgaven, først og fremst for å sette det hele i sammenheng.

Til slutt avgrenses oppgaven mot en inngående drøftelse av uskyldpresumsjonen, som i likhet med artikkel 6 nr. 1 har en nær sammenheng med bruken av varetektsfengsling. Uskyldpresumsjonen er forankret i artikkel 6 nr. 2, og lyder:

«Everyone charges with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law».

Uskyldpresumsjonen inngår i vurderingen som skal foretas etter EMK artikkel 5 nr. 3, og prinsippet om at en enhver som blir siktet for en straffbar handling skal anses som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven gjelder både under etterforskning, hovedforhandling og etter frifinnelse ved dom.⁵ For å unngå at varetekt blir forhåndsstraff, skal vurderingen av varetektstidens lengde skal alltid foretas i lys av dette fundamentale prinsippet.⁶ Uskyldpresumsjonen ble i forbindelse med Grunnlovsendringen i 2014 inntatt i ny § 96 annet ledd.

1.3 Metode og rettskilder

For å besvare oppgavens problemstilling er det brukt alminnelig, rettsdogmatisk metode, hvor fremstillingen vil drøfte gjeldende rett vedrørende langvarig varetektsfengsling. I norsk rett er straffeprosessloven den primære rettskilde. Lovens forarbeider og rettspraksis fra Høyesteretts ankeutvalg er benyttet som støtte for tolkningen av lovens ordlyd og fastleggingen av gjeldende rett. Av juridisk teori er det særlig lagt vekt på doktoravhandlingen til Merete Havre fra 2014 som i korte trekk tar for seg forholdet mellom straffeprosessloven § 170a og EMK artikkel 5 nr. 3.⁷

For å belyse hvilke momenter som anses relevante ved vurderingene under straffeprosesslovens bestemmelser, har rettspraksis fra Høyesteretts ankeutvalg (tidligere kjæremålsutvalg) blitt analysert. Høyesterett kan imidlertid ikke prøve lagmannsrettens skjønn i varetektsfengslingsskjennelsene. Det følger av straffeprosessloven § 388 første ledd nr. 2 og 3 at Høyesteretts ankeutvalg sin kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning ved en videre anke. De kan derfor ikke prøve den konkrete subsumsjonen. For varetektavgjørelsene vil det være tingretten og eventuelt lagmannsretten som har full kompetanse. Høyesterett kan bare prøve om lagmannsretten har vurdert de momenter som de plikter å vur-

⁵ Yuriy Yakovlev mot Russland (2010) para. 63.

⁶ Ot.prp.nr 66 (2001-2002) s. 35.

⁷ Havre (2014).

dere i henhold til straffeprosesslovens bestemmelser. Som følge av at Høyesterett dømmer i siste instans, og på grunn av at underrettenes avgjørelser ofte er vanskelig tilgjengelige, er ankeutvalgets avgjørelser valgt som hovedkilde når det gjelder rettspraksis. Ankeutvalget kan i tillegg til det overnevnte også prøve den konkrete rettsanvendelse når spørsmålet angår straffeprosesslovens regler og forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3.⁸

På lovs nivå ble EMK i sin helhet inkorporert i norsk rett med forrang fremfor andre lovbestemmelser med innføringen av menneskerettsloven § 3 jf. § 2. Menneskerettsloven § 3 har følgende ordlyd:

«Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning».

Hvorvidt motstrid foreligger, avhenger av en tolkning av norske rettskildefaktorer og videre en fortolkning av hvilke krav som følger av EMK. Ved tolkning og anvendelse av rettigheter og friheter som følger av EMK, spiller tidligere praksis fra EMD og den tidligere Kommisjonen en overordnet stor rolle.⁹ Det følger av EMK artikkel 19 og 32 at det er EMD som har til oppgave å tolke og anvende menneskerettighetskonvensjonen. Med en omfattende praksis er det ofte mulig med en detaljert beskrivelse av innholdet og omfanget av statenes forpliktelser.¹⁰ Som følge av at konvensjonspraksis har betydelig vekt som rettskilde, vil et viktig spørsmål i denne sammenheng være hvilken vekt norske rettsanvendere skal tillegge EMDs avgjørelser. I Rt. 1994 s. 610 stilte Høyesterett et krav om at en folkerettslig regel som avviker fra nasjonal rett måtte være tilstrekkelig klar og entydig for at nasjonale regler som var klare og godt innarbeidede burde fravikes. Av ordlyden til menneskerettsloven § 3 følger imidlertid ikke et krav om at den folkerettslige regelen må være «klar», og klarhetskravet ble fraveket ved plenumsdommene inntatt i Rt. 2000 s. 996 om tilleggsskatt og Rt. 2002 s. 497 om forbudet mot dobbeltstraff.

Norske domstoler må foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen når det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettighetskonvensjon skal forstås.¹¹ Domstolene må benytte samme metode som EMD ved tolkningen av EMK, men det er EMD som skal utvikle konvensjonen. Førstvoterende uttalte i Rt. 2005 s. 833 (avsnitt 45) at:

⁸ Rt. 2015 s. 408 avsnitt 8.

⁹ Kjølbro (2010) s. 17.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

« [...] norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning».

For å kunne besvare hvorvidt norske bestemmelser samsvarer med det rettslige innholdet i EMK artikkel 5 nr. 3, har praksis fra EMD vært hovedkilden for fastleggelsen av artikkelens innhold. Som følge av at bestemmelsen inneholder en særdeles vag ordlyd («reasonable time») har det vært nødvendig med en nærmere presisering utover en naturlig forståelse av ordlyden. Dommene er hentet fra EMDs egen søkemotor, Hudoc.¹²

1.4 Fremstillingen videre

I oppgavens del 2 fremstilles de vilkår som må foreligge for at varetektsfengsling *kan* besluttes. Del 3 er hoveddelen i oppgaven, og her vil punkt 3.1 gi en fremstilling av hva som ligger i kravet til hovedforhandling innen «rimelig tid», eller løslatelse i påvente av hovedforhandlingen. Punkt 3.2 inneholder en redegjørelse for straffeprosesslovens bestemmelser vedrørende fortsatt fengsling av siktede. Det vil fremgå av drøftelsen hvorvidt norsk lovgivning og tilhørende praksis samsvarer med de krav som følger av EMK artikkel 5 nr. 3. Deretter følger i punkt 3.3 en fremstilling av noen særlige spørsmål vedrørende ankeutvalgets avgjørelser og forholdet til hva som følger av praksis fra EMD.

¹² <http://hudoc.echr.coe.int/>

2 Varetektsfengsling som straffeprosessuelt tvangsmiddel

2.1 Retten til personlig frihet som hovedregel

Retten til personlig frihet er regnet som en av de mest grunnleggende og fundamentale menneskerettighetene vi har. Varetektsfengsling er et sterkt inngrep i denne sentrale rettigheten.¹³ Adgangen til varetektsfengsling og dens lengde vil først og fremst være en interesseavveining mellom retten til personlig frihet på den ene side, og samfunnets legitime behov for kriminalitetsbekjempelse på den annen.¹⁴

Rettigheten nyter et omfattende vern etter de internasjonale menneskerettskonvensjonene.¹⁵ Verdenserklæringen artikkel 9 beskytter mot vilkårlig frihetsberøvelse med ordlyden: «no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile». I FN-systemet er bestemmelsen fulgt opp med konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 9, og på europeisk plan er retten til personlig frihet nedfelt i EMK artikkel 5. Begge konvensjonene har i første punktum den samme ordlyden: «everyone has the right to liberty and security of person». Artikkel 5 beskytter individets fysiske frihet, og formålet er å sikre at frihetsberøvelsen ikke skjer vilkårlig.¹⁶ Artikkelens første ledd bokstav a–f inneholder bestemmelser som gjør unntak fra hovedregelen og lister opp situasjoner hvor frihetsberøvelser kan skje.

I norsk lovgivning er retten til personlig frihet vernet gjennom Grunnloven § 94 første ledd. Bestemmelsen oppstiller et lovskrav, et krav til nødvendighet og et forholdsmessighetskrav. Grunnloven § 94 har følgende ordlyd:

«Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep».

I forbindelse med innføringen av et eget kapittel om menneskerettigheter i Grunnloven i 2014, konkluderte menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter (heretter menneskerettighetsutvalget) i Grunnloven med at det verken var nødvendig eller ønskelig at ny § 94 skulle inneholde en liste over situasjoner hvor frihetsberøvelse kunne skje etter mønster av EMK artikkel 5 nr. 1:

¹³ Havre (2014) s. 3 og s.187.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 115, jf. Innst. 186 S (2013-2014) s. 5.

¹⁶ Kjølbros (2010) s. 271.

«En slik oppstilling kan i noen sammenhenger komme til å virke mot sin hensikt, ved at den uttrykkelig åpner for frihetsberøvelse i visse situasjoner. Det vil også være vanskelig å utforme en slik liste uten at bestemmelsen svulmer opp. Det er i tillegg liten sannsynlighet for at man i Norge vil anse det som aktuelt å berøve noen frihet i situasjoner som ikke faller inn under EMK artikkel 5 nr. 1».¹⁷

I stedet fikk bestemmelsen et tillegg om at frihetsberøvelsen bare kan skje dersom inngrepet er nødvendig, og dersom frihetsberøvelsen ikke er uforholdsmessig. Med uttrykkene «nødvendig» og «ikke uforholdsmessig» sier bestemmelsen noe om hvilke absolutte grenser lovgiver står overfor ved vedtagelse av regler om frihetsberøvelse. I tillegg får domstolene kriterier de må forstå lovgivningen på bakgrunn av.¹⁸

Med Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5 inneholder norsk rett et dobbelt vern av individets rett til personlig frihet og sikkerhet. Et interessant spørsmål vil derfor være hvilken sammenheng de to bestemmelser har. Videre bestemt om grunnlovsbestemmelsen kan tolkes i lys av EMK, og om EMK artikkel 5 nr. 3 eventuelt kan brukes som en relevant rettskilde ved tolkning av Grunnloven § 94.

Ved utarbeidelsen av et nytt menneskerettskapittel ble spørsmålet om Grunnloven burde inneholde en bestemmelse om konvensjonenes betydning for tolkningen av rettighetsbestemmelsene inntatt i Grunnloven drøftet.¹⁹ Etter en samlet vurdering ble konklusjonen til menneskerettighetsutvalget at:

«Grunnloven ikke bør inneholde en egen bestemmelse om tolkning av Grunnloven. Det foreligger en umiddelbar fare for at en tolkningsbestemmelse ikke vil la seg utforme på en måte som er nyansert og fleksibel nok. Avgjørelser fra noen håndhevingsorganer vil åpenbart være av større betydning enn andre, og noen bestemmelser i Grunnloven vil ha flere likhetstrekk med konvensjonsbestemmelsene enn andre».²⁰

Det ble videre uttalt at en slik konklusjon ikke endret at menneskerettighetsbestemmelsene inntatt i Grunnloven må tolkes i lys av internasjonale menneskerettskonvensjoner og deres tilhørende praksis. Likevel innebærer ikke dette utgangspunkt at praksis fra internasjonale håndhevingsorgan alltid skal legges bånd på grunnlovstolkningen, fordi det kan forekomme at organene har gått for langt i sin tolkning eller at det ikke er etablert en sikker og entydig prak-

¹⁷ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 117.

¹⁸ Op.cit. s. 118.

¹⁹ Op.cit. s. 86.

²⁰ Op.cit. s. 90.

sis på området.²¹ Etter utvalgets vurdering kan det derfor legges til grunn at praksis fra internasjonale håndhevingsorganer vil være en relevant rettskildefaktor som alltid skal vurderes og tas i betraktning. Vekten av tolkningspraksisen må vurderes i hvert enkelt tilfelle.

Forholdet mellom bestemmelsene inntatt i EMK og Grunnlovens parallellbestemmelser ble behandlet av Høyesterett i Rt. 2015 s. 93. En kenyansk kvinne søkte familiegjening med sin fem år gamle datter som hadde norsk statsborgerskap. Hun ble utvist av Utlendingsnemnda (UNE) fordi hun hadde oppholdt seg ulovlig i Norge etter avslag på sin asylsøknad, samtidig som hun også fikk avslag på sin søknad om familiegjening. Begge vedtakene fra UNE ble kjent ugyldig av Høyesterett, hvor vedtakene var i strid med retten til respekt for privatliv og familieliv inntatt i EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Artikkel 13 nr. 1 i barnekonvensjonen og Grunnloven § 104 om barns rettigheter ble også vektlagt. Når det gjelder tolkningen av Grunnloven § 102 har Høyesterett lagt til grunn at:

« [...] § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».²²

Høyesteretts uttalelse er i samsvar med menneskerettighetsutvalgets konklusjon når det gjelder hvilken relevans og vekt praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene skal tillegges ved tolkningen av parallelle konvensjonsbestemmelser.

EMK artikkel 5 nr. 3 første alternativ om retten til å «snarest mulig fremstilles for en domstol» er gjennomført i Grunnloven § 94 annet ledd. Ved første øyekast inneholder Grunnloven ingen bestemmelse som tilsvarer EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ. For denne oppgavens vedkommende vil det være av betydning om ny § 95 i Grunnloven tar sikte på å regulere de tilfeller som EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ gjør. Grunnloven § 95 første ledd første punktum har følgende ordlyd:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid».

Ordlyden taler for at alle har rett til å få saken sin avgjort innen rimelig tid, også de som sitter varetektsfengslet i påvente av hovedforhandling. På den annen side så følger det av forarbei-

²¹ Ibid.

²² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

dene at Grunnloven § 95 er dannet etter mønster av EMK artikkel 6 nr. 1.²³ Høyesterett har også lagt til grunn i en avgjørelse fra 2016 at EMK artikkel 6 nr. 1 og Grunnloven § 95 har samme innhold.²⁴ På grunnlag av Høyesterettspraksis og uttalelser i forarbeidene, og i mangel av kilder som uttrykker det motsatte, må konklusjonen bli at innholdet i EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ ikke har fått grunnlovs rang verken gjennom Grunnloven § 94 eller § 95.

Det følger imidlertid av Grunnloven § 92 at myndighetene er pålagt å respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i EMK. Det samme følger også av menneskerettsloven § 2, jf. § 3. Det betyr at straffeprosesslovens bestemmelser sammenholdt med EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ og tilhørende praksis fra EMD *er, og fortsatt vil være* de sentrale regler når det gjelder langvarig varetektsfengsling og fristen for hovedforhandling eller løslatelse innen «rimelig tid».

2.2 Formålet med og vilkårene for bruk av varetekt i straffeprosessloven

I norsk lovgivning fremgår de ulike tvangsmidler hovedsakelig av straffeprosesslovens fjerde del, hvor kapittel 14 inneholder bestemmelsene om pågrepelse og fengsling. I straffeprosessloven finnes hjemmelen for bruk av varetekt i § 184 annet ledd, jf. §§ 171, 172 eller 173 annet ledd. Varetektsfengsling er et av flere tvangsmidler til bruk for rettergangen i en straffesak besluttet av offentlige myndigheter før straffeskyld er bevist.²⁵ Fengsling medfører at den mistenkte får stilling som siktet dersom han ikke er siktet tidligere, jf. straffeprosessloven § 82.

Formålet med bruk av varetektsfengsling som straffeprosessuelt tvangsmiddel vil variere ut fra hvilket grunnlag fengslingskjennelsen bygger på. I noen tilfeller er formålet å sikre at saken kan gjennomføres og dommen fullbyrdes. Ved andre tilfeller er formålet å hindre at mistenkte unndrar seg fra forfølgning eller strafffullbyrdelse ved flukt, hindre ødeleggelse av bevis eller at mistenkte begår nye straffbare handlinger under etterforskningen.²⁶

2.2.1 Straffeprosessloven § 184 annet ledd

Straffeprosesslovens kapittel 14 skiller mellom pågrepelse av foreløpig karakter og varetektsfengsling av mer varig karakter. I motsetning til pågrepelse forutsetter en beslutning om varetektsfengsling en fengslingskjennelse av retten.²⁷ Det følger av straffeprosessloven § 183 at

²³ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 124.

²⁴ HR-2016-225-S avsnitt 26.

²⁵ Elden, Brosveet og Bodahl-Johansen (2012) pkt. 9.1.

²⁶ Andenæs (2014) s. 277.

²⁷ Op.cit. s. 281.

mistenkte skal snarest mulig og senest på den tredje dag etter pågripelsen fremstilles for tingretten, hvor avgjørelsen om mistenkte skal varetektsfengsles eller ikke blir avgjort. En fengslingsskjennelse fører dermed til at den foreløpige pågrep avløses av det mer varige varetektsfengsel.²⁸ Vilkårene for pågrep og fengsling er likevel, med et lite unntak, de samme.²⁹

Adgangen til varetektsfengsling følger av straffeprosessloven § 184 annet ledd. Fengsling kan besluttes når vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er til stede og dersom formålet med fengslingen ikke kan oppnås ved forføyning som nevnt i § 181 eller sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse, jf. henvisningen til § 188. Det skal fremgå av kjennelsen hvilken lovhjemmel som er anvendt, hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke og det skal gjøres rede for grunnen til fengslingen, jf. annet ledd. Det følger videre at kjennelsen også skal vise at fengslingen ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep.

I det følgende skal det gis en kort framstilling av de bestemmelser i straffeprosessloven som varetektsfengsling kan besluttes på grunnlag av.

2.2.2 Straffeprosessloven § 171

Varetekt kan blant annet besluttes dersom vilkårene i straffeprosessloven § 171 første ledd er oppfylt. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Den som med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, kan pågripes når:

- 1) det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler,
- 2) det er nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken, f.eks. ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige,
- 3) det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder,
- 4) han selv begjærer det av grunner som finnes fyldestgjørende».

²⁸ Ibid.

²⁹ Fengsling kan ikke besluttes på grunnlag av strpl. § 173 (1).

I kravet til skjellig grunn ligger et krav om vanlig sannsynlighetsovervekt, jf. Rt. 2011 s. 946 (avsnitt 13). Det vil si at det er tilstrekkelig at det foreligger større sannsynlighet for at vilkårene for straffansvar er oppfylt enn at de ikke er det, jf. Rt. 1993 s. 1302 (s. 1304). Straffeprosessloven § 184 annet ledd krever at fengslingskjennelsens begrunnelse må nevne hvorfor det er skjellig grunn til mistanke ved beslutning av varetektsfengsling. I Rt. 2001 s. 977 (s. 978) aksepterte Høyesteretts kjæremålsutvalg at kravet til skjellig grunn til mistanke var tilfredsstillt etter «en samlet vurdering», og uten at det ble stilt krav til redegjørelse for hvordan tvilen på de enkelte ledd i bevisvurderingen påvirket denne vurderingen.

Handlingen som mistanken gjelder må tilfredsstillte alle vilkårene for straffbarhet. Det følger av Rt. 2004 s. 887 (avsnitt 12) at sikker praksis stiller et krav om sannsynlighetsovervekt for at samtlige vilkår for straffansvar er oppfylt. Det er straffebestemmelsens strafferamme som er avgjørende for om vilkåret om «høyere straff enn fengsel i 6 måneder» er oppfylt, ikke den straff som man kan regne med i et konkret tilfelle.³⁰ Det er derfor tilstrekkelig at straffebestemmelsen gir adgang til å ilegge 6 måneders fengsel samt bot, dersom straffebudet selv gir adgang til å kombinere bot med fengsel.³¹ Hvis lovgivningen har en forhøyet strafferamme når gjentakelse foreligger, er det den forhøyede strafferamme som er avgjørende dersom vilkårene for gjentakelsesstraff er oppfylt.³² Ved flere begåtte forbrytelser i ideal- eller realkonkurrens er det rammen for den samlede straff som er avgjørende.³³

Videre krever straffeprosessloven § 171 første ledd at det i tillegg må foreligge fluktfare, fare for bevisforspillelse, gjentakelsesfare eller egen begjæring for at retten kan beslutte å fengsle vedkommende. Straffeprosessloven § 184 annet ledd krever at kjennelsen angir hvorfor en av de nevnte fengslingsgrunnene foreligger når retten beslutter å varetektsfengsle den siktede.

Fluktfare foreligger når: «det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler», jf. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1. Bestemmelsen omfatter både flukt til utlandet og flukt innenlands, og det kan ikke kreves at mistenkte allerede har forsøkt å flykte eller forberedt flukten. En konkret vurdering må bedømme om det foreligger fluktfare i hvert enkelt tilfelle, hvor momenter som hvor streng straff den mistenkte har i vente og hvor mye det er som binder mistenkte til hjemstedet vil ha betydning. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for fluktfaren. Bestemmelsen må ses i

³⁰ Andenæs (2014) s. 283.

³¹ Haugland (2015) note 1001, Rt. 2010 s. 453, avsnitt 7.

³² Andenæs (2014) s. 284.

³³ Ibid.

sammenheng med straffeprosessloven § 173 annet ledd, som særlig tar sikte på tilfeller hvor det er fare for at utlendinger flukter til utlandet.³⁴ En unndragelse kan for eksempel være tilfelle hvis den mistenkte går i dekning og holder seg skjult for myndighetene.³⁵ Tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg vil være omfattet av «andre forholdsregler».³⁶

Dersom varetekt skal besluttes på grunn av *bevisforspillelsesfare*, krever § 171 første ledd nr. 2 at faren må være «nærliggende». Om bevisforspillelsesfaren er nærliggende beror på en totalbedømmelse, hvor det ikke er nok at mistenkte har muligheten til å forspille bevis.³⁷ Det følger av Rt. 2015 s. 1327 (avsnitt 14) at:

«Det må være en nærliggende fare – sannsynlighetsovervekt – for at siktede vil benytte denne muligheten til å forspille bevis. I alminnelighet kreves det da at retten angir hvilke konkrete forhold i saken som tilsier at det er sannsynlighetsovervekt for at den siktede vil påvirke vitner eller på annen måte forspille bevis».

Loven gir videre adgang til fengsling som følge av fare for at bevis mot medskyldige skal forspilles. Det fremkommer av forarbeidene at det særlig foreligger et fengslingsbehov ved organisert kriminalitet hvor siktede står i et avhengighetsforhold til andre.³⁸ Men det ligger en begrensning i forholdsmessighetsvurderingen, hvor det bør kreves tungtveiende grunner for å hindre bevisforspillelsesfare overfor medskyldige.³⁹

Varetekt kan også besluttes på grunnlag av *gjentakelsesfare*, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3. Formålet med fengslingen er å hindre at nye forbrytelser blir begått. Fengslingsgrunnlaget skiller seg fra de andre på den måten at gjentakelsesfaren ikke har noen direkte årsakssammenheng med etterforskningen.⁴⁰

Vedrørende lovens formulering «antas påkrevd for å hindre» uttales det i forarbeidene at ordlyden skal gi «rom for en skjønnsmessig bedømmelse av så vel faregraden og alvorligheten av de fryktede lovbrudd som mulighetene for avverging av faren på annen måte».⁴¹ At fengslingen må være «påkrevd» tilsier at fengslingsgrunnen må brukes med stor varsomhet. Forar-

³⁴ Andenæs (2014) s. 287.

³⁵ NOU 1980: 28, s. 43.

³⁶ Andenæs (2014) s. 286.

³⁷ Rt. 1997 s. 87, s. 88.

³⁸ NOU 1980: 28, s. 47.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Havre (2014) s. 145.

⁴¹ Ot.prp. nr. 53 (1983–1984) s. 164.

beidene understreker at gjentakelsesfaren må gjelde kriminalitet med et visst alvor, eller kriminell aktivitet av omfattende eller langvarig karakter som ikke kan stoppes på annen måte enn ved fengsling.⁴² Det er også forutsatt i forarbeidene at det uavhengig av siktelsens alvor må foreligge sterk sannsynlighetsovervekt for at gjentakelse skal skje.⁴³ Dette er også lagt til grunn i flere avgjørelser, blant annet i Rt. 2004 s. 74 (s. 74) hvor det ble uttalt at det kreves «en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå nye mer alvorlige lovbrudd om han ikke blir varetektsfengslet».

Videre kan varetekt besluttes dersom siktede *selv begjærer fengsling*, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 4. Det er ikke nok at siktede samtykker, det må foreligge en positiv begjæring.⁴⁴ Varetektsfengsling kan være en fordel for siktede i påvente av en ubetinget fengselsstraff fordi at varetektens periode kommer til fradrag i dommen. En positiv egen begjæring kan også tenkes dersom siktede frykter represalier fra andre kriminelle som vedkommende har gitt opplysninger om. Denne fengslingsgrunnen blir ikke ofte anvendt i praksis.⁴⁵

Vilkårene loven oppstiller angir grensen for *adgangen* til å fengsle. Hvis vilkårene er oppfylt, beror det på en totalvurdering om adgangen bør brukes, jf. straffeprosessloven § 170a. Mistankens styrke vil ha betydning for denne vurderingen, for jo større usikkerhet som foreligger rundt skyldspørsmålet, desto større risiko er det for at en uskyldig blir fengslet.⁴⁶

2.2.3 Straffeprosessloven § 172

Det følger av straffeprosessloven § 172 at varetekt kan besluttes dersom «noen mistenkes for et lovbrudd som kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller forsøk på et slikt lovbrudd», eller hvis noen mistenkes for overtredelse av straffeloven § 272 (grov kroppskrenkelse) eller § 274 (grov kroppsskade). Det følger av Høyesteretts praksis at samtlige straffbarhetsvilkår må være antatt oppfylt for den siktede.⁴⁷ Bestemmelsen gir derfor ikke den samme adgangen til varetektsfengsling av utilregnelige som følger av § 171 annet ledd. Mistankekravet er betydelig skjerpet i forhold til kravet om skjellig grunn til mistanke som følger av § 171, hvor det etter § 172 kreves «tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken». Til gjengjeld kreves det ikke at tilleggsvilkårene som følger av § 171 første ledd nr. 1-4 foreligger. Retten må derfor føle seg rimelig sikker på skyldspørsmålet i denne type

⁴² Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s. 30

⁴³ Op.cit. s. 30.

⁴⁴ Andenæs (2014) s. 289.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Op.cit. s. 286.

⁴⁷ For eksempel Rt. 2012 s. 1855 avsnitt 13.

fengslingssaker fordi det ikke holder at sannsynlighetsovervekt foreligger.⁴⁸ I tillegg må det foretas en bred helhetsvurdering hvor samfunnsmessige behov og rettshåndhevelsessyn som ligger til grunn for bestemmelsen skal vurderes.⁴⁹

2.2.4 Straffeprosessloven § 173

Videre kan «den mistenkte som ikke vites å ha fast bopel i riket» varetektsfengsles «når det er grunn til å frykte for at han ved flukt til utlandet vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrding av straff eller andre forholdsregler», jf. straffeprosessloven § 173 annet ledd. Bestemmelsen vil i første rekke få betydning i tilfeller hvor straffbare handlinger begås av utlendinger under opphold i Norge, og det ikke er tilstrekkelig at fengslingssurrogater som passbeslag eller beslag av førerkort benyttes.⁵⁰ Det ligger også en begrensning for bestemmelsens anvendelsesområde i at «flukt» er et snevrere begrep enn «unndragelse fra forfølgningen». Flukt vil ikke foreligge dersom en turist reiser hjem etter endt ferie, eller om en utenlandsk arbeidstager forlater landet etter endt ansettelsesforhold.⁵¹

2.2.5 Straffeprosessloven § 170a

Straffeprosessloven § 170a lyder slik:

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

Det uttales klart i forarbeidene at første punktum har selvstendig betydning ved siden av annet punktum, selv om det er en nær sammenheng mellom dem.⁵² Det vil si at det ikke trenger å være tilstrekkelig grunn for å beslutte fengsling, selv om fengslingen ikke utgjør noe uforholdsmessig inngrep. Kravet om «tilstrekkelig grunn» vil si at fengslingen må være tilstrekkelig begrunnet.⁵³ Men om fengslingen er et uforholdsmessig inngrep vil være et sentralt moment ved vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig grunn.⁵⁴

⁴⁸ Rt. 1989 s. 70 s. 73.

⁴⁹ Rt. 2002 s. 842 s. 844.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s. 25-26.

⁵¹ Andenæs (2014) s. 293.

⁵² Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s.17.

⁵³ Havre (2014) s. 15.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 17.

Fengslingsbehovet må ikke kunne møtes med mindre inngripende tiltak for at varetekt kan besluttes, jf. straffeprosessloven § 184 annet ledd jf. § 170a. Etter ordlyden i straffeprosessloven § 170a skal det legges vekt på «sakens art» og «forholdene ellers», og det går klart frem av forarbeidene at det skal vurderes hvor sterk mistanken er, hvor inngripende tvangsmiddelet er, og hvor nødvendig det er å gripe inn.⁵⁵ Dommeren må vurdere om behovet for inngrep gjør det nødvendig å benytte varetektsfengsling i hvert enkelt tilfelle.⁵⁶

Forholdsmessighetsprinsippet har både betydning for hvorvidt varetektsfengsling kan benyttes og for varigheten av fengslingen.⁵⁷ Bestemmelsen er derfor sentral for vurderingen av langvarig varetekt. Det følger av straffeprosessloven § 184 annet ledd at fengslingskjennelsen må vise at det er foretatt en forholdsmessighetsvurdering, men det kreves normalt ikke at retten redegjør for hvorfor fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep.⁵⁸ Likevel har Høyesterett i flere situasjoner krevd at underrettene skal begrunne nærmere hvorfor fengslingen ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep særlig ved langvarig fengsling.⁵⁹

Det følger videre av fast praksis at forholdsmessighetsvurderingen av varetektsfengslingen skal vurderes frem til det tidspunkt hovedforhandling vil finne sted eller sannsynlig vil finne sted.⁶⁰ Et slikt krav innebærer at varetektkjennelsen må oppheves dersom retten ikke vurderer tidsperspektivet i sin vurdering av om siktede skal fengsles, jf. straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 8. Retten har derfor en plikt til å vurdere forholdsmessigheten av varetektsfengsling i lys av et tidsperspektiv, og det må fremgå av rettens kjennelsesgrunner at retten har foretatt en slik vurdering.

Det vil fremgå senere i oppgaven at EMK artikkel 5 nr. 3 også inneholder et krav om at de nasjonale myndigheter foretar en konkret vurdering hvor fengslingen må fremstå som proporsjonal i forhold til inngrepsbehovet. Ordlyden i straffeprosessloven § 170a vil gjennomføre våre konvensjonsforpliktelser når EMD krever at retten foretar en avveining mellom de motstående interesser i tillegg til at minimumsvilkårene for varetektsfengsling må foreligge. Temaet vil bli behandlet nærmere i punkt 3.3.1. Nå følger en fremstilling av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 17.

⁵⁶ Havre (2014) s. 66.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 146.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Rt. 1998 s. 1081 s. 1083.

⁶⁰ Rt. 2010 s. 1520 avsnitt 12.

2.3 Vilkårene for bruk av varetekt etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c

EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c oppstiller vilkår for når en frihetsberøvelse vil være i samsvar med konvensjonen:

«No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

[...]

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

Det følger av ordlyden at frihetsberøvelsen skal være i overensstemmelse med den framgangsmåten som følger av nasjonal lovgivning, og at frihetsberøvelsen må være «lovlig». Bestemmelsen tillater frihetsberøvelse i forbindelse med straffesaker, og det er frihetsberøvelsen i seg selv som må ha forbindelse til straffesaken.⁶¹ Det vil si at bokstav c ikke kan anvendes når formålet med frihetsberøvelsen er av rent forebyggende karakter, eller når nasjonale bestemmelser ikke inneholder hjemmel til å straffe handlingene som frihetsberøvelsen stammer fra.⁶²

Etter bokstav c kan frihetsberøvelse skje hvis det foreligger en rimelig mistanke («reasonable suspicion») om at en person har begått en forbrytelse. En person kan også berøves friheten når det foreligger rimelig grunn til å anse det som nødvendig for å hindre ham i å begå en forbrytelse, eller for å hindre at personen flykter etter å ha begått forbrytelsen. Frihetsberøvelsen må ha det formål at mistenkte skal fremstilles for en domstol.⁶³ At vedkommende faktisk aldri tiltales eller blir stilt ovenfor en domstol betyr likevel ikke at personen ikke kan berøves friheten, da bedømmelsen av formålet skal foretas uavhengig av hva utfallet av straffeforfølgningen blir.⁶⁴

Kravet om at det må foreligge en rimelig mistanke er ment å gi en garanti mot vilkårlige frihetsberøvelser. Det forutsettes at det finnes opplysninger i saken som overbeviser om at ved-

⁶¹ M. Mot Tyskland (2009) para. 102 og Epple mot Tyskland (2005) para. 35.

⁶² Lukanov mot Bulgaria (1997) para. 42-46 og Jecius mot Litauen (2000) para. 50-51.

⁶³ Lawless mot Irland (1961) para. 13-15.

⁶⁴ Murray mot Storbritannia (1994) para. 67.

kommende har eller kan ha begått en straffbar handling.⁶⁵ Beviskravet er lavere enn for domfellelse, og det sentrale i vurderingen er om politiet har hatt et rimelig grunnlag for å anta at vedkommende har begått en straffbar handling.⁶⁶ Kravet omfatter både sakens faktiske og rettslige omstendigheter, det vil si at det må foreligge en rimelig mistanke om at den frihetsberøvede faktisk har foretatt handlingen eller unnlåtelsen, og at gjerningen oppfyller vilkårene i straffebestemmelsen.⁶⁷ Det er også et krav om at handlingen eller unnlåtelsen utgjør et straffbart forhold på det tidspunktet frihetsberøvelsen fant sted.⁶⁸

Praksis fra EMD viser at det ikke alltid skal så mye til for at kravet om en rimelig mistanke anses som oppfylt.⁶⁹ Kravet vil være oppfylt hvis politiet for eksempel handler ut fra en anmeldelse som etter sitt innhold omhandler en straffbar handling, og det i tillegg foreligger andre objektive opplysninger eller momenter som kan styrke eller underbygge mistanken.⁷⁰

Kriminalitetens art er et sentralt moment ved vurderingen.⁷¹ I avgjørelsen *Fox, Campbell og Hartley mot Storbritannia* slo EMD fast at kravet om at mistanken skal være «reasonable» ikke alltid kan bedømmes på grunnlag av den samme standarden i alle straffesaker. Domstolen uttalte videre at medlemslandene ikke kan pålegges å begrunne mistanken ved å avsløre fortrolige kilder som danner grunnlaget for mistanken, eller å gi opplysninger som kan være i stand til å avsløre kilden eller dens identitet.⁷²

Hvem som berøves friheten er også et moment som EMD har tatt med i vurderingen.⁷³ I avgjørelsen *Elci m.fl. mot Tyrkia* ble en rekke advokater fratatt friheten på grunnlag av en mistanke om at de hadde støttet terrorister. Advokatens sentrale rolle for rettssystemets funksjon og deres mulighet til å utøve yrket sitt uten uberettigede hindringer så EMD som vesentlige elementer i et demokratisk samfunn og som en forutsetning for en effektiv rettshåndhevelse. Frihetsberøvelse av advokater og ransaking og beslaglegging av advokatens kontorer ble derfor underkastet en særlig inngående prøvelse.⁷⁴

⁶⁵ Fox, Campbell og Hartley mot Storbritannia (1994) para. 32.

⁶⁶ Kjølbros (2010) s. 295.

⁶⁷ Kandzhov mot Bulgaria (2008) para. 54-62.

⁶⁸ Kjølbros (2010) s. 295.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ K.-F. mot Tyskland (1997) para. 57.

⁷¹ Fox, Campbell og Hartley mot Storbritannia (1990) para. 32.

⁷² Ibid.

⁷³ Elci m.fl. mot Tyrkia (2003) para. 669.

⁷⁴ Ibid.

Varigheten av frihetsberøvelsen har også betydning for kravene til mistankens styrke.⁷⁵ Det vil si at en mistanke som i utgangspunktet vil berettige en anholdelse, ikke nødvendigvis trenger å være tilstrekkelig ved en fortsatt frihetsberøvelse.⁷⁶

Det er en nødvendig, men ikke alltid tilstrekkelig, betingelse at frihetsberøvelsen har skjedd i samsvar med nasjonal rett.⁷⁷ De relevante materielle og prosessuelle reglene i nasjonal rett må være overholdt, jf. ordlyden «in accordance with a procedure prescribed by law». En frihetsberøvelse i strid med nasjonal rett vil dermed også være i strid med EMK artikkel 5.

Konvensjonen er ikke til hinder for at nasjonal rett oppstiller flere betingelser enn hva som følger av konvensjonen.⁷⁸ Henvisningen til nasjonal rett innebærer blant annet at når straffeprosessloven stiller strengere krav for frihetsberøvelse enn hva som følger av EMK, blir disse avgjørende. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c oppstiller alternative vilkår for pågrep (rimelig mistanke, gjentakelsesfare *eller* fluktfare), mens straffeprosessloven § 171 jf. § 184 krever *både* skjellig grunn til mistanke og at et av de spesielle vilkårene for fengsling foreligger.⁷⁹ Straffeprosessloven oppstiller derfor strengere krav enn EMK når det gjelder vilkårene for førstegangsfengsling.

Det er først og fremst opp til nasjonale domstoler å fortolke og anvende nasjonal rett.⁸⁰ Den europeiske menneskerettsdomstolen kan foreta en viss kontroll av om nasjonal rett er overholdt, men i de fleste saker har domstolen gått langt i retning av å akseptere de nasjonale domstolers konklusjon om at vilkårene for varetekt som følger av nasjonal rett er oppfylt ettersom nasjonale domstoler vil være i bedre stand til å bedømme lovligheten av sine rettsregler.⁸¹ Norske domstolers avgjørelser om å benytte varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 184 annet ledd vil derfor som utgangspunkt være i overensstemmelse med EMK, men EMD har anledning til å overprøve frihetsberøvelser som åpenbart er i strid med lovgivningen eller fremstår som vilkårlige.⁸²

Når det gjelder adgangen til varetektsfengsling er utgangspunktet at norske straffeprosessuelle bestemmelser er i samsvar med de krav som følger av EMK, og det er sjelden at konvensjo-

⁷⁵ Murray mot Storbritannia (1994) para. 56.

⁷⁶ Labita mot Italia (2000) para. 155-161.

⁷⁷ Johnson mot Storbritannia (1997) para. 60.

⁷⁸ Kjølbrot (2010) s. 296.

⁷⁹ Møse, Aall og Nordeide (2010) note 31.

⁸⁰ Kjølbrot (2010) s. 280.

⁸¹ Mooren mot Tyskland (2009) para. 73, K. –F. mot Tyskland (1997) para. 67 og Erkalot mot Nederland (1998) para. 55.

⁸² Ladent mot Polen (2008) para. 49-53.

nen har direkte praktisk relevans for spørsmål knyttet til selve beslutningen om varetekt.⁸³ Dersom varetektsfengslingen oppfyller vilkårene i straffeprosessloven, vil også fengslingen i de fleste tilfeller være en lovlig frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c.⁸⁴ Et unntak fra utgangspunktet er at EMK stiller strengere krav til varetekt av hensyn til den alminnelige rettsfølelse, noe som vil bli behandlet senere i oppgaven. Artikkel 5 nr. 1 angir de situasjoner hvor frihetsberøvelsen vil være i samsvar med konvensjonen, mens artikkel 5 nr. 3 og kravet om hovedforhandling innen rimelig tid, eller løslatelse i påvente av hovedforhandlingen stiller ytterligere krav knyttet til fengslingens lengde.

⁸³ Elden, Brosveet og Bodahl-Johansen (2012) pkt. 9.5 og Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) s. 23-25.

⁸⁴ Ot.prp.nr. 66 (2001-2002) s. 23-25.

3 Langvarig varetektsfengsling

3.1 Retten til rettergang eller løslatelse innen en rimelig tidsfrist

I det følgende fremstilles det rettslige innholdet i EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ. Av hensiktsmessige årsaker vil også forholdet til straffeprosesslovens fengslingsvilkår bli omtalt fortløpende.

EMK artikkel 5 nr. 3 har denne ordlyden:

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

Artikkelen regulerer to separate faser av varetektsfengslingen. Artikkelens første alternativ regulerer tiden for framstilling for rettslig varetekt etter arrestasjonen. Etter bestemmelsens første alternativ skal den som er pågrepet i samsvar med artikkel 5 nr. 1 bokstav c straks bli stilt for en dommer. Dette kravet er gjennomført i norsk rett i straffeprosessloven § 183 hvor siktede «senest tredje dag» skal fremstilles for retten.

Artikkelens annet alternativ regulerer den tiden hvor personen sitter varetektsfengslet fram mot hovedforhandlingen. Siktede har et krav på hovedforhandling innen «rimelig tid», eller løslatelse i påvente av hovedforhandlingen. Spørsmålet om siktedes rettigheter er oppfylt etter EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ kan komme på spissen dersom det er tale om en svært lang fengslingsperiode, eller om etterforskningen fremmes med manglende progresjon.⁸⁵ EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2, og bestemmelsen vil legge begrensninger for hvor lenge en person kan holdes i varetekt.

3.1.1 Perioden som skal vurderes

Ved vurderingen av om frihetsberøvelsen er forenlig med konvensjonens krav til hovedforhandling eller løslatelse innen rimelig tid, fastlegger Domstolen først *den relevante periode* for bedømmelsen. Den relevante periode vurderes så i lys av kravet om en rimelig frist på grunnlag av de kriterier som er utviklet i praksis.⁸⁶ Det er ikke mulig å si noe generelt om hvor langt en frihetsberøvelse kan strekkes tidsmessig, da det alltid foretas en konkret vurde-

⁸⁵ Rt. 2009 s. 472 avsnitt 14 og Ślusarczyk mot Polen (2014) para. 160.

⁸⁶ Kjølbrot (2010) s. 315.

ring av hver enkelt sak.⁸⁷ Et eksempel på at en langvarig frihetsberøvelse kan være forenlig med konvensjonen finnes i avgjørelsen *Chraidi mot Tyskland*, hvor klager var varetektsfengslet i til sammen 5 år og 6 måneder i en komplisert sak som omhandlet internasjonal terrorisme.⁸⁸

Den relevante periode for bedømmelsen starter når personen faktisk blir berøvet friheten. Dette vil som oftest være ved pågripelsen, og er i normaltillfellene ikke vanskelig å fastlegge.⁸⁹ Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det kan oppstå en viss tvil om når perioden for frihetsberøvelsen starter, for eksempel hvor det først er foretatt en ordensmessig innbringelse og hvor vedkommende senere blir holdt tilbake av pågripelsesreglene. I norsk rett kan dette være tilfelle når en person bringes inn etter fire timers-regelen som følger av politiloven § 8, og personen deretter holdes tilbake etter straffeprosessloven § 171 om pågripelse.⁹⁰

Perioden avsluttes når vedkommende blir løslatt eller ved det tidspunktet når dom blir avsagt.⁹¹ Det avgjørende tidspunktet ved løslatelse er når løslatelsen faktisk skjer.⁹² Dersom varetektsfengslingen avsluttes med dom, løper perioden til saken er avgjort av en kompetent domstol.⁹³ Det vil si at kravet om rimelig tid avbrytes når saken er avgjort ved dom i første instans, og bestemmelsens relevante periode vil kun omfatte perioden med frihetsberøvelse før og under hovedforhandlingen i første instans.⁹⁴

Det er ikke et krav at dommen må være rettskraftig, da fengslingen vil ha sitt grunnlag i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a når dom er avsagt av første instans, jf. EMK artikkel 5 nr. 1 a.⁹⁵ Dersom en person anker en domfellelse, og ankeinstansen opphever dommen og krever ny behandling eller frifinner tiltalte, vil frihetsberøvelsen mellom avgjørelsene i første og andre instans falle utenfor virkeområdet til artikkel 5 nr. 3.⁹⁶ Men hvis ankeinstansen opphever førsteinstansens dom og krever ny behandling, og tiltalte fortsatt sitter i varetekt, skal perioden etter ankeinstansens dom medregnes i den relevante periode.⁹⁷ Ved gjentatt varetektsfengsling i forbindelse med samme straffesak, kan alle periodene vurderes samlet i en hel-

⁸⁷ Op.cit. s. 316.

⁸⁸ *Chraidi mot Tyskland* (2006) para. 33-48.

⁸⁹ *Muller mot Frankrike* (1997) para. 34.

⁹⁰ *Aall* (1994) s. 621.

⁹¹ *Van der Tang mot Spania* (1995) para. 58 og *Kalashnikov mot Russland* (2002) para. 110.

⁹² *Van der Tang mot Spania* (1995) para. 58.

⁹³ *Wemhoff mot Tyskland* (1968) para. 9.

⁹⁴ *Gòrski mot Polen* (2005) para. 41.

⁹⁵ *Kjølbros* (2010) s. 316.

⁹⁶ *Vaccaro mot Italia* (2000) para. 31.

⁹⁷ *Yakistan mot Tyrkia* (2007) para. 25-28.

hetsbedømmelse.⁹⁸ Selv om fristen etter artikkel 5 nr. 3 avbrytes ved løslatelse, har likevel myndighetene et ansvar om at den anklagede får saken avgjort innen rimelig tid, jf. EMK artikkel 6 nr. 1.

3.1.2 Et krav om at relevante og tilstrekkelige fengslingsgrunner må foreligge

Ved førstegangsfengslinger er det tilstrekkelig etter EMK artikkel 5 at det foreligger en «rimelig mistanke». Siktete har videre et krav på løslatelse eller hovedforhandling «innen rimelig tid». Bestemmelsens ordlyd legger opp til en rimelighetsvurdering, men gir ingen holdpunkter på hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen. Av praksis fra EMD følger imidlertid flere fengslingsvilkår som må være oppfylt for at langvarige varetektsfengslinger skal være forenlige med EMK artikkel 5 nr. 3.

Først vurderer Domstolen om det i tillegg til en «rimelig mistanke» foreligger supplerende fengslingsgrunner som er *relevante og tilstrekkelige*. Dersom det foreligger relevante og tilstrekkelige fengslingsgrunner, er neste vilkår at de nasjonale myndigheter må behandle saken med rimelig fremdrift («special diligence»). Dette kan belyses med en uttalelse i storkammeravgjørelsen *Labita mot Italia* hvor Domstolen uttaler at:

«The persistence of a reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a condition sine qua non for the lawfulness of the continued detention, but after a certain lapse of time it no longer suffices. In such cases, the Court must establish whether the other grounds given by the judicial authorities continued to justify the deprivation of liberty. Where such grounds were "relevant" and "sufficient", the Court must also ascertain whether the competent national authorities displayed "special diligence" in the conduct of the proceedings».⁹⁹

EMD vurderer om de grunner som nasjonale domstoler har anført for den fortsatte frihetsberøvelsen har vært *relevante og tilstrekkelige* først når fengslingen har vart en stund. Resultatet blir krenkelse av konvensjonen hvis de anførte fengslingsgrunner ikke oppfyller dette kravet.¹⁰⁰ EMD uttaler i avgjørelsen *Smirnova mot Russland* at: «A person charged with an offence must always be released pending trial unless the State can show that there are «relevant and sufficient» reasons to justify the continued detention».¹⁰¹

⁹⁸ Kolev mot Bulgaria (2005) para. 53.

⁹⁹ Labita mot Italia (2000) para. 153.

¹⁰⁰ Clooth mot Belgia (1991).

¹⁰¹ Smirnova mot Russland (2003) para. 58.

Her følger en forskjell fra straffeprosesslovens struktur ved vurderingen av fengslingen. EMD krever at det foreligger sterkere fengslingsgrunner når fengslingen er langvarig, mens straffeprosessloven krever at både generelle og spesielle fengslingsvilkår foreligger allerede ved første gangs fengsling. Om et bestemt hensyn kan begrunne en fortsatt frihetsberøvelse, beror i prinsippet på praksis fra EMD.¹⁰² I samme avgjørelse finner vi de relevante fengslingsgrunner som er utviklet i praksis:

«The Convention case-law has developed four basic acceptable reasons for refusing bail: the risk that the accused will fail to appear for trial, the risk that the accused, if released, would take action to prejudice the administration of justice or commit further offences or cause public disorder».¹⁰³

Risiko for flukt som begrunnelse er en relevant fengslingsgrunn hvis den er reell, og det forutsettes at de nasjonale domstolers avgjørelser inneholder en tilstrekkelig begrunnelse.¹⁰⁴ Det som fryktes, er at siktede ikke vil møte til hovedforhandling.¹⁰⁵ Domstolen har uttalt at risikoen for flukt skal vurderes på bakgrunn av en rekke momenter som enten kan bekrefte eller avkrefte fluktfaren.¹⁰⁶ Relevante momenter er siktedes karakter, hvilke eiendeler personen besitter, hvilken tilknytning vedkommende har til staten som har opprettet straffesak og hvilke internasjonale forbindelser mistenkte har.¹⁰⁷ Det kan også legges vekt på forbrytelsens karakter og den mulige straffens karakter og lengde, men fluktfaren kan ikke vurderes alene på grunnlag av lengden på den mulige straffen.¹⁰⁸

Risikoen for flukt vil avta med tiden, og det blir vanskeligere med tiden å rettferdiggjøre en fortsatt frihetsberøvelse med fluktfare som begrunnelse.¹⁰⁹ EMD krever at risikoen for flukt må være plausibel og «sufficiently established».¹¹⁰ Dersom mistenkte kan gi en tilstrekkelig garanti for at han møter opp til hovedforhandling, for eksempel ved å stille sikkerhet, har Domstolen uttalt at løslatelse skal skje når det eneste hensynet som taler for fortsatt frihetsberøvelse er det faktum at vedkommende vil unndra seg straffeforfølgning.¹¹¹

¹⁰² Kjølbro (2010) s. 317.

¹⁰³ Smirnova mot Russland (2003) para. 59.

¹⁰⁴ Tomasi mot Frankrike (1992) para. 98.

¹⁰⁵ Khodorkovskiy mot Russland (2011) para. 184.

¹⁰⁶ Letellier mot Frankrike (1991) para. 43.

¹⁰⁷ W. mot Sveits (1993) para. 33.

¹⁰⁸ Ambruszkiewicz mot Polen (2006) para. 29 og Letellier mot Frankrike (1991) para. 43.

¹⁰⁹ Kudla mot Polen (2000) para. 114.

¹¹⁰ Khodorkovskiy mot Russland (2011) para. 186.

¹¹¹ Letellier mot Frankrike (1991) para. 45.

Plikten til å tilby siktede løslatelse mot kausjon følger også av straffeprosessloven. Det vil imidlertid fremkomme av punkt 3.3.4.2 at mye taler for at ankeutvalget ikke gjennomfører kravet i praksis. Videre anvender EMK en snevrere formulering («fleeing») enn hva som følger av straffeprosessloven (unndragelsesrisiko). Unndragelsesrisiko som fengslingsgrunn vil kunne bestå i lang tid, og det vil derfor være en risiko for at fengslinger besluttet på dette grunnlag vil kunne bli langvarige. Dette er problematisk i forhold til praksis fra EMD som sier at fluktrisikoen vil avta med tiden.¹¹² Videre gir ordlyden i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1 liten veiledning når det gjelder grensedragningen av når det kan fengsles på dette grunnlaget, og spørsmålet om det foreligger en slik risiko må derfor i stor grad baseres på praksis fra ankeutvalget.¹¹³

Gjentakelsesfare er også en relevant fengslingsgrunn når det er nødvendig for å eliminere risikoen for gjentakelse. Ved vurderingen av risikoen for gjentakelse vil siktedes tidligere straffer og andre personlige forhold være relevante momenter.¹¹⁴ Men det er ikke tilstrekkelig å basere en frihetsberøvelse på grunnlag av at vedkommende er straffet tidligere, også her krever EMD at nasjonale domstoler gir en konkret begrunnelse for hvorfor risikoen for gjentakelse foreligger.¹¹⁵ Bevisbyrden for at risikoen for gjentakelse foreligger ligger hos staten. Videre kan forbrytelsens alvorlighetsgrad også rettfærdiggjøre at en person fengsles når formålet er å forhindre at vedkommende begår en ny kriminell handling. Gjentakelsesfaren må da være plausibel, og frihetsberøvelsen må være rimelig vurdert i forhold til sakens faktiske omstendigheter og den mistenktes fortid og personlighet.¹¹⁶

Ankeutvalget har i likhet med EMD opphevet kjennelser hvor de spesifikke grunner som kan bevise at det foreligger gjentakelsesfare ikke har vært tilstrekkelig begrunnet. Dette konkretiseringskravet følger blant annet av Rt. 2007 s. 1109 (avsnitt 12), hvor lagmannsrettens kjennelse ble opphevet som følge av en uklar begrunnelse. Det å skulle fastlegge at siktede vil begå nye straffbare handlinger i fremtiden kan imidlertid by på utfordringer, da det ofte er tale om rusrelatert kriminalitet eller psykisk sykdom som de underliggende årsakene til at siktede begår kriminelle handlinger.¹¹⁷

I motsetning til straffeprosessloven, er ikke bevisforspillelsesfare særlig nevnt som fengslingsgrunn etter EMK artikkel 5 nr. 3. Men EMD har eksplisitt uttalt at risiko for at siktede

¹¹² Kudla mot Polen (2000) para. 114.

¹¹³ Havre (2014) s. 109.

¹¹⁴ Dumont-Maliverg mot Frankrike (2005) para. 64.

¹¹⁵ I.A mot Frankrike (1998) para. 107 og Muller mot Frankrike (1997) para. 44.

¹¹⁶ Clooth mot Belgia (1991) para. 39.

¹¹⁷ Havre (2014) s. 148.

skal forstyrre «the administration of justice» er en relevant fengslingsgrunn.¹¹⁸ En slik risiko foreligger for eksempel dersom den mistenkte på frifot kan fjerne bevis, påvirke vitner eller samkjøre sin forklaring med andre som har medvirket til handlingen.¹¹⁹ Som utgangspunkt anerkjenner ikke EMD at en frihetsberøvelse begrunnes i at det foreligger fare for at vitner og mistenkte skal koordinere sine forklaringer etter det tidspunkt hvor etterforskningen er avsluttet og bevisene er sikret.¹²⁰ Ved vurderingen har det betydning om alle vitner har avgitt forklaring, og EMD har flere ganger uttalt at risikoen for koordinering av vitneforklaringer mister sin styrke med tiden.¹²¹ På grunn av uskyldspresumsjonen kan faktum at mistenkte helt eller delvis nekter å forklare seg aldri alene begrunne en frihetsberøvelse.¹²² Denne fengslingsgrunnen har derfor mye av det samme innholdet som følger av straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2.

Hensynet til å beskytte den mistenkte kan også nødvendiggjøre en frihetsberøvelse. Her må helt særlige omstendigheter foreligge og hensynet til å beskytte den mistenkte må samtidig ha tilknytning til forbrytelsens karakter, måten forbrytelsen ble begått på, og til omstendighetene for øvrig.¹²³ Denne relevante fengslingsgrunn har mye til felles med straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 4, men som i tillegg krever en positiv begjæring fra siktede.

Videre kan *hensynet til å opprettholde den offentlige orden* begrunne en frihetsberøvelse i særlige tilfeller. Visse typer forbrytelser kan begrunne varetektsfengsling i en periode på grunn av sin grove og alvorlige karakter, og på grunn av befolkningens reaksjon på slike forbrytelser kan medføre sosiale forstyrrelser.¹²⁴ I avgjørelsen *Letellier mot Frankrike* uttaler EMD at:

«However, this ground can be regarded as relevant and sufficient only provided that it is based on facts capable of showing that the accused's release would actually disturb public order. In addition detention will continue to be legitimate only if public order remains actually threatened; its continuation cannot be used in anticipate a custodial sentence».¹²⁵

Hensynet til rettshåndhevelsen kan derfor bare anses for en relevant og tilstrekkelig fengslingsgrunn hvis avgjørelsens begrunnelse viser at en løslatelse rent faktisk vil forstyrre den

¹¹⁸ Smirnova mot Russland (2003) para. 59.

¹¹⁹ Kjølbro (2010) s. 318.

¹²⁰ Csaky mot Ungarn (2006) para. 36.

¹²¹ Se for eksempel I.A mot Frankrike (1998) para. 109 og Trzaska mot Polen (2000) para. 65.

¹²² Harazin mot Polen (2006) para. 44.

¹²³ I.A mot Frankrike (1998) para. 108.

¹²⁴ Op.cit. para. 104.

¹²⁵ Letellier mot Frankrike (1991) para. 51.

offentlige orden. En sterk mistanke om at en person har begått en alvorlig forbrytelse kan ikke i seg selv begrunne langvarige frihetsberøvelser, og risikoen for at den offentlige orden vil bli forstyrret må begrunnes konkret.

I avgjørelsen *Riccardi mot Romania* ble det statuert krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 3 på grunn av at myndighetene ikke hadde bevist at løslatelse faktisk ville forstyrre den offentlige ro og orden, hvor EMD uttalte:

«The fact that the domestic courts briefly referred to the seriousness of the offences, the circumstances in which the offences were committed and the severity of the potential sentence cannot replace the failure to provide specific reasons for the applicant's continued detention, because the nature of the elements relied on raises more questions than answers with regard to the existence of an alleged danger to public order (...).»¹²⁶

Straffeprosessloven § 172 er svakere utformet enn hva som følger av praksis fra EMD. Den norske bestemmelsen inneholder for det første ikke et krav om at «allmennhetens rettsfølelse» må være svekket. For det andre er det tilstrekkelig at forholdet må være «egnet til» å støte allmennhetens rettsfølelse dersom han er på frifot, jf. § 172 annet ledd. Det fremgår av forarbeidene at denne formuleringen var bevisst fra lovgivers side.¹²⁷ Mye kan derfor tale for at ordlyden i straffeprosessloven § 172 er i strid med EMK artikkel 5 og bestemmelsens tilhørende praksis.¹²⁸ Det ser imidlertid ut til at ankeutvalget er klar over denne utfordringen, hvor det i Rt. 2002 s. 842 (s. 843) ble uttalt at:

«Bestemmelsen må tolkes i lys av bestemmelsene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Etter EMK artikkel 5 nr. 3 må § 172 anvendes med stor varsomhet (...).»

Som følge av våre konvensjonsforpliktelser bør fengsling med straffeprosessloven § 172 som grunnlag bare anvendes i tilfeller hvor fengsling er helt nødvendig, og det bør begrunnes konkret på hvilken måte og hvorfor hensynet til allmennheten tilsier at fengsling skal kunne skje.¹²⁹

Det er også et krav om at de relevante fengslingsgrunner fremstår som tilstrekkelige («sufficient»). Dette kan belyses med avgjørelsen *Khodorkovskiy mot Russland* hvor det heter:

¹²⁶ *Riccardi mot Romania* (2012) para. 76.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 99-100.

¹²⁸ Havre (2014) s. 107.

¹²⁹ *Ibid.*

«The Court further stresses that the existence of a particular risk which may hinder the proper conduct of the proceedings (even if the risk was sufficiently established) does not necessarily mean that the suspect must be detained».¹³⁰

Det betyr at selv om fengslingsgrunnene er relevante, er det ikke sikkert at de vil være sterke nok til å holde den siktede fengslet over tid. Denne vurderingen skal foretas etter en proporsjonalitetsvurdering, og vil bli behandlet i punkt 3.3.1.

3.1.3 Et krav om sakens fremdrift

At det foreligger relevante og tilstrekkelige fengslingsgrunner er ikke nok for å rettferdiggjøre en frihetsberøvelse. EMK artikkel 5 nr. 3 stiller også et krav om at de nasjonale myndigheter har utvist «special diligence» ved sakens behandling, et krav om at de nasjonale myndigheter plikter å behandle saken med rimelig fremdrift. Vurderingen av om kravet er oppfylt har store likhetstrekk med vurderingen som finner sted etter EMK artikkel 6 nr. 1, men er i praksis langt fra så detaljert og inngående.¹³¹ En helhetsvurdering må legges til grunn ved vurderingen av om saken har vært fremmet med tilstrekkelig hurtighet, hvor flere momenter kan vektlegges.

Ved vurderingen av det tidsmessige aspektet ved sakens behandling legger EMD vekt på om etterforskningen er kompleks, om internasjonal bistand har blitt anmodet, og om etterforskningen har vært omfattende, herunder en omfattende bevissikring eller atskillige vitneavhør. Det vektlegges videre om saken har vært preget av prosessuell kompleksitet, om det har skjedd forsinkelser som følge av sammenslåing eller koordinering av flere saker i et større sakskompleks, og om det har gått lang tid mellom rettsmøtene.¹³²

Staten kan bli holdt ansvarlig dersom det går lang tid fra en sak er ferdig etterforsket til domsforhandlingen faktisk skjer.¹³³ Det skal mye til for at den siktedes atferd eller handlemåte kan tillegges betydning som årsak til forsinkelsen. En som sitter varetektsfengslet kan ikke bebreides for at han ikke samarbeider med myndighetene om oppklaring av saken. På grunn av at det er myndighetenes oppgave å sikre bevis og at saken fremmes innen en rimelig frist, kan den siktede heller ikke bebreides for å nekte og uttale seg.¹³⁴ EMD har flere ganger uttalt at:

¹³⁰ Khodorkovskiy mot Russland (2011) para. 186.

¹³¹ Kjølbrot (2010) s. 322.

¹³² Contrada mot Italia (1998) para. 66, Dzelili mot Tyskland (2005) para. 78-80, Shabani mot Sveits (2009) para. 65, Contrada mot Italia (1998) para. 66, Van der Tang mot Spania (1995) para. 74 og Muller mot Frankrike (1997) para. 38.

¹³³ Pihlak mot Estland (2005) para. 46.

¹³⁴ Mamedova mot Russland (2006) para. 83.

«the right of an accused in detention to have his case examined with particular expedition must not unduly hinder the efforts of the judicial authorities to carry out their tasks with proper care».¹³⁵

Avgjørelsen *Assenov m.fl. mot Bulgaria* illustrerer at EMD statuerer krenkelse av artikkel 5 nr. 3 i tilfeller hvor det ikke blir foretatt etterforskning i den perioden hvor siktede sitter varetektsfengslet.¹³⁶

3.2 Straffeprosesslovens bestemmelser om langvarig varetekt og forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ

3.2.1 Innledning

Straffeprosessloven inneholder heller ingen absolutt lengstefrist på hvor lenge en person kan holdes i varetekt. Spørsmålet om loven skulle inneholde en slik frist for den samlede lengde av varetektsfengslingen ble vurdert i 2002.¹³⁷ Til støtte for å innføre en maksimumsgrense ble varetektens inngripende karakter fremhevet, hvor varetekt ikke skal være «foregrepet soning». Det ble videre uttalt:

«I utgangspunktet synes det ikke urimelig å kreve at etterforskningen må fullføres innen en viss tid, og å la konsekvensen være at siktede må løslates dersom politiet ikke klarer dette. Man må regne med at maksimumsgrenser vil bidra til økt tempo i etterforskningen. Dette kan oppnås uten at kvaliteten på etterforskningen svekkes, fordi tidsbesparelsen normalt kan skje ved at liggetid reduseres».¹³⁸

Komplekse saker, som for eksempel alvorlige narkotikasaker hvor siktede er av utenlandsk opprinnelse uten tilknytning til Norge, var et tungtveiende hensyn mot å innføre en lovbestemt maksimumsfrist. På grunn av fluktfaren i slike saker ville en lovfestet lengstefrist føre til at det ikke blir mulig å gjøre straffansvar gjeldende i slike saker. Det ble også fremhevet at årsaken til lange perioder med varetekt ikke bare kan skyldes politiet, og det ble uttalt at:

«Det hjelper lite om etterforskningen skjer i forbilledlig tempo, så lenge det tar så lang tid som i dag å få saken behandlet i to instanser. Etter arbeidsgruppens syn må det derfor bestemt fra-

¹³⁵ Se for eksempel *Toth mot Østerrike* (1991) para. 77.

¹³⁶ *Assenov m.fl. mot Bulgaria* (1998) para. 157.

¹³⁷ Ot.prp.nr.66 (2001-2002) s. 36.

¹³⁸ Op.cit. s. 36.

rådes å innføre maksimumstid for varetektsopphold når fengslingsgrunnen er unndragelsesfare». ¹³⁹

Noen maksimumsgrense for varetekt besluttet etter straffeprosessloven § 172 ble heller ikke anbefalt:

«Selv om allmennhetens reaksjon på løslatelse som regel blir mindre når det har gått noen tid etter forbrytelsen, kan maksimumsgrenser her i enkelte tilfeller være til hinder for at bestemmelsens formål nås. De virkelig lange varetektstider ved fengsling etter § 172 skyldes for øvrig sjelden politiets etterforskning. Problemet er den tid det tar å få saken gjennom to instanser». ¹⁴⁰

Det fremkommer videre at en lovfestet lengstefrist for varetekt måtte være av en viss lengde for å kunne fange opp tilfellene hvor det foreligger et behov for langvarig varetekt. En lang frist ville ført til at de ordinære sakene ville overholdt maksimumsfristen med god margin. På grunn av den store variasjonen mellom sakene ble det sett på som problematisk å fastsette frister som ville gitt en riktig balanse mellom en effektiv og målrettet etterforskning på den ene side og uheldige løslatelser på den annen. ¹⁴¹ Straffeprosessloven inneholder likevel inngående og detaljerte regler vedrørende behandlingen av spørsmål som angår forlengelse av den opprinnelige fengslingsfristen.

3.2.2 Straffeprosessloven § 185

Det følger av straffeprosessloven § 185 første ledd at dersom retten beslutter å fengsle den siktede, skal det ved fengslingskjennelsen fastsettes en bestemt tidsfrist for fengslingen. Dette gjelder når hovedforhandlingen ikke er påbegynt. Dersom hovedforhandlingen har startet når siktede fengsles eller når fengslingsfristen løper ut, kan siktede holdes fengslet helt til dom er avsagt. Det følger videre av straffeprosessloven § 185 første ledd annet punktum at fristen skal være «så kort som mulig» og fristen må ikke overstige fire uker. Bestemmelsen skal sikre at nødvendigheten av den fortsatte fengsling blir prøvd jevnlig, og vurderingen av fengslingsfristens lengde skal skje etter proporsjonalitetsvurdering, jf. straffeprosessloven § 170a. ¹⁴²

Fristen på fire uker kan forlenges ved kjennelse med inntil fire uker av gangen, jf. straffeprosessloven § 185 første ledd tredje punktum. Vilkårene for varetekt må prøves på nytt hver

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Andenæs (2014) s. 302.

gang siktede fremstilles for retten. Tidligere la man til grunn at det ved forlengelse av fengslingen likevel var tilstrekkelig at det som var nytt siden forrige kjennelse ble drøftet når det i tillegg ble vist til tidligere avgjørelser.¹⁴³ Et slikt begrunnelseskrav ved fengslingsforlengelse er sannsynligvis uforenlig med EMDs krav om at fengslingsgrunnenes styrke må øke i takt med varetektstidens lengde. Begrunnelsene må derfor vise at fengslingsgrunnlagene fortsatt foreligger og at inngrepet fortsatt fremstår som proporsjonalt, også på tidspunktet hvor fengslingsfristen blir forlenget med nye fire uker. På et senere tidspunkt har Høyesterett i Rt. 2009 s. 660 (avsnitt 9) klarlagt at det forutsettes at spørsmålet drøftes av domstolen direkte, og at henvisninger til tidligere avgjørelser ikke er tilstrekkelig i saker hvor forholdsmessighetsvurderingen er det sentrale spørsmålet. Et slikt begrunnelseskrav vil sikre at det ved foretas en oppdatert og reell vurdering ved hver fengslingsforlengelse, herunder også om fortsatt fengsling er forenlig med EMK artikkel 5. Begrunnelseskravet etter norsk rett vil derfor samsvare med de krav som følger av EMDs praksis hvor det kreves at sterkere fengslingsgrunner foreligger når fengslingen blir langvarig.

Retten kan sette en lengre frist enn fire uker dersom etterforskningens art eller andre særlige omstendigheter tilsier at fornyet prøving etter fire uker vil være uten betydning, jf. straffeprosessloven § 185 første ledd fjerde punktum. Bestemmelsen gjelder både ved førstegangsfengsling og ved forlengelser. Det kommer klart frem av forarbeidene at adgangen til å sette en lengre frist enn fire uker skal være «meget snever», og at fristen bare kan fravikes i tilfeller der det på forhånd er klart at etterforskningen ikke vil stå i noen annen stilling etter fire uker slik at ny prøvelse vil være overflødig.¹⁴⁴ Forarbeidene presiserer at lovens formulering «etterforskningens art eller andre særlige omstendigheter» sikter til saker hvor rettspsykiatrisk observasjon skal foretas, saker som angår omfattende økonomisk kriminalitet hvor etterforskningen vil være komplisert og tidkrevende eller tilfeller hvor varetekt er besluttet etter § 172 der det ofte vil være på det rene at langvarig fengsling er påkrevet.¹⁴⁵

At adgangen til å sette en lengre frist tilhører unntakene er også forutsatt av Høyesterett ved flere anledninger.¹⁴⁶ Det følger videre av Rt. 2002 s. 54 (s. 56) at fristen regnes fra utløpet av forrige fengslingsfrist ved forlengelse, selv om avgjørelsen om forlenget fengsling er truffet noen dager før. Retten kan heller ikke beslutte forlengelse av eget tiltak, da det følger av anklageprinsippet i straffeprosessloven § 63 et krav om at påtalemyndigheten må begjære forlengelse.¹⁴⁷

¹⁴³ Rt. 2001 s. 979 s. 981.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s. 166.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Se for eksempel Rt. 1991 s. 838 (s. 840), Rt. 1994 s. 89 (s. 90) og Rt. 1997 s. 707 (s. 707).

¹⁴⁷ Rt. 2004 s. 146 avsnitt 10.

Det følger av straffeprosessloven § 185 tredje ledd at påtalemyndigheten skal oppgi når saken ventes ferdig etterforsket ved begjæring av forlenget fengsling. Det kan være tilstrekkelig etter omstendighetene med en gjengivelse av den begrunnelse påtalemyndigheten har gitt for at det ikke kan settes et bestemt tidspunkt i rettsboken, jf. Rt. 1999 s. 1865 (s. 1867). Påtalemyndigheten skal også redegjøre for den etterforskningen som er foretatt siden forrige rettsmøte, og for hvilken etterforskning som gjenstår, jf. tredje ledd tredje punktum. Formålet med bestemmelsen er å gjøre det lettere for retten å kontrollere om det foreligger et tilstrekkelig grunnlag for å fortsatt holde den siktede fengslet.¹⁴⁸

Tredje ledd har sammenheng med siste ledd i straffeprosessloven § 185, som har følgende ordlyd:

«Finner retten på noe tidspunkt at etterforskningen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetekt ikke er rimelig, skal retten løslate siktede».

Kravet om at siktede har krav på at saken behandles med rimelig fremdrift («special diligence») er gjennomført i norsk rett gjennom denne bestemmelsen. Vurderingen må derfor ses i sammenheng med EMK artikkel 5 nr. 3 og bestemmelsens tilhørende praksis.

Et eksempel på at ankeutvalget har vurdert kravet om at saken må fremmes med rimelig fremdrift finnes i Rt. 2015 s. 408. Kjennelsen viser også at ankeutvalget anvender EMDs praksis for fastleggelsen av kravets innhold. Lagmannsrettens kjennelse ble opphevet på grunn av feil generell lovforståelse ved vurderingen av om en fortsatt varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1 var i strid med EMK artikkel 5 nr. 3.

Lagmannsretten la til grunn, med henvisning til juridisk teori (Jebens og Møse), at det skal «foretas en totalvurdering der det særlig legges vekt på styrken i de anførte fengslingsgrunnene, fremdriften i saksbehandlingen, årsakene til eventuelle forsinkelser, varetektstiden i seg selv om mistenktes personlige forhold».¹⁴⁹

Ankeutvalget viste til storkammeravgjørelsen *Labita mot Italia* hvor EMD uttalte at artikkel 5 nr. 3 både stiller et krav om at det må foreligge en tilstrekkelig fengslingsgrunn og et krav om at saken må behandles med rimelig fremdrift.¹⁵⁰ Utvalget uttalte videre, med henvisning til avgjørelsen *Grisez mot Belgia*, at hensynet til sakens alvor etter forholdene kan tillegges vekt, men at avgjørelsen *Veliyev mot Russland* viste at «dette hensynet i alle fall ikke kan trekkes så

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 66 (2001-2002), s. 134.

¹⁴⁹ Rt. 2015 s 408 avsnitt 11.

¹⁵⁰ Rt. 2015 s. 408 avsnitt 12 og 13, *Labita mot Italia* (2000) para. 153.

sentralt inn i vurderingen som lagmannsretten har gjort». ¹⁵¹ Ankeutvalget viste til flere avgjørelser fra EMD og uttalte videre at de sentrale elementene i vurderingen er «sakens kompleksitet, myndighetenes opptreden - særlig om det foreligger lange «dødperioder» - og den fengsledes egen opptreden». ¹⁵² Det ble også pekt på at den juridiske teori som Lagmannsretten henviste til i sin argumentasjon, behandlet artikkel 5 nr. 3 «i nokså generelle vendinger uten å gå spesielt inn på den noe mer avgrensede problemstillingen om fremdriftskravet som denne saken reiser». ¹⁵³

Kjennelsen viser for det første at artikkel 5 nr. 3 blir tillagt stor vekt ved vurderingen av fortsatt varetektsfengsling i norsk rett. For det andre viser kjennelsen at Ankeutvalget tillegger praksis fra EMD størst rettskildemessig vekt ved vurderingen av bestemmelsen, og at de bruker de momentene som følger av EMDs praksis i sin vurdering. For det tredje fremstår Lagmannsrettens lovforståelse av EMK artikkel 5 nr. 3 som bekymringsverdig. Det følger av langvarig praksis fra EMD at kravet om at saken må behandles med rimelig fremdrift «special diligence» er et selvstendig vilkår, og det kan fremstå som om lagmannsretten tar for gitt at juridisk teori er i samsvar med hva som følger av EMDs praksis. Lagmannsrettens bruk av juridisk teori til å fastlegge innholdet av bestemmelsen ble også kritisert av Ankeutvalget i sin kjennelse. Også underrettene må bruke EMD sine avgjørelser som rettskilder ved sin vurdering for at norsk rett skal kunne samsvare med EMK artikkel 5 nr. 3.

Det følger blant annet av Rt. 2004 s. 281 (avsnitt 10) at straffeprosessloven § 185 siste ledd har selvstendig betydning og kommer i tillegg til proporsjonalitetsprinsippet som følger etter § 170a. Forholdsmessighetsprinsippet gjelder både ved den første beslutning om fengslingen, og for varigheten av varetekten. Spørsmålet om fengslingen er et uforholdsmessig inngrep kan derfor endre seg under sakens gang dersom varetekten strekker seg over tid. Det vil si at prinsippet om forholdsmessighet må overveies når retten skal beslutte førstegangs fengsling, ved fastsettelse av tidsfristen for fengslingen etter straffeprosessloven § 185, og ved begjæringer om forlengelser av fengslingsfristen. ¹⁵⁴

De viktigste bestemmelsene for å gjennomføre EMK artikkel 5 nr. 3 i norsk lov vil derfor være straffeprosessloven §§ 170a og 185 siste ledd, hvor begge bestemmelsene legger opp til en proporsjonalitetsvurdering. Vurderingen etter norsk lovgivning må sikre at siktede får bedre, eller de samme rettigheter som følger av EMK.

¹⁵¹ Grisez mot Belgia (1997) para. 53, Rt. 2015 s. 408 avsnitt 14 og Veliyev mot Russland (2005) para. 157-158

¹⁵² Rt. 2015 s. 408 avsnitt 15.

¹⁵³ Op.cit. avsnitt 16.

¹⁵⁴ Andenæs (2014) s. 280.

3.2.3 Straffeprosessloven § 187

Det følger av straffeprosessloven § 187 første ledd første punktum at siktede fortsatt kan holdes fengslet inntil fire uker etter avsagt ubetinget dom på frihetsstraff, eller ved dom som forkaster anke over slik dom, når retten ikke treffer annen bestemmelse. Siktede bør som regel være fengslet fram til soningen starter dersom straffen er streng og det ikke foreligger særlige omstendigheter som tilsier løslatelse fra varetekt, jf. Rt. 1974 s. 1262 (s. 1263). Bestemmelsen avskjærer imidlertid ikke at en domfelt kan begjære seg selv løslatt, jf. Rt. 2015 s. 188 (avsnitt 14). Videre må de alminnelige vilkårene for fengsling i § 184 annet ledd være oppfylt, jf. bestemmelsens første ledd annet punktum. EMK artikkel 5 nr. 3 får ikke lenger anvendelse, men varetektsfengslingen kan ha sitt grunnlag i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a, og artikkel 6 nr. 1 kan bli aktuell dersom straffesaken som sådan trekker ut i tid.

Av § 187 annet ledd første og annet punktum følger en hovedregel om at siktede skal løslates straks ved frifinnelse, straff av bot, samfunnsstraff eller fengsel som er avsonet ved varetektsfengsel. Det følger imidlertid en mulighet til fortsatt fengsling etter frifinnende dom i første instans, jf. annet ledd tredje punktum. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Blir det på stedet avgitt erklæring om anke over dom, eller om at det vil bli innstilt på slik anke, kan den rett som har avsagt dommen, når særlige grunner taler for det, ved kjennelse bestemme at siktede kan holdes fengslet i et bestemt tidsrom».

Vilkåret «på stedet» skal tolkes slik at en omgående anke fra påtalemyndigheten etter at den ble kjent med dommen oppfyller lovens krav.¹⁵⁵ Det følger av Rt. 2006 s. 914 (avsnitt 11) at de «særlige grunner» må foreligge i tillegg til at de ordinære fengslingsgrunnene må være oppfylt. Men i kjennelsen inntatt i Rt. 2015 s. 935 (avsnitt 18) uttalte Ankeutvalgets flertall at:

« [...] kriteriene som er nedfelt i § 172 - forhold som i særlig grad styrker mistanken og den omstendighet at det vil støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet om den mistenkte er på frifot - uansett må anses som "særlige grunner" i § 187s forstand».

Ut fra denne uttalelsen kan det slutes at fengsling besluttet på grunnlag av § 172 i seg selv kan rettferdiggjøre en fortsatt fengsling etter frifinnelse, mens varetekt som er besluttet etter §§ 171 og 173 i tillegg krever at det foreligger «særlige grunner». Straffeprosessloven § 184 annet ledd tredje punktum krever at retten må redegjøre for hvilke særlige grunner som taler for fortsatt fengsling etter frifinnende dom. Det følger av ordlyden og rettspraksis at det skal

¹⁵⁵ Rt. 2013 s. 836 avsnitt 14.

«temmelig tungtveiende grunner til for å fravike utgangspunktet om løslatelse i § 187 første ledd første punktum».¹⁵⁶

Som det fremgår av den foranstående redegjørelsen i punkt 3.1.1, er det dom i første instans som virker fristavbrytende for den relevante perioden etter EMK art. 5 nr. 3. Kravet om hovedforhandling innen rimelig tid, eller løslatelse i påvente av hovedforhandlingen får dermed ikke anvendelse i de tilfeller hvor fengslingen besluttet på grunnlag av straffeprosessloven § 187 annet ledd tredje punktum. Selv om adgangen til fortsatt fengsling skal være «meget snever», er et interessant spørsmål i denne sammenheng hvorvidt denne fengslingsadgangen kan forsvares med henblikk på våre konvensjonsforpliktelser som følger av EMK artikkel 5 nr. 1.

EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a har følgende ordlyd:

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

a. the lawful detention of a person after conviction by a competent court».

Fortsatt fengsling etter dom kan etter ordlyden ha sitt grunnlag i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a når dommen konstaterer skyld. I tillegg må det fastslås at det foreligger årsakssammenheng mellom frihetsberøvelsen og lovbruddet vedkommende er dømt for.¹⁵⁷ En frifinnende dom kan av den grunn ikke ha sitt grunnlag i denne bestemmelsen.

Artikkel 5 nr. 1 gir en uttømmende liste over situasjoner hvor varetektsfengsling kan være i overenstemmelse med konvensjonen. For at videre fengsling etter frifinnelse i første instans skal kunne rettfærdiggjøres, må adgangen derfor følge av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

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

Merete Havre har gitt uttrykk for at artikkel 5 nr. 1 bokstav c ikke gir adgang til fortsatt fengsling ved frifinnelse og at straffeprosessloven § 187 annet ledd tredje punktum av den grunn

¹⁵⁶ Rt. 2006 s. 914 avsnitt 11.

¹⁵⁷ Van Droogenbroeck mot Belgia (1982) para. 35.

må være i strid med konvensjonen.¹⁵⁸ Hun mener at videre frihetsberøvelse etter frifinnelse i første instans ikke lenger kan ha som formål å bringe saken frem til hovedforhandling. Hun hevder også at anvendelsesområde til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c avsluttes ved dom i første instans.¹⁵⁹

Ordlyden i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c synes ikke uten videre å utelukke fortsatt fengsling etter frifinnende dom i første instans. I et system med to-instansbehandling kan det fortsatt anføres at formålet kan være å bringe vedkommende for kompetent rettslig myndighet inntil skyldspørsmålet er rettskraftig avgjort. De hensyn som ligger bak fengslingsadgangen til varetekt vil fortsatt kunne gjøre seg gjeldende etter frifinnelse, for eksempel hvor det foreligger stor fare for at vedkommende vil flykte utenlands i påvente av ankebehandlingen. Samtidig er det klart at det må tillegges vekt at vedkommende er frifunnet i første instans, jf. tilleggskravet om «særlige grunner» i straffeprosessloven § 187 og Rt. 1998 s. 320 (s. 322).

På den annen side så har EMD flere ganger uttalt at artikkel 5 nr. 1 bokstav c må ses i sammenheng med artikkel 5 nr. 3, og at de to bestemmelser til sammen utgjør en helhet.¹⁶⁰ Dette kan tale for at varetektsfengsling ikke kan besluttes etter frifinnelse, på grunn av at anvendelsesområdet til artikkel 5 nr. 3 avsluttes ved dom i første instans. Videre vil fortsatt varetekt etter frifinnelse i likhet med fengsling etter domfellelse falle inn under anvendelsesområdet til EMK artikkel 6 nr. 1. Artikkel 6 nr. 1 stiller ikke like strenge krav til straffesakens fremdrift som artikkel 5 nr. 3, noe som innebærer et svakere vern for den fengslede. Varetektsfengsling skal også tolkes i lys av uskyldspresumsjonen.¹⁶¹ I de tilfeller hvor tingretten faktisk *har* tatt stilling til skyldspørsmålet og funnet den fengslede uskyldig, vil det kunne anføres at fortsatt fengsling etter frifinnelse bryter med denne presumsjonen.

Av de gjennomgåtte avgjørelser fra EMD, er det ikke funnet at Domstolen har uttalt seg direkte om forholdet mellom artikkel 5 nr. 1 bokstav c og fortsatt fengsling etter frifinnelse i første instans. Forholdet til EMK er heller ikke vurdert av lovgiver i forarbeidene til straffeprosessloven § 187 eller av Ankeutvalget.¹⁶² Det kan heller ikke se ut til at problemstillingen er drøftet i juridisk teori, med unntak av doktoravhandlingen og lovkommentaren til Merete Havre.

¹⁵⁸ Havre (2014) s. 321.

¹⁵⁹ Meidell (2012) merknad til straffeprosessloven § 187.

¹⁶⁰ For eksempel Smirnova mot Russland (2003) para. 56.

¹⁶¹ Ot.prp.nr 66 (2001-2002) s. 35.

¹⁶² Meidell (2012) merknad til straffeprosessloven § 187.

Dersom Merete Havres påstand medfører riktighet, kan det se ut til at fortsatt varetektsfengsling etter frifinnelse i første instans vil være i strid med EMK artikkel 5. Ved motstrid må EMK gå foran, jf. menneskerettsloven § 3 jf. § 2. I så tilfelle bør forholdet mellom straffeprosessloven § 187 annet ledd tredje punktum og EMK artikkel 5 vurderes nærmere.

3.2.4 Straffeprosessloven § 187 a

Det følger av straffeprosessloven § 187 a at den fengslede «skal løslates så snart retten eller påtalemyndigheten finner at grunnlaget for varetektsfengsling er falt bort, eller når fengslingsfristen er gått ut». Bestemmelsens ordlyd samsvarer med at siktede etter EMK artikkel 5 nr. 3 skal løslates når de spesielle og generelle fengslingsgrunnene ikke lenger er til stede. Påtalemyndigheten kan altså løslate siktede uten at spørsmålet behandles av retten. Dersom det har kommet inn begjæring om fengslingsforlengelse til retten før fengslingsfristens utløp, har siktede likevel ikke krav på å bli løslatt selv om begjæringen ikke blir behandlet før fristens opphør.¹⁶³

3.3 Særlige spørsmål om gjennomføringen av EMK artikkel 5 nr. 3 i praksis

3.3.1 EMD anvender en proporsjonalitetsmodell som avveiningsnorm

For at Norge skal oppfylle sine konvensjonsforpliktelser må det nasjonale systemet enten anvende en strengere norm, eller den samme normen som EMD legger til grunn ved vurderingen av om fengslingen er lovlig etter konvensjonen. De viktigste bestemmelsene for å gjennomføre EMK artikkel 5 nr. 3 i norsk lov er straffeprosessloven §§ 170a, 185 og 187 a. §§ 170a og 185 siste ledd legger opp til en proporsjonalitetsvurdering som må gi siktede bedre, eller de samme rettigheter som følger av konvensjonen. Det er derfor primært praksis fra EMD som vil gi retningslinjer for interesseavveiningen som skal skje etter straffeprosessloven § 170a og EMK artikkel 5 nr. 3.¹⁶⁴ Videre vil det være nødvendig for norske rettsanvendere å se hen til EMDs praksis for å kunne fastlegge innholdet i normen som benyttes for vurderingen av om varetektsfengslingen er innenfor konvensjonens grenser.¹⁶⁵

Som det fremgår av punkt 3.1.2, stiller EMD et krav om at det må foreligge supplerende fengslingsgrunner som er relevante og tilstrekkelige («relevant and sufficient») ved fortsatt varetektsfengsling. En naturlig forståelse av begrepet «sufficient» tilsier at fengslingsgrunnen må være tilstrekkelig eller stor nok i forhold til noe. I avgjørelsen *Kucera mot Slovakia* fant EMD

¹⁶³ Haugland (2015) note 1167.

¹⁶⁴ Havre (2014) s. 42.

¹⁶⁵ Op.cit. s. 67.

at de relevante fengslingsgrunner ikke var sterke nok til at fengslingen kunne rettferdiggjøres hvor de uttalte: «and certainly not such as to outweigh the applicant's right to trial within a reasonable time or release pending trial».¹⁶⁶ Denne prøvingen gir uttrykk for en avveining etter en proporsjonalitetsmodell, hvor det må skje en balansering mellom mål og middel – det samfunnsmessige behovet må overgå retten til den personlige frihet.¹⁶⁷

At EMD benytter proporsjonalitetsmodellen ved vurderingen av EMK artikkel 5 nr. 3 kommer også til uttrykk i avgjørelsen *McKay mot Storbritannia*, hvor det uttales at:

«Continued detention can be justified in a given case only if there are specific indications of a genuine requirement of public interest which, notwithstanding the presumption of innocence, outweighs the rule of respect for individual liberty».¹⁶⁸

Denne setningen gjentas i de fleste avgjørelser hvor artikkel 5 nr. 3 prøves av EMD, og det kan for bestemmelsen utledes et krav om en forholdsmessighetsvurdering for fortsatt varetekt. Statene må begrunne at relevante og tilstrekkelige fengslingsgrunner veier tyngre («outweighs») enn individets rett til personlig frihet.¹⁶⁹ En slik overvektstandard vil være relativt ut fra hvor sterkt inngrepet er, slik at inngrepsbehovet må økes dersom varetekten skal kunne opprettholdes over tid.¹⁷⁰

Det fremkommer av oppgavens punkt 3.1.2 at EMD prøver om det foreligger supplerende fengslingsgrunner som er *relevante og tilstrekkelige* først etter en viss tid. For langvarig varetektsfengsling kreves det sterkere grunner for å fortsatt holde den siktede fengslet, enn hva det gjør ved førstegangsfengsling eller for helt korte perioder med varetekt. Dette kan belyses med avgjørelsen *Veliyev mot Russland* hvor EMD uttaler:

«The length of the applicant's detention is a matter of concern for the Court. The presumption being in favour of release, the Russian authorities were required to put forward very weighty reasons for keeping the applicant in detention for such a long time».¹⁷¹

Siktede hadde vært varetektsfengslet i to år og sju måneder, og for en slik sterk inngrepsintensitet krever EMD at inngrepsbehovet må være tilsvarende sterkt. Merete Havre kaller denne overvektstandarden som *den dynamiske proporsjonalitetsnormens kjerne*.¹⁷²

¹⁶⁶ Kucera mot Slovakia (2007) para. 100.

¹⁶⁷ Havre (2014) s. 74.

¹⁶⁸ McKay mot Storbritannia (2006) para. 42.

¹⁶⁹ Havre (2014) s. 73.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Veliyev mot Russland (2010) para. 145.

EMD har også ved flere anledninger eksplisitt uttalt at inngrepet må være proporsjonalt. I avgjørelsen *Ladent mot Polen* fra 2008 presiserte EMD at «For the Court, detention pursuant to Article 5 § 1 (c) must equally embody a proportionality requirement».¹⁷³

Avgjørelsen viser at kravet om at inngrepsbehovet må stå i et proporsjonalt forhold til inngrepsintensiteten prøves når EMD vurderer om de relevante fengslingsvilkårene fremstår som tilstrekkelige.¹⁷⁴ Avveiningen av om de relevante fengslingsgrunner fremstod som tilstrekkelig fikk dermed et nytt overbegrep, hvor avgjørelsen bekrefter at fast og langvarig praksis krever at vurderingen etter EMK artikkel 5 nr. 3 skal følge en proporsjonalitetsmodell.¹⁷⁵ Dette ble senere fulgt opp i avgjørelsene *Khayredinov mot Ukraina* fra 2010 og *Korneykova mot Ukraina* fra 2012.¹⁷⁶ I den sistnevnte avgjørelsen uttales det at: «detention pursuant to Article 5 § 1 (c) must embody a proportionality requirement, which requires a reasoned decision balancing relevant arguments for and against release».¹⁷⁷

Disse forannevnte avgjørelser gjør at man kan legge til grunn at EMD foretar vurderingen etter EMK artikkel 5 nr. 3 etter en proporsjonalitetsmodell. Etersom dette er kriteriet for oppfyllelsen av våre forpliktelser etter konvensjonen, må norske myndigheter også foreta en slik vurdering når den skal ta stilling til om siktede skal løslates eller fengsles etter straffeprosessloven §170a og § 185 siste ledd, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

Etter EMK artikkel 5 nr. 3 vil tidspunktet for løslatelse være når det ikke lenger foreligger et «tilstrekkelig» inngrepsbehov som veier tyngre enn retten til den personlige frihet.¹⁷⁸ Her vil kravet om «tilstrekkelig grunn» etter straffeprosessloven § 170a gi det samme vern som EMK artikkel 5 nr. 3. Videre er det en forutsetning for å overholde våre konvensjonsforpliktelser at ankeutvalget vurderer og vektlegger de samme momenter som følger av EMK. Det fremkommer ikke av konvensjonsteksten hvordan en slik tilstrekkelighetsvurdering skal gjennomføres, og praksis fra EMD vil derfor spille en sentral rolle.

¹⁷² Havre (2014) s. 74.

¹⁷³ *Ladent mot Polen* (2008) para. 55.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Havre (2014) s. 80.

¹⁷⁶ *Khayredinov mot Ukraina* (2010) para. 28 og *Korneykova mot Ukraina* (2012) para. 43.

¹⁷⁷ *Korneykova mot Ukraina* (2012) para. 43.

¹⁷⁸ *Bykov mot Russland* (2009) para. 64.

EMD oppstiller de ulike kolliderende interessene og tar alltid utgangspunkt i individets rett til personlig frihet eller at presumsjonen skal være i favør av løslatelse.¹⁷⁹ En slik fremstilling og oppstilling av de motstridende interesser som må inngå i avveiningen mangler i det norske kjennelsesmaterialet.¹⁸⁰ Det er ingen tvil om at ordlyden i straffeprosessloven § 170a stiller et krav til at rettsanvenderen skal foreta en forholdsmessighetsvurdering. Dette gjelder både for spørsmålet om førstegangsfengsling og for spørsmålet om hvor lenge fengslingen skal brukes. Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen at vurderingen også har betydning for om fengslingen eventuelt skal opphøre før fengslingsfristen har utløpt.¹⁸¹ Dette gjentas i forarbeidene til en endringslov fra 2003 hvor det heter:

«Straffeprosessloven § 170a stiller på generelt grunnlag opp et proporsjonalitetskrav: Jo mer inngripende et tvangsmiddel er, desto mer skal til for å bruke det. Et tvangsmiddel kan ikke brukes hvis formålet kan nås med et mindre inngripende tvangsmiddel. Og uansett kan et tvangsmiddel ikke brukes hvis det vil innebære et uforholdsmessig inngrep».¹⁸²

Det er derfor en klar forutsetning fra lovgiver at det skal skje en interesseavveining mellom behovet for inngrep på den ene side og inngrepsintensiteten på den andre.¹⁸³

Det fremkommer av Merete Havres doktoravhandling at det er vanskelig å utlede om ankeutvalgets forholdsmessighetsvurderinger vedrørende straffeprosessloven § 170a skjer etter en proporsjonalitetsmodell eller ikke.¹⁸⁴ Dette kan ha sammenheng med at begrunnelsene ofte er mangelfulle (oppgavens punkt 3.3.2). Ankeutvalget har i flere avgjørelser opphevet lagmannsrettens kjennelser på grunn av en uriktig lovforståelse eller som følge av at kjennelsen ikke viser at forholdsmessighetsvurderingen er riktig utført. Dette tyder på at ankeutvalget stiller krav om at det må foretas en grundig forholdsmessighetsvurdering ved fengslingsavgjørelser.

Lagmannsrettens kjennelse ble opphevet i Rt. 2003 s. 67 på grunn av en uriktig lovtolkning av straffeprosessloven § 170a og EMK artikkel 5 nr. 3. Lagmannsrettens begrunnelse var av meget knapp karakter, men den viste til forhørsrettens begrunnelse som hadde uttalt at spørsmålet om varetekt frem til hovedforhandling ville være et uforholdsmessig inngrep måtte vurderes først når dato for hovedforhandling var nærmere avklart. Dette var ikke uttrykk for en riktig lovforståelse, og det ble uttalt at vurderingen av spørsmålet om varetektsfengslingen utgjør

¹⁷⁹ Se for eksempel McKay mot Storbritannia (2006) para. 41.

¹⁸⁰ Havre (2014) s. 171.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 146.

¹⁸² Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) s. 47.

¹⁸³ Havre (2014) s. 66.

¹⁸⁴ Op.cit. s. 62.

et uforholdsmessig inngrep etter straffeprosessloven § 170a og EMK artikkel 5 nr. 3 må skje ut fra når retten anser at hovedforhandling tidligst kan finne sted. Om tidspunktet for hovedforhandling er usikkert, «må retten bygge på hva den ut fra foreliggende opplysninger og alminnelig erfaring anser sannsynlig».¹⁸⁵

I Rt. 2006 s. 820 (avsnitt 25) og Rt. 2007 s. 858 (avsnitt 10) ble også lagmannsrettens kjennelser opphevet på grunn av at hele tidsperioden den siktede kom til å sitte i varetekt ikke fremgikk av underinstansens begrunnelser. EMD krever at man tar utgangspunkt i hele fengslingsperioden under ett når fengslingen prøves opp mot artikkel 5 nr. 3 i ettertid.¹⁸⁶ Ankeutvalget presiserte i sin avgjørelse inntatt i Rt. 2003 s. 67 at den forventede fengslingsperiode må inngå i proporsjonalitetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170a, jf. forrige avsnitt. Det burde derfor være kjent for underrettene at begrunnelsen må vise at hele den forventede fengslingsperiode er inntatt i forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170a. En forutsetning for å overholde våre konvensjonsforpliktelser er at også underrettene anvender en riktig lovforståelse, både når det gjelder straffeprosessloven § 170a og EMK artikkel 5 nr. 3.

En ytterligere indikasjon på at norske domstoler følger en proporsjonalitetsmodell er at jo lenger fengslingen varer, desto strengere krav stiller ankeutvalget til underinstansens begrunnelser.¹⁸⁷ Som det fremkommer tidligere av dette punkt, krever EMD at sterkere grunner må foreligge når fengslingen er langvarig enn hva det gjør ved førstegangsfengsling eller for helt korte perioder med varetekt. Det kan derfor se slik ut at Ankeutvalgets praksis samsvarer med EMDs avgjørelser når det gjelder at begge krever at det må foreligge sterkere grunner for langvarig varetektsfengsling enn hva det gjør for korte.

Havre uttrykker imidlertid at det fremstår som problematisk at Ankeutvalget først stiller et slikt krav ved de aller lengste fengslingene, og hun mener videre at «det er en klar forutsetning i straffeprosesslovens system at vurderingen skal foretas etter en proporsjonalitetsmodell – alene på bakgrunn av nasjonal rett».¹⁸⁸ Straffeprosessloven § 170a krever at det foretas en proporsjonalitetsvurdering både ved førstegangsfengsling og for hver gang retten skal ta stilling til fortsatt fengsling av siktede. Straffeprosessloven § 185 siste ledd krever også at det foretas en proporsjonalitetsvurdering av om samfunnsmessige behov veier tyngre enn den langvarige varetektsfengslingen, jf. lovens formulering om at siktede skal løslates dersom «fortsatt varetekt ikke er rimelig».

¹⁸⁵ Rt. 2003 s. 67 avsnitt 13.

¹⁸⁶ Op.cit. s. 63.

¹⁸⁷ Havre (2014) s. 63.

¹⁸⁸ Op.cit. s. 64.

Straffeprosessloven gjennomfører med §§ 170a og 185 siste ledd kravene EMD stiller til at det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering når fengsling besluttes og forlenges. Utfordringen ligger i at samtlige domstoler må anvende både straffeprosesslovens bestemmelser og EMK riktig. For at vi skal overholde våre konvensjonsforpliktelser må de momenter som taler for og mot fengsling alltid fremkomme av avgjørelsens begrunnelse (punkt 3.3.2). Vurderingen etter § 170a og § 185 siste ledd må videre se hen til de momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 5 nr. 3.

Norske domstoler kan i utgangspunktet vektlegge andre momenter enn EMD i sin forholdsmessighetsvurdering etter straffeprosessloven § 170a, så lenge forholdet til EMK blir vurdert og siktede ikke blir dårligere stilt enn etter EMK artikkel 5 nr. 3. Et eksempel på hvor ankeutvalget i sine fengslingsavgjørelser vektlegger et moment som ikke er *relevant* i henhold til EMDs praksis, omtales nærmere i punkt 3.3.3.

3.3.2 Krav til konkretisering og en overbevisende begrunnelse

EMD stiller strenge krav til fengslingsavgjørelsens begrunnelse ved langvarig varetektsfengsling. I det ligger at de nasjonale myndigheter må begrunne fengslingen i konkrete omstendigheter som er knyttet til den siktede for at fengslingen skal kunne opprettholdes. EMD uttaler i avgjørelsen *Khudoyorov mot Russland* at argumentene som taler for og mot løslatelse ikke må være «general and abstract».¹⁸⁹ Det følger videre av samme avgjørelse at:

«Where the law provides for a presumption in respect of factors relevant to the grounds for continued detention, the existence of the concrete facts outweighing the rule of respect for individual liberty must be convincingly demonstrated».¹⁹⁰

I saker som omhandler fortsatt varetektsfengsling og hvor lovgivningen oppstiller relevante forhold som kan gi grunnlag for fengslingen, må begrunnelsen derfor inneholde konkrete omstendigheter som veier tyngre enn retten til den individuelle frihet, og det må komme klart frem av begrunnelsen på en overbevisende måte.

Videre skjerpes kravet til myndighetenes begrunnelse i takt med varetektstidens lengde.¹⁹¹ En beslutning om fortsatt varetektsfengsling må gi uttrykk for en individuell og konkret vurdering, noe som er spesielt viktig i saker hvor det er flere mistenkte.¹⁹² Hvis nasjonal rett opp-

¹⁸⁹ *Khudoyorov mot Russland* (2005) para. 173.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Bykov mot Russland* (2009) para. 65.

¹⁹² *Khudoyorov mot Russland* (2005) para. 186.

stiller flere betingelser enn hva som følger av EMK, for eksempel at varetekt over en viss lengde kun må finne sted unntaksvis, skal begrunnelsen også gi uttrykk for at de supplerende betingelser foreligger.¹⁹³ Hvis frihetsberøvelsen er begrunnet på en utilstrekkelig måte, statueres krenkelse av konvensjonen.¹⁹⁴

Det kommer klart frem av praksis fra EMD at det i første rekke er de nasjonale myndigheter som skal sikre at den siktede får hovedforhandling eller løslatelse innen «rimelig tid». Det samme følger av prinsippet om statens skjønnsmargin.¹⁹⁵ For at de nasjonale domstoler skal kunne rettferdiggjøre en langvarig frihetsberøvelse må de:

« [...] examine all the facts arguing for or against the existence of a genuine requirement of public interest justifying, with due regard to the principle of the presumption of innocence, a departure from the rule of respect for individual liberty, and set them out in their decisions dismissing the applications for release. It is essentially on the basis of the reasons given in these decisions and of the evidence given by the applicant in his appeals that the Court is called upon to decide whether or not there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention».¹⁹⁶

Ankeutvalgets kjennelser skal ha begrunnelser etter straffeprosessloven § 52. Når varetekt besluttes, heter det i straffeprosessloven § 184 annet ledd at: «Kjennelsen skal angi lovhjemmelen, kortfattet nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke, og for øvrig gjøre rede for grunnen til fengslingen». Det skal også fremgå av kjennelsen «at fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep», jf. bestemmelsens fjerde ledd. Dersom de spesielle fengslingsvilkår foreligger, kan en proporsjonalitetsvurdering etter straffeprosessloven § 170a likevel føre til at siktede må løslates. Ordlyden i straffeprosessloven § 184 fjerde ledd er helt klar på at kjennelsen skal vise at fengslingen ikke fremstår som uforholdsmessig.

Forarbeidene til straffeprosessloven fremhever at varetektsfengsling er et alvorlig inngrep overfor den siktede, og at en skikkelig begrunnelse for avgjørelsen utgjør et viktig rettssikkerhetskrav. Begrunnelsen skal vise at dommeren har vurdert nøye om alle vilkår for fengsling foreligger, og en god og oversiktlig begrunnelse vil være til hjelp dersom vedkommende overveier om han skal påanke avgjørelsen. Begrunnelsen kan også være til veiledning for ankeinstansen i så tilfelle.¹⁹⁷ Reglene om begrunnelsesplikt ble først og fremst ment å fungere

¹⁹³ Krejcir mot Tjekkia (2009) para. 91-94.

¹⁹⁴ Smirnova mot Russland (2003) para. 71.

¹⁹⁵ Se for eksempel Yuriy Yakovlev mot Russland (2010) para. 65.

¹⁹⁶ Yuriy Yakovlev mot Russland (2010) para. 65.

¹⁹⁷ NOU 1980:28 s.65-67.

som et redskap for å informasjon til siktede og for å unngå unødvendige fengslinger.¹⁹⁸ I forarbeidene til lovendringen uttales det at kravet må avpasses etter forholdene i den enkelte sak. Det ble videre uttalt at:

«Normalt er det ikke tilstrekkelig bare å si at inngrepet ikke er uforholdsmessig; det må gå frem hvorfor retten mener det er slik. På den annen side bør det ikke stilles urimelig strenge krav til begrunnelsesplikten. (...) Ofte vil det måtte stilles strengere krav til begrunnelsen desto lengre tid fengslingen har vart; skadevirkningene øker gjennomgående med varetektstidens lengde, samtidig som fordelene ved fengsling avtar, i alle fall hvis det gjelder fengsling pga. bevisforspillelsesfare».¹⁹⁹

Den siste setningen samsvarer med at EMD skjerper begrunnelseskravet ved langvarige frihetsberøvelser, jf. for eksempel avgjørelsen *Bykov mot Russland*.²⁰⁰ Etter ordlyden til straffeprosessloven § 184 fjerde ledd sammenholdt med bestemmelsens forarbeider må det kunne legges til grunn et relativt strengt begrunnelseskrav også etter norsk rett. Mye taler av den grunn for at straffeprosesslovens krav til begrunnelse i utgangspunktet samsvarer med de krav som følger av EMDs praksis. Det vil da være opp til domstolene å følge opp dette i praksis.

I Rt. 2011 s. 506 gjorde siktede gjeldende at lagmannsrettens begrunnelse ikke var tilstrekkelig når det gjaldt spørsmålet om fortsatt fengsling var et uforholdsmessig inngrep, jf. straffeprosessloven § 170a. Siktede var varetektsfengslet i ca. 10 måneder. Det ble for det første anført at lagmannsretten ikke hadde vurdert betydningen av at fristen for hovedforhandling ville bli oversittet med tre måneder, jf. straffeprosessloven § 275 annet ledd. Ankeutvalget uttalte at:

«Selv om det ikke fremgår uttrykkelig om lagmannsretten har vurdert betydningen av fristoversittelsen, kan dette ikke ut fra forholdene i saken føre til opphevelse. Lagmannsrettens kjennelse viser at retten har vært kjent med når tiltale ble tatt ut, og faren for oversoning er vurdert».²⁰¹

For det andre ble det anført at lagmannsrettens begrunnelse ikke viste om As tilknytning til Norge var vurdert under avgjørelsen av om meldeplikt var tilstrekkelig. Her uttalte utvalget at:

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) s. 45.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ *Bykov mot Russland* (2009) para. 65.

²⁰¹ Rt. 2011 s. 506 avsnitt 19.

«Kjennelsen ellers viser at lagmannsretten også har vært kjent med og vurdert disse momentene. At lagmannsretten ikke uttrykkelig har nevnt forholdene ved vurderingen av fengslingsalternativer, må forstås slik at lagmannsretten ikke har funnet at dette er tilstrekkelig tungtveiende momenter».²⁰²

Kjennelsen belyser at det strenge begrunnelseskravet som følger av straffeprosessloven og av EMDs praksis ikke alltid blir fulgt opp av domstolene. At Ankeutvalget forstår ut fra konteksten at forholdsmessighetsvurderingen er riktig utført står seg neppe mot begrunnelseskravet som følger av praksis fra EMD. At begrunnelsesplikten overholdes er en avgjørende forutsetning for at norsk rett skal samsvare med de krav som følger av EMK. Norge er på dette tidspunkt ikke klaget inn for EMD, men dersom det skulle skje så blir det vanskelig å overbevise EMD om at det foreligger fengslingsgrunner som er sterke nok til å rettferdiggjøre en langvarig varetektsfengsling i tilfeller hvor det ikke fremkommer klart av kjennelsen på en overbevisende måte.

På den annen side så viser flere kjennelser at Ankeutvalget også opphever lagmannsrettens avgjørelser på grunn av en utilstrekkelig begrunnelse. I Rt. 2007 s. 1128 (avsnitt 13) uttales følgende:

«Utvalget er etter dette kommet til at kjennelsesgrunnene har mangler som gjør at det ikke er mulig å vurdere om kjennelsen bygger på en riktig tolkning av straffeprosessloven § 170a. Lagmannsrettens kjennelse må derfor oppheves».

I en annen sak hvor siktede hadde vært varetektsfengslet i to år og åtte måneder i påvente av hovedforhandling, ble lagmannsrettens kjennelse om fortsatt varetektsfengsling, jf. straffeprosessloven § 170 a opphevet. Det kom ikke klart fram av lagmannsrettens kjennelsesgrunner om retten hadde vektlagt mistankens styrke i vurderingen.²⁰³ I Rt. 2009 s. 472 (avsnitt 23) ble også lagmannsrettens kjennelse opphevet på grunn av mangelfulle kjennelsesgrunner og uriktig lovforståelse. Saken gjaldt fortsatt fengsling og forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3. Siktede, som var tiltalt i en narkotikasak, var varetektsfengslet i to år og fire måneder før saken kunne bli avgjort i førsteinstans. Det ble uttalt at:

« [...] den påankede avgjørelsen oppheves på grunn av mangelfulle kjennelsesgrunner. Men slik utvalget ser det, er det også uklart om lagmannsretten her har lagt en riktig forståelse av EMK artikkel 5 nr. 3, jf. straffeprosessloven § 170a til grunn».²⁰⁴

²⁰² Op.cit. avsnitt 20.

²⁰³ Rt. 2008 s. 1102 avsnitt 20.

²⁰⁴ Rt. 2009 s. 472 avsnitt 20.

I Rt. 2009 s. 660 (avsnitt 11) ble også lagmannsrettens opphevet på grunn av mangelfulle kjennelsesgrunner, hvor det ble uttalt at:

« [...] i saker hvor forholdsmessighetsvurderingen er det sentrale spørsmålet, må det forutsettes at dette spørsmålet drøftes av domstolen direkte, og ikke ved henvisninger til tidligere avgjørelser. Et slikt krav skal sikre at det ved hver fengslingsforlengelse foretas en oppdatert og reell vurdering av forholdsmessigheten, herunder også om fortsatt fengsling er forenlig med EMK artikkel 5. Utvalget viser særlig til EMDs storkammerdom 10. mars 2009 i saken Bykov mot Russland avsnitt 65 (EMD-2002-4378)».

Samlet viser kjennelsene at begrunnelsesplikten skjerpes når fengslingene blir langvarig. Den skjerpede begrunnelsesplikt samsvarer med EMDs praksis når det gjelder at det kreves sterkere fengslingsgrunner i tilfeller hvor varetektsfengslingen er langvarig. Men en forholdsmessighetsvurdering skal foretas etter norsk rett hver gang fengsling besluttes eller forlenges, jf. straffeprosessloven § 170a. Et forutsetning er også at underrettene anvender det strenge begrunnelseskravet som følger av EMK artikkel 5 nr. 3.

3.3.3 Ankeutvalgets oversoningsnorm ved vurderingen av fengslingens lengde

Det kan se ut til at ankeutvalget har utviklet en egen «oversoningsnorm» som inngår i proporsjonalitetsvurderingen av om varetektsfengsling vil være et uforholdsmessig inngrep. Oversoningsnormen ankeutvalget bruker til å vurdere om siktede må løslates innebærer at det i forholdsmessighetsvurderingen legges vekt på om den forventede straffereaksjon er overtrådt.²⁰⁵

I en kjennelse inntatt i Rt. 2011 s. 1222 (avsnitt 15) uttalte kjæremålsutvalget at oversoning er et sentralt moment i forholdsmessighetsvurderingen som følger av straffeprosessloven § 170a. Ankeutvalget har i en annen avgjørelse tillagt momentet vesentlig betydning da lagmannsrettens løslatelse ble opphevet fordi det «under ingen omstendighet er fare for oversoning».²⁰⁶

Merete Havre uttaler i sin doktoravhandling, med grunnlag i ankeutvalgets praksis, at det er store faktiske problemer knyttet til en slik oversoningsnorm ved vurderingen av om siktede skal løslates fra varetekt eller ikke.²⁰⁷ For det første må dommeren vurdere straffereaksjonen på forhånd, basert på et særdeles svakt grunnlag i en prosess som ikke er egnet for dette. For det andre har ikke dommeren full oversikt over saken på etterforskningstidspunktet. For det

²⁰⁵ Op.cit. s. 158.

²⁰⁶ Rt. 2011 s. 1695 avsnitt 22.

²⁰⁷ Havre (2014) s. 158.

tredje gjør reglene om prøveløslatelse og løslatelse på halv tid at den tiden siktede faktisk skal sone vanskelig kan forutses på et så tidlig stadiet.

Anvendelsen av oversoning som et moment ved forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170a byr videre på rettslige problemer. Verken ordlyden i straffeprosessloven § 170a eller bestemmelsens forarbeider gir støtte eller holdepunkter for at en slik oversoningsnorm skal kunne inngå i en forholdsmessighetsvurdering. Det gjør heller ikke praksis fra EMD, jf. oppgavens punkt 3.1.2. Det følger av EMDs praksis at varetekt ikke skal være foregripet soning, og at uskyldspresumsjonen derfor vil kunne uthules helt for den siktede som må sone hele sin straff i varetekt. En oversoningsnorm vil også kunne være i strid med løslatelsespresumsjonen som EMD krever etter artikkel 5 nr. 3.²⁰⁸

Ankeutvalgets vektlegging av faren for oversoning som et sentralt moment i den totale vurderingen som skal foretas ved varetektsfengsling samsvarer ikke med de momenter som EMD vektlegger i sin vurdering av om fengslingen er forholdsmessig. Havre mener at Ankeutvalgets bruk av denne normen bør bringes inn for EMD som systemfeil, og at utvalget har gått utover ordlyden i straffeprosessloven § 170a som legger opp til en proporsjonalitetsvurdering – ikke en oversoningsnorm.²⁰⁹

3.3.4 Plikten til å vurdere alternative midler

3.3.4.1 Varetektsurrogater

Som det fremkommer av tidligere avsnitt, skal vurderingen av om fengslingen er lovlig etter EMK artikkel 5 nr. 3 alltid skje med en løslatelsespresumsjon. Som en del av denne plikten krever EMD at varetektsurrogater blir vurdert i alle saker. Dersom mindre inngripende tiltak ikke er vurdert og begrunnet, kan resultatet bli krenkelse av bestemmelsen på grunn av at det ikke foreligger en *tilstrekkelig* («sufficient») grunn til å bruke varetekt.

Fra praksis fra EMD kan dette belyses med avgjørelsen *Kislitsa mot Russland* hvor det heter:

«The Court further emphasises that when deciding whether a person should be released or detained the authorities have an obligation under Article 5 § 3 to consider alternative measures of ensuring his or her appearance at the trial».²¹⁰

²⁰⁸ Yuriy Yakovlev mot Russland (2010) para. 64.

²⁰⁹ Havre (2014) s. 161.

²¹⁰ Kislitsa mot Russland (2012) para. 34.

Plikten til å vurdere alternative midler gjelder i alle saker besluttet på alle fengslingsgrunnlag, også de mest alvorlige. Dette vises tydelig i avgjørelsen *Celejewski mot Polen* hvor EMD konkluderte med at det var skjedd en krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 3 som følge av at polske myndigheter ikke hadde vurdert mindre inngripende midler.²¹¹ Det var i denne saken tale om et alvorlig straffbart forhold knyttet til organisert menneskehandel, hvor siktede senere ble dømt til 14 års fengsel.²¹² Selv om saken var kompleks og siktede risikerte en streng dom, uttalte EMD at:

«Nor did they give any consideration to the possibility of ensuring his presence at trial by imposing on him other 'preventive measures' expressly foreseen by Polish law to secure the proper conduct of criminal proceedings, even if in the particular circumstances of the case other preventive measures might have been less appropriate».²¹³

Praksis fra EMD viser oss altså at norske myndigheter *skal* vurdere om mindre inngripende tiltak kan brukes – også i de mest alvorlige og komplekse sakene.

I norsk lovgivning følger denne plikten av straffeprosessloven § 184 annet ledd som krever at formålet med fengslingen ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188. Det følger av § 188 første ledd at retten kan treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse. Påtalemyndigheten kan etter § 181 unnlate å pågripe eller løslate den pågrepne, «mot at han lover å fremstille seg for politiet til bestemte tider eller ikke å forlate et bestemt oppholdssted. Det samme gjelder når mistenkte samtykker i andre vilkår, så som innlevering av pass, førerkort, sjøfartsbok, fartsbevis eller liknende». Bestemmelsens ordlyd er i samsvar med hva som kreves etter praksis fra EMD. Men mye kan tyde på at praksis tilsynelatende verken er i samsvar med norsk lov eller EMK når det gjelder plikten til å vurdere om varetektsurrogater kan oppnå den samme virkning som fengsling.

Det fremkommer av Merete Havre sin doktoravhandling at ankeutvalget kun har vurdert spørsmålet om varetektsurrogater i 38 av de 200 sakene hun har gjennomgått.²¹⁴ Spørsmålet ble blant annet vurdert i Rt. 2000 s. 1109 (s. 1110) hvor kjæremålsutvalget kom til at den begrunnelse forhørsretten hadde gitt for at fengslingsurrogater ikke kunne anvendes var tilfredsstillende. Lagmannsretten sluttet seg til forhørsrettens begrunnelse:

²¹¹ *Celejewski mot Polen* (2006) para. 40.

²¹² *Op.cit.* para. 20.

²¹³ *Op.cit.* para. 39.

²¹⁴ Havre (2014) s. 287.

«Retten finner ikke at innlevering av pass i kombinasjon med en erklæring om at tiltalte ikke vil begjære utstedt nytt pass fra den polske ambassade som en tilstrekkelig garanti. Tiltalte kan når som helst trekke en slik begjæring, og for øvrig forsøke å unndra seg forfølgning på annen måte. Det vises til den meget alvorlige tiltalen som kan medføre mange års fengsling. Fengslingssurrogater anses derfor ikke anvendelige».

Her synes forhørsrettens begrunnelse å være i samsvar med det som følger av EMD, selv om ikke en alvorlig tiltale ikke automatisk fører til at fengslingssurrogater ikke vil være tilstrekkelig.²¹⁵ Spørsmålet kom også opp i en sak inntatt i Rt. 2011 s. 506, hvor siktede blant annet gjorde gjeldende at meldeplikt var tilstrekkelig, og at fortsatt fengsling da ville være et uforholdsmessig inngrep, jf. straffeprosessloven § 170a og EMK. Her uttalte Ankeutvalget at det ikke var:

« [...] anført forhold som innebærer at fortsatt fengsling vil være uforholdsmessig eller i strid med konvensjonen. En total fengslingstid på noe over ti måneder frem til dom i førsteinstans, er ikke i strid med EMK artikkel 5 nr. 3, når det ses hen til alvoret i siktelsen».²¹⁶

Denne begrunnelsen vil nok ikke kunne stå seg i forhold til de krav som EMD stiller til at de nasjonale myndigheter har en plikt til å vurdere mindre inngripende midler uavhengig av sakens alvorlighetsgrad. For at norsk praksis skal være i samsvar med straffeprosessloven og EMK artikkel 5 nr. 3 må spørsmålet om varetektsurrogater vurderes i hver enkelt sak, og det må fremgå av begrunnelsen hvorfor surrogater ikke vil redusere den fryktede risiko.²¹⁷

3.3.4.2 Løslatelse mot kaasjon

Videre kan det på grunnlag av praksis fra EMD utledes en regel om at statene må tilby kaasjon etter EMK artikkel 5 nr. 3 i tilfeller hvor det bare foreligger unndragelsesrisiko og når dette er mulig. I avgjørelsen *Wemhoff mot Tyskland* kan denne plikten belyses med følgende uttalelse:

« [...] when the only remaining reasons for continued detention is the fear that the accused will abscond and thereby subsequently avoid appearing for trial, his release pending trial must be ordered if it is possible to obtain from him guarantees that will ensure such appearance».²¹⁸

²¹⁵ Celejewski mot Polen (2006) para. 39.

²¹⁶ Rt. 2011 s. 506 avsnitt 21.

²¹⁷ Havre (2014) s. 299.

²¹⁸ Wemhoff mot Tyskland (1968) para. 15.

I avgjørelsen *Kudla mot Polen* ble heller ikke statens vurdering av at kausjon ikke var tilstrekkelig godtatt av EMD.²¹⁹ På den annen side viser avgjørelsen *Khodorkovskiy mot Russland* at EMD vil kunne godta at det ikke løslates mot kausjon i de alvorligste sakene, men at det ikke skal være noen automatikk i dette. EMD uttaler i denne dommen at:

«The Court acknowledges that in some circumstances, for example where the suspect allegedly belongs to a gang implicated in violent crimes, or, probably, in terrorist cases, the 'unavailability of bail' can be self-evident (...) although even in such circumstances detention should not be automatic».²²⁰

Resultatet i denne saken ble likevel krenkelse av artikkel 5 nr. 3 fordi saken ikke var av en slik karakter som kunne rettferdiggjøre at ikke kausjon ble vurdert.²²¹

Plikten til å vurdere løslatelse mot kausjon er i norsk lovgivning nedfelt i straffeprosessloven § 184 annet ledd, jf. 188. Adgangen til å løslate siktede mot kausjon ser ut til å være nærmest fraværende i norsk rett.²²² Ankeutvalget har bare vurdert spørsmålet om kausjon i to tilfeller, hvor løslatelse mot kausjon ble nektet i begge sakene. I Rt. 1999 s. 698 ville en kvinne stille kausjon for sin danske svigersønn slik at han fikk dra hjem til samboer og barn i Danmark under etterforskningsperioden. I Rt. 2009 s. 1383 ønsket to ansatte på et kinesisk skip å oppholde seg i Kina mot kausjon mens de ventet på straffesaken. Tingretten kom til at kausjon ville redusere risikoen for unndragelse på en tilfredsstillende måte, men lagmannsretten kom til det motsatte resultat til ugunst for siktede.

Det går frem av forarbeidene til straffeprosessloven at utvalget var splittet i sitt syn når det gjaldt adgangen til å tilby løslatelse mot kausjon.²²³ Mot en slik adgang ble det anført at det ville kunne fungere som et privilegium for siktede med god økonomi. Departementet la avgjørende vekt på at kausjonsordningen kunne være spesielt praktisk i tilfeller hvor siktede var av utenlandsk opprinnelse, og foreslo derfor ingen endring av straffeprosessloven §§ 188-190.²²⁴ Det delte synet kan kanskje være noe av bakgrunnen for at kausjon som mindre inngripende tiltak ikke blir vurdert av norske domstoler, selv om det uten tvil er lovgivers intensjon at en slik vurdering skal foretas. For at norsk praksis skal være i samsvar med EMK artikkel 5 nr. 3 må spørsmålet om løslatelse mot kausjon vurderes i saker hvor det bare foreligger fare for

²¹⁹ *Kudla mot Polen* (2000) para. 112-117.

²²⁰ *Khodorkovskiy mot Russland* (2011) para. 196.

²²¹ *Ibid.*

²²² Havre (2014) s. 293.

²²³ NOU 1980: 28 s. 58-59.

²²⁴ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) punkt 3.1.2.2.

unndragelse. Det må videre fremgå av begrunnelsen hvorfor løslatelse mot kausjon ikke vil kunne oppnå samme formål som varetekt.

4 Avslutning

Det kan ikke oppstilles noen generell eller absolutt regel om hvor lenge siktede kan holdes varetektsfengslet etter EMK artikkel 5 nr. 3. Kravet om hovedforhandling innen «rimelig tid», eller løslatelse i påvente av rettergangen legger opp til en konkret vurdering. Det samme følger av praksis fra EMD. Domstolen har også uttrykkelig avvist at artikkel 5 nr. 3 setter en maksimalgrense for hvor lang en varetektstid kan vare.²²⁵

Fengslingens tidsaspekt vil få indirekte betydning ved at fengslingen blir mer belastende desto lenger siktede holdes fengslet. EMD krever av den grunn sterkere fengslingsgrunner når fengslingen er langvarig.²²⁶ Tidsaspektet kan videre inngå som et selvstendig moment i vurderingen av om siktede har fått sin sak pådømt innen «rimelig tid», og selve fengslingen kan også være så langvarig at perioden som utgangspunkt utgjør et problem i forhold til artikkel 5 nr. 3.²²⁷

Av praksis fra EMD kan det se ut til at kravene til sakens fremdrift skjerpes når varetektens lengde er mer enn to år. I avgjørelsen *Kudoyorov mot Russland* uttalte EMD at:

« [...] the Court further notes that at no point in the proceedings did the domestic authorities consider whether the length of the applicant's detention had exceeded a “reasonable time”. Such an analysis should have been particularly prominent in the domestic decisions after the applicant had spent more than two years in custody and all the detention periods permitted by the domestic law had expired».²²⁸

Avgjørelsen *Korchuganova mot Russland* er også illustrerende med følgende uttalelse:

«The inordinate length of the applicant’s pre-trial detention – over five years – is a matter of grave concern for the Court. It observes that at no point in the proceedings did the domestic authorities consider whether the length of her detention had exceeded a “reasonable time”. Such an analysis should have been particularly prominent in the domestic decisions after she

²²⁵ *W. mot Sveits* (1993) para. 30. En dommer foreslo en absolutt lengstetid på bakgrunn av europeiske standarder og forventninger.

²²⁶ *Bannikov mot Latvia* (2013) para. 66.

²²⁷ *Korchuganova mot Russland* (2006) para. 71 og *Svipsta mot Latvia* (2006), para. 107. EMD uttalte at fengslingen på over to år og tre måneder som utgangspunkt var et problem i forhold til artikkel 5 nr. 3.

²²⁸ *Kudoyorov mot Russland* (2005) para. 178.

had spent more than two years in custody and the maximum detention period “pending the investigation” permitted by the domestic law had expired». ²²⁹

Videre kan det utledes av blant annet avgjørelsen *Ereeren mot Tyskland* at det kun er i de alvorligste sakene – hvor samfunnet har mest å tape – at varetektsfengslingen er i samsvar med konvensjonens krav om hovedforhandling eller løslatelse innen «rimelig tid». ²³⁰

Rettsregelen etter EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ er at siktede skal løslates dersom det ikke foreligger tilstrekkelige grunner for å fortsatt holde vedkommende fengslet. Det kan av bestemmelsen utledes et krav om en forholdsmessighetsvurdering, hvor inngrepsbehovet må økes dersom varetekten skal opprettholdes over tid. Proporsjonalitetsnormen EMD benytter går i all hovedsak ut på å vurdere om staten har gode nok grunner for å *ikke* løslate siktede. ²³¹

I tillegg til en proporsjonalitetsvurdering hvor de *relevante* fengslingsgrunnene må fremstå som *tilstrekkelige*, følger også et selvstendig krav om sakens fremdrift. Artikkel 5 nr. 3 stiller derfor to selvstendige og kumulative krav som må være oppfylt ved vurderingen av om siktede tilbys hovedforhandling innen «rimelig tid», eller løslatelse i påvente av rettergangen. De aktuelle momenter som inngår i vurderingene fremkommer nærmere av EMDs praksis. Etter EMK artikkel 5 nr. 3 vil tidspunktet for løslatelse være når det ikke lenger foreligger et «tilstrekkelig» inngrepsbehov som veier tyngre enn retten til den personlige frihet.

En lengstefrist for varetektsfengslingen kan heller ikke utledes av straffeprosesslovens bestemmelser. Fremstillingen viser at de viktigste bestemmelsene for å gjennomføre EMK artikkel 5 nr. 3 annet alternativ i norsk lov er straffeprosessloven §§ 170a, 185 og 187a. Ordlyden til straffeprosessloven § 170a legger i likhet med EMK artikkel 5 nr. 3 opp til en proporsjonalitetsvurdering hvor det samfunnsmessige behovet må overgå retten til den personlige frihet. ²³²

Det følger av uttalelser fra Høyesterett at retten bør drøfte forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3 av eget tiltak, så lenge det kan reises spørsmål om fortsatt fengsling vil være i strid med bestemmelsen. ²³³ Kravet om at retten må vurdere artikkel 5 nr. 3 følger også av menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

²²⁹ Korchuganova mot Russland (2006) para. 71.

²³⁰ Ereeren mot Tyskland (2014) para 53-66.

²³¹ Chraidi mot Tyskland (2007) para. 38.

²³² Havre (2014) s. 74.

²³³ Se for eksempel Rt. 1998 s. 1076, s. 1077.

Risiko for flukt, gjentakelsesfare, fare for bevisforspillelse og forstyrrelse av allmennhetens rettsfølelse er alle akseptert av EMD som relevante fengslingsgrunner etter EMK artikkel 5 nr. 3.²³⁴ Ordlyden i straffeprosessloven § 172 gir imidlertid et svakere vern enn hva som følger av EMK. Norske domstoler må derfor harmonisere den norske bestemmelsen med de krav som følger av EMDs praksis. Vurderingene som gjøres etter straffeprosessloven, særlig §§ 170a og 185 siste ledd må tilpasses vurderingen EMD gjør etter EMK artikkel 5 nr. 3 for at vi skal overholde våre konvensjonsforpliktelser.

Varetektsfengsling kan opphøre på grunnlag av en proporsjonalitetsmodell eller dersom minstevilkårene for varetekt ikke lenger er til stede, jf. straffeprosessloven § 184 annet ledd, jf. §§ 171-173 og EMK artikkel 5 nr. 3. På den måten kan varetektens inngangsvilkår også utgjøre opphørsgrunner. Dersom retten kommer til at fengslingen er proporsjonal, må fengslingen også opphøre når etterforskningen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, jf. straffeprosessloven § 185 siste ledd jf. EMK artikkel 5 nr. 3 og kravet om en saksbehandling utvist med «special diligence».

Ankeutvalget har i flere avgjørelser vektlagt en oversoningsnorm ved avgjørelsen om siktede må løslates eller ikke. Det følger av EMDs praksis at oversoning ikke er et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 5 nr. 3. Normen gir siktede et dårligere vern enn etter konvensjonen, og forholdet til artikkel 5 nr. 3 bør vurderes nærmere på dette punkt.

Det er videre tvilsomt om adgangen til fortsatt varetekt etter frifinnende dom som følger av straffeprosessloven § 187 kan ha sitt grunnlag i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c. Dersom Merete Havre har rett i at konvensjonsbestemmelsen er begrenset til dom i første instans, må forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3 opp til nærmere vurdering.

Begrunnelsesplikten i straffeprosessloven bør skjerpes slik at det fremkommer at domstolene har vurdert mindre inngripende midler. Begrunnelsen må også vise at det er foretatt en forholdsmessighetsvurdering som er i tråd med praksis fra EMD. Videre må det fremgå av begrunnelsen hvorfor alternative midler ikke kan oppfylle den samfunnsmessige målsettingen, og hvorfor det foreligger tilstrekkelig grunn til å fortsatt holde den siktede fengslet. Kjennelser hvor alternative midler ikke er vurdert bør oppheves. I saker hvor fare for unndragelse er det eneste som gjenstår, må kausjon tilbys så lenge dette er mulig.

²³⁴ Khodorkovskiy mot Russland (2011) para. 185.

Det kan ikke utledes noen absolutt lengstefrist for hvor lenge en person kan holdes i varetekt, verken på grunnlag av straffeprosesslovens bestemmelser eller av EMK artikkel 5 nr. 3. Oppgavens fremstilling av gjeldende rett viser at straffeprosesslovens regler er i samsvar med de krav som følger av artikkel 5 nr. 3 på de fleste områder. Utfordringen ligger i at norske domstoler må anvende både straffeprosessloven og EMK riktig.

Forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter straffeprosessloven § 170a og § 185 siste ledd må gjenspeile de krav som stilles etter praksis fra EMD. Vurderingen etter norsk rett må ikke gi siktede et svakere vern enn de krav som følger av konvensjonen. Som følge av at EMK artikkel 5 nr. 3 inneholder en vag ordlyd («rimelig tid»), er det nødvendig for norske domstoler å se hen til EMDs praksis for å fastlegge artikkelens nærmere innhold. At norske myndigheter må vurdere forholdet til konvensjonsbestemmelsen gjør at individenes rettssikkerhet skjerpes i form av strengere vilkår for å opprettholde en langvarig varetektsfengsling. Fengsling skal kun anvendes i tilfeller hvor det er absolutt nødvendig.

Kilder

Lovgivning og konvensjoner

1814	Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17.mai
1948	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter
1950	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)
1966	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter med følgende tilleggsprotokoller (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter)
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22.mai nr. 25
1995	Lov om politiet (politiloven) av 4. august nr. 53
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai nr. 30
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20 mai nr. 28

Lovforarbeider

Innst.186 (2013-2014)	S Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag [Sitert fra lovdata.no 01.02.2016]
Dokument (2011–2012)	16 Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 [Sitert fra lovdata.no 01.02.2016]
Ot.prp.nr.66 (2001-2002)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.) [Sitert fra lovdata.no 24.05.2016]
Ot.prp. nr. 81 (1999-2000)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.) [Sitert fra lovdata.no 24.05.2016]

- Ot.prp. nr. 64 Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v) [Sitert fra lovdata.no 24.05.2016]
- Ot.prp. nr. 53 Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m m [Sitert fra lovdata.no 24.05.2016]
- NOU 1980:28 Varetektsfengsling [Sitert fra lovdata.no 24.05.2016]

Praksis fra Høyesteretts ankeutvalg [Samtlige avgjørelser er hentet fra lovdata.no]

Rt. 1974 s. 1262	Rt. 2002 s. 54	Rt. 2010 s. 453
Rt. 1989 s. 70	Rt. 2002 s. 497	Rt. 2010 s. 1520
Rt. 1991 s. 838	Rt. 2002 s. 842	Rt. 2011 s. 506
Rt. 1993 s. 1302	Rt. 2003 s. 67	Rt. 2011 s. 946
Rt. 1994 s. 89	Rt. 2004 s. 74	Rt. 2011 s. 1222
Rt. 1994 s. 610	Rt. 2004 s. 146	Rt. 2011 s. 1695
Rt. 1997 s. 87	Rt. 2004 s. 281	Rt. 2012 s. 1855
Rt. 1997 s. 707	Rt. 2004 s. 887	Rt. 2013 s. 836
Rt. 1988 s. 320	Rt. 2005 s. 833	Rt. 2015 s. 93
Rt. 1998 s. 1076	Rt. 2006 s. 820	Rt. 2015 s. 188
Rt. 1998 s. 1081	Rt. 2006 s. 914	Rt. 2015 s. 408
Rt. 1999 s. 698	Rt. 2007 s. 858	Rt. 2015 s. 935
Rt. 1999 s. 1865	Rt. 2007 s. 1109	Rt. 2015 s. 1327
Rt. 1999 s. 2080	Rt. 2007 s. 1128	HR-2016-225-S
Rt. 2000 s. 996	Rt. 2008 s. 1102	
Rt. 2000 s. 1109	Rt. 2009 s. 472	
Rt. 2001 s. 977	Rt. 2009 s. 660	
Rt. 2001 s. 979	Rt. 2009 s. 1383	

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol [Hentet fra <http://hudoc.echr.coe.int/>]

Ambruszkiewicz v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 October 2006
Amuur v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 June 1996
Assenov and Others v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 October 1988
Bannikov v. Latvia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11 June 2013
Bykov v. Russia (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 March 2009
Celejewski v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4 May 2006
Chraidi v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 October 2006
Clooth v. Belgium	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12 December 1991
Contrada v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 August 1998
Cossey v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 September 1990
Csaky v. Hungary	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 March 2006
Dumont-Maliverg v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31 May 2005

Dzelili v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 November 2005
Epple v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 December 2005
Ereeren v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg 6 November 2014
Erkalo v. The Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2 September 1998
Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30 August 1990
Gòrski v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4 October 2005
Harazin v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 January 2006
Harkmann v. Estonia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11 July 2006
I.A v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 September 1998
Idalov v. Russia (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22 May 2012
Jecius v. Lithuania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31 July 2000
Johnson v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 October 1997
Johnston and Others v. Ireland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18 December 1986

K. –F. v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 November 1997
Kalashnikov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 July 2002
Kandzhov v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 November 2008
Kemmache v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 November 1991
Khayredinov v. Ukraine	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14 October 2010
Khodorkovskiy v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31 May 2011
Khudoyorov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 November 2005
Kislitsa v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19 June 2012
Kolev v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 April 2005
Korchuganova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 June 2006
Korneykova v. Ukraine	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19 January 2012
Kowrygo v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 February 2013
Kucera v. Slovakia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17 July 2007

Kudla v. Poland (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 October 2000
Labita v. Italy (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 April 2000
Ladent v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19 March 2008
Lawless v. Ireland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1 July 1961
Letellier v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 June 1991
M. v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17 December 2009
Mamedova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1 June 2006
McKay v. The United Kingdom (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3 October 2006
Mooren v. Germany (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9 July 2009
Muller v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17 March 1997
Murray v. The United Kingdom (GC)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 October 1994
Neumeister v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 June 1968
Pihlak v. Estonia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21 June 2005

Punzelt v. The Czech Republic	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 April 2000
Riccardi v. Romania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3 April 2012
Shabani v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5 November 2009
Shamsa v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 November 2003
Ślusarczyk v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 October 2014
Smirnova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 July 2003
Steel and Others v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 September 1998
Svipsta v. Latvia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9 March 2006
Tomasi v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 August 1992
Toth v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12 December 1991
Trzaska v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11 July 2000
Vaccaro v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16 November 2000
Van der Tang v. Spain	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 July 1995
Veliyev v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 June 2010

W. v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 January 1993
Wemhoff v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 June 1968
Yakisan v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 March 2007
Yuriy Yakovlev v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29 April 2010
Van Droogenbroeck v. Belgium	The European Court of Human Rights, 24 June 1982

Juridisk litteratur – bøker

Andenæs (2014)	Andenæs, Johs., samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, <i>Norsk straffeprosess</i> , Universitetsforlaget, 4. opplag, 2014
Elden, Brosveet og Bodal Johansen (2012)	Elden, John Christian, Anders Brosveet og Håkon Bodahl Johansen, <i>Straffeprosess – en veiledning</i> , 2012 [Sitert fra rettsdata.no 19.01.2016]
Havre (2014)	Havre, Merete, <i>Den store balansetesten – varetekt etter en proporsjonalitetsmodell</i> , Universitetet i Oslo, 2014
Kjølbros (2010)	Kjølbros, Jon Fridrik, <i>Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere</i> , Jurist- og økonomiforbundets forlag, 3. utgave, 2010

Juridisk litteratur – artikler

- Aall (2013) Aall, Jørgen, «Prosessuelle garantier og forholdsmessighet i straffeprosessen», *Jussens Venner*, s. 227-258 - (JV-2013-227) [Sisert fra lovdata.no 24.05.2016]
- Aall (1994) Aall, Jørgen, «Noen straffeprosessuelle tvangsmidler og menneskerettighetene», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1994 s 584-660 - (TFR-1994-584) [Sisert fra lovdata.no 06.03.2016]

Juridisk litteratur – lovkommentarer

- Haugland (2015) Haugland, Geir Sunde, «Norsk lovkommentar til straffeprosessloven». Sist hovedredigert 06.05.2015. [Sisert fra rettsdata.no 24.02.2016]
- Møse, Aall og Nordeide (2010) Møse, Erik og Aall, Jørgen t.o.m. 2005, Nordeide, Ragnar f.o.m. 2006. «Norsk Lovkommentar – Menneskerettsloven». Sist hovedrevidert 02.07.2010. [Sisert fra rettsdata.no 24.02.2016]
- Meidell (2012) Meidell, Merete. «Godkjent merknad straffeprosessloven § 187». Skrevet 26. september 2012. [Sisert fra lovdata.no 22.03.2016]

Nettsider

<http://hudoc.echr.coe.int/>

<http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2011-33-inf-eng.pdf>

<http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2012-20-inf-eng.pdf>

<https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling/aar/2016-03-16?fane=tabell&sort=nummer&tabell=255494>