

UiO : **Det juridiske fakultet**

Varetektsfengsling

- Med et sideblikk på EMK

Kandidatnummer: 776

Leveringsfrist: 25.04.17

Antall ord:15 681



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Metode og rettskilder	2
1.4	Fremstillingen videre	3
2	VARETEKT – ET TVANGSMIDDEL.....	4
2.1	Behov for varetekt?.....	4
3	VILKÅRENE FOR VARETEKTSFENGSLING.....	5
3.1	Generelt.....	5
3.1.1	Legitimitet	6
3.2	De generelle vilkårene	6
3.3	De spesielle vilkårene	9
3.3.1	Unndragelsesfare	9
3.3.2	Bevisforspillelse	13
3.3.3	Gjentakelsesfare.....	14
3.3.4	Egen begjæring	16
3.4	EMK art. 5	17
3.4.1	Proporsjonalitetsprinsippet	18
3.5	Vilkårene for bruk av varetekt etter EMK art. 5.1 c).....	20
3.5.1	Strengere krav ved fengsling enn ved pågripelse	23
3.5.2	EMK art. 5-3.....	24
3.6	Visse likheter og ulikheter ved EMK art 5. og strpl. § 171	25
4	VARETEKT – ET ALVORLIG INNGREP.....	27
4.1	Inngrepsintensitet	27
4.1.1	Kriminalbekjempelse når det gjelder den personlige frihet.....	28
4.1.2	Inngrepets alvorlige karakter	29
4.1.3	Nødvendig?.....	30
5	ISOLASJON.....	31
5.1	Kritikk.....	31
6	OPPLEVELSE AV VARETEKT	33
6.1	Varetektsfengsling av barn	33

6.2	Kritikk.....	36
7	AVSLUTNING	37
	LITTERATURLISTE	39

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

«Det spiller ingen rolle hvor ung eller gammel du er, om du har tidligere erfaring med fengselssystemet, eller om du er sterk psykisk – på en eller annen måte vil du uansett bli påvirket av varetektsfengslingen.»¹

For at samfunnet vårt skal kunne bestå, og for at vi skal kunne utvikle oss og føle oss trygge i våre egne hjem, er det et behov for å kategorisere hvilke typer av handlinger som vi anser som uønskede. Staten vil derfor ha et behov for både å ta avstand fra slike handlinger, samtidig som det foreligger et behov for å korrigere denne type oppførsel. En type korrigerende vil være å benytte seg av varetektsfengsling frem til man har fått en dom i første instans. En slik fengsling vil ikke bare være med på å beskytte hensynet til samfunnet, men det vil også kunne medføre at etterforskningen av den aktuelle sak unngår å bli forhindret av den mistenkte selv. Til tross for at staten og samfunnet har et stort behov for å slå ned på kriminelle handlinger, vil det allikevel måtte tas hensyn til at hvert enkelt individ har både en rett og et behov for personlig frihet.

Tall fra Statistisk Sentralbyrå viser at så mange som 25% av alle fengslede i 2014 satt fengslet i varetekt.² Varetekt er et drastisk inngrep i den enkeltes personlige frihet, og det vil også ha stor innvirkning på livet til den varetektsfengslede. Dermed er det et stort behov for regler som kan sette grenser for bruken av varetekt – både når det gjelder hva som kan begrunne varetekt, og intensiteten av varetekten. Både Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) og Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen har begge gode regler som setter krav til bruken av varetektsfengsling.

Til tross for at det foreligger gode regler på dette området, vil det alltid kunne være spørsmål til om staten følger de lovene den har forpliktet seg etter og om det eventuelt foreligger behov for endringer. Og selv om staten har gode lover og regler, samt et godt rettssystem, vil det alltid foreligger utvikling i samfunnet. Det vil dermed være relevant å se på de gjeldende reglene og hva som kan utledes fra disse, og om det foreligger rom for endringer og forbedringer.

¹ Uttalelse fra en av de domfelte i NOKAS-saken under en samtale jeg hadde med han.

² <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling> (hentet den 27.02.17)

1.2 Avgrensning

Oppgaven vil behandle kravene som må være oppfylt for at man rettmessig skal kunne gjøre inngrep i den enkeltes frihet. Det vil her foreligge en hovedvekt på bestemmelsene som er hjemlet i straffeprosessloven, og norsk rettspraksis på dette området. Sideblikket i oppgaven vil dreies mot EMK og hvilke krav som der stilles til bruk av varetekt. Oppgaven vil også vise til noen relevante dommer avsagt av EMD, der disse vil kunne støtte opp om momentene som tillegges vekt ved vurderingen av om det foreligger en rettmessig varetektsfengsling eller ikke. Oppgaven vil også vise til eventuelle forskjeller som kan fremkomme av bestemmelsene i Strpl. og EMK.

Kritikken Norge har mottatt av European Committee for the Prevention of torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CTP) for sin omfattende og langvarige bruk av varetekt – særlig i kombinasjon med isolasjon – vil også bli nevnt i oppgaven. Det vises her til de rapportene CTP har avgitt etter endt besøk, men det vil kun være de relevante momentene i forhold til varetektsfengsling som vil bli trukket frem.

Varetekt av barn vil kun nevnes kort i oppgaven med den begrunnelse at oppgaven ikke skal gjøres for omfattende.

1.3 Metode og rettskilder

I denne oppgaven er det tatt i bruk alminnelig juridisk metode for å besvare den problemstillingen som oppgaven reiser – Norges bruk av varetekt, og kravene som her stilles, samt et innsyn i hvordan EMK stiller seg på det samme området. Den gjeldende rett vil bli drøftet og behandlet, og det vil i norsk retts tilfelle være straffeprosessloven som i størst grad behandles. Når det gjelder EMK og dens bestemmelser, vil hovedfokuset være på EMK art. 5 og de vilkårene som kan utledes fra denne bestemmelsen.

I tillegg til gjeldende rett vil det også legges vekt på forarbeider og relevant rettspraksis. Når det gjelder den juridiske teori, vil hovedvekten her ligge på Merete Havres bok «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest», men det er også benyttet annen relevant juridisk teori for å kunne se om det foreligger noen forskjeller på hvordan det aktuelle temaet er fremstilt.

De relevante momentene og vurderingene i avgjørelsen av om bestemmelsene i strpl. er fulgt, vil bli fulgt opp med relevant rettspraksis fra Høyesterett – både relevante kjennelser og dommer. Norsk rettspraksis fra underrettene vil ikke bli vurdert, idet det finnes rikelig praksis fra Høyesterett og denne rettspraksisen også vil være rettsskapende og i tillegg bli tillagt mer vekt enn avgjørelser fra lagmannsretten og tingretten.

Det har ikke blitt foretatt en omfattende undersøkelse av kjennelser og dommer, idet dette ville ha medført at oppgaven ville ha blitt for omfattende.

1.4 Fremstillingen videre

Oppgaven vil først se på behovet og formålet bak varetekt, samt at det blir foretatt en gjennomgang av de gjeldende bestemmelsene på varetektsområdet. Det vil her være norsk rett som står i hovedfokus, men det vil også foretas en drøftelse av EMK og de gjeldende bestemmelsene som finnes her.

I oppgavens siste del vil det foretas en fremstilling av inngrepsintensiteten og kritikk Norge har mottatt som følge av langvarig og hyppig bruk av varetektsfengsling, herunder spesielt bruken av isolasjon under varetekt. I denne delen vil det også kort ses på varetektsfengsling av barn.

2 VARETEKT – ET TVANGSMIDDEL

Retten til frihet, og herunder personlig frihet, er en av de gjeldende rettighetene vi som mennesker har. Denne friheten er hjemlet i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonens artikkel 5. Bestemmelsen gir den enkelte en sikkerhet for at man ikke kan bli berøvet sin frihet med mindre det foreligger situasjoner som kan berette et inngrep i den personlige frihet. Et moderne samfunn er avhengig av å kunne bekjempe kriminalitet på en rettmessig og effektiv måte. Måten EMK artikkel 5 er utformet på medfører at det ikke foreligger et totalforbud mot inngrep i den personlige friheten.³ Dette medfører at inngrep som fengselsstraff og varetekt vil kunne benyttes som et preventivt middel mot kriminalitet.

Staten skal som sagt sørge for at det foreligger et middel for å bekjempe kriminaliteten, samtidig som at de er ansvarlige for at denne straffen ikke fører til en uforholdsmessig frihetsberøvelse.⁴ I norsk straffeprosess er det tillatt å benytte tvangsmidler overfor en person som er mistenkt for å ha begått en kriminell handling. Tvangsmidlene kan benyttes frem til det er avsagt en dom i saken, og opphører således ved endelig avgjørelse i saken.

Bruken av tvangsmidler kan ha flere underliggende formål, men de mest vanlige formålene er en sikring av saken slik at denne kan gjennomføres og dom kan fullbyrdes, å kunne finne bevis og sikre disse slik at de kan brukes av påtalemyndigheten, eller å hindre at den som er mistenkt får anledning til å begå nye lovovertrедelser under rettergangen⁵

Reglene som omhandler bruken av tillatte tvangsmidler finner man i straffeprosesslovens fjerde del (§§ 170a – 222d). Bruken av varetektsfengsling er hjemlet i kapittel 14; «pågrep og fengsling».

2.1 Behov for varetekt?

Varetekt er et alvorlig inngrep i den enkeltes frihet, og det medfører en form for isolasjon som de færreste kan være forberedt på. Er det derfor rett at dette tvangsmiddelet skal kunne benyttes i alle tilfeller hvor det foreligger en mistanke om en kriminell handling?

Det er i vårt samfunn et reelt behov for å bekjempe kriminalitet, og at dette kun kan gjøres ved bruk av effektive midler. Varetekt er et av midlene som blir benyttet, og som har vist seg å være effektivt. Til tross for at varetekt er et effektivt middel, kan det tenkes at det foreligger

³ Jørgen Aall 2015. S. 347

⁴ Merete Havre, 2015. S. 24

⁵Johs. Andenæs 2009. S 277

andre midler som kan vise seg å være mindre inngripende, samtidig som de også ivaretar de hensyn som ligger bak bruken av varetekt.

I Strpl. § 184 annet ledd heter det; «Fengsling kan besluttes dersom...formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188». Dette vil si at dersom § 188 omhandler fengslingsurrogater som ivaretar formålet med varetekten, bør disse benyttes fremfor varetektsfengsling. Eksempler på slike surrogater er meldeplikt eller plassering i institusjon. Når det gjelder avgjørelsen av om slike surrogater er tilstrekkelige for å unngå varetekt, vil det være retten som har myndighet til å foreta en avgjørelse i den enkelte sak. Det åpenbare kravet for at bruken av surrogater skal drøftes, er at vilkårene for fengsling foreligger. Dersom det ikke foreligger vilkår for fengsling, vil det heller ikke foreligge noen rettmessig bruk av surrogater. Ved bruk av surrogater istedenfor fengsling, kan et samtykke fra den mistenkte være grunn nok til å godta bruk av surrogater. Dette gjelder imidlertid ikke ved bruk av fengsling. I dette tilfellet kreves det ikke et samtykke fra den siktede, idet avgjørelsen ene og alene ligger hos retten. Til tross for at den siktedes samtykke ikke virker inn på avgjørelsen, kan det tenkes at det allikevel vil kunne være relevant å drøfte dette med den siktede, slik at man får et bilde av hva den siktede kan være villig til å gå med på. Dersom det på forhånd foreligger holdepunkter som tyder på at den mistenkte ikke vil overholde en meldeplikt, vil det være relevant å foreta en drøftelse av om det heller vil være aktuelt å benytte seg av varetekt.

3 VILKÅRENE FOR VARETEKTSFENGLING

3.1 Generelt

Straffeprosesslovens kapittel 14 regulerer bestemmelsene som omhandler pågrepelse og fengsling, og det er her man finner hjemmelen for varetektsfengsling. Det er viktig å være oppmerksom på at det foreligger en forskjell mellom pågrepelse og varetektsfengsling. Forskjellen her ligger i det faktum at pågripelsen vil være besluttet av påtalemyndigheten, mens varetektsfengslingen forutsetter at det foreligger en fengslingskjennelse av retten⁶Ved varetektsfengsling vil den pågrepne få stilling som siktet, og det er på det rene at fengslingen er et alvorlig tvangsmiddel. Det faktum at det er snakk om et alvorlig tvangsmiddel medfører at det kan stilles spørsmål til om det foreligger et uforholdsmessig inngrep. I disse tilfellene er det som regel varetektsfengslingens lengde, og det faktum om det fortsatt foreligger er reelt behov for fortsatt fengsling, som vil trekkes frem.

⁶Johs Andenæs, 2009. S 281

3.1.1 Legitimitet

For å kunne legitimere inngrep i rettigheten til frihet er det visse vilkår som må være oppfylt. Retten til å gripe inn må for det første legitimeres gjennom legalitet.⁷ Dette vil si at det må foreligge hjemmel i lov, og dette kravet er fastsatt i Grunnlovens § 94, første ledd, samtidig som det også er slått fast i EMK art 5. nr. 1 annet punktum.

Det vil foreligge en prosessuell legitimitet gjennom den begrunnelse og fremgangsmåte som benyttes.⁸ Et av de viktigste kravene i dette tilfellet er kravet om domstolsprøving som følger av Grunnloven § 94. Dette kravet hjemler en rett for siktede til snarlig fremstilling for domstolen. Denne rettigheten følger også av EMK art 5 nr. 3 første punktum, hvor det heter at den pågripne snarlig etter pågripelsen skal bli brakt fremfor en dommer eller annen autorisert utøver av retten.

For at inngrepet i den pågripnes frihet skal være rettmessig, må det foreligge relevante og tilstrekkelige inngrepsgrunner. Herunder følger det et krav om at de grunnene staten begrunner inngrepet med, må være knyttet til formål som skal virke kriminalitetsbekjempende.⁹ Det videre spørsmålet vi så være hva som vil være en relevant fengslingsgrunn. Her vil det være fire relevante fengslingsgrunner som kan benyttes; unndragelse, gjentakelse, bevisforspillelse og allmenn rettsforstyrrelse, jfr. strpl. § 171. Det er tilstrekkelig at en av fengslingsgrunnen er tilstede for at fengslingen skal kunne være berettiget.

Første steg på veien for å kunne foreta en rettmessig fengsling er som nevnt at det må foreligge en relevant fengslingsgrunn, men dette er ikke tilstrekkelig for at fengslingen skal kunne være rettmessig. I strpl. § 184 fremgår det klart at ordet «kan» hjemler en fakultativ adgang til å fengsle, men fengslingen må være betinget av at «formålet ikke kan oppnås med tiltak etter § 188».¹⁰ I tillegg til dette kravet hjemler Grl. § 94, annet ledd et krav om nødvendighet og forholdsmessighet for at frihetsberøvelsen skal være legitim.

3.2 De generelle vilkårene

I strpl kap. 14 finner vi reglene for pågrepelse og fengsling. § 171 regulerer vilkårene for pågrepelse, og det følger av § 184 annet ledd at disse vilkårene også er gjeldende ved vurderingen av om det foreligger grunnlag for fengsling.

⁷ Havre Merete, 2015. S. 28

⁸ Ibid. S. 28

⁹ Ibid s. 32

¹⁰ Havre Merete, 2015. s. 34

Det første vilkåret som må foreligge er at den mistenkte «med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder», jfr. § 184 annet ledd jfr. § 171 første ledd. Dette kravet er et felles vilkår for de fire kravene som følger i § 171 første ledd 1-4, og må dermed være tilstede for at man i det hele tatt kan vurdere om en av de fire spesielle vilkårene foreligger.

Det er altså to begrensninger til kravet om at det må gjelde mistanke om en straffbar handling som kan medføre straff i mer enn 6 måneder. Det følger av lovkravet i §171 at det foreligger to krav for at bestemmelsen kan benyttes; 1) det må foreligge en straffbar handling, og 2) det må være skjellig grunn til mistanke.

Kravet om at det må foreligge en straffbar handling begrunnes med at dersom det ikke foreligger grunn til å straffe vedkommende, kan man heller ikke benytte frihetsberøvelse overfor vedkommende. For at handlingen skal kunne være straffbar, må alle vilkårene for straff foreligge etter strl. §§ 20 flg. I tillegg til at disse kravene må være oppfylt, må den handlingen som begås faktisk være av en straffbar karakter. I de fleste tilfeller vil dette fremkomme klart av lovteksten, men det foreligger også områder hvor det hersker tvil omkring lovligheten av en viss handling. Et eksempel her er det såkalte «Bloggersaken».¹¹ I dette tilfellet hadde siktede oppfordret til drap på tjenestemenn, via en blogg på internett, og det oppstod spørsmål om det forelå en straffbar handling. Tingretten slo her fast at det var snakk om et straffbart forhold, men ankeutvalget kom i likhet med lagmannsretten fram til at forholdet ikke var omfattet av bestemmelsen i straffeprosessloven.

Vilkåret om mer enn 6 måneders straff gjelder den straff det gis adgang til å pålegge, dermed vil ikke det faktiske utfallet i en sak være av betydning. Det faktum at det settes en ramme på 6 måneder, er en konsekvens av at et så alvorlig inngrep ikke kan benyttes overfor enhver straffbar handling.¹² Når det videre i loven heter «en eller flere handlinger», kan det stilles spørsmål om hvilken strafferamme som skal legges til grunn i de tilfellene der det foreligger flere straffbare handlinger. Vil det være strafferammen av det enkelte straffebud man skal ta utgangspunkt i, eller vil det være den samlede straff man skal foreta vurderingen ut fra? I et slikt tilfelle skal det tas hensyn til den samlede straff.¹³

Begrensningene som følger av strafferammen er nøytral idet de gjelder uavhengig av person og situasjon. Til tross for dette følger det av strpl. § 173 at enkelte grupper og situasjoner er i en slik stilling at det medfører en lavere strafferammebegrensning. Dette vil typisk være tilfel-

¹¹ Rt. 2012 s. 1211

¹² Merete Havre, 2015. S 110.

¹³ Johs. Andenæs 2009 s. 284

let overfor bostedsløse som man frykter vil unndra seg straffeforfølgningen, noe som medfører at de kan pågripes uavhengig av strafferammen. På den annen side foreligger det ikke noen strengere strafferammebegrensning for visse grupper eller situasjoner.

Det neste kravet er at det foreligger en «skjellig grunn» til mistanke. Dette kan forstås som at det må foreligge en god eller rimelig grunn til å kunne mistenke vedkommende.¹⁴ Uttrykket gir ikke et fast og konkret holdepunkt, men det er sikkert at det må foreligge en større sannsynlighet for at vedkommende har foretatt handlingen enn for at han ikke har foretatt den. Dette viser at man ikke kan benytte fengsling overfor hvilken som helst mistanke, det må være en sannsynlighetsovervekt¹⁵, men det kreves allikevel ikke noen kvalifisert sannsynlighetsovervekt¹⁶. Uttrykket er blant annet omtalt i Rt. 1993 s. 1302 hvor det heter at «Ved forståelsen av kravet til skjellig grunn til mistanke i [straffeprosessloven § 171](#) er det riktig å ta utgangspunkt i at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det.»

I kravet ligger det en forståelse for at det må foreligge gode grunner som støtter opp mistanken, noe som også må ses i sammenheng med frihetsberøvelsens strenge karakter. Det ville ikke ha vært naturlig dersom en hvilken som helst mistanke ville ha vært nok for å begrunne bruken av varetektsfengsling overfor en person.

For at varetektsfengslingen skal være i samsvar med EMK, må den oppfylle kravene som er fastsatt i artikkel 5. Det følger av Art. 5 nr. 1 at et eventuelt inngrep må skje i samsvar med de bestemmelsene man kan finne i nasjonal lov. Dermed vil det ikke være en lovlig fengsling etter EMK dersom man ikke kan vise til en nasjonal hjemmel som åpner for inngrep i den enkeltes frihet. Det må også legges til grunn at jo større inngrepet er, jo klarere må hjemmelen være.¹⁷

Vilkårene som følger av EMK art. 5.1 c) er alternative vilkår, noe som vil si at de skiller seg fra vilkårene som følger av den norske lovgivningen. I strpl. § 171 er det satt som krav at hovedvilkåret må være oppfylt, samtidig som også minst ett av de alternative vilkårene må være tilstede. Ved bruk av varetekt vil det etter EMK måtte legges vekt på om det foreligger noen andre omstendigheter enn vilkåret «rimelig mistanke om straffbart forhold» som kan tale for bruk av varetekt.¹⁸ Slike omstendigheter vil være bevisforspillelsesfare, fluktfare eller gjenta-

¹⁴ Johs. Andenæs 2009. s. 285

¹⁵ Rt. 1993 s. 1302

¹⁶ Rt. 1997 s. 1856

¹⁷ Jørgen Aall, 2015. S. 354.

¹⁸ Ibid, 2015. S. 364

kelsesfare. Foreligger det ikke slike omstendigheter, vil det heller ikke foreligge «rimelig grunn» til å holde på siktede, og staten vil dermed ha en plikt til å løslate, jfr. EMK art. 5 nr. 3.

3.3 De spesielle vilkårene

For at varetektsfengsling skal kunne benyttes overfor den mistenkte i henhold til norsk lovgivning, er det ikke nok at de generelle vilkårene er oppfylt, en av de fire spesielle fengslingsgrunnene må også foreligge. De fire spesielle fengslingsgrunnene finnes i § 171 første ledd nr 1-4, og er alternative. Dette vil si at det kun er et av vilkårene som må foreligge for at man skal kunne fengsle, men til gjengjeld må dette vilkåret ha vært til stede fra dag 1. Dersom man ser på EMK art. 5 kommer det her frem at det ikke foreligger de samme kravene som man finner i norsk rett. Etter art. 5 er det kun et krav om at et av de alternative vilkårene i bestemmelsen må foreligge, det stilles dermed ikke noe krav til at den straffbare handlingen må være av en viss art for at varetekt skal kunne benyttes. Det må allikevel foretas en forholdsmessighetsvurdering, og det vil være utfallet av denne som avgjør om varetektsfengslingen kan sies å være rettmessig eller ikke.

Vilkårene etter § 171 er som følger; risiko for unndragelse, fare for bevisforspillelse, fare for gjentakelse, og til slutt kan man fengsles dersom man selv begjærer det. Dersom ikke et av de spesielle vilkårene er oppfylt, vil det ikke være rimelig å holde siktede fengslet, noe som medfører at siktede må løslates. Risikoen for unndragelse og gjentakelse er også hjemlet i art. 5, mens man må se hen til EMD praksis for å kunne finne holdepunkter for at risikoen for bevisforspillelse også rettmessig kan begrunne varetektsfengsling.¹⁹

Når man skal vurdere om et av de spesielle vilkårene foreligger, vil det være snakk om en vurdering av hva som faktisk kan skje i fremtiden. Vurderingen som foretas vil dermed være en risikovurdering av en handling som ennå ikke har inntruffet, og man må ta hensyn til hvor stor risiko det er for at den gitte handlingen kan forekomme. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger en generell risiko, den gitte risikoen må konkretiseres.²⁰

3.3.1 Unndragelsesfare

Det følger av strpl. § 184, 2 ledd, jfr. § 171, 1 ledd nr 1, at man kan foreta en fengsling av siktede dersom «det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler». Denne unndragelsesfaren gjelder både i det tilfellet det er fare for flukt til utlandet, men også for flukt innenfor landet. For å kunne bedømme

¹⁹ Se blant annet avgjørelsen i *Yuriy Yakovlev v. Russia* (2010), para 74.

²⁰ Rt. 2001 s. 972

om det foreligger en fare for flukt, må man foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, men det kreves ikke en sannsynlighetsovervekt.²¹

Det samme fengslingsgrunnlaget finner man i EMK art 5. nr. 1 hvor det er slått fast at frihetsberøvelse er tillatt i de tilfellene hvor det er nødvendig å fengsle for å hindre at den siktede flykter etter å ha begått en straffbar handling. Ved vurderingen av om den siktede ville ha flyktet dersom han var fri, vil det være av betydning om det foreligger en risiko for at den siktede ikke vil dukke opp til hovedforhandlingen.²²

Merete Havre tar i sin bok «Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balanse-test», utgangspunkt i at det finnes tre ulike perspektiver som må vurderes ved fastleggingen av unndragelsesfaren. De tre perspektivene er som følger; viljeperspektivet, evneperspektivet og omkostningsperspektivet

3.3.1.1 Viljeperspektivet

Når det gjelder viljeperspektivet, så vil det her være spørsmål om hvilken moral og personlighet den siktede kan sies å ha. Det vil dermed være naturlig å se på om det foreligger noen holdpunkter for at den siktede ville ha prøvd å rømme dersom han var fri. Ved vurderingen av dette vil det være naturlig å se hen til om den siktede har prøvd å rømme tidligere, noe som også kan si noe om hvilken troverdighet han kan ha.

Dersom den siktede har prøvd å rømme tidligere, vil det kunne foreligge et samfunnsmessig behov for å fengsle, slik at man hindrer nye rømningsforsøk. I tillegg til rømningsforsøk vil også planlegging og selvfølgelig gjennomføring av fluktforsøket være relevante momenter som vil spille inn ved avgjørelsen av om det skal fengsles eller ikke. Disse momentene gjelder både tidligere i prosessen i den gitte sak, men også dersom den siktede har prøvd på dette i tidligere saker. I Rt. 2010 s. 1573 ble det lagt vekt på at det tidligere hadde foreligget et fluktforsøk til Hellas. Det ble uttalt at dette fluktforsøket viste at det forelå en «evne og villighet til å reise langt ut av landet». En slik «evne og villighet» vil selvfølgelig ha stor innvirkning på vurderingen av om det er grunn til å tro at siktede vil foreta en rømning dersom han er fri, og vil også kunne påvirke den troverdighet den siktede har.

Det faktum at troverdighetsvurderingen er relevant følger av Rt. 2004 s. 145. Det ble i denne kjennelsen uttalt av kjæremålsutvalget at det kunne legges vekt på om det kunne «festes lit til deres forsikringer om at de vil møte til hovedhandlingen». Til tross for at man kan legge vekt

²¹ John. Andenæs 2009 s. 285

²² Merete Havre, 2015. S. 127

på den generelle troverdighet, er det imidlertid slik at dersom den siktede ikke forklarer seg under prosessen, så kan det ikke legges vekt på dette ved vurderingen av siktedes vilje, noe som også er slått fast av EMD.²³ Grunnen til dette er at den siktede ikke er pliktig til å samarbeide og forklare seg under prosessen. Dersom man da legger vekt på dette, vil det kunne være en uriktig troverdighetsvurdering.

Jeg har nå nevnt noen av de negative sidene som må tas i betraktning ved avgjørelsen av siktedes moral og personlighet, men det vil også være relevant å se hen til om det foreligger noen positive sider. Dersom den siktede tidligere har vist at han ikke vil unndra seg prosessen, er dette et faktum som vil spille inn på en positiv måte. Dette ble blant annet lagt til grunn i Rt. 2007 s. 629. Siktede hadde i dette tilfellet vist at han under en tidligere sak ble værende i Norge under behandlingen av saken. Dette taler dermed for at man heller skal vurdere å benytte varetektssurrogater istedenfor å foreta varetektsfengsling, men det vil selvfølgelig også måtte vurderes om det foreligger andre grunner som taler for fengsling.

3.3.1.2 Evneperspektivet

Ved den videre vurderingen vil det være relevant å se hen til det som kalles evneperspektivet. Dette vil kort fortalt gå ut på siktedes evne til å flykte dersom han er fri. Det er sånn at selv om man har vilje og lyst til å flykte, er det ikke alltid sikkert at man har den evnen som trengs for å få gjennomført dette.

Et holdepunkt som ofte blir vurdert er det faktum at siktede kan mangle bostedstilknytning. I dette tilfellet må det foretas en vurdering av om den bostedsløse har evnen og muligheten til å unndra seg forfølgelsen, eller om dette vil være problematisk og vanskelig for han. Et eksempel kan være asylsøkere som ikke har noen tilknytning til Norge. Man må her se hvilken tilknytning de har til hjemlandet sitt, og hvor sannsynlig det er for at de ville ha dratt tilbake til dette landet. Mange asylsøkere kan risikere å bli forfulgt dersom de vender tilbake til landet de har forlatt, for ikke å snakke om mulighetene den siktede har for å kunne livnære seg i hjemlandet. EMD har imidlertid lagt til grunn at det må mer til enn manglende permanent adresse for at man skal kunne slå fast at det foreligger en rett til å fengsle på grunn av unndragelsesfare.²⁴

Ved vurderingen av hvilke muligheter den siktede har ved rømning til utlandet, vil det blant annet legges stor vekt på siktedes eventuelle internasjonale kontakter. Dersom siktede har

²³ Merete Havre 2015. S. 130

²⁴ Toshev v. Bulgaria (2006) para 67.

eiendom eller investeringer i utlandet, vil også dette tillegges stor vekt.²⁵ Grunnen til dette er at momenter som dette vil være med på å gjøre en eventuell rømning til utlandet mer tilgjengelig enn dersom man ikke har hjelpemidler som letter flukten.

3.3.1.3 Omkostningsperspektivet

Det siste perspektivet i vurderingen er omkostningsperspektivet. I dette tilfellet må man måle byrden av frihetsberøvelsen opp mot konsekvensene som kommer ved at man flykter. I dette tilfellet vil det kunne presumeres en risiko dersom konsekvensene som rømningen kan medføre overstiger konsekvensene av tilstedeværelse²⁶. Dersom den siktede velger å rømme, må han holde seg skjult for norske myndigheter for å hindre at han blir funnet. Det å leve i skjul på denne måten vil være krevende, og det medfører som oftest at man mister kontakten med både familie, venner og eventuelle kollegaer. I tillegg til at man mister den sosiale kontakten, vil man også måtte leve såpass skjult av man ikke blir oppdaget av de forskjellige overvåkningsmekanismene som finnes i dagens teknologiske samfunn. Dersom man blir oppdaget av politiet i utlandet, kan man risikere å bli utlevert til Norge som følge av alle utleveringsavtalene og internasjonale forpliktelser som landene har forpliktet seg til å følge.

Når man foretar en vurdering etter omkostningsperspektivet, vil det som nevnt være relevant å foreta en vurdering av hva tiltalte kan oppnå i forhold til det han risikerer. Slik sett vil strafferammen i saken kunne ha betydning. Det er grunn til å tro at dersom man er mistenkt for en forbrytelse hvor straffen vil være relativ lav, vil det være mer byrdefullt å skulle flukte enn dersom man står overfor en streng straff hvor man vet at man må tilbringe store deler av livet fengslet. I tillegg til dette må det også ses hen til hvor nær tilknytning den siktede har til etterforskningslandet i forhold til andre land. Dersom den siktede har familie og sosial tilknytning til andre land enn etterforskningslandet, vil det kunne være grunn til å tro at dette kan påvirke hans valg, men man må allikevel ikke glemme at en eventuell rømning krever mye planlegging og ikke nødvendigvis vil være enkel å fullføre.

Ved vurdering av de tre perspektivene er det klart at man lettere kan rettfærdiggjøre en varetektsfengsling dersom flere av perspektivene taler for fengsling. Til tross for dette må det foretas en konkret vurdering i de enkelte tilfellene. Det kan foreligge en risiko for unndragelse, men når det gjelder størrelsen på risikoen, må det foretas en interesseavveining hvor man også trekker inn andre momenter som vil kunne være av betydning for avgjørelsen.

²⁵ W. v. Switzerland (1993) para 33.

²⁶ Merete Havre, 2015. S 135

3.3.2 Bevisforspillelse

Strpl. § 184 2 ledd, jfr § 171 171 første ledd nr 2 hjemler en rett til varetektsfengsling i de tilfellene hvor det foreligger fare for at den siktede vil skade etterforskningen gjennom bevisforspillelse. I bestemmelsen er det presisert at bevisforspillelsen gjelder tilfeller som f.eks fjerning av spor eller påvirkning av vitner eller eventuelle medskyldige. Det er også slått fast at faren for bevisforspillelse må være «nærliggende».

Når det foreligger et krav om at faren må være «nærliggende», må det foretas en totalbedømmelse av situasjonen. Det vil ikke være nok at siktede har en mulighet til å foreta handlinger som medfører bevisforspillelse, det kreves i tillegg til dette «en nærliggende fare for at denne mulighet vil bli benyttet.»²⁷

Ved vurderingen av om faren er «nærliggende» vil det være de konkrete holdepunktene i den enkelte sak som må vurderes. Siktedes mulighet og vilje til å foreta en handling som medfører forspillelse av bevis vil være momenter som må vurderes. Muligheten for bevisforspillelse er betinget av at det foreligger bevis som er relevante for saken. Dersom bevisene er sikret, vil det ikke foreligge en faktisk mulighet til bevisforspillelse²⁸, og dermed vil stadiet etterforskningen er på være av stor betydning for fengslingsspørsmålet. Etterhvert som man får en fremdrift i etterforskningen, vil også bevisene man kommer frem til sikres, noe som fører til at muligheten for forspillelse vil forsvinne.

I motsetning til norsk rett, er ikke bevisforspillelse hjemlet i EMK. Til tross for dette er det allikevel slått fast av EMD at bevisforspillelse vil kunne være en relevant fengslingsgrunn.²⁹ Det følger av EMD's praksis at dersom det foreligger holdepunkter for at siktede vil påvirke vitnene eller på annen måte ødelegge konkrete bevis, vil man kunne fengsle med bakgrunn i fare for bevisforspillelse.

Dersom det foreligger en mulighet for bevisforspillelse, vil man måtte se på om den siktede har en vilje til å foreta handlingene som medfører forspillelse av bevisene. Hva det er som begrunner siktedes vilje til å fjerne spor eller påvirke vitner og medskyldige, vil være avhengig av situasjonen den siktede befinner seg i. Det kan tenkes at den siktede har et ønske om å beskytte andre involverte, som for eksempel ikke er mistenkt på det gitte tidspunktet. Det kan også tenkes at oppdagelsen av andre involverte vil avsløre planer om andre kriminelle handlinger eller en kriminell organisasjon. I tillegg til å ville beskytte andre involverte, kan også den siktede ha et ønske om å opprettholde sitt egen rykte. Dette kan være tilfellet i saker hvor

²⁷ Rt. 1993 s. 128

²⁸ Merete Havre, 2015. S. 162

²⁹ Yuriy Yakovlev v. Russia (2010), para 74.

det er snakk om organisert kriminalitet. Den siktede kan risikere sitt rykte og represalier dersom han forklarer seg eller avslører viktige bevis i saken.³⁰

Ved vurderingen av om siktede har mulighet og vilje til å gjennomføre bevisforspillelse, vil det også til en viss grad være relevant å se på siktedes oppførsel ved eventuelle tidligere fengslinger. Dersom det er slik at den siktede i tidligere saker har forsøkt å skjule bevis ovenfor politiet, vil dette kunne vektlegges ved vurderingen av siktedes vilje.

Hvilke konsekvenser vil en eventuell bevisforspillelse få for prosessen? Bevisforspillelse vil medføre at man vanskeliggjør muligheten til å få gjennomført en rettergang som vil belyse alle relevante holdepunkter i saken. Det vil dermed være av betydning om beviset er viktig for å få belyst alle sider av saken, eller om selve beviset alene ikke vil ha noen selvstendig betydning for saken. Dersom det viser seg av beviset har liten eller ingen rolle i saken, vil det være vanskelig å finne holdepunkter som rettferdiggjør og hjemler inngrep i den siktedes frihet. Kan man på den annen side bevise at den siktedes eventuelle påvirkning av vitnene vil medføre en endring av et viktig bevis i saken, vil bevisforspillelsen kunne være med på å avgjøre om den siktede blir frifunnet eller ikke. Dette vil være svært uheldig i forhold til rettstatens behov for å bekjempe kriminalitet på en rettmessig og effektiv måte.

Når det gjelder bedømmelsen av om det foreligger en nærliggende fare for bevisforspillelse, vil det som nevnt måtte foretas en totalbedømmelse av siktedes mulighet og vilje til å foreta en slik handling. Det må foreligge konkrete holdepunkter som taler for at siktede vil forspille bevis dersom han hadde vært fri. Siktede kan ha generelle ønsker, eller interesse, i å forspille bevisene, men dette vil ikke være tilstrekkelig grunn til å foreta varetektsfengsling. Dette blir lagt til grunn i Rt 2009 s. 1613, hvor lagmannsrettens kjennelse ble opphøvet med grunnlag i at «den ikke konkretiserte sannsynlighetsovervekten for at siktede ville påvirke vitner og medsiktede». Det blir videre uttalt at utelukkelsen av en slik vurdering kan medføre at «vurderingen av bevisforspillelsesfaren blir for generell og hypotetisk».

3.3.3 Gjentakelsesfare

Adgangen til å fengsle på grunn av fare for gjentakelse, er hjemlet i § 184 2 ledd, jfr § 171 nr 3. Denne bestemmelsen vil være relevant å benytte seg av i de tilfellene hvor det «det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder». I EMD er gjentakelsesfare hjemlet i art. 5 nr. 1 hvor det heter at man kan benytte seg av varetekt «når det er rimelig grunn til å anse dette nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling».

³⁰ Johs. Andenæs 2009 s. 287.

Formålet med bestemmelsen vil være å hindre at det forekommer nye forbrytelser, og man kan dermed tale om en prevensjonsarrest.³¹ En slik arrestasjon vil medføre at man blir fengslet for en handling man faktisk ikke har begått. Det foreligger kun en grunn til å tro at vedkommende kan utføre en straffbar handling, men man har ingen sikre holdepunkter på at dette ville ha skjedd. Man kan dermed si at det foreligger et moment av spekulasjon, ettersom det vil være vanskelig å forutse den reelle risikoen for at det faktisk kan bli foretatt en kriminell og straffbar handling.³²

Det er uttalt av EMD at det må foreligge konkrete holdepunkter for at den siktede vil utføre en straffbar handling.³³ Dette vil bety at man ikke bare kan anta at det siktede kan gjennomføre en ny kriminell handling, men man må også ha holdepunkter som viser til at den siktede faktisk har muligheten til å utføre nye straffbare handlinger dersom han er fri. Fengsling med bakgrunn i gjentakelsesfare blir imidlertid i de fleste tilfellene brukt overfor kriminelle som gjentatte ganger tidligere har gjort seg skyldige i vinningsforbrytelser. I slike tilfeller har man et visst grunnlag for å kunne fengsle, idet det er bevist at vedkommende ikke bare har foretatt en straffbarhandling en gang, men gjentatte ganger.

Det følger av strpl. § 171 at den straffbare handlingen som antas kan begås, må være av en slik karakter at det medfører en høyere straff enn fengsel i 6 måneder. Dette kravet er også fulgt opp gjennom rettspraksis, og blir blant annet lagt til grunn i Rt. 1996 s. 474 hvor lovtekstens direkte ordlyd er lagt til grunn. Til tross for at det settes krav til alvorligheten på den straffbare handlingen, er det ikke sagt noe om hvor sannsynlig det må være at handlingen faktisk blir begått. Det er staten som har bevisbyrden for at en slik risiko foreligger, men man må se på rettspraksis og uttalelser av ankeutvalget for å finne ut hvor stor grad av sannsynlighet som må foreligge.

I Rt. 1997 s. 1290 var den siktede tidligere domfelt for voldsbruk og trusler, og disse handlingene hadde blitt begått mens siktede var under prøveløslatelse. Det ble uttalt at det «kreves en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå nye lovbrudd om han ikke varetektsfengsles». Dette har også blitt lagt til grunn i en rekke etterfølgende kjennelser, blant annet Rt. 2001 s. 674 hvor det ble uttalt at det måtte foreligge en «sterk grad av overvekt for at nye lovbrudd er sannsynlige». Det faktum at det kreves at sannsynlighetsovervekten er sterk, medfører at sannsynlighetsgraden er høyere for gjentakelsesfare enn hva den er for bevisforspillelse og unndragelse.

³¹ Johs. Andenæs 2009 s. 288

³² Merete Havre 2015. S. 166.

³³ Yuriy Yakovlev v. Russia (2010), para 74.

Ved vurderingen av om det foreligger en risiko for gjentakelse, må det foretas en helhetsvurdering, og det vil da være relevant å vurdere kriminalitetens art og hyppighet, samt den livssituasjon domfelte befinner seg i.³⁴ Ved denne vurderingen fremkommer det av Rt. 1997 s. 1290 at «tidligere domfellelse er i seg selv ikke nok til å konstatere tilbakefallsfare». Dette betyr at en tidligere domfellelse vil kunne påvirke vurderingen av risikoen for gjentakelse, men at det i tillegg til dette må foreligge andre holdepunkter som i stor grad taler for at det vil forekomme en gjentakelse. Når det gjelder tidligere domfellelser, er det her snakk om en sammenlignbar handling. Dette vil si at det må være en innholdsmessig lik nærhet mellom handlingen som tidligere er blitt foretatt, og handlingen som det fryktes skal forekomme.³⁵ Dersom man kan vise til at den siktede har hatt en avtakende grad av kriminell adferd, vil dette være av betydning for vurderingen.

Siktedes vilje til å foreta kriminelle handlinger vil selvfølgelig være av betydning ved vurderingen av om det foreligger en risiko for gjentakelse. Ved denne vurderingen må man ta utgangspunkt i situasjonen siktede befinner seg i i dag. Man må se om det foreligger momenter som taler for at siktede vil begå en ny straffbar handling, og om dette er noe som den siktede kan tjene på.³⁶ Dersom det er grunn til å tro at siktede ville foretatt en slik handling om han var fri, vil dette ha stor betydning for risikovurderingen. Skulle man ikke finne holdepunkter for dette, vil dette også få konsekvenser.

3.3.4 Egen begjæring

Det siste alternativet som kan begrunne varetektsfengsling etter § 171 er dersom den siktede selv begjærer fengsling. Det vil ikke være tilstrekkelig at den siktede samtykker til fengslingen, det må foreligge en positiv begjæring fra siktede selv.³⁷

Hva er det så som kan føre til at den siktede selv begjærer seg fengslet? Et praktisk alternativ er at den siktede vil sitte i varetekt mens han venter på dom, slik at den utholdte tiden i varetekt kan trekkes fra dommen han får. På denne måten benytter han seg av «døtiden» mellom rettssaken og frem til avsagt dom. En annen grunn vil kunne være at siktede er redd for represalier. Dette kan være represalier som kommer på grunn av at den siktede har gitt opplysninger om andre medsamsvorne eller om et kriminelt miljø. I et slikt tilfelle vil nok den siktede føle seg tryggere dersom han sitter i varetekt og er under overvåkning av staten, enn om

³⁴ Merete Havre 2015. S 170.

³⁵ Ibid. S. 175.

³⁶ Ibid. S. 171.

³⁷ Johs Andenæs 2009 s. 289.

han skulle ha gått fritt rundt på gaten og bekymret seg over hva som ventet rundt neste gatehjørne.

I praksis blir fengsling etter egen begjæring sjelden brukt. Dersom det foreligger grunn til å varetektsfengsle, er det som regel en av de tre første alternativene som er oppfylt, og det kan vel også tenkes at det ikke foreligger så mange siktede som benytter seg av muligheten til å fremme fengsling av seg selv.

Oppsummeringsvis kan man si at det ved vurderingen av om det foreligger momenter som godkjenner bruken av varetekt, vil være avgjørende om det samfunnsmessige behovet for varetekt er tilstrekkelig høyt nok til at man kan bryte inn i den individuelle frihetsinteresse. Det må også foreligge en viss sannsynlighet for at den gitte risiko inntreffer, slik at prosessens mål bli forstyrret.³⁸

3.4 EMK art. 5

EMK art. 5 slår fast at det foreligger en grunnleggende rettighet til personlig frihet og sikkerhet for alle enkeltindivider, og at denne rettigheten kun kan fravikes i bestemte typer tilfeller. For at en slik fravikelse skal være legitim, må den oppfylle de kravene som følger av EMK art. 5.

For at man skal kunne benytte frihetsberøvelse rettmessig overfor et individ, må det foreligge visse samfunnsinteresser som kan utledes fra ett av formålene som følger av EMK art. 5 bokstav a-f. I tillegg til at ett av disse formålene må foreligge, må det også være et formål at dette ivaretas ved bruken av frihetsberøvelse.³⁹ I tillegg til at disse grunnleggende formålene må være tilstede, vil det også foreligge en rett for den frihetsberøvede til å bli underrettet om hvilket grunnlag som hjemler frihetsberøvelsen han blir utsatt for.

For at man skal kunne berøve en person hans frihet, må det foreligge en nasjonal hjemmel som oppfyller de krav som følger av konvensjonen. Hjemmelen må så følges lojalt, det er ikke nok at den kun er tilstede, den må oppfylle både de materielle og prosessuelle kravene som finnes i den aktuelle hjemmelen.

³⁸ Merete Havre 2015 S. 177

³⁹ Tor Ehlers Bertelsen, 2011. S. 98

Når det gjelder den aktuelle hjemmelen, så stilles det også visse krav til denne og dens utforming. Den aktuelle hjemmel må kunne finnes i aktuell rettspraksis eller formell lovgivning, og det er et krav om at hjemmelen må være allment tilgjengelig for den alminnelige borger. Dette betyr at den frihetsberøvede må ha hatt mulighet til å sette seg inn i den aktuelle hjemmelen, og at det fremkommer klart at den aktuelle handlingen vil kunne medføre en straffereaksjon. Videre er det også et krav om at den tolkingen man kan utlede av hjemmelen må være forutsigbar.

Art. 5 første ledd er også en beskyttelse mot vilkårlig myndighetsutøvelse. Bestemmelsen skal være en beskyttelse mot situasjoner hvor det forekommer myndighetsmisbruk eller maktbruk som ikke kontrolleres, samtidig som den også skal være en sikkerhet for at det ikke foreligger en uforholdsmessig berøvelse av friheten.

Myndighetsutøvelsen er også begrenset på den måten at det kun er den frihetsberøvelsen som er godkjent som kan iverksettes.⁴⁰ Dette vil si at dersom det for eksempel er besluttet at man kan benytte husarrest ovenfor den siktede, så vil ikke dette hjemle en rett til å plassere siktede i varetekt. Det er kun det frihetsinngrepet som opprinnelig ble besluttet man kan benytte seg av.

3.4.1 Proporsjonalitetsprinsippet

Frihetsberøvelse er som nevnt et stort inngrep i den enkelte persons frihet, og dermed må det også stilles visse krav til det mål man vil nå og midlene som benyttes for å nå dette målet. Proporsjonalitetsprinsippet medfører at frihetsberøvelsen må være det eneste tiltaket som kan oppfylle målet man ønsker å nå for at det skal kunne benyttes rettmessig.

Kravet til forholdsmessighet mellom mål og middel medfører at man er pliktig til å drøfte om det foreligger alternative midler som kan benyttes fremfor frihetsberøvelse. Dette vil dermed si at man ikke kan foreta en skjønnsmessig vurdering der man unngår å drøfte de alternative midlene som vil kunne være relevante for den enkelte sak.⁴¹ Det vil heller ikke være rettmessig å benytte seg av frihetsberøvelse kun fordi dette midlet vil medføre mindre arbeid enn andre relevante midler.

⁴⁰ Tor Ehlers Bertelsen, 2011. S. 104

⁴¹ Ibid S . 108

Når EMD skal foreta en avveining i den enkelte sak vil proporsjonalitetsprinsippet være en del av struktureringen av avveiningen⁴², altså vil proporsjonalitetsprinsippet bli et verktøy i nødvendighetsvurderingen. Kravet om proporsjonalitet er ikke formulert direkte i ordlyden til EMK art. 5, men prinsippet kan blant annet ses i kravet om at statene må vise til tilstrekkelige og relevante grunner som «outweighs» den rett individet har til personlig frihet. Det skal foreligge et rimelig forhold mellom den straff gjerningspersonen blir pålagt, hvilken skyld gjerningspersonen har og hvor alvorlig den straffbare handlingen er.

Man kan dele prinsippet opp i en tredelt definisjon; egnethet, behov og proporsjonalitet «in strictu sensu».

Egnethet til å oppnå et gitt formål medfører at middelet som benyttes ikke vil være egnet dersom det ønskede målet ikke blir påvirket positivt av middelet. Behovs – eller nødvendighetstest vil si at det middelet som griper minst inn i individets rettigheter må benyttes. Man må dermed foreta en vurdering av hvilken effekt de ulike midlene vil ha på målet som ønskes oppnådd. Proporsjonalitet «in strictu sensu» medfører at den forholdsmessighet som foreligger mellom inngrepsbehovet og inngrepsintensiteten må vurderes før man legger til grunn og benytter seg av det gitte tvangsmidlet.

Prinsippet finnes også i norsk rett, selv om det heller ikke her fremgår direkte av en gitt bestemmelse. Strpl. § 184 annet ledd hjemler en plikt til å vurdere om det foreligger andre mindre inngripende tiltak som kan oppfylle formålet. Det må foretas en vurdering av om det er behov for å benytte varetekt i det gitte tilfellet, og man kan dermed legge til grunn at dette er et uttrykk for behovskravet som følger av proporsjonalitetsprinsippet.⁴³

I forarbeidene finner man også en uttalelse som støtter opp om dette; «utvalget fremmer dessuten sammenheng med bestemmelsen om at fengsling ikke kan anvendes dersom det vil være et uforholdsmessig inngrep. Dette innebærer at det ikke vil være adgang til fengsling hvis det foreligger et tilfredsstillende varetektsurrogat».⁴⁴

FN konvensjonen inneholder ingen bestemmelse som slår fast proporsjonalitetsprinsippet, men til tross for dette kan man allikevel finne holdepunkter for prinsippet i visse enkeltregler og uttalelser som er gjort at komiteen. Det vil være FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) som regulerer forbudet mot vilkårlig fengsling, og herunder varetektsfengsling. Denne bestemmelsen er slått fast i konvensjonens artikkel 9.

⁴² Merete Havre 2015. s. 66

⁴³ Ibid. S. 89

⁴⁴ Ot.prp. nr 53 (1983-84), s. 34.

FN-komiteen for å hindre tortur og umenneskelig og annen nedverdiggende behandling, hadde i sin rapport mot Danmark i 2007 bemerkninger som viser at proporsjonalitetsprinsippet er en gjeldende regel som skal følges. I rapporten fremkommer det at «The State party should ensure respect for the principle of proportionality and establish strict limits on its use». ⁴⁵

Spørsmålene man så sitter igjen med er om varetekt faktisk er et egnet middel i det gitte tilfellet, om det foreligger et behov for å benytte seg av varetekt, og om det er rimelig at siktedes frihet blir påvirket av samfunnets behov.

3.5 Vilkårene for bruk av varetekt etter EMK art. 5.1 c)

Vilkårene i EMK art 5 hjemler et vern for enhver som er frihetsberøvet. Til tross for dette generelle vernet, vil det allikevel måtte foretas en avveining i hvert enkelt tilfelle. I denne avveiningen vil det måtte legges til grunn hvilken art inngrepet er av, varigheten på inngrepet, hvilken virkning inngrepet kan medføre, og til slutt måten inngrepet blir gjennomført på.⁴⁶ Ved denne vurderingen vil det typisk være intensiteten på inngrepet som vil ha stor betydning for det foreligger en frihetsberøvelse eller ikke. Viser det seg at varigheten på frihetsberøvelsen er kort, mens intensiteten er høy – som f.eks ved innlåsing, vil man måtte legge til grunn at det er snakk om en frihetsberøvelse.⁴⁷

For at varetektsfengslingen skal være i samsvar med EMK, må den oppfylle kravene som er fastsatt i artikkel 5. Det følger av Art. 5 nr. 1 at et eventuelt inngrep må skje i samsvar med de bestemmelsene man kan finne i nasjonal lov. Dermed vil det ikke være en lovlig fengsling etter EMK dersom man ikke kan vise til en nasjonal hjemmel som åpner opp for inngrep i den enkeltes frihet. Det må også legges til grunn at jo større inngrepet er, jo klarere må hjemmelen være.⁴⁸ Ved motstrid mellom bestemmelsene i EMK og Strpl, vil det være konvensjonen som slår igjennom.

Kravet om at inngrepet må skje i samsvar med nasjonal lov er med å sikre den forutberegnelighet som må kunne legges til grunn i en rettsstat. I samsvar med kravet om forutberegnelighet

⁴⁵ Merete Havre 2015. s. 72

⁴⁶ Jørgen Aall, 2015. S. 348

⁴⁷ Ibid, S. 349

⁴⁸ Ibid. S. 354.

het, må man også legge til grunn at klarheten av hjemmelen må øke i samsvar med størrelsen på inngrepet. Står man overfor et inngrep som i stor grad virker inn på den siktedes liv, vil man også kunne kreve at muligheten for inngrepet og dens intensitet fremgår klart av den aktuelle hjemmel. Dette betyr allikevel ikke at det ikke stilles krav til klarhet i hjemmelen ved bruk kort frihetsberøvelse.

Når det gjelder kravet om aktuell hjemmel og dens virkeområde, så er dette forhold som vil kunne prøves av EMD. Ettersom det foreligger et krav om at inngrepet må skje i samsvar med nasjonal rett, vil EMD til syvende og sist kunne stille spørsmål ved og vurdere om de strengere vilkårene er overholdt, eller om det finnes holdepunkter for at inngrepet er urettmessig.⁴⁹

De seks formålene som kan fremmes ved bruk av frihetsberøvelse finnes i Art. 5, første ledd bokstav a – f, og disse formålene må tolkes restriktivt. Ved frihetsberøvelse er det klart at én av de seks vilkårene må foreligge, og vilkåret i sin helhet må være oppfylt – man kan ikke kombinere to vilkår ved å benytte kun deler av dem og kombinere disse delene slik at det foreligger et selvlagd krav.⁵⁰ Dette er imidlertid ikke til hinder for at to eller flere vilkår fullt ut inneholder formål som hjemler bruk av frihetsberøvelse.

Formålet med EMK art 5 er å hindre at det forekommer inngrep som vil være unødvendige og uforholdsmessige.⁵¹ Det følger av en oppstilling i bestemmelsen av de 6 kategoriene som kan tillate frihetsberøvelse. Vilråene for varetektsfengsling er hjemlet i EMK art. 5.1 c). I bestemmelsen heter det at frihetsberøvelse vil være tillatt i de tilfellene hvor det foreligger «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 faktum at det foreligger et krav om at det må være snakk om «an offence», betyr at det forholdet som foreligger må være straffbart, samtidig som dette forholdet må foreligge i det tilfellet som straffeforfølges. De tre etterfølgende vilråene; «reasonable suspicion», «reasonably considered necessary to prevent his committing an offence», «or fleeing after having done so», er alle godkjente grunner for frihetsberøvelse. Det er imidlertid nok at et av vilråene er tilstede, idet vilråene er konjunksjoner.

For at bokstav c) rettmessig kan hjemle et inngrep i den enkeltes frihet, må den aktuelle frihetsberøvelsen foregå i forbindelse med vurderingen av en straffbar handling. Den siktede må også være mistenkt i forhold til den aktuelle handlingen frihetsberøvelsen benyttes overfor.

⁴⁹ Jørgen Aall, 2015 S. 355.

⁵⁰ Tor Ehlers Bertelsen, 2011. S. 109.

⁵¹ Jørgen Aall, 2015, S. 358

Når det gjelder mistanken overfor den siktede, så gjelder denne mistanken både overfor et begått lovbrudd, fremtidige lovbrudd, og dersom det foreligger unndragelsesfare etter begått lovbrudd.

Dersom man skal benytte art 5.1 c) ved pågrepelse av en mistenkt, må det foreligge grunn til å tro at den mistenkte faktisk kan ha begått den aktuelle handlingen. Dersom det ikke foreligger en bevisovervekt som tyder på dette, vil det heller ikke være en rimelig mistanke, og det vil ikke foreligge grunnlag for pågrepelse.

Et mulig problem ved utformingen av EMK art 5.1 c), vil kunne være at spesielt vilkåret om fengsling med begrunnelse i «reasonably considered necessary to prevent his committing an offence», kan ende opp med å bli misbrukt i noen tilfeller. Grunnen til dette er at vilkåret til dels er upresist på den måten at man kun trenger å bevise at det kan forekomme et straffbart forhold. Etter dette vilkåret er det med andre ord ikke noe krav til at handlingen må ha skjedd, det er nok at det er grunn til å tro at det i fremtiden kan skje et straffbart forhold. Konsekvensen vil som sagt være at vilkåret vil kunne bli misbrukt, noe som øker faren for vilkårlig varetektsfengsling. Dette vil være meget uheldig, med tanke på det strenge inngrepet i friheten varetektsfengsling er.

Ved vurderingen av de tre forutsetningene, må man også ta hensyn til at det i Art. 5.1.c) er fastslått at pågripelsen må ha som forutsetning at man skal fremstilles for en kompetent domstol. Dette formålet vil kun være tilstede dersom det foreligger grunn til å fremstille saken for en kompetent domstol – altså, det må foreligge et straffbart forhold. Det kan dermed stilles spørsmål til hvordan man så skal kunne benytte dette i samsvar med et alternativ som hjemler en rett til fengsling dersom det kun kan vises til at varetektsfengslingen foreligger på grunn av fare for gjentakelse.

I dette tilfellet må man se hen til den overbevisningen retten har for at det vil begås et straffbart forhold.⁵² Foreligger det holdepunkter som medfører at det på pågripelsestidspunktet er stor sannsynlighet for at det vil kunne begås en straffbar handling, vil selvfølgelig dette ha betydning for hvordan saken blir behandlet. Skulle det imidlertid vise seg at det ikke foreligger grunner som kan overbevise om at en slik handling skal begås, vil det kunne være snakk om en urettmessig frihetsberøvelse. Hovedregelen her vil være at dersom man benytter seg av preventiv arrest for å hindre at det skal forekomme et konkret og straffbart forhold, så vil dette kunne forsvares.⁵³

⁵² Jørgen Aall, 2015 s. 361

⁵³ Ibid s. 363

3.5.1 Strengere krav ved fengsling enn ved pågripelse

Vilkårene i art. 5.1 c) hjemler retten til både pågripelse og fengsling, og de opplistede vilkårene er de samme i begge tilfeller. Til tross for at vilkårene er de samme, vil allikevel varetektsfengsling være et større inngrep i den enkeltes frihet enn hva en pågripelse vil være. Dette medfører at det stilles strengere krav til staten i forhold til om fengslingsgrunnene er relevante og tilstrekkelige, det er ikke nok at det foreligger en mistanke. Dersom staten ikke kan vise til at det foreligger relevante og tilstrekkelige grunner som tilsier at siktede kan holdes varetektsfengslet, vil det foreligge en plikt til å løslate. Ved denne vurderingen vil det være relevant å trekke inn forholdsmessigheten mellom inngrepet og den mistanken som foreligger overfor den fengslede.

Det faktum at mistanken må være rimelig, er en garanti for at man skal kunne unngå vilkårlige frihetsberøvelser, og det er også en måte å kunne kontrollere om staten har gått riktig frem i den gitte situasjon. Foreligger det f.eks opplysninger som utvilsomt viser til at det har blitt begått eller vil begås en kriminell handling, vil dette være en rimelig grunn til å kunne benytte seg av frihetsberøvelse overfor den mistenkte. Til tross for at det foreligger holdepunkter som tyder på at den siktede har begått/skal begå de gitte handlingene, må man også være sikker på at disse handlingene faller inn under den aktuelle straffebestemmelsen. Dersom det ikke er et samsvar mellom handlingen og straffebestemmelsen, vil man heller ikke kunne foreta en berøvelse av friheten med dette som begrunnelse.

Dersom man allerede er frihetsberøvet, vil er skjerpelse av forholdene rundt frihetsberøvelsen ikke være en ny type berøvelse av friheten⁵⁴, men i de tilfellene hvor varetekten fortsetter over et lengre tidspunkt, vil det foreligge en skjerpelse av kravet til nødvendighet. Man må her se på om det er rimelig at den siktede fortsatt sitter i varetekt, eller om det finnes holdepunkter som tyder på det motsatte. Tiden den siktede allerede har sittet varetektsfengslet vil også spille inn som et relevant moment i vurderingen. I saker hvor det er påberopt bevisforspillelse, vil denne risikoen i de fleste tilfeller bli mindre jo lengre ut i etterforskningsperioden man kommer, noe som vil kunne tale for at det ikke lenger er nødvendig å sitte frihetsberøvet.

Til tross for at det foreligger grundige og gode regler i art. 5, vil allikevel ikke reglene i konvensjonen være til hinder for at den nasjonale retten stiller opp flere betingelser for frihetsberøvelse. På denne måten vil man ha muligheten til å skjerpe inn kravene i den nasjonale retten, slik at disse vil være strengere enn de som følger av EMK.

⁵⁴ Jørgen Aall, 2015. S. 349

3.5.2 EMK art. 5-3

Den ovennevnte bestemmelsen regulerer de rettighetene den pågrepne har når det gjelder prøving av lovligheten ved en pågripelse. Når det gjelder konvensjonene og dens formål, så har EMD uttalt at det foreligger en presumsjon for at det foreligger en rett for den siktede til å bli løslatt.⁵⁵ Denne presumsjonen medfører at staten har en plikt til å løslate den siktede dersom grunnlaget for frihetsberøvelsen faller bort. Dette vil typisk være dersom det ikke lenger kan sies å foreligge en fare for f.eks unndragelse eller dersom det fremkommer nye bevis som tyder på at den siktede ikke kan ha begått den kriminelle handlingen.

Vilkårene for fengsling vil være at det foreligger en rimelig mistanke overfor den mistenkte, og at det i tillegg foreligger handlinger som oppfyller ett at tilleggsmomentene. De relevante tilleggsmomentene er, med unntak av ett, slått fast i konvensjonen. Disse momentene er som nevnt unndragelsesfare og gjentakelsesfare, samt bevisforspillelse som er slått fast gjennom rettspraksis. Dersom man frykter at unnlatt fengsling vil medføre en fare for den samfunnsmessige orden kan dette hjemle bruken av fengsling, men det er her viktig å være klar over at dette er en særlig fengslingsgrunn. Det er av EMD uttalt at de ovennevnte vilkårene er de «holdbare vilkårene for å opprettholde en varetektsfengsling selv om det stilles kausjon».⁵⁶ Når det gjelder den nasjonale vurderingen ved begrunnelsen av fengslingen, så foreligger det her et krav om at både hensynene for og imot fengsling må være vurdert. Man må også kunne lese denne vurderingen ut fra avgjørelsen som besluttes av retten. Hensynene som taler for fengsling må ha tilstrekkelig vekt gjennom hele fengslingsperioden, har de ikke dette vil de ikke kunne brukes som begrunnelse for å opprettholde fengslingen av den siktede.

EMK regulerer to krav når det gjelder fristen for fremstilling etter EMK art. 5-3. De to forholdene er retten til å bli fremstilt for en dommer «straks etter pågripelsen» og at vareteksttiden ikke må overstige det som regnes som «rimelig tid». Kravet om at man skal fremstilles for en dommer «straks etter pågripelsen» er ikke ytterligere forklart i konvensjonsteksten, men det er slått fast av EMD at denne fristen er satt til fire dager fra iverksettelsen av pågripelsen.⁵⁷

I norsk rett fremkommer det også et krav om tidsperspektivet fra iverksettelse av pågripelse og frem til saken bringes inn for domstolen. Dette kravet finner man i strpl. § 183, første ledd, første setning hvor det heter at spørsmålet omkring lovligheten av pågripelsen skal bringes inn

⁵⁵ Kudla v. Poland, pkt 110.

⁵⁶ Aleksanyan v. Russia, pkt. 178.

⁵⁷ Tor Ehlers Bertelsen, 2011. S. 115.

for domstolen «[...] snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen [...]». Man kan her se at kravet om frembringelse for retten er uttrykkelig fastsatt i norsk rett, mens det for EMK's vedkommende ikke er slått fast noe eksakt tidsbeløp i konvensjonens bestemmelse.

3.5.2.1 Lengden på varetektstiden

Varetektstiden strekker seg fra tidspunktet for pågripelsen og frem til det foreligger en dom i første instans, og lengden på varetektsoppholdet må ikke overstige grenser for hva som kan regnes som «rimelig tid».

Når man skal ta standpunkt til hva som må regnes som «rimelig tid», må man vurdere om det til enhver tid foreligger momenter som er holdbare nok til å kunne hjemle en rett til å berøve den siktede sin frihet. En slik vurdering av momentene må gjøres gjennom hele varetektperioden, og momentene må også oppfylle kriteriene for frihetsberøvelse gjennom hele perioden. Dersom momentene viser seg ikke å være holdbare, vil den tiden siktede har sittet varetektsfengslet kunne bli regnet som urimelig.

Dersom det skulle vise seg at den aktuelle sak har et komplisert saksforhold, kan dette være grunn til å tillate at behandlingen av saken strekker ut. Det er her viktig å skille mellom problemer av juridisk art og problemer av praktisk art. Det vil kun være problemer av praktisk art som kan medføre en rettmessig utsettelse av saken.. Slike problemer vil f.eks kunne være at det foreligger store dokumentmengder eller at det er svært mange vitner i den gitte saken.

I norsk rett oppstilles det heller ingen lengstefrist for varetekt, men det følger av strpl. § 185 første ledd at det skal settes en fengslingsfrist. Denne fristen kan imidlertid forlenges, og det er ingen grense for hvor mange ganger man kan gjøre dette.

3.6 Visse likheter og ulikheter ved EMK art 5. og strpl. § 171

Kravene som etter EMK og Strpl. stilles ved berøvelse av den enkeltes frihet vil bære preg av både likheter og ulikheter. Det er klart at varetekt benyttes som et preventivt middel mot kriminalitet, og at det foreligger et behov for staten for å kunne benytte seg av et slikt middel. Varetekt blir benyttet som et ledd i straffegjennomføringen, og vil dermed være et middel som er med å sikre saken slik at den kan gjennomføres på rettmessig måte.

Kravene som stilles til varetektsfengslingen er strenge, og det foreligger en rekke garantier som medfører at hver enkelt sak må vurderes konkret. Vilårene for å varetektsfengsle må være tilstede, samtidig som det heller ikke kan foreligge andre mulige surrogater som på en tilstrekkelig måte kunne ha vært benyttet istedenfor varetekt. Ved denne vurderingen vil det

måtte tas hensyn til om det foreligger momenter ut over hovedvilkårene og tilleggsvilkårene som kan begrunne benyttelse av varetekt.

Den mistenkte har en rett til snarlig å bli fremstilt for domstolen, jfr. Strpl. § 183 jfr. EMK art 5. nr. 3. Lovhjemmelen oppstiller imidlertid, verken i norsk lovgivning eller etter EMK, noen hjemmel for hvor lenge den siktede kan holdes varetektsfengslet. Det må allikevel foreligge en proporsjonalitetsvurdering i det enkelte tilfellet, og denne vurderingen må tale for at det samfunnsmessige behovet overgår retten til personlig frihet dersom varetektsfengslingen skal kunne opprettholdes over lengre tid.

Når det gjelder vilkårene som må være oppfylt for at varetektsfengsling skal kunne benyttes, foreligger det en forskjell i hvordan disse er oppstilt etter norsk rett og EMK. Strpl. § 171 setter som vilkår at det må være tale om en handling som medfører mer enn 6 mnd straff, mens noen lignende bestemmelse kan ikke leses ut i fra EMK art. 5. Etter strpl. vil det også kreves at de generelle vilkårene + ett av de spesielle vilkårene er oppfylt. Dette er en forskjell fra EMK art 5 hvor det kun kreves at ett av de alternative vilkårene er oppfylt ved anvendelse av varetektsfengsling.

Bevisforspillelse er en relevant fengslingsgrunn både etter strpl og etter EMD's praksis. Forskjellen her er at denne fengslingsgrunnen er lovfestet i straffeprosessloven, mens den imidlertid ikke fremkommer av EMK art. 5. Bevisforspillelse er imidlertid slått fast som en relevant fengslingsgrunn etter EMD's praksis, og det vil dermed være en like relevant fengslingsgrunn som unndragelse- og gjentakelsesfare.

Når det gjelder prøvingen som foretas av henholdsvis EMD og ankeutvalget/norske dommere, vil det i den innledende fasen av saken foreligge en forskjell med tanke på hva som prøves av de to forskjellige organene. Etter strpl. foreligger det et skille mellom minstevilkårene som foreligger og den konkrete interesseavveiningen. Et slikt skille finner ikke sted ved EMD vurdering idet EMD fortar en samlet prøving av om det foreligger relevante og tilstrekkelige grunner. Ankeutvalget på sin side foretar en vurdering av om grunnene er relevante etter strpl. § 184 annet ledd, jfr. Strpl. § 171 første ledd nr. 1-4, jfr. Strpl. §172. I tillegg til denne vurderingen vil ankeutvalget også foreta en vurdering av om fengslingsgrunnlaget er «tilstrekkelig», og at det ikke foreligger et «uforholdsmessig inngrep», jfr. Strpl. § 175 bokstav a.

Til tross for at det foreligger enkelte ulikheter ved utforming av de aktuelle reglene i henholdsvis Strpl. og EMK, er det allikevel alltid er krav om at vilkårene i EMK art. 5.1 c) må være tilstede for av varetekten skal være konvensjonsmessig. Er ikke de aktuelle vilkårene tilstede, vil staten kunne bli dømt for brudd på forpliktelsene som følger av konvensjonen.

Det må også nevnes at det ved varetekt som strekker seg over et lengre tidsrom, må foretas en konkret vurdering av om varetekten er rimelig. Man må her se hen til om det foreligger andre momenter enn hovedvilkåret mistanke om straffbart forhold som kan gjøre det rimelig å holde den mistenkte i varetekt over et lengre tidsrom.

4 VARETEKT – ET ALVORLIG INNGREP

Tall fra Statistisk Sentralbyrå viser at så mange som 25% av alle fengslede i 2014 satt fengslet i varetekt.⁵⁸ Dette viser at en stor del av de som sitter fengslet sitter innesperret uten at de med sikkerhet vet når de får en dom eller eventuelt slipper ut igjen. Med tanke på hvilken psykisk belastning dette vil være for den enkelte person, kan man stille seg undrende til at det faktisk foreligger en såpass høy prosentandel av mistenkte i varetekt.

Det er klart at staten må kunne benytte seg av midler som virker preventivt overfor kriminelle handlinger, og man kan også legge til grunn at varetekt er et godt egnet middel for dette. Til tross for dette, må man også sørge for at det kriminalitetsbekjempende middelet som benyttes er rettmessig ovenfor individene det blir benyttet mot.

Det vil dukke opp tilfeller hvor bruken av varetektsfengslingen vil kunne ses på som urettmessig i forhold til de konsekvensene den siktede vil oppleve. I slike tilfeller kan man undres om samfunnets behov blir tillagt mer vekt enn det enkelte individs rettigheter. Her kan man for eksempel se på en dom som ble avsagt av Halden Tingrett i forbindelse med en narkotikasak. Den mistenkte kvinnen som ble varetektsfengslet var gravid, og ble sittende 11 måneder i varetekt.⁵⁹ Dette medførte at hun fødte barnet i løpet av perioden hun satt varetektsfengslet, noe som medførte at barnet ble fratatt henne i fengselet. Barnet og moren mistet dermed den grunnleggende kontakten de første måneden av barnets liv. Saken endte med at kvinnen ble frifunnet for handlingene hun var mistenkt for. Denne saken er et godt eksempel på hvor inngrepene og konsekvensfylt varetektsfengslingen var for den siktede, og man kan diskutere om den unnlattende bruken av fengslingssurrogater var rett eller ei.

4.1 Inngrepsintensitet

I proposisjonen som ble fremsatt for Stortinget om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. fra 2010-2011, ble det uttalt at «Varetektsfengsling innebærer frihetsberøvelse uten at skyldspørsmålet er avgjort og dom avsagt. Dette er et svært inngrepene tiltak, der den fengslede avstenges fra sitt normale liv. Vare-

⁵⁸ <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling>

⁵⁹ Merete Havre 2015, s. 345

tekstoppholdet kommer gjerne uten forutgående varsel. Han vil ikke ha anledning til å forberede familien eller tilpasse skolegang eller arbeidssituasjon. Isolasjon og usikkerhet knyttet til fengslingens lengde kan medføre store fysiske og psykiske belastninger for den fengslede». ⁶⁰ Denne uttalelsen finner man i forarbeidene til endringsloven, og man ser her at det tydelig er lagt vekt på hvilke konsekvenser et inngrep i den enkeltes frihet vil kunne medføre, samtidig som at selve alvorligheten av en slik situasjon blir understreket og tydeliggjort.

Bruken av varetekt er et inngrep i den enkeltes personlige frihet og det vil dermed oppstå en konflikt mellom individets behov og behovet som samfunnet som fellesskap har. Samfunnsbehovet er begrunnet med at det foreligger et reelt behov for kriminalitetsbekjempelse, mens individets behov er begrunnet med at hvert enkelt individ har et behov for visse type rettigheter og beskyttelse mot maktmisbruk. Begge behovene er viktige for den part de fremsettes av, men de vil altså havne i en motstrid med hverandre i de tilfellene hvor det er begått en handling som er uønsket av samfunnet. Når intensiteten av inngrepet varetekt skal fastlegges, må man ta utgangspunkt i frihetsinteressens grunnleggende karakter. ⁶¹

4.1.1 Kriminalitetsbekjempelse når det gjelder den personlige frihet

For å kunne foreta en rettmessig vurdering av om det foreligger holdepunkter som veier opp varetektsfengsling, må man foreta en drøftelse av hensynet til den enkeltes personlige frihet, samt uskyldspresumsjonen og det legitime samfunnsbehovet. ⁶² Holdepunktene omkring den rettmessige vurderingen er slått fast via EMDs praksis, hvor det er uttalt 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». ⁶³

Ved en vurdering av de tre nevnte vilkårene – personlig frihet, uskyldspresumsjonen og det legitime samfunnsbehovet, vil det som oftest forekomme situasjoner hvor hensynene må avveies mot hverandre, ettersom de trekker i hver sin retning. Av uskyldspresumsjonen følger det et krav om at den siktede har rett til å bli behandlet som uskyldig frem til det foreligger en domfellelse, noe som taler for at man ikke skal måtte utholde varetektsfengsling og således en forhåndsstraff. Til tross for dette grunnleggende prinsippet, er det også klart at staten har et genuint behov for å bekjempe kriminalitet. Dette behovet eksisterer både overfor den/de som er fornærmet i den enkelte sak, men også overfor samfunnet generelt som et fellesskap. ⁶⁴

⁶⁰ Prop.135 L (2010-2011), punkt 7.4.4, s. 58

⁶¹ Merete Havre, 2015. S. 214.

⁶² Ibid. S. 193.

⁶³ McKay v. The United Kingdom GC (2006), para 42.

⁶⁴ Merete Havre, 2015. S. 193

Når det gjelder behovet for å foreta handlinger som bekjemper den kriminalitet samfunnet står overfor, er det klart at bekjempelsen er nødvendig for at samfunnet skal kunne bestå og utvikle seg i riktig retning. Dette vil dermed si at bekjempelsen av kriminaliteten ikke bare må være effektiv, men den må også være rettssikker, slik at man ikke ender opp med at staten overkjører den enkeltes rettigheter og behov som individ.

Varetekt medfører at man kan gripe inn før det forekommer konsekvenser som kan være ødeleggende for den gitte sak og bevissituasjonen i denne. Varetekten vil dermed kunne ses på som et etterforskningsinstrument⁶⁵. Dette etterforskningsinstrumentet skal være et middel som benyttes for at man skal kunne sikre bevis som er viktige og relevante for etterforskningen og den ventende dommen. Men, varetekten vil også kunne ende opp med å bli en forhåndsstraff. Ved langvarig varetekt kan man risikere at store deler av/hele straffen vil ende opp med å bli avsonet mens man sitter varetektsfengslet.⁶⁶ Dette er en svært uheldig situasjon som vil være i strid med uskyldsprinsippet, men som allikevel vil kunne være nødvendig i enkelte særegne tilfeller.

4.1.2 Inngrepets alvorlige karakter

Det følger av EMK art 6 at alle har rett på en «fair trial» når man har en straffesiktelse mot seg. Dette kravet skal sikre at det forekommer en hurtig domstolskontroll, samtidig som at den siktede skal antas uskyldig frem til det er bevist at han er skyldig i den straffbare handlingen.

Det faktum at domstolskontrollen skal være hurtig, kan bli påvirket på en negativ måte ved at dommeren har færre indisier å legge vekt på tidlig i prosessen.⁶⁷ Dersom man skulle ha foretatt en vurdering av saken ved et senere punkt i etterforskningen, ville det kunne være trolig at man hadde flere indisier man kunne ha foretatt en vurdering av. På denne måten ville man kunne si at det foreligger en risiko for at varetektsfengslingen kan bli feilaktig dersom det foreligger få indisier man kan legge vekt på ved avgjørelsen av fengslings spørsmålet.

Det foreligger en grunnleggende rettighet som regulerer retten den enkelte har til personlig frihet, EMK art. 5. Denne rettigheten gir hver enkelt en frihetsrettighet, og den er samtidig en forpliktelse som den enkelte stat er bundet til å følge. Til tross for denne grunnleggende rettigheten, finnes det allikevel unntak fra regelen – som frihetsberøvelse. Det er kun staten som

⁶⁵ Merete Havre, 2015, S. 194

⁶⁶ Strl. § 60

⁶⁷ Merete Havre, 2015. S. 204

har en rett til å foreta frihetsberøvelse overfor andre, det vil være straffbart for andre å foreta en slik handling overfor sine medborgere.

En frihetsberøvelse er et alvorlig inngrep i de enkeltes frihet, og det vil således også være et inngrep som vil sette sine spor hos det enkelte individ. Man blir satt inn i en situasjon hvor det meste fraviker fra ens vanlige liv, og hvor man sitter isolert fra resten av omverden. Varetekt er også et tidsubestemt inngrep, ettersom det ofte foreligger en forlenging av den først fastsatte lengden av varetekten. Dette i seg selv taler for at varetekt kun bør tas i bruk i de tilfellene hvor det er strengt nødvendig, samtidig som det foreligger et samfunnsmessig behov for at den siktede blir varetektsfengslet mens etterforskningen pågår.

4.1.3 Nødvendig?

Ved bruk av varetekt under etterforskning vil det være hensynet til samfunnets behov som begrunner inngrepet.⁶⁸ Til tross for at samfunnets behov kan medføre bruk av varetektsfengsling, er man allikevel etter reglene i straffeprosessloven pliktig til å vurdere om det foreligger andre midler som kan benyttes overfor den siktede. Det foreligger et prinsipp om at det minst inngripende midlet skal komme til anvendelse, samtidig som inngrepsbehovet blir fremmet. Dette prinsippet kalles proporsjonalitetsprinsippet, og avgjørelsen av varetektsfengslingen må alltid vurderes i henhold til dette prinsippet.

Ved vurderingen av om det foreligger surrogater som kan tilfredsstillende det behovet som varetekt egentlig ville vært brukt for, må man vurdere hvilken effekt det enkelte surrogat kan ha. Det enkelte surrogat vil nok som regel ha en viss effekt overfor den siktede, men det må vurderes hvor sterk denne effekten er, samtidig som man også må ta hensyn til den risikoen som foreligger i det enkelte tilfellet.⁶⁹ Er det for eksempel risiko for at den siktede vil flykte fra landet? I så fall vil man måtte vurdere hvor sterk denne risikoen er, og hvor sikkert det er at dette er en reell risiko.

I Rt 2003 s. 451 kommer det klart frem at det foreligger et krav om at surrogater må vurderes før man slår fast at varetekt er det middelet som må benyttes i den gitte sak. Det er også uttalt i dommen at det må vurderes om gjentakelsesfaren er redusert, altså ikke om den er totalt eliminert. Dette kan derfor tyde på at det er nok at surrogatene reduserer den gitte risiko, og at det ikke kan stilles noe krav til at surrogatene medfører at risikoen elimineres helt. Dette svarer også med Khodorkovskiydommen hvor EMD legger til grunn at det ikke er noe krav om at surrogatene må eliminere risikoen.

⁶⁸ Merete Havre, 2015 S. 210

⁶⁹ Ibid. S. 306

5 Isolasjon

Det foreligger til tider et behov for at den siktede blir underlagt isolasjon mens han sitter i varetekt. Reglene for bruk av isolasjon er hjemlet i strpl. § 186a, og ut fra denne bestemmelsen kan isolasjon benyttes dersom det foreligger etterforskningsmessige grunner som taler for dette.

Isolasjonen medfører at man ikke får ta del i fellesskapet i fengselet⁷⁰, noe som vil si at den fengslede har svært liten kontakt med andre mennesker. Den fengslede sitter som regel så mye som 22-24 timer alene på cellen, uten noen form for kontakt med andre medmennesker enn fengselsbetjentene. Isolasjonen kan enten være total, den fengslede har kun kontakt med de ansatte der han sitter fengslet, eller delvis ved at det foreligger et forbud mot at den fengslede har kontakt med visse personer. Her vil det typisk være personer som kan være siktet i samme sak som det vil være relevant å hindre at den fengslede får kontakt med.

Det foreligger en mulighet for at man kan benytte isolasjon i samsvar med et brev- og besøksforbud. I slike tilfeller vil den fengslede oppleve at han mister kontakten med både andre innsatte i fengselet, og eventuelle personer han ellers ville hatt kontakt med. En bruk av isolasjon i sammenheng med slik brev- og besøksforbud vil være svært inngripende i den fengsledes liv, og det er også slike restriksjoner som har fått kritikk av FNs torturovervåkningsorgan.

5.1 Kritikk

Norge har flere ganger mottatt kritikk for bruken av isolasjon under varetekt, og det er organer som Europarådets torturkomité CPT, FNs torturkomité CAT og FNs spesialrapportør for tortur som har rettet denne kritikken mot Norge.

Det er slått fast av EMD at bruk av isolasjon er et inngrep i retten til privat liv etter art. 8, samtidig som det også er uttalt at «when a person's personal autonomy is already restricted, greater scrutiny [should] be given to measures which remove the little personal autonomy that is left». ⁷¹ Med utgangspunkt i dette er det derfor viktig at det blir foretatt en grundig vurdering i hvert enkelt tilfelle, samtidig som man også har et kritisk fokus på bruken av isolasjon som benyttes, ettersom isolasjon ikke sjelden blir benyttet i norske fengsel.

⁷⁰ https://snl.no/isolasjon_-_varetekt (hentet 23.02.17)

⁷¹ Munjaz v. United Kingdom (17.07.2012) avsnitt 80

Ved CPTs besøk i Norge i 1993, ble det slått fast at det forelå en uakseptabel praksis omkring bruken av varetekt, idet de fengslede satt «in conditions of virtual solitary confinement».⁷² Etter at denne kritikken ble fremsatt i 1993, har det fortsatt å komme kritikk på bruken av isolasjon under varetekt, noe som viser at Norge har et stort forbedringspotensial på dette punktet. Det har blant annet blitt vist til at det burde foreligge flere tilbud om aktiviteter og menneskelig kontakt for de som sitter isolert⁷³, og at det burde foreligge en absolutt grense på hvor lenge man kan holde personer isolert mens de sitter varetektsfengslet.⁷⁴

Som en konsekvens av kritikken som ble rettet mot Norge av FNs torturovervåkningsorgan, ble det i 2002 foretatt en endring av lovgivningen på dette området. Lovendringen medførte at det kun er retten som kan beslutte om isolasjon kan benyttes eller ikke, samtidig som det også foreligger en begrensning på lengden av bruken på isolasjon. Denne begrensningen medfører at det ved førstegangsfengsling kun kan benyttes isolasjon i inntil to uker, mens det totalt kan benyttes i inntil seks uker dersom det foreligger en strafferamme på inntil seks år. Det er også åpnet opp for at man kan benytte isolasjon så lenge som opptil tolv uker dersom det foreligger et alvorlig lovbrudd.

FN-komiteen for å hindre tortur og umenneskelig og annen nedverdiggende behandling har også rettet kritikk mot Norge i sin rapport fra 18.11.2011. I denne rapporten fremkommer det at komiteen er bekymret for at Norge ikke har gode nok systemer i forbindelse med isolasjonsfengsling. Uttalelsene i rapporten går ut på at komiteen er bekymret for at isolasjonsfengsling blir benyttet i saker som ikke faller inn under «the most exceptional circumstances», og at det også blir benyttet i saker hvor det ikke foreligger en «strictly limited» periode.⁷⁵

Kritikken Norge har mottatt fra ulike hold er viktig for at vi skal kunne klare å opprettholde de reglene som følger av de internasjonale forpliktelsene vi er bundet av. Kritikken viser også at det foreligger et konkret behov for organer som kan kontrollere om Norge overholder de forpliktelsene de har på en rettmessig måte. I tillegg til dette tyder det også på at Norge med jevne mellomrom bør foreta en vurdering av det gjeldende nasjonale lovverket, og om det finnes behov for forbedring av de allerede eksisterende bestemmelsene.

⁷²<http://www.jus.uio.no/ikrs/forskning/forskningsnettverk/isolasjon/publikasjoner%20og%20ressurser/2014/isolasjon-i-skandinaviske-fengsler---artikkel-i-kritisk-juss.pdf> (hentet 23.02.17)

⁷³ CPT, 2000: 39

⁷⁴ CPT, 2006: 53

⁷⁵ Merete Havre, 2015. S. 72

6 Opplevelse av varetekt

Et hvert menneske som blir isolert fra omverden, vil nok reagere på denne isolasjonen. Det er nettopp dette som skjer når man sitter varetektsfengslet over tid. Man har ingen form for kommunikasjon med omverden, og man er som oftest forlatt med sine egne tanker. Reaksjonen på en slik behandling vil selvfølgelig avhenge fra menneske til menneske, og det vil også være en del faktorer som spiller inne her.

Man kan tenkte seg at alder, sosialt liv, og ikke minste eventuell erfaring på området vil ha betydning for den opplevelsen varetektsfengslingen fører med seg. Men, det viktigste av alt vil mest sannsynlig være hvordan man psykisk vil takle en slik situasjon. Man må huske at dersom man f.eks har sittet fengslet i de 2 ukene som i utgangspunktet var satt, har man allikevel ingen garanti for at disse to ukene ikke blir forlenget. Hvordan vil man egentlig reagere hvis man opplever at 2 uker blir til 4 uker, 4 uker blir til 8 uker, 8 uker blir til 12 uker osv. Følelsen av at frihetsberøvelsen aldri tar slutt, og vedvarer i det uendelige, vil nok for de fleste være nok til å kunne få en til å bryte sammen. Dette til tross for at man i utgangspunktet kanskje har hatt en sterk psyke, og klart seg greit den første tiden av fengslingen.

I en samtale med en av de dømte i NOKAS-saken, uttalte han at ingen kan sitte varetektsfengslet over tid og komme ut igjen som et «vanlig menneske». Fengslingen påvirker psyken i så stor grad at det til syvende og sist ikke vil være spørsmål om fengslingen virker inn, men heller i hvor stor grad den har virket inn.

I en slik situasjon vil det også være relevant å se på om det foreligger noen forskjeller på behandlingen av barn og voksne i varetektsfengsling, eller om de samme vilkårene gjelder i begge tilfellene.

6.1 Varetektsfengsling av barn

Når det gjelder varetektsfengsling av barn, er det viktig å påpeke at dette gjelder barn i alderen 15-18 år. Dersom man er under 15 år når den kriminelle handlingen blir begått, vil man ikke være strafferettslig tilregnelig etter bestemmelsen i straffeloven § 20 første ledd, litra a. Bestemmelsene i strpl. § 174 og § 184 slår fast at pågrepelse og varetektsfengsling ikke bør benyttes overfor personer under 18 år, med mindre det foreligger særlige grunner som gjør dette påkrevd. Det fremgår også i straffelovens § 33 at den som på handlingstidspunktet var under 18 år kun kan bli idømt ubetinget fengselsstraff dersom det er særlig påkrevd. Det vil dermed være meget relevant å vurdere om det foreligger fengslingssurrogater som kan yte en tilfredsstillende løsning i den gitte sak. Av departementet har det fremkommet et ønske om en presisering på nettopp dette punktet i lovteksten. Presisering går ut på at man ønsker å tyde-

liggjøre at det foreligger en høy terskel for å kunne varetektsfengsle barn, dette for å unngå at det unødig benyttes tvangsmidler som er svært inngripende overfor barnet.⁷⁶

I tillegg til reglene som finnes i norsk straffelovgivning, må man også foreta en vurdering i forhold til FNs barnekonvensjon, som også er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2. BK art. 37 litra b regulerer reglene for når et barn kan pågripes, berøves friheten eller fengsles, og det fremgår her at disse inngrepene kun skal benyttes som siste utvei.⁷⁷ Hva menes så med «siste utvei»?

Bestemmelsen må kunne forstås slik at varetekt kun kan benyttes i de tilfellene hvor det ikke vil være tilstrekkelig å benytte seg av alternative surrogater. I dette tilfellet må det, som ved fengsling av voksne, foretas en vurdering av om de alternative surrogatene vil være tilstrekkelig for å opprettholde formålet som ønskes oppnådd ved å benytte seg av varetekt. Dersom surrogatene på en tilnærmet lik måte kan føre til at formålet med å benytte midler overfor den siktede opprettholdes, vil staten være pliktig til ikke bare å vurdere bruken av surrogater, men også å benytte seg av disse. Dersom man velger å overse dette, vil det kunne foreligge et brudd på pliktene som følger av EMK art. 3.

Det er klart at det å sitte varetektsfengslet er en stor påkjenning for de fleste som opplever dette, både barn og voksne. Når dette er sagt er det også på det rene at fengslingen vil kunne være en større påkjenning for barn, idet de er mer sårbare enn hva voksne mennesker er. Både kravet i BK og den norske strpl medfører at man først må vurdere om det foreligger alternative midler som vil fungere tilstrekkelig overfor den siktede. Eksempler på dette vil kunne være meldeplikt, oppfølging eller opphold i barnevernsinstitusjon. Disse alternative midlene vil kunne medføre mindre skadelige virkninger på barnet enn varetektsfengsling, man unngår for eksempel nedbryting av barnets selvrespekt⁷⁸, samtidig som det også viser at man ikke kommer ustraffet fra en kriminell handling.

I FNs barnekonvensjon art. 37 bokstav c fremkommer det at ved varetektsfengsling av barn, skal ikke disse plasseres sammen med voksne varetektsfengslede. Dette er den gjeldende hovedregel, men det finnes allikevel situasjoner som kan berettige benyttelse av unntak. Et slikt tilfelle vil være der det er til barnets beste at det fengsles sammen med voksne.

Til tross for regelen i BK art. 37 bokstav c, er det allikevel en gjeldende hovedregel at vi i Norge varetektsfengsler barn med voksne. Hva er så grunnen til dette?

⁷⁶ Prop. 135 L (2010-2011), merknader til § 184 annet ledd, annet punkt, s. 171.

⁷⁷ Johs Andenæs 2009. S 293

⁷⁸ Merete Havre 2015. S. 326

Det blir i det store og hele visst til at det foreligger svært få barn i varetekt i Norge. Dette medfører dermed at det kun er enkelte fengsler som har egne celler som er spesielt egnet for barn. Disse fengslene vil kunne ligge langt unna hjemstedet til den siktede, noe som medfører at barnet vil måtte sitte fengslet på et sted som det ikke har noen tilknytning til. I disse tilfellene kan det diskuteres om det heller er bedre for barnet å sitte fengslet nærmere sitt hjem, men da sammen med voksne. I slike tilfeller må det foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Noen har ett større behov for å være i nærheten av kjente omgivelser, og med den viten av at man er nære sin familie og sine venner, mens andre ikke har denne tilknytningen til sitt hjemsted eller sin familie.

Samfunnet forutsetter at det reageres mot kriminelle handlinger, men i forhold til straff ovenfor barn er det ikke alltid sikkert at det vil foreligge muligheter til å plassere barnet i en barnevernsinstitusjon. Man har ingen garantier for at det foreligger en ledig barnevernsplass på det gitte tidspunktet, til tross for at dette kan være det inngrepet som er mest passende i den gitte situasjon. Spørsmålet vil da være hvordan man skal kunne finne en rimelig løsning på problemet.

Dersom man på etterforskningsstadiet ikke benytter seg av varetektsfengsling av de mistenkte, kan man risikere at viktige bevis går tapt. Med bakgrunn i dette foreligger det et reelt behov for å begrense vedkommende og dens handlinger. I slike tilfeller har det tidligere blitt godkjent bruk av varetekt frem til annen løsning blir tilgjengelig⁷⁹. I Rt. 2012 s. 274 ble det lagt til grunn at 2 måneders varetektsfengsling var rettmessig, idet dette kun var en løsning i tiden frem til det forelå en ledig barnevernsplass.

Spørsmålet i den enkelte sak må imidlertid vurderes i forhold til BK art. 37b. Kan en slik fengsling sies å være siste utvei? Det kan tenkes at det virker som en god og sikker løsning på problemet, men man burde igjen ta hensyn til den belastningen en varetektsfengsling faktisk vil være for et barn. Kanskje lettere sanksjoner som meldeplikt og oppfølging av kvalifisert personell heller vil være et bedre alternativ for å kunne hindre fortsatt kriminell aktivitet, og for å skape en mulighet for barnet til å foreta bedre valg.

⁷⁹ Rt. 2012 s. 274

6.2 Kritikk

Når det gjelder varetekt av mindreårige er det kritikkverdigg at barn blir fengslet sammen med voksne, noe som til tider har forekommet i norske fengsler. Det blir i rapporten fra 2011 uttalt at:

«In the course of the visit, the delegation paid particular attention to the situation of juveniles held in prison.»⁸⁰

Det blir så lagt til grunn at Norge har vist forbedring ved at det har blitt jobbet effektivt med å unngå å fengsle mindreårige, noe som vises ved at det kun sitter 7 mindreårige fengslet ved besøkstidspunktet. Slike forbedringer viser at Norge jobber flittig med å forbedre de områdene hvor vi tidligere har mottatt kritikk, samtidig som at det også er en trygghet for de siktede å vite at de vil bli behandlet på en rettfærdig måte.

Det vises igjen til uttalelse fra CPT hvor Norges arbeid med å forbedre omstendighetene rundt fengsling av mindreårige trekkes frem;

«The CPT welcomes the fact that, in Bergen, a special unit for juveniles has been temporarily set up in a detached unit of Bjørgvin Prison (adjacent to Bergen Prison), pending the opening of a fully-fledged juvenile unit at Bjørgvin Prison (with a capacity of four places) and that, at Oslo Prison, a day-unit for juvenile prisoners was about to become fully operational very soon.»⁸¹

I det følgende vises det til tre avgjørelser hvor det er mindreårige som har begått den straffbare handlingen. Disse avgjørelsene viser at det foreligger tilfeller hvor kravene etter BK ikke blir vurdert ved avgjørelsen av de straffbare handlingene de mindreårige har begått.

I Rt. 2003 s. 333 (Barneransak 1) ble en 15 år gammel ustraffet gutt siktet for ran og ransforsk overfor mindreårige. Gutten ble av Tingretten løslatt mot meldeplikt, noe Lagmannsretten ikke var enig i – det ble foretatt en fengsling av gutten i én måned. Etter å ha sittet fengslet i én måned, ble gutten løslatt som en følge av at det forelå saksbehandlingsfeil. I denne saken ble det ikke foretatt en drøftelse av verken BK's aktuelle bestemmelser eller EMK art. 5 nr 3. Dette vil kunne være svært uheldig, idet det er snakk om en mindreårig som muligens ville ha

⁸⁰<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680697887> (sikkert 31.03.17)

⁸¹<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680697887> (sikkert 31.03.17)

hatt best nytte av å bli tatt hånd om i en institusjon eller lignende fremfor å bli varetektsfengslet.

I Rt 2003 s. 451 (Barneransak 2) er det uttalt at lagmannsretten «skulle særlig ha vurdert om fengslingsoppholdet på i overkant av en måned, og etter flere døgn på glattcelle, sammenholdt med den støtte As familie vil kunne gi ham, eventuelt i kombinasjon med meldeplikt, har redusert gjentakelsesfaren på en slik måte at grunnlaget for fengsling ikke lenger er til stede».

Rt. 2012 s. 274 (Ranssaken) viser at det ved mangel på alternative midler, vil bli benyttet fengsel overfor den siktede. Gjerningspersonen var en 17 år gammel gutt som begikk ran av mor og mormor. Det ble trukket fram at det forelå en relevant gjentakelsesrisiko og dermed et behov for å plassere gutten på en barnevernsinstitusjon. Til tross for at det ble lagt til grunn at barnevernsinstitusjon var den beste løsningen, fantes det ikke en tilgjengelig plass for siktede, noe som medførte at det allikevel ble benyttet fengsling i det aktuelle tilfellet. Den siktede satt fengslet i 2 mnd sammen med voksne. Dette er i direkte strid med BK's art. 37b, og viser at det ikke kan ha blitt foretatt en grundig nok vurdering av denne bestemmelsen sett i forhold til den aktuelle hendelsen og dens momenter.

I rapporten som ble fremsatt mot Norge 18.11.2011 av FN-komiteen for å hindre tortur og umenneskelig og annen nedverdiggende behandling, fremkommer det at det foreligger en bekymring for Norges bruk av varetektsfengsling av barn. I rapporten blir det nevnt at Norge må «strictly limit» varetektsperioden slik at bruken av varetekt kun er tilstede i de tilfellene det absolutt er nødvendig⁸². Dette vil innebære at Norge må foreta en grundig vurdering av om det foreligger fengslingsurrogater som heller burde komme til anvendelse i de aktuelle situasjonene.

7 Avslutning

Bruken av varetektsfengsling kan i mange saker være middelet som medfører at man får en oppklaring i saken, fordi man får muligheten til å hindre forspillelse av bevis, påvirkning av vitner og unndragelse. Til tross for at fengslingen kan ha en viktig rolle i forhold til de behov som stilles av samfunnet, medfører det også at man griper inn i ett av de viktigste behovene som et menneske kan ha – den personlige frihet. Dette medfører et reelt behov for gode retningslinjer og krav til bruken av varetekt.

⁸² Merete Havre, 2015. S. 72

For å kunne benytte seg av varetektsfengsling, må det foreligge en forholdsmessighet mellom dette midlet og målet det er ment å lede til. Dette medfører at staten er pliktig til å drøfte om det foreligger alternative midler som heller bør benyttes fremfor varetektsfengsling. Alternative midler må benyttes dersom disse kan oppnå samme mål som varetektsfengslingen kan. Det vil dermed være relevant å foreta en vurdering av om dette har blitt vurdert i den enkelte sak, og en større bruk av fengslingsсурогater vil også kunne være med på å redusere antallet varetektsfengslede – noe som per dags dato utgjør hele 25% av all som sitter fengslet.

Ettersom den varetektsfengslede ennå ikke har blitt dømt for noe, kan det virke noe rart at man skal kunne bli utsatt for en straff før dom foreligger. Det grunnleggende prinsippet i etter Norsk lovgivning og EMK er at enhver skal anses uskyldig til det motsatte er bevist, men ved bruk av varetektsfengsling vil dette prinsippet til en viss grad bli brutt. Til tross for dette må man legge til grunn at vilkårene som må være tilstede for at man skal kunne varetektsfengsle, er vilkår som i det store og hele vil være med på å sikre at man får en oppklaring i den aktuelle straffesaken. Dette vil være en sikkerhet for borgerne idet det viser at staten benytter effektive midler for å sikre oppklaring.

Verken etter EMK eller Straffeprosessloven finnes det en hjemmel som regulerer tidsbruken på varetektsfengslingen. Det faktum at det ikke finnes noen slik regel, medfører at det er umulig for den varetektsfengslede å vite hvor lenge han alt i alt kommer til å bli sittende fengslet. Dette vil være en stor påkjenning for både den fengslede selv, men også for hans familie og nærstående venner. Det foreligger en forutberegnelighet for at man kan bli varetektsfengslet, men lengden på fengslingen vil være så å si umulig for den enkelte person å forutse, idet det vil avhenge av hvor omfattende etterforskningen vil være.

Til tross for at det ikke foreligger en generell eller absolutt regel om hvor lenge den siktede kan holdes varetektsfengslet, foreligger det allikevel et krav om at hovedforhandlingen må skje innen «rimelig tid». Dette kravet medfører at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, slik at det må vurderes om det foreligger grunn til fortsatt fengsling eller om de opprinnelige fengslingsgrunnene har falt bort – f. eks. om politiet er ferdig med innsamling og etterforskning av bevisene.

Til tross for at det foreligger gode regler på dette området, vil det alltid kunne være spørsmål om staten følger de lovene den har forpliktet seg etter og om det eventuelt foreligger behov for endringer. Det vil dermed være relevant å se på de gjeldende reglene og hva som kan utledes fra disse. Norge har flere ganger mottatt kritikk for bruken av isolasjon under varetekt. Som en konsekvens av kritikken som ble rettet mot Norge av FNs torturovervåkningsorgan, ble det i 2002 foretatt en endring av lovgivningen på dette området. Slike endringer viser at

Norge tar kritikken alvorlig, samtidig som det også viser at det foreligger et forbedringspotensial.

Litteraturliste

Lovgivning og konvensjoner:

1814	Kongeriket Norges Grunnlov (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)
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22.mai nr. 25
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:

Ot.prp. nr 53 (1983-84), s. 34	Lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m.m. (siteret fra lovdata.no 07.02.17)
-----------------------------------	---

Prop.135 L (2010-2011) punkt 7.4.4, s. 58	Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff) (siteret fra lovdata.no 20.02.17)
---	---

Prop. 135 L
(2010-2011),
merknader til § 184
annet ledd,

annet punkt, s. 171

Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff) (siteret fra lovdata.no 20.02.17)

Praksis fra Høyesterett: (alle avgjørelser er hentet fra lovdata.no)

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1993 s. 128

Rt. 1996 s. 474

Rt. 1997 s. 1290

Rt. 1997 s. 1856

Rt. 2001 s. 674

Rt. 2001 s. 972

Rt. 2003 s. 333

Rt 2003 s. 451

Rt. 2004 s. 145

Rt. 2007 s. 629

Rt. 2010 s. 1573

Rt. 2012 s. 274

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol

[Hentet fra <http://hudoc.echr.coe.int/>]

Yuriy Yakovlev v. Russia (2010), paragraph 74. (avdelingsavgjørelse)

Toshev v. Bulgaria (2006) paragraph 67. (avdelingsavgjørelse)

W. v. Switzerland (1993) paragraph 33. (avdelingsavgjørelse)

Kudla v. Poland, GC (2000) paragraph 110

Aleksanyan v. Russia (2008), paragraph 178. (avdelingsavgjørelse)

McKay v. The United Kingdom GC (2006), paragraph 42.

Munjaz v. United Kingdom (2012) paragraph, 80 (avdelingsavgjørelse)

Juridisk litteratur:

- | | |
|------------------|---|
| Andenæs (2009) | Andenæs, Johs. Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, norsk straffeprosess, Universitetsforlaget 4.utgave 2009 |
| Aall (2015) | Aall, Jørgen. Rettsstat og menneskerettigheter, Fagbokforlaget, 4. utgave 2015. |
| Havre (2015) | Havre, Merete. Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet – en balansetest. Cappelen Damm Akademiske, 2015. |
| Bertelsen (2011) | Bertelsen, Ehlers Tor. EMK – kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter. Gyldendal Akademiske, 2011) |

Nettsider:

<https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling>

(sisert den 27.02.17)

<https://snl.no/isolasjon - varetekt>

(hentet 23.02.17)

<http://www.jus.uio.no/ikrs/forskning/forskningsnettverk/isolasjon/publikasjoner%20og%20ressurser/2014/isolasjon-i-skandinaviske-fengsler---artikkel-i-kritisk-juss.pdf>

(hentet 23.02.17)

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680697887>

(sisert 31.03.17)

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680697887>

(sitert 31.03.17)