



Bevisforspillelsesfare som grunnlag for
varetektsfengsling

Martin Grønnslett

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Høsten 2011

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|----|
| 1. Innledning..... | 3 |
| 1.1 Oppgavens tema..... | 3 |
| 1.2 Metode og begrepsbruk..... | 4 |
| 1.3 Avgrensning og den videre fremstillingen..... | 4 |
| 2. Grunnvilkår for å varetektsfengsle ved bevisforspillelsesfare..... | 5 |
| 2.1. Oversikt..... | 5 |
| 2.2 Forholdsmessighetsprinsippet..... | 6 |
| 2.3 Varetekt..... | 7 |
| 2.4 De alminnelige straffbarhetsvilkårene | 8 |
| 2.5 Skjellig grunn til mistanke..... | 9 |
| 2.6 Kan medføre straff høyere enn fengsel i 6 måneder..... | 10 |
| 2.7 Kort om de øvrige fengslingsgrunnene etter strpl. § 171..... | 11 |
| 2.8 Kort om rettshåndhevelsesarrest..... | 12 |
| 3. Bevisforspillelsesfare som fengslingsgrunnlag..... | 13 |
| 3.1 Hva er bevisforspillelse?..... | 13 |
| 3.2 Nærliggende fare..... | 17 |
| 3.2.1 Hvor nærliggende må faren være?..... | 17 |
| 3.2.2 Faren må være konkret og reell..... | 18 |
| 3.3 Manglende fremgang i etterforskningen..... | 19 |
| 3.4 Forholdet til andre fengslingsgrunner..... | 21 |
| 4. Isolasjon og andre restriksjoner..... | 21 |
| 4.1 Bevisforspillelse som grunnlag for bruk av restriksjoner..... | 21 |
| 5. Statistikk om bruken av varetektsfengsling i Norge..... | 26 |
| 6. Kritikken fra Den europeiske Torturovervåkningskomité | 27 |
| 7. Fengslingsurrogater..... | 28 |
| 7.1 Alternativer til varetektsfengsling..... | 28 |
| 8. Reglene etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen..... | 31 |
| 8.1 Bruk av varetektsfengsel og reglene i art. 5..... | 31 |
| 8.2 Bruken av restriksjoner i varetekt og reglene i EMK | 33 |
| 9. Kilder..... | 35 |
| 9.1 Bøker..... | 35 |
| 9.2 Artikler..... | 36 |
| 9.3 Dommer..... | 36 |
| 9.4 Dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen..... | 37 |
| 9.5 Forarbeider..... | 37 |
| 9.6 Nettsider..... | 38 |

1. Innledning

1.1 Oppgavens tema

Denne oppgavens hovedformål er å gi en fremstilling av reglene for bruk av varetektsfengsling ved fare for bevisforspillelse i norsk rett. Oppgaven vil forsøke å klarlegge hvilke vilkår som må oppfylles for at man skal kunne varetektsfengsle når det foreligger bevisforspillelsesfare i en konkret sak. I de saker hvor det foreligger bevisforspillelsesfare, vil det ofte være behov for bruk av restriksjoner under varetektsfengslingen. En vanlig varetektsfengsling vil ikke alltid kunne gi et tilstrekkelig vern mot bevisforspillelse, derfor må man ofte i tillegg legge restriksjoner på den mistenktes rettigheter under varetektsfengslingen. Bevisforspillelsesfaren er altså både et grunnlag for varetektsfengslingen og for bruken av restriksjoner.

For å komme frem til hva som er gjeldene norsk rett, må også reglene fra Den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter EMK) tas med i vurderingen for hva man kan gjøre i saker som nevnt ovenfor.¹ Det vil da dreie seg om reglene EMK har for bruk av frihetsberøvelse, og om bevisforspillelse er en gyldig grunn for dette. I tillegg må bruken av restriksjoner vurderes opp mot de rettighetene den mistenkte har etter EMK.

I løpet av de siste årene har antall personer i varetekt økt, og i Norge er bevisforspillelse et av de viktigste grunnlagene for bruk av varetektsfengsling. Varetektsfengsling, og da spesielt i saker hvor det benyttes restriksjoner, er et meget inngripende tiltak som kan ilegges en person uten at det foreligger noen dom. Dette er noe den norske varetektspraksisen har fått kritikk for fra Den europeiske torturovervåkningskomitéen (heretter CPT), etter deres undersøkelser i norske fengsler. Kritikken har gått på både den utstrakte bruken av varetektsfengsling, samt mengden av restriksjoner som blir benyttet i norsk rett.

Hjemmelen for bruk av varetektsfengsling i saker med bevisforspillelsesfare er straffeprosessloven § 171 første ledd, andre alternativ.² I tillegg til at de allmenne fengslingsgrunnene i paragrafens første ledd må være oppfylt, må det også gjøres en vurdering på om det foreligger en "nærliggende fare" for at bevisforspillelse vil skje hvis ikke mistenkte blir varetektsfengslet. Begrepet "nærliggende fare" drøftes ofte i forbindelse med fengslingsmøter, men utover noen korte

1 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

2 Lov om rettergang i straffesaker (straffeprosessloven - strpl) av 22.mai 1981 nr. 25.

vurderinger i den juridiske litteraturen, er det få fremstillinger som redegjør hva som faktisk ligger i begrepet.³ Denne oppgaven vil forsøke å gi et slikt bidrag.

1.2 Metode og begrepsbruk

Fremstillingen er i all hovedsak rettsdogmatisk og gir ingen spesielle metodiske utfordringer. Fremstillingen bygges opp rundt de vanlige rettskildedefaktorene som lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur.⁴ Det er på dette området mange saker i rettssystemet, og mengden med rettspraksis gjør det til en sentral kilde for hva som er gjeldene rett. Det vil primært bli referert til Høyesterettspraksis, men andre kilder vil også trekkes inn. Det vil også bli brukt praksis fra de lavere instansene for å illustrere mulige tolkninger og løsninger på problemstillinger som ikke har vært oppe i Høyesterett enda. Fremstillingen vil også bygge på den sentrale litteraturen på straffeprosessens område. I dette tilfellet vil det dreie seg om Johs Andenæs - *Norsk straffeprosess*⁵, Jo Hov - *Innføring i prosess*⁶ og Steinar Fredriksen – *Innføring i straffeprosess*⁷ som har blitt benyttet som hovedoppslagsverk sammen med Bjerke og Keiserud⁸ sin kommentarutgave til straffeprosessloven.

Når det gjelder begrepsbruken i oppgaven, presiseres det at omtalen av den som varetektsfengsles vil i oppgaven variere mellom den siktede, den mistenkte, den fengslede og den varetektsinnsatte. Disse begrepene kan ha noe ulik betydning og kan utgjøre store forskjeller i rettighetene til vedkommende dette gjelder, men i denne sammenhengen vil en varetektsinnsatt alltid være mistenkt, siktet, fengslet osv, derfor har jeg benyttet meg av alle disse begrepene for å få en bedre språklig variasjon i teksten.

1.3 Avgrensning og den videre fremstillingen

I denne oppgaven vil kun varetektsfengsling og bruk av restriksjoner ved fare for bevisforspillelse bli behandlet, mens de andre fengslingsgrunnene vil kun nevnes kort hvis det er av betydning for resten av fremstillingen.

3 Som en av få fremstillinger, se Ørnulf Øyen, *Varetektsfengsling ved fare for bevisforspillelse*, Jussens venner 2010 s. 219-254

4 Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave Oslo 2001

5 Johs Andenæs. *Norsk straffeprosess*, 4. utgave Oslo 2010.

6 Jo Hov, *Innføring i prosess del 2*, Oslo 2010.

7 Steinar Fredriksen, *Innføring i Straffeprosess*, 2. utgave, Oslo 2009.

8 Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud, *Straffeprosessloven kommentarutgave bind 1*, 4. utgave Oslo 2011

Oppgaven reiser en rekke potensielle problemstillinger som kan behandles, men grunnet oppgavens omfang må enkelte deler utelates. De prosessuelle reglene for hvordan et fengslingsmøte skal avholdes med tanke på bruken av blant annet referatforbud, bruk av fjernmøte, lukkede dører og dokumentinnsyn, vil ikke bli behandlet, utover enkelte bemerkninger hvor dette er nødvendig og naturlig.

I oppgavens punkt 2 vil de alminnelige reglene for bruk av varetektsfengsel gjennomgås. Dette gjennomgås for å danne grunnlaget for den videre fremstillingen og oppgavens kjerne som kommer i oppgavens hoveddel i punkt 3. Hoveddelen om bevisforspillelse vil utdype hvordan begrepet skal forstås og hvilke regler som gjelder for dette i norsk rett. Bevisforspillelsesfaren er også en av hovedårsakene til at det benyttes restriksjoner i forbindelse med varetektsfengslingen. Reglene for bruk av restriksjoner vil derfor bli gjennomgått i punkt 4. Den norske varetektspraksisen og da spesielt bruken av restriksjoner i varetektsfengslingen, har fått kritikk fra flere hold. Kritikken av varetektspraksisen fra den europeiske torturovervåkningskomité og andre vil sammen med statistikk for bruken av varetektsfengsling også bli kommentert i punktene 5 og 6.

Det vil også bli sett på mulighetene for bruk av andre alternativer enn varetektsfengsling i et eget punkt om fengslingsurrogater. Til slutt vil den norske praksisen bli vurdert opp mot Den europeiske menneskerettskonvensjon og reglene denne stiller opp for bruk av frihetsberøvelse med bevisforspillelse som grunnlag.

2. Grunnvilkår for å varetektsfengsle ved bevisforspillelsesfare

2.1. Oversikt

Når det startes en etterforskning av et straffbart forhold, vil påtalemyndigheten i mange tilfeller ha et behov for å benytte seg av tvangsmidler for å sikre at etterforskningen i saken blir gjennomført på en god og effektiv måte. Etterforskning har som mål at den skal sørge for at saken er så godt opplyst som mulig, og påtalemyndigheten skal under etterforskningen opptre objektivt slik at saken vil få et så riktig utfall som mulig. Dette er også lovfestet i straffeprosessloven § 226 tredje ledd med "*er en bestemt person mistenkt, skal etterforskningen søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham*".

Reglene for bruk av tvangsmidler i norsk straffeprosess er gitt i straffeprosesslovens fjerde del. Her

nevnes en rekke tvangsmidler som "pågrep og fengsling" (kap.14), "Ransaking" (kap.15) "Beslag og utleveringspålegg" (kap.16) og "Heftelse. Forvaltning av siktedes formue" (kap.17). I tillegg til disse opprinnelige kapitlene har det kommet inn flere andre kapitler som f.eks. 15a "Skjult fjernsynsovervåkning og teknisk sporing".⁹ For varetektsfengsling ved bevisforspillelsesfare er det kap. 13a og kap. 14 som gir rammene for hvordan dette tvangsmidlet kan benyttes.

2.2 Forholdsmessighetsprinsippet

All bruk av tvangsmidler i norsk rett er begrenset av forholdsmessighetsprinsippet. Dette prinsippet er en vurdering om tiltaket som ønskes gjort har tilstrekkelig grunn og om det ikke er et unødvendig inngripende tiltak. Dette prinsippet skal tas med i vurderingen av hvordan alle saker skal behandles, slik at man ikke benytter seg av unødvendige tiltak overfor den mistenkte.

Forholdsmessighetsprinsippet, som nå er lovfestet i straffeprosessloven § 170a, ble først tatt inn i loven som en selvstendig paragraf i januar 2000. Selv om lovfestingen skjedde sent, har dette prinsippet lenge vært en del av vår strafferettspleie som et ulovfestet prinsipp og som en del av andre paragrafer. Første punktum i § 170a tilsvarer uten realitetsendring den tidligere § 240 og annet punktum tilsvarer den tidligere § 174 første ledd. Vurderingen av tvangsmiddelbruken og om den er forholdsmessig etter § 170a, er nært knyttet opp til vurderingen om inngrepet er i strid med EMK. Rettspraksis fra EMD viser at man må gjøre en helhetsvurdering av inngrepet samt mange av de samme momentene som etter § 170a vil det bli lagt vekt på.¹⁰

Tvangsmidler skal etter § 170a kun benyttes når det er "*tilstrekkelig grunn til det*" og kan ikke benyttes hvis de er et "*uforholdsmessig inngrep*" mot den mistenkte. Første del av paragrafen er en hensiktsmessighetsvurdering, mens andre del er en forholdsmessighetsvurdering av tiltaket og hva man kan oppnå med det. Ett tiltak må altså være både hensiktsmessig og forholdsmessig for at det skal kunne brukes mot den siktede i saken.¹¹

Hensiktsmessighetsvurderingen gjelder for bruk av et straffeprosessuelt tvangsmiddel og må tolkes noe videre enn forholdsmessighetsvurderingen etter paragrafens andre del. Dette har blant annet blitt lagt til grunn i Rt. 2011 s. 221 avsnitt 16 hvor Høyesteretts ankeutvalg uttaler:

Lagmannsretten har som utgangspunkt vist til at varetektsfengsling bare skal benyttes så lenge det er tilstrekkelig grunn til det, jf. straffeprosessloven § 170 a, og har lagt til grunn at

⁹ Andenæs s. 276.

¹⁰ Bjerke og Keiserud s. 609.

¹¹ Fredriksen s. 157.

denne delen av bestemmelsen gir anvisning på en bredere vurdering enn forholdsmessighetsvurderingen i bestemmelsens annet punktum. Etter ankeutvalgets oppfatning er dette ikke uttrykk for uriktig lovtolkning,

Det er derfor nødvendig at man i kjennelsen må vurdere om bruken av tvangsmiddelet er hensiktsmessig og er ønskelig i den aktuelle sak.¹²

Grunnlaget for vurderingen om tiltaket er uforholdsmessig er etter paragrafens annet punktum "sakens art og forholdene ellers". Dette er en noe vag formulering som åpner for at man kan ta med de fleste hensyn i denne vurderingen. Viktige vurderingstemaer vil da være sakens art, grovhet og strafferamme. noe som f.eks. ble vurdert i Rt. 1993 s. 759. I denne saken var spørsmålet for Høyesteretts kjæremålsutvalg om bruken av varetekt var i strid med forholdsmessighetsbestemmelsen i daværende paragraf 174 og EMK art. 5 nr. 3. Kjæremålsutvalget uttalte i den forbindelse at;

Ved vurderingen av dette spørsmål er det - etter utvalgets syn - berettiget å ta hensyn til arten og grovheten av den forbrytelse som søkes påtalt.

Dette var også oppe i EMD i saken Buck mot Tyskland hvor sakens alvor og omfang, utvist skyld og forventet straff ble lagt til grunn for vurderingen. Andre relevante faktorer som også kan spille inn er den siktedes sosiale og personlige forhold, som f.eks. alder, fysiske og psykiske hensyn eller bare hensynet til siktedes familie og de behov den har.¹³

Varetektens lengde vil være av betydning for om inngrepet er forholdsmessig eller ei. Det er i utgangspunktet ingen øvre grense for hvor lenge en varetektsfengsling kan vare, men den vil bli avsluttet hvis det er fare for såkalt oversoning. Oversoning skjer når den mistenkte risikerer å sitte lengre i varetekt enn det han vil bli dømt til i rettssaken. Altså vil varetektsfengslingen overstige det konkrete straffenivået forholdet kan dømmes etter.

Faren for oversoning vil være et viktig kriterium for rettens forholdsmessighetsvurdering jf. § 170a i de tilfeller hvor det foreligger en slik risiko for oversoning. Det er sjelden at saker med fare for oversoning havner i Høyesterett, men i lagmannsrettene har det vært noen saker som har omhandlet dette spørsmålet. I f.eks. Borgarting lagmannsretts kjennelse av 10.12.2008¹⁴ hvor en amerikansk

12 Bjerke og Keiserud s. 610.

13 Bjerke og Keiserud s. 610 - 611

14 LB-2008-179660

statsborger ble løslatt grunnet risikoen for oversoning. I denne saken var risikoen for oversoning blitt så stor, at fengslingsperioden var på vei til å overstige den konkrete strafferammen i amerikansk rett på området. Lagmannsretten valgte da å løslate ham med begrunnelse i at fortsatt fengsling ville være et uforholdsmessig inngrep jf § 170a.¹⁵

Siktedes medvirkning til opplysning av saken vil også kunne ha betydning for vurderingen om inngrepet er uforholdsmessig. Hvis han unnlater å bidra til at saken blir opplyst, kan man bruke dette som et moment for at han skal sitte i varetekt. Dette er slått fast i rettspraksis i f.eks. Rt. 1997 s. 1238 hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at dette ikke var i strid med EMK. Siktede var i denne saken medlem av motorsykelklubben Bandidos og ville ikke forklare seg til politiet om saken. Lagmannsretten la til grunn at dette var momenter av betydning for om han skulle fengsles og Kjæremålsutvalget sa seg enig i dette.

Vurderingen om inngrepet er uforholdsmessig er noe som alltid må gjøres, og noe domstolen må og skal ha fokus på. Det skal etter strpl § 184 komme klart frem at det er gjort en slik forholdsmessighetsvurdering. I utgangspunktet er det ikke noe krav utover at det vises til at det har blitt gjort, men det er viktig at alle avgjørelser begrunnes tilstrekkelig og er konkret slik at vurderingen av nødvendigheten av tiltaket kommer klart frem i slutningen som retten gjør. Det har vært tilfeller i norsk rett hvor manglende forholdsmessighetsvurdering har ført til at kjennelsen fra lagmannsretten har blitt opphevet. Dette skjedde f.eks i Rt. 2008 s. 1102 hvor lagmannsretten ikke hadde vurdert forholdsmessigheten av fengsling frem til hovedforhandling, men bare i en ny fire ukers periode.

Den vurderingen som domstolen gjør i et fengslingsmøte er ikke konstant og dermed må det gjøres en ny vurdering i det neste fengslingsmøte når fengslingen skal fornyes. At inngrepet var greit i første omgang betyr dermed ikke automatisk at det er greit fire uker senere i neste fengslingsmøte.¹⁶

2.3 Varetektsfengsling

Grunnvilkåret for bruk av pågripelse og varetekt er etter straffeprosessloven § 171 *"Den som med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder"*. Det må altså foreligge skjellig grunn til mistanke, den mistenkte må oppfylle

¹⁵ Bjerke og Keiserud s. 611

¹⁶ Bjerke og Keiserud s. 613 - 614.

straffbarhetsvilkårene i strafferetten og handlingen må kunne straffes med mer enn 6 måneders fengsel. Disse vilkårene vil bli behandlet grundigere senere i teksten.

I tillegg til disse vilkårene gis det i § 171 første ledd punkt 1 til 4 noen andre vilkår som også må være oppfylt for at varetektsfengsling skal kunne benyttes. Disse omtales ofte som behandlingsalternativer.

Pågrepelse besluttes normalt av påtalemyndigheten eller retten hvis hovedvilkåret samt ett av de fire vilkårene i strpl § 171 er oppfylt. Pågrepelse kan også skje hvis den straffbare handlingen er av en så alvorlig karakter at den faller inn under reglene i § 172. I enkelte tilfeller kan også en politimann beslutte å pågripe en person jf. strpl § 176 såfremt han tar den mistenkte på fersk gjerning og en unnlattelse av å gjøre dette kan føre til fare. Dette gjelder også for vanlige borgere som kan utføre en såkalt borgerarrest etter samme paragraf.

Varetektsfengsling skal skje hvis påtalemyndigheten ønsker å holde vedkommende fengslet. Politiet må derfor etter straffeprosessloven § 183 snarest mulig og senest innen 3 dager etter pågripelsen, fremstille vedkommende for tingretten hvis de vil ha den mistenkte varetektsfengslet i saken.

Bruken av varetekt er hjemlet i straffeprosessloven § 184 jf. §§ 171 - 173.

For personer under 18 år skal politiet etter strpl. § 174 kun pågripe vedkommende hvis det er særlig påkrevd. Etter barnekonvensjonen¹⁷ art. 1 er alle under 18 år per definisjon barn og varetektsfengsling skal etter art. 37 bokstav b "*bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom*". Dette er også tatt inn i påtaleinstruksen¹⁸ § 9-2 der det fremkommer at varetekt bare skal benyttes i saker hvor det er særlig påkrevd.

2.4 De alminnelige straffbarhetsvilkårene

Grunnvilkåret for at varetekt skal kunne benyttes er som nevnt straffegjennomføringsloven paragraf 171. Etter paragrafen må den mistenkte oppfylle de vanlige straffbarhetsvilkårene i strafferetten for at man skal kunne benytte seg av varetektsfengsling.

Dette innebærer at handlingen som er begått, er en den mistenkte må kunne straffes for. Handlingen må med andre ord omfattes av et straffebud. Etter legalitetsprinsippet i Grunnloven § 96 skal ingen

¹⁷ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

¹⁸ Forskrift av 28.06.1985 nr 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen).

kunne straffes for noe som ikke er straffbart på gjerningstidspunktet.

Det må heller ikke foreligge noen straffrihetsgrunner som f.eks. nødverge eller nødrett etter straffeloven §§ 47-48 og handlingen må være foretatt av en person som var tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Den mistenkte må altså være over den kriminelle lavalder jf. § 46 og han må ikke være sinnssyk eller bevisstløs i gjerningsøyeblikket jf. § 44 for å fengsles. Hvis disse straffbarhetsvilkårene ikke er oppfylt, vil man ikke kunne varetektsfengsle vedkommende. Det vil i slike situasjoner være mulig å benytte seg av psykisk helsevern eller barnevern for å ta hånd om gjerningsmannen.¹⁹

2.5 Skjellig grunn til mistanke

I tillegg til at den siktede må oppfylle straffbarhetsvilkårene, så må også vilkåret om at det skal foreligge skjellig grunn til mistanke, være oppfylt. Mistanken som skal foreligge må være at den mistenkte har begått en handling som kan medføre en straff på mer enn 6 måneders fengsel. Begrepet skjellig grunn er ikke noe de fleste benytter seg av i dagligtalen. Det er et gammelt uttrykk som kan sammenlignes med "med rimelig" eller "med god grunn". Begrepet ble av denne grunn foreslått fjernet i forbindelse med Straffeprosesslovkomiteens arbeid med dagens straffeprosesslov. Det var ikke meningen at det skulle være noen realitetsendring gjennom fjerningen av begrepet, og det ble heller ikke funnet noen god erstatning for dette. Det endte derfor opp med at man mente at uttrykket var så innarbeidet i den norske rettskulturen, så kunne man bare beholde det.²⁰

Hva man kan legge i begrepet skjellig grunn til mistanke har vært tema for mange rettssaker og hovedkilden til hva kjernen i begrepet er, finner man i Rt. 1993-1302. I denne saken uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg i forbindelse med en varetektsfengsling at *"det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handlingen saken gjelder enn at han ikke har det"*. Utvalget mener dermed at det kreves sannsynlighetsovervekt for at kravet om skjellig grunn skal være oppfylt.

Hvor stor sannsynlighetsovervekten skal være hadde året før vært oppe i Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1992-1529. Der kom utvalget frem til at det ikke var noe krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at det skulle foreligge skjellig grunn til mistanke. I denne saken gjaldt det ikke et spørsmål om varetektsfengsling, men om inndragelse av førerkort som etter

¹⁹ Johs. Andenæs *Alminnelig strafferett* Oslo 2004 s. 101 – 102.

²⁰ Andenæs s. 285

veitrafikkloven § 33 nr. 5 også benytter seg av uttrykket skjellig grunn til mistanke.

Kjæremålsutvalget uttalte da at vilkåret "*ikke kan forstås slik at det kreves noen kvalifisert sannsynlighetsovervekt*" og "*det var tilstrekkelig at mistanken var av en viss styrke*"²¹

Det er dermed et krav om sannsynlighetsovervekt, men ikke nødvendig med kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at man skal kunne si at det foreligger skjellig grunn til mistanke.

I litteraturen har det lenge vært uenighet om hvilken grad sannsynlighetsovervekt skal være det avgjørende. Jo Hov mener at det i en de lege ferenda drøftelse burde være mulig å fengsle en person i enkelte tilfeller selv om at man ikke har sannsynlighetsovervekt.²² Hov bruker et eksempel på et tilfelle hvor det har blitt begått en rekke drap og politiet er usikker på om det er gjerningsmannen de har tatt, så burde de kunne fengsle han hvis det er fare for at en unnløstelse av dette vil kunne føre til nye drap. Kjell Andorsen benytter seg av et eksempel hvor et hus har brent ned og de to mistenkte er far og sønn.²³ Begge to har alibi, og hver for seg er det kanskje 40% sannsynlig at den enkelte har gjort det. Hvis politiet derimot sannsynliggjør at dette har de vært sammen om, så vil det være 80% og det burde være tilstrekkelig for at man varetektsfengsler de to mistenkte. Det er dermed i teorien flere eksempler og grunner til at man skal kunne benytte seg av varetekt selv om at det ikke foreligger sannsynlighetsovervekt, men selv om det har vært diskutert i teorien, så er det ingen rettspraksis som bygger opp om denne argumentasjonen.

2.6 Kan medføre straff høyere enn fengsel i 6 måneder

Det siste grunnvilkåret for at man skal kunne varetektsfengsle den mistenkte, er at han kan idømmes er straff høyere enn 6 måneders fengsel. Det er i denne bestemmelsen den abstrakte strafferammen som danner grunnlaget for om fengsling kan benyttes. Hvis straffebudet gir en mulighet for at man kan dømmes til 1 års fengsel er det dette som er av betydning og ikke den konkrete strafferammen som i enkelte tilfeller kan være så lav som f.eks. en bot. Dette var også oppe i Rt. 2006 s. 1398 hvor Høyesterett slo fast at det var den abstrakte strafferammen som var avgjørende, og ikke den konkrete. I dette tilfellet var det allerede avsagt dom i saken som var mindre en kravet etter § 171, men dette var ikke av betydning.

I Rt. 1994 s. 276 ble vilkåret om straff høyere enn 6 måneder drøftet og Høyesterett kom da til at hvis lovbestemmelsen åpnet for bot sammen med fengsel på 6 måneder, så ville det være en straff

21 Andenæs s. 284-285.

22 Hov s. 463 – 464.

23 Kjell V. Andorsen *Skjellig grunn til mistanke og bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler* Lov og Rett 1994 s 559.

høyere enn 6 måneder. Dermed kan man benytte seg av varetektsfengsling i slike tilfeller.²⁴ I realiteten vil varetekt i saker hvor man må vurdere om strafferammevilkåret er oppfylt, kunne være et uforholdsmessig inngrep. Den reelle straffen vil da være langt lavere og risikoen for oversoning vil være tilstede allerede ved varetektsfengslingens start. Det kan gjøres unntak fra vilkåret om strafferamme hvis mistenkte blir tatt på fersk gjerning, men dette gjelder kun ved pågripelse og ikke for varetektsfengsling.

Det finnes i den norske straffeprosessen regler som endrer strafferammen i saker hvor det foreligger forsøk, gjentakelse eller konkurrans. I de tilfeller hvor det foreligger forsøk, så skal man alltid dømmes mildere enn hva man ville blitt ved en fullbyrdet forbrytelse jf. Straffeloven § 51.²⁵ Spørsmålet er da hvilken strafferamme man må ha for at vilkåret skal være oppfylt? Andenæs mener at det ikke er tilstrekkelig og at man ikke kan varetektsfengsle i slike tilfeller.²⁶ Dette har det vært ulike meninger om tidligere, men Andenæs sitt standpunkt støttes nå opp av Bjerke og Keiserud, selv om de tidligere har vært uenige og ment at det var den abstrakte strafferammen som var av betydning.²⁷

I tilfeller hvor det foreligger konkurrans vil det etter straffeloven § 62 være en betydelig økning av strafferammen gjennom at *"Den felles frihetsstraffen må være strengere enn det høyeste lavmål som er fastsatt for noen enkelt av forbrytelsene eller forseelsene"*. Dermed skal man straffes strengere enn den høyeste minstestraft som er fastsatt i de enkelte straffebudene og dermed vil to tilfeller som hver for seg ikke er alvorlig nok, bli det etter konkurransreglene. I tilfeller hvor det vil være spørsmål om behov for konkurransreglene for at varetektsfengsling skal være aktuelt, vil det nok svært ofte være snakk om at inngrepet er uforholdsmessig etter strpl. § 170a da de straffbare forholdene i utgangspunktet ikke har en tilstrekkelig strafferamme til at fengslingen skal skje. Det vil også være tilfeller hvor det kan dreie seg om gjentakelsesstraff etter straffeloven § 61 (1) 2. pkt, men disse vil ikke få betydning for varetektsspørsmålet. Etter bestemmelsen er det bare i tilfeller hvor det klart kommer frem i paragrafen at gjentakelse har betydning, at det skal ha det. En slik bestemmelse finnes ikke i strpl. § 171 og man kan dermed ikke legge vekt på at det er en mulig økning på grunn av gjentakelse. Det vil derimot kunne ha en betydning for vurderingen etter § 171 i forbindelse med gjentakelsesfare.²⁸

24 Andenæs s. 283-284.

25 Lov av 22. mai 1902 nr. 10 almindelig borgerlig straffelov (straffeloven – strl).

26 Andenæs s. 284.

27 Bjerke og Keiserud s. 621.

28 Hov s. 466.

2.7 Kort om de øvrige fengslingsgrunnene etter strpl. § 171

I tillegg til at grunnvilkårene for varetektsfengslingen må være oppfylt, er det også et krav om at en av de fire fengslingsgrunnene i strpl. § 171 må være tilstede i saken. Disse fengslingsgrunnene er nevnt i fire punkter i paragraf 171 og er alternative vilkår. Bevisforspillelse står som nummer to av disse fire mulighetene for varetektsfengsling etter paragraf 171 og vil bli behandlet i oppgavens hoveddel.

Unndragelsesfare er det første alternativet. I paragrafen er dette når *"det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler"*. Det må altså foreligge klare indikasjoner på at den mistenkte vil unndra seg straffeforfølgningen uavhengig av når i prosessen det kan skje. Det er ikke nødvendig med sannsynlighetsovervekt for dette vilkåret skal være oppfylt. Høyesteretts kjæremålsutvalg har i Rt. 1997 s. 2032 uttalt følgende *"Utvalget bemerker at det ikke er nok med en subjektiv antakelse, det kreves objektive momenter for å konstatere at unndragelse fra strafforfølgning er sannsynlig. Sannsynlighetsovervekt kreves ikke"*.²⁹

Fengsling kan også skje etter alternativ tre når det foreligger gjentakelsesfare i saken. Altså at det er nærliggende å tro at gjerningsmannen vil begå en ny straffbar handling hvis han ikke blir fengslet. Fengsling etter denne bestemmelsen omtales ofte som "prevensjonsarrest" og skal forhindre at nye straffbare handlinger blir begått. Vilkåret for at prevensjonsarrest skal benyttes er at det *"antas påkrevd for å hindre"* noe som må tolkes som et strengere krav enn nærliggende fare og grunn til å frykte som i de to foregående alternativene.³⁰

Etter alternativ fire kan den siktede selv begjære seg fengslet. Dette kan være særlig praktisk i tilfeller hvor den mistenkte avventer fengselsstraff og vil få gjennomført soningen så fort som mulig, eller at det vedkommende f.eks. har problemer med et kriminelt miljø eller er hjemløs.

Felles for de tre første fengslingsgrunnene er at det ikke er tilstrekkelig at den mistenkte har muligheten til å benytte seg av dem, men at det er en risiko for at dette faktisk vil skje. I de aller fleste saker vil en mistenkt kunne unndra seg straffeforfølgning, forspille bevis eller begå en ny straffbar handling. Spørsmålet er derfor om det er en overveiende sannsynlig risiko for at dette vil skje hvis han ikke fengsles jf. f.eks. Rt. 2004 – 1826 og 2006-441 som henholdsvis tar for seg unndragelsesfare og bevisforspillelsesfare.³¹

²⁹ Bjerke og Keiserud s. 622 - 623.

³⁰ Hov s. 468-469.

³¹ Andenæs s. 286-289.

2.8 Kort om rettshåndhevelsesarrest

I enkelte saker vil den straffbare handlingen være så alvorlig at det vil være behov for varetektsfengsling selv om de alternative fengslingsvilkårene i § 171 ikke er oppfylt. Da kan den mistenkte pågripes og varetektsfengsles etter strpl. § 172 fordi det vil være "*støtende for den alminnelige rettsbevissthet*" hvis han eller hun vandrer fritt i samfunnet. Kravet er at den fengslede er mistenkt for å ha begått, eller forsøkt å begå en straffbar handling som har en strafferamme på over 10 år eller er "*en forbrytelse mot straffeloven § 228 annet ledd annet straffalternativ jf. § 232, § 229 annet straffalternativ jf. § 232, eller § 229 tredje straffalternativ*". Bruken av rettshåndhevelsesarrest krever at det foreligger en tilståelse eller momenter som "*i særlig grad styrker mistanken*" foreligger på fengslingstidspunktet. Dette vilkåret må forstås slik at det er strengere enn skjellig grunn og at man her kan her trekke inn minst kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at man skal kunne benytte seg av bestemmelsen.³² Bestemmelsen vil kunne benyttes i de fleste store og alvorlige straffesakene og paragrafen var blant annet påtalemyndighetens subsidiære påstand i fengslingsmøtet den 14.11.2011 i terrorsaken mot Anders Behring Breivik.

3. Bevisforspillelsesfare som fengslingsgrunnlag

3.1 Hva er bevisforspillelse?

Bevisforspillelse er en handling som utføres med den hensikt at bevisene i en sak ikke skal komme frem eller endres slik at den skyldige potensielt kan slippe fengsel eller slippe billigere unna enn hva han normalt ville gjort. Bevisforspillelsesfare er et fengslingsgrunnlag som de fleste europeiske land benytter seg av i en eller annen form.

I norsk rett er det straffeprosessloven § 171 første ledd andre alternativ jf. § 184 annet ledd som er hjemmel for bruk av varetektsfengsling på dette grunnlaget. I paragraf 171 første ledd, andre alternativ siste del gis det også noen eksempler på hva bevisforspillelse kan være. Paragrafen sier at bevisforspillelse kan skje: "*f eks ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige*". I forarbeidene presiseres dette med "*De eksempler på bevisforspillelse som er nevnt i loven er ikke ment å være uttømmende, og eksemplene er i og for seg overflødige, «men er tatt med for tydelighets skyld»*".³³

³² Hov s. 470.

³³ NOU 1980 nr 28 Varetektsfengsling s. 45

Man kan grovt sett dele inn bevisforspillelse i to hovedgrupper av bevis som kan forspilles. Den tinglige og den personlige bevisforspillelsen.

Den tinglige bevisforspillelsen vil typisk være fjerning eller endring av et fysisk bevis slik at det enten gir en annen mening eller at beviset ikke kommer frem i saken i det hele tatt. Eksempler på slik forspillelse kan være fjerning av tomhylder på et åsted eller at man legger ut falske bevis for å lede etterforskningen i en annen retning enn hvor det faktisk har hendt. Et eksempel på bevisforspillelse i praksis skjedde i Fredrikstad. Her ble en mann dømt til 45 dagers fengsel for bevisforspillelse. Mannen hadde kjørt på en sykkelist med bilen sin og returnerte i etterkant til skadestedet og fjernet en rekke bevis og spor i saken.³⁴ Bevisforspillelse er altså i seg selv straffbart.

Den personlige bevisforspillelsen, er når vitner eller andre i saken blir påvirket til å forklare seg usant eller unnlate å forklare seg. Den siktedes egen forklaring vil aldri være bevis i den forstand, da han ikke har noen plikt til å fortelle sannheten eller på andre måter å bidra til sin egen dom jf. selvinkrimineringsvernet som er hjemlet i EMK art. 6 og strpl § 90 og § 123. Den siktede kan dermed endre på forklaringen sin så mye han ønsker. Det vil heller ikke være bevisforspillelsesfare hvis det fryktes at han vil endre forklaringen sin ut fra annen informasjon som kommer frem i saken. Dette var blant annet opppe i Rt. 1996 s. 1089 hvor Høyesterett kom til at den mistenktes mulighet til å tilpasse seg sin egen forklaring ikke falt inn under strpl. § 171 første ledd andre alternativ.³⁵

Det som kan føre til varetektsfengsling for den mistenkte er at han ikke samarbeider med politiet under etterforskningen. I Rt. 1995 s. 729 hadde lagmannsretten lagt til grunn at den mistenktes manglende vilje til å forklare seg var innenfor rammene til bestemmelsen om bevisforspillelsesfare. Høyesterett mente at dette var en korrekt lovtolkning og kjennelsen ble stående. Hvordan den mistenkte har opptrådt i tilsvarende situasjoner tidligere vil også kunne være en faktor for at den mistenkte varetektsfengsles.³⁶

Et annet eksempel kan være situasjoner hvor den mistenkte selv kontakter vitner og ber dem om å forklare seg feil eller i verste fall truer vitnet til å forklare seg slik han ønsker det. I Rt. 2008 s. 118 ble en mann dømt for trusler mot en aktør i en straffesak som pågikk mot han. I denne saken hadde

34 <http://www.f-b.no/nyheter/domt-for-bevisforspillelse-1.2185049> lastet ned 01.11.11

35 Ørnulf Øyen punkt 3.

36 Bjerke og Keiserud s. 624

den dømte kommet med trusler mot sin tidligere samboer og deres felles barn for at hun ikke skulle gå til politiet og på den måten forsøkt å hindre straffeforfølgningen mot seg selv. Trusler mot vitner har blitt mer vanlig i de senere årene og da spesielt i større saker mot personer involvert i organisert kriminalitet. I slike miljøer er det allerede en høy grad av intern justis, og terskelen for bruk av vold er ofte lavere enn ellers i samfunnet. Det er dermed ikke uvanlig at gruppene vil legge press mot vitnet eller andre aktører i saken, hvis de får muligheten til det. For å motvirke dette har man i en del land gitt politiet muligheten til å blant annet å gi vitner ny identitet og relokalisere dem til andre steder. Dette gjøres for å hindre at noe skjer med vitnet slik at man skal få ført det i rettssaken uten at vitnet skal ha en frykt for sitt eget liv.³⁷ I Norge har vi nå fått inn kap. Ila i Politiloven³⁸ som gir politiet muligheten til å gi ut fiktive identiteter for å beskytte mennesker som er truet på liv, helse eller frihet, men i et lite land er det vanskelig å få et slikt system til å fungere. Trusselen fra slike grupper er derfor noe som må bekjempes på andre måter og innføringen av straffeloven § 132a er et viktig ledd i den kampen.

De bevis man frykter at den mistenkte kan forspille må også være i samme sak som det de ønsker han varetektsfengslet for. Man kan ikke benytte seg av varetektsfengsling hvis det er fare i sak A mens fengslingen har skjedd i sak B. I Rt. 2009 s. 1178 uttaler Høyesteretts ankeutvalg følgende;

Når kjæremålsutvalget i Rt-2003-656 uttalte at det må dreie seg om «samme sakskompleks», kan ikke dette forstås slik at det er tilstrekkelig at det er tale om straffbare forhold som synes å ha en indre sammenheng. Det må kreves at det er tale om straffbare handlinger som etter straffeprosessloven § 38 er samme forhold.

Vurderingen om fengslingen skjer i samme sak er altså den samme vurderingen som må gjøres som vurderingen om det er samme forhold etter strpl § 38. Videre presiseres det at

Mistanke om at siktede selv har begått andre straffbare handlinger enn det som omfattes av siktelsen, og fare for bevisforspillelse i denne sammenheng, gir klarligvis heller ikke grunnlag for fengsling.

Det er heller ikke nødvendig at bevisene som kan forspilles bare gjelder den varetektsfengslede. Hvis han har en mulighet til å forspille bevis til fordel for medskyldige vil det være tilstrekkelig for

37 NOU 1997 s. 15 *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.*

38 Lov nr. 53 av 04.08.1995 om politiet (politiloven).

at han skal kunne holdes fengslet.³⁹ Et eksempel her kan være i saker hvor en siktet har avlagt en tilståelse som det ikke er noen tvil om er korrekt. Han kan derfor fortsatt holdes fengslet, hvis det er en nærliggende fare for at han skal forspille bevis til fordel for andre mistenkte eller siktede i saken. Det er ikke noe krav om at de medskyldige i saken er identifisert for at man skal kunne holde noen varetektsfengslet. Dette var tilfellet i Rt. 2003 s. 1276 hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte seg om dette identifiseringskravet for den medskyldige,

Fengsling kan begrunnes med fare for bevisforspillelse i forhold til medskyldige - som kan tilpasse sin forklaring - og det er ikke noe ubetinget krav at disse må være identifisert."

Fengslingen må også vurderes utelukkende ut fra den fengsledes situasjon. I Rt. 1993 s. 2 var den hovedmistenkte i saken allerede løslatt, men Høyesteretts kjæremålsutvalg besluttet da å opprettholde fengslingen av en av de andre mistenkte i saken. Utvalget uttalte da at "*faren for bevisforspillelse må vurderes i forhold til hver enkelt siktet*" dermed var det ikke betydning at hovedmannen var løslatt. Så lenge det var en konkret grunn til at man mente det var en nærliggende fare for at mistenkte ville kunne komme til å forspille bevis hvis han fikk sjansen, så kunne man holde han varetektsfengslet.

Reglene for bevisforspillelse kan ikke benyttes til å sørge for at en person ikke unndrar seg sin vitneplikt i forbindelse med en rettssak. Dette har blant annet vært oppe i Rt. 2001 s. 280 hvor lagmannsretten hadde lagt vekt på at den siktede kunne komme til å unndra seg sin vitneplikt, noe Høyesteretts kjæremålsutvalg mente var en feil tolkning av § 171 første ledd nr. 2 og opphevet lagmannsrettens kjennelse.

Bevisforspillelse er straffbart etter straffeloven § 132 og kan straffes med bøter eller fengsel i inntil 2 år. Paragrafen sier at den som med hensikt motarbeider en offentlig undersøkelse gjennom f.eks. bevisforspillelse i en eller annen form kan straffes. At man må ha gjort det med hensikt innebærer at det er en strengere terskel en vanlig forsett for at man skal kunne bli dømt for bevisforspillelse. Paragraf 132 gjelder også kun for de fysiske bevis og bevisforspillelse gjennom påvirkning av vitner er dermed ikke omfattet av denne paragrafen. Etter paragrafens tredje ledd er det likevel ikke straffbart hvis det er gjerningsmannen selv eller noen av hans nærmeste som utfører bevisforspillelsen. Dette er fordi at man ikke skal være ansvarlig for at man selv eller sine nærmeste skal bli straffet, noe som er et viktig prinsipp i den norske strafferetten.

39 NUT 1969 nr. 3 s. 239

I straffeloven § 132a er det også inntatt regler om bevisforspillelse gjennom trusler og vold mot aktører i straffesaken. Motarbeidelse av rettsvesenet kan etter denne paragrafen straffes med inntil 5 års fengsel og inntil 10 år hvis det foreligger særdeles skjerpede omstendigheter. Bestemmelsen ble tilføyd ved lov 28. juli 2000 nr. 73 og i forarbeidene⁴⁰ ble tilføyelsen begrunnet i at det var et stadig økende problem at vitner og dommere ble truet og utøvd vold mot. Spesielt i saker med organisert kriminalitet, (f.eks. de kriminelle MC-gjengene) hadde dette blitt mer utbredt og paragraf 132a skulle forsøke å motvirke dette gjennom en klarere lovhjemmel for straff i slike tilfeller. Paragrafen gjelder for alle aktørene i straffesaken og gir dermed også dommere, aktor osv et vern for slike trusler. I Rt. 2003 s.871 ble en 18 år gammel mann dømt til 1 års fengsel for trusler. Truslene ble gitt mot en person som var vitne i en annen sak hvor 18-åringen var involvert. I den andre saken hadde den siktede utført et ran mot bedriften vitnet jobbet i. Truslene hadde vart over lengre tid og vitnet hadde flere ganger blitt oppsøkt av siktede og hans medskyldige og hadde da blitt truet på grovt vis.

I de saker hvor det foreligger en fare for bevisforspillelse, kan det benyttes varetektsfengsling for at mistenkte ikke skal kunne utføre dette. Fengslingen må begjæres av påtalemyndigheten etter straffeprosessloven § 183 og begjæringen vil da prøves i tingretten. Domstolen vil da avgjør om vilkårene er oppfylt og om den mistenkte skal fengsles. Tingrettens avgjørelse kan ankes videre som i andre saker og hvert år behandler Høyesterett en rekke saker om bruken av varetektsfengsling.

3.2 Nærliggende fare

3.2.1 Hvor nærliggende må faren være?

Vilkåret for at man skal kunne benytte seg av varetektsfengsling for å forebygge bevisforspillelse, er at det foreligger en nærliggende fare for at bevisforspillelsen vil skje, hvis den mistenkte ikke blir fengslet. Men hvor nærliggende må faren være for at vilkåret er oppfylt?

Det er ikke et tilstrekkelig grunnlag for varetektsfengsling at muligheten for bevisforspillelse er til stede for den siktede. Påtalemyndigheten må derfor sannsynliggjøre for domstolen at det foreligger en slik nærliggende fare for at bevisforspillelse vil skje, hvis den mistenkte ikke blir varetektsfengslet. I Rt. 2011. 1279 uttalte Høyesteretts ankeutvalg at

⁴⁰ Ot.prp. nr. 40 (1999-2000).

Utvalget minner i denne forbindelse om at det her er krav om at den siktede, om han løslates, har en reell mulighet til å kontakte og påvirke vitner, og det må være en nærliggende fare - sannsynlighetsovervekt - for at siktede vil benytte denne muligheten til å forspille bevis.

Saken gjaldt i dette tilfellet varetektsfengsling av en som var mistenkt for økonomisk utroskap etter straffeloven § 275, grovt økonomisk utroskap etter § 276 og merverdiavgiftsloven § 72 nr. 2 annet ledd og nr. 3. Høyesteretts ankeutvalg mente da at lagmannsrettens behandling var feilaktig da det var gitt varetektsfengsling fordi at det kun var ett vitne som ikke var avhørt på fengslingstidspunktet. Lagmannsrettens kjennelse ble derfor opphevet av Høyesteretts ankeutvalg. Kravet om sannsynlighetsovervekt som Høyesterett her stiller opp, går på den reelle muligheten den mistenkte har til å forspille bevis. Det er ikke noe krav om at dette grunnis hvilke konkret bevis som forspilles, men at det er sannsynlighetsovervekt for at det kan skje. Øyen benytter seg av et eksempel hvor det er 20% sannsynlighet for at siktede vil påvirke vitne A og 35% sannsynlighet for at han vil påvirke vitne B, så vil den samlede sannsynligheten være stor nok til at det er sannsynlighetsovervekt og den mistenkte kan varetektsfengsles.⁴¹

Hva som er nærliggende fare vil være en avveining opp mot flere faktorer. En slik faktor kan være den reelle muligheten som den mistenkte har til bevisforspillelse i den konkrete saken. Dette er at han f.eks. kan slette dataspor eller på annen måte tukle med bevisene. En annen faktor er den mistenktes opptreden i forbindelse med tidligere straffesaker. Hvis den mistenkte tidligere har forsøkt seg på bevisforspillelse kan det ha betydning og innvirkning på om det foreligger en nærliggende fare for bevisforspillelse også i denne saken. Dette skjedde i Rt. 1996 s. 1316 hvor fengslingen av den mistenkte ble opprettholdt av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Utvalget begrunnet da dette med hans tidligere handlinger i andre straffesaker kunne tilsi at det ville kunne være en fare for at han ville forspille bevis også i denne saken.

3.2.2 Faren må være konkret og reell

Det stilles også krav til at begrunnelsen fra retten må være konkret slik at det kommer klart frem hva bakgrunnen for fengslingen er og at faren for bevisforspillelse er reell. Straffeprosessloven § 184 gir en rekke føringer for hva en slik kjennelse om varetektsfengsling skal inneholde.

41 Ørnulf Øyen punkt 3.4

Kjennelsen skal etter paragrafen angi lovhjemmelen som det forholdet det er mistanke om er begått, omfattes av. Det skal også angi hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke, og gjøre rede for andre grunner til at det foreligger behov for fengsling i den aktuelle saken. I tillegg skal også komme klart frem at forholdsmessigheten jf. § 170a av inngrepet har blitt vurdert av retten.

Begrunnelsen i kjennelsen som skal gis etter § 184 annet ledd tredje punktum må forstås som en streng regel. Regelen må tolkes opp mot EMK art. 5 nr. 3 første punktum om at det må foreligge en relevant og tilstrekkelig fengslingsgrunn. Den europeiske menneskerettsdomstol (heretter EMD) har i sin praksis satt som krav om at nasjonale domstoler må begrunne sine kjennelser så grundig at det ikke er noen tvil om at fengslingen er bygget på en tungtveiende fengslingsgrunn.⁴² I norsk rettspraksis har dette kravet utviklet seg til at man krever at kjennelsen skal vise til en konkret og reell fare for bevisforspillelse. Et eksempel på dette finner man i Rt. 2009 s. 2350 hvor Høyesteretts ankeutvalg uttaler at;

Kjennelsen viser derimot ikke hvilke konkrete forhold i saken som tilsier at det er sannsynlighetsovervekt for at A - om han ikke varetektsfengsles - vil benytte en eventuell muligheten til å påvirke vitner og medsiktede. En slik konkretisering må normalt foretas, for å motvirke at vurderingen av bevisforspillelsesfaren blir for generell og hypotetisk.

Saken gjaldt fortsatt varetektsfengsling for en som var mistenkt for grove bedragerier og ankeutvalget opphevet lagmannsrettens kjennelse fordi den ikke var nok konkret og tilstrekkelig begrunnet. Også i Rt. 2011 s. 1279U blir den manglende konkretiseringen trukket frem som en grunn til at varetekten ikke kan godkjennes. I det tilfellet hadde lagmannsretten lagt utelukkende vekt på at det var ett vitne igjen som måtte avhøres og utover det var det ingen grunngivelse for hvorfor siktede skulle fengsles. Høyesteretts ankeutvalg uttalte da at:

Lagmannsretten har i sin kjennelse ikke gitt noen begrunnelse, utover å peke på at det gjenstår flere avhør. En slik - helt generell - påpekning, og en mer alminnelig antakelse om at den som fengsles vil kunne ha et ønske om å påvirke vitner, er ikke tilstrekkelig. Vurderingen må forankres i de konkrete forhold i saken.

Som nevnt over ble lagmannsrettens kjennelse i denne saken opphevet at Høyesterett. Det er dermed helt nødvendig at retten i sin kjennelsen gjør en grundig vurdering om det foreligger

42 Ørnulf Øyen punkt 3.5.1

nærliggende fare og at retten legger frem dette som en del av sin kjennelse, slik at man ser at vurderingen er konkret og faren er reell i den aktuelle saken.

3.3 Manglende fremgang i etterforskningen

Etterforskningsfasen i en straffesak vil ofte være lang og det er som regel mye etterforskning som skal gjøres før en sak kan avgjøres i domstolen. Bevisforspillelsesfaren vil variere fra sak til sak, men som regel vil det være større fare for bevisforspillelse i de tidlige stadier av etterforskningen og dermed også et større behov for varetekt i denne fasen. Det er derfor viktig både for opplysningen av saken og for den fengslede at etterforskningen ikke blir unødig forsinket. Hvis etterforskningen drar for mye ut i tid vil den mistenkte i enkelte tilfeller kunne bli løslatt som en følge av den manglende fremgangen i etterforskningen.

I Ot.prp. nr. 53 1984-1985 er følgende tatt med som eksempler på hva som må være gjort for å minimere risikoen for bevisforspillelse:

Dersom den nødvendige bevissikring har funnet sted, f.eks., gjennom ransaking og beslag, åstedsgransking og avhør, vil det normalt ikke lenger foreligge bevisforspillelsesfare.

Etter straffeprosessloven § 185 annet ledd skal påtalemyndigheten i forbindelse med begjæringen om varetektsfengsling oppgi når saken forventes ferdig etterforsket, hva som er gjort i etterforskningen så langt og hva som gjenstår før etterforskningen er ferdig. Det er ikke nødvendig med noen eksakt tidsangivelse som føres i rettsboken, men det skal være tilstrekkelig presisert om hva som gjenstår i etterforskningen. I Rt. 1999 s. 1865 var dette oppe og Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte da at

Det må lempes på kravet om tidsangivelse i situasjoner hvor det ikke er realistisk å forvente at det kan gis et rimelig begrunnet anslag over hvilken tid som kreves for de gjenstående etterforskningskritt.

De tidsangivelsene som legges til grunn i domsavsigelsen har dermed ingen større verdi enn at de angir rammen for hvor lenge de forventer at etterforskningen skal pågå. En etterforskning vil i mange tilfeller kunne frembringe nye forhold og opplysninger som må sjekkes ut av saken før den er ferdig etterforsket. Det er derfor svært vanskelig å gi noen eksakt ramme for den videre

etterforskningen.

Den fengslede kan dermed ikke begjære seg løslatt når dette tidspunktet er oversittet og påtalemyndigheten kan begjære nye fengslinger på bekostning av de tidsrammene som de har oppgitt tidligere. Denne fristen vil derimot i det nye fengslingsmøtet kunne få betydning for om domstolen mener at påtalemyndigheten har gjort jobben sin og om etterforskningen har vært tilstrekkelig effektiv.⁴³

For å forsikre seg om at etterforskningen utføres hurtig nok har man også bestemmelsen i § 185 femte ledd. Den sier at *"Finner retten på noe tidspunkt at etterforskningen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetekt ikke er rimelig, skal retten løslate siktede."*⁴⁴ Denne bestemmelsen må tolkes opp mot forholdsmessighetsprinsippet i § 170a, men skal være en selvstendig vurdering som gjøres i forbindelse med saken. Dette ble avklart i Rt. 2000 s. 1942 hvor Kjæremålsutvalget mente at det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten og ikke vurdere § 185 femte ledd selvstendig. Lagmannsretten hadde i denne saken gjort en forholdsmessighetsvurdering etter § 170a, men Kjæremålsutvalget mente at også § 185 femte ledd måtte vurderes, da den har en selvstendig betydning for varetektsspørsmålet.⁴⁵

Bevisforspillelsesfaren blir som regel mindre ut fra hvor langt i etterforskningen politiet har kommet. men det er ingen automatikk i at man løslates når etterforskningen er over og tiltalen er tatt ut. I Rt. 2000 s. 522 var familien til den fengslede sentrale vitner i saken. Påtalemyndigheten mente at det var stor fare for at den fengslede ville kunne påvirke disse og ble derfor sittende i varetekt.⁴⁶

3.4 Forholdet til andre fengslingsgrunner

Hvis den siktede har gitt en tilståelse som det ikke er noen grunn til å tvile på er sann og politiet har sikret seg de nødvendige beviser, vil ikke vilkåret i paragrafen være oppfylt. Den siktede må i et slikt tilfelle i utgangspunktet løslates.⁴⁷ Påtalemyndigheten vil da i mange saker vurdere alternative fengslingsgrunner som f.eks. gjentakelsesfare eller unndragelsesfare. Hvis saken er tilstrekkelig alvorlig, så vil det kunne være en mulighet med rettshåndhevelsesarrest etter § 172. Man vil da kunne holde den mistenkte fengslet frem til saken kommer opp og man unngår den uheldige situasjonen at den mistenkte løslates.

43 Bjerke og Keiserud s. 656 - 657.

44 Fredriksen s. 177-178.

45 Bjerke og Keiserud s. 658

46 Bjerke og Keiserud s. 625..

47 Bjerke og Keiserud, s. 625.

4. Isolasjon og andre restriksjoner

4.1 Bevisforspillelse som grunnlag for bruk av restriksjoner

Av de fire fengslingsgrunnene i strpl. § 171 er det kun bevisforspillelsesfare som kan hjemle bruken av restriksjoner på den mistenktes opphold i varetekt. Det er kun i saker hvor vanlig varetektsfengsling ikke er tilstrekkelig at man kan benytte seg av restriksjoner.

Dermed er utgangspunktet for alle innsettelse i varetekt, at det ikke er lagt noen restriksjoner på den mistenktes soningsforhold. Dette følger blant annet av straffegjennomføringsloven⁴⁸ § 46 første ledd som sier;

Kriminalomsorgen kan ikke pålegge innsatte etter dette kapittel andre innskrenkninger i friheten enn det som er nødvendig pålegge innsatte etter dette kapittel andre innskrenkninger i friheten enn det som er nødvendig for å sikre formålet med fengslingen eller for å opprettholde ro, orden og sikkerhet i fengslet.

Dermed har den varetektsfengslede i utgangspunktet de samme rettighetene som de andre innsatte i norske fengsler såfremt han ikke er ilagt restriksjoner på sine soningsforhold. Kriminalomsorgen har en egen hjemmel til å benytte seg av restriksjoner etter deres regelverk, men dette er utenfor oppgavens tema og vil ikke bli behandlet videre.

Dermed har den varetektsfengslede samme rett til bruk av telefon, besøk av venner og familie og tilgang til nyheter og annen media som andre innsatte i norske fengsler har. Men i enkelte saker vil ikke slike fengselsforhold være tilstrekkelig til at formålet med varetektsfengslingen blir oppfylt. En person kan like gjerne gi instruksjoner til en medskyldig eller sørge for bevisforspillelse over telefonen som han kan gjøre fra sitt eget hjem. Dermed må påtalemyndigheten vurdere å begjære bruk av restriksjoner i varetektsfengslingen slik at den varetektsfengslede blir fratatt muligheten til å forspille bevis fra innsiden av fengselsmurene.

Hjemmelen for bruk av restriksjoner i varetektsfengslingen er straffeprosessloven §§ 186 og 186a. Vilkalet for bruken av restriksjoner er etter § 186 annet ledd at "*i den utstrekning hensynet til etterforskningen i saken tilsier det*" så kan man benytte seg av restriksjoner på fengslingen.

48 Lov av 18. mai 2001 om gjennomføring av straff (straffegjennomføringsloven - strgfj)

Hensynet til etterforskningen kan sammenlignes med § 171 nærliggende fare. For å avgjøre om "hensynet til etterforskningen" er oppfylt må man gjøre en vurdering om det vil skje en bevisforspillelse hvis den siktede får muligheten til det pga manglende restriksjoner. At man benytter seg av formuleringen "hensynet til etterforskningen" tilsier at restriksjoner bare kan benyttes når saken er under etterforskning. I Rt. 2000 s. 1549 støttes en slik forståelse av begrepet med:

Lagmannsretten har korrekt tatt utgangspunkt i den tolkning av straffeprosessloven § 185 annet ledd, at brev og besøkskontroll ikke kan besluttes for tiden etter at etterforskningen i saken er avsluttet..⁴⁹

Paragraf 186 tredje ledd spesifiserer også at man i fengslingskjennelsen klart skal angi hvordan etterforskningen vil bli skadelidende hvis den mistenkte ikke blir fengslet med restriksjoner. I forarbeidet⁵⁰ til opprettelsen av straffeprosessloven ble § 186 tredje ledd presisert med følgende:

Begrunnelsen må relatere seg til faktum i den konkrete saken; det er ikke nok å konstatere at etterforskningen vil bli skadelidende uten noen nærmere forklaring. Retten må angi hvilke etterforskningsskritt som kan bli skadelidende hvis den siktede ikke blir ilagt restriksjoner.

I alle disse vurderingene skal det som nevnt tidligere gjøres en forholdsmessighetsvurdering jf. Strpl. § 170a. Restriksjonene utgjør en skjerpelse i soningsforholdene til de innsatte og man må dermed vise hvorfor det ikke er tilstrekkelig med f.eks. brev og besøksforbud i en sak hvor man begjærer delvis isolasjon.

De vanligste formene for restriksjoner er brev og besøksforbud, brev og besøkskontroll, medieforbud, delvis isolasjon og full isolasjon. Uansett hvilke restriksjoner den varetektsfengslede blir underlagt, skal aldri den mistenktes kommunikasjon med sin offentlige oppnevnte forsvarer kontrolleres eller forbys jf. straffeprosessloven § 186 første ledd. Den mistenkte skal etter paragrafens andre ledd også kunne ha uhindret kontakt med andre offentlige myndigheter såfremt at det ikke er spesifisert i fengslingskjennelsen at dette ikke kan skje. Dette kan f.eks. være i forbindelse med utenlandske mistenkte som etter Wien-konvensjonen av 1963 om konsulært samkvem, gis regler om rett for konsulære tjenestemenn til å besøke og korrespondere med egne

49 Ørnulf Øyen punkt 5.2

50 Ot.prp. nr. 81 (1999-2000)

statsborgere som er i fengsel etter artikkel 36.⁵¹

Hvilken form for restriksjon som skal benyttes gjøres ut fra dommerens skjønn og må som i en vanlig varetektsfengsling være begrunnet konkret og spesifisert i selve fengslingskjennelsen. I Rt. 2006 s. 1726 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg at

Av straffeprosessloven § 186 fremgår det at en kjennelse om ileggelse av restriksjoner skal angi på hvilken måte etterforskningen vil bli skadelidende hvis ikke den fengslede blir ilagt restriksjoner etter bestemmelsen. Det er således ikke tilstrekkelig å fastslå at restriksjonene er nødvendige.

Retten må dermed klart ta stilling til hva som kan skje hvis de ikke benytter seg av restriksjoner og grunngi dette konkret i sin kjennelse. Det kreves også at det klart kommer frem at det har blitt gjort en forholdsmessighetsvurdering og hvorfor mindre inngripende tiltak ikke kan benyttes i den aktuelle saken.

Brev og besøksforbud og brev og besøkskontroll er hjemlet i strpl § 186 annet ledd. Kontroll gir påtalemyndigheten mulighet til å kontrollere alt av kommunikasjon den innsatte har gjennom telefon, brev og besøk. Ved brev og besøksforbud vil den innsatte ikke ha noen muligheten til å kommunisere med personer på utsiden av fengslet. For begge typene av restriksjon vil den mistenktes kommunikasjonen med sin offentlige oppnevnte forsvarer jf, § 186 annet ledd være unntatt.

Hvilken av disse formene som benyttes er det opp til rettens skjønn å avgjøre, men retten må grunngi hvorfor og vise at de har gjort vurderingen på om et mindre inngrep vil kunne gjøre samme nytten. I Rt. 2011 s. 171 uttalte Høyesteretts ankeutvalg "*Ved kjennelse om brev- og besøksforbud må det derfor fremgå - uttrykkelig eller i hvert fall av sammenhengen - at også brev- og besøkskontroll er vurdert*". Retten kan også ilegge et delvis forbud slik at en person kan ha kontakt med enkelte personer som retten mener det ikke er noen risiko for at han har kontakt med.⁵²

Den varetektsfengsledes bruk av telefon er ikke klart definert som en del av brev og besøksforbud/kontrollen, men i Rt. 2006 s.1169 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at også

51 Ot.prp.nr. 53 1983-1984

52 Bjerke og Keiserud s. 659 - 660.

bruken av telefon var en del av kontrollen, da det klart lå innenfor formålet med paragrafen. En tillatelse av telefonbruk ville gitt den innsatte mange muligheter til å forspille bevis og en åpning for dette ville vært lite formålstjenlig. I fremtiden kan det være mulig at innsatte i norske fengsler får muligheten til å bruke e-post eller annen elektronisk kommunikasjon med omverden, og man må da bare legge til grunn at også dette er klart innenfor formålet til reglene om kommunikasjonsforbud og kontroll.

Den innsatte kan også ilegges medieforbud etter § 186 tredje ledd. Forbudet gir muligheten for at innsatte ikke skal kunne lese aviser og følge nyheter eller få informasjon gjennom andre medier. I Rt. 2000 s. 343 gjaldt saken blant annet om den fengslede skulle få tilgang til media. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i den forbindelse at det ikke var bevisforspillelse at den siktede tilpasset sin forklaring ut fra de foreliggende bevis.⁵³ I alle saker hvor det benyttes forbud bør påtalemyndigheten ta hensyn til at den fengslede har en tøff påkjenning i varetektsfengslingen. Det kan derfor gis mulighet til lesing av aviser hvor omtalen av saken er klippet bort, tilgang på litteratur eller tv og radiokanaler som ikke har nyhetsstoff. Møte med familie eller telefonsamtaler til mennesker som ikke er direkte involvert i saken kan også være aktuelt, men dette krever at politiet har kontroll på hva som skjer og det vil ofte være et ressurs spørsmål. I de fleste tilfeller er det ikke politiet som vil stå for denne kontrollen, men ansatte i Kriminalomsorgen som har det daglige ansvaret for den innsatte mens han er fengslet.⁵⁴

Isolasjon kan benyttes enten fullt ut eller delvis. Delvis isolasjon etter § 186 tredje ledd kan brukes fordi man frykter at innsattes kontakt med enkelte andre innsatte kan by på problemer for etterforskningen. Det kan være at den fengslede får gitt beskjeder til medskyldige eller andre personer i etterforskningen, eller på annen måte får forspilt bevis. I slike tilfeller kan retten beslutte at påtalemyndigheten får tillatelse til selv å bestemme hvem innsatte kan og ikke kan ha kontakt med i fengslet. Delvis isolasjon kan benyttes uten at man benytter seg av andre restriksjoner og kan dermed i enkelte tilfeller være et mer forholdsmessig inngrep jf. § 170a enn hva mange andre inngrep innebærer. Bruken av delvis isolasjon er vanlig i f.eks. narkotikasaker og andre større straffesaker. I slike saker vil det ofte være flere personer som kan forspille bevis ved at de har kontakt med hverandre, men de kan fint ha kontakt med andre innsatte.

Retten kan ikke bestemme hvilket fengsel den mistenkte skal innsettes i og vet dermed ikke hvem

53 Fredriksen s. 179.

54 Ole Thomas Bjerkenes og Ann Kristin Hoff Johansen, *Etterforskningsmetoder, en innføring*, Oslo 2009, s. 454 – 455.

som befinner seg i det fengslet. Plasseringen av den varetektsfengslede er opp til Kriminalomsorgen og den kapasiteten de har på fengslingstidspunktet. Etter straffegjennomføringsloven § 47 bør den mistenkte plasseres så nært hjemstedet sitt som mulig. Dette innebærer at hvis fengslet er fullt må den mistenkte sendes til et annet fengsel for varetektsfengsling der. Det er derfor fornuftig at fengslingsmøtet utpeker de personer som de mener at den mistenkte ikke bør være i kontakt med og i tillegg gir påtalemyndigheten en mulighet til selv å peke ut enkelte andre den mistenkte ikke skal være i kontakt med når fengslingssted er avklart.⁵⁵

Grensen mellom delvis og full isolasjon kan i enkelte tilfeller være noe uklar og Høyesterett har i Rt. 2005 s. 1226 uttalt at *"dersom samværsbegrensningen fører til at den fengslede faktisk ikke får fellesskap med noen andre innsatte, må samværsbegrensningen anses som fullstendig isolasjon."* I denne saken dreide det seg om at varetektsfengslingen av en av ransmennene i den såkalte NOKAS-saken. Han var blitt plassert i delvis isolasjon, men i realiteten dreide det seg om fullstendig isolasjon siden politiet i samråd med Kriminalomsorgen hadde tømt avdelingen i fengslet hvor den mistenkte ble plassert. Den mistenkte hadde ingen muligheter for kontakt med andre innsatte og han var dermed i praksis fullstendig isolert.

Full isolasjon hjemles i straffeprosessloven § 186a som ble tilføyd straffeprosessloven i 2002. Vilkåret for bruk av full isolasjon er at vilkåret i § 171 første ledd nr. 2 om bevisforspillelse er oppfylt. Kravet er at det skal være nærliggende fare for at den mistenkte vil forspille bevis hvis han ikke holdes isolert. Dette innebærer også at det må gjøres en vurdering etter § 170a om andre alternativer kan fjerne denne risikoen. Reglene om full isolasjon ble tilføyd straffeprosessloven i 2002 som en respons på kritikken Norge hadde fått fra CPT for den norske isolasjonspraksisen.⁵⁶

Ved bruk av fullstendig isolasjon skal tidsrommet i utgangspunktet være så kort som mulig og første gang retten beslutter å benytte seg av full isolasjon kan kjennelsen kun vare i maksimalt to uker før et nytt fengslingsmøte må avholdes. I senere rettsmøter kan retten etter § 186a annet ledd sette en fire ukers frist hvis det av hensyn til etterforskningen eller andre særlige grunner tilsier at det er nødvendig. Bakgrunnen for at man har disse reglene er at man skal forsøke å motvirke langvarige fengslinger med hjelp av hyppige vurderinger av domstolene om at tiltaket er korrekt. På denne måten vil man måtte kontinuerlig jobbe med etterforskningen, og forholdsmessigheten av kjennelsen vil bli sett på oftere og av flere ulike dommere.

55 Ørnulf Øyen punkt 5.3

56 Ot.prp. nr. 66 2001-2002 punkt 4.6.3.

Hvor lenge man kan sitte isolert er hjemlet i paragrafens tredje ledd. Hovedvilkåret er subjektivt om at såfremt det ikke er noen tungtveiende hensyn som tilsier at det er nødvendig med lengre isolasjon, så skal isolasjonen oppheves. Den objektive regelen i § 186a tredje ledd bokstav a og b er avhengig av strafferammen for det forholdet som den fengslede er siktet for. Hvis det dreier seg om en maksimal straff på under 6 år, kan han ikke sitte i isolasjon lengre enn 6 uker. Hvis forholdet har en strafferamme på over 6 år, så kan han sitte inntil 12 uker. Hvis forholdet har en strafferamme på over 6 år, så kan man også benytte seg av isolasjon utover de 12 ukene såfremt det er tungtveiende grunner til dette. Personer under 18 år skal ikke holdes isolert i et sammenhengende tidsrom på mer enn 8 uker.⁵⁷

I forbindelse med varetektsfengslingen er det en risiko for at den fengslede kan utvikle såkalte soningsskader. Dette er som regel psykiske problemer av ulik art fra milde depresjoner til mer alvorlige psykiske lidelser. Det er også en risiko for at den mistenkte ved bruk av restriksjoner og varetekt skal komme med en såkalt falsk tilståelse.⁵⁸ En falsk tilståelse vil kunne skje fordi den innsatte vil unnsnippe presset i en avhørssituasjon eller unnsnippe restriksjonene på varetektsfengslingen. Tilståelsen kan også komme av at det psykiske presset i forbindelse med saken, gjør at den mistenkte starter å tro at han har begått det straffbare forholdet som saken mot han bygger på.⁵⁹ Etter straffegjennomføringslovens formålsparagraf § 2 andre ledd skal Kriminalomsorgen ved varetektsfengsling legge forholdene til rette for å avhjelpe negative virkninger av isolasjon. Straffegjennomføringsloven har i tillegg reglene i § 46 hvor de skal *"Kriminalomsorgen skal prioritere tiltak for å avhjelpe negative virkninger av isolasjon etter straffeprosessloven §186 annet ledd og § 186 a."*

Hvilke tiltak som benyttes i den enkelte sak vil avhenge av den mistenktes situasjon, men vanlige tiltak er ekstra trening, mulighet for å lese bøker eller se filmer som Kriminalomsorgen godkjenner for den mistenkte. Et eksempel på Kriminalomsorgens tilrettelegging for varetektsinnsatte underlagt restriksjoner er de tiltak som har blitt gjort for Anders Behring Breivik. Breivik har blant annet fått flere celler til disposisjon og muligheten til å lese utvalgte bøker og se tv-serier som Kriminalomsorgen mener er passende for han.⁶⁰

57 Fredriksen s. 179-180.

58 Bjerknes og Johansen s. 453

59 http://no.wikipedia.org/wiki/Falsk_tilståelse lastet ned 27.10.11

60 <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/oslobomben/artikkel.php?artid=10081397> lastet ned 25.11.11

5. Statistikk over bruk av varetektsfengsling i Norge

Statistisk sentralbyrå utarbeider hvert år statistikk over antall fengslinger i Norge. Statistikken er for hele Kriminalomsorgen, men ut fra disse tallene kan man også trekke ut en del statistikk om bruken av varetektsfengsling. Materialet statistikken hentes fra er Det sentrale straffe og politiopplysningsregister (SSP) og suppleres med opplysninger fra Kriminalomsorgens IT-systemer (KOMPIS) ⁶¹

Bruken av varetektsfengsling har i de siste årene økt. Fra 2008 til 2009 økte antall varetektsfengslede med 10%. Det ble i 2009 satt inn totalt 3124 nye personer i varetekt og totalt ble det produsert 293000 varetektsdøgn i norske fengsler. Dette er nesten 1/4 av det totale antall fengselsdøgn som produseres i Norge hvert år.⁶² Tallene fra 2009 viser at det har vært en økning, men ser man på tallene fra tidligere år viser det seg at det har vært en nedgang fra 1999 til 2009 på nesten 800 færre innsettelse fra toppåret 2002 på 4061. Antall ny-innsettelse falt i 2003 ned til 3216, mens i 2004 gikk det ytterligere ned til 2528 som er det laveste registrerte antall ny-innsettelse i perioden 1999-2009.⁶³

I 2008-2009 gjennomførte Politihøgskolens forskningsavdeling en undersøkelse om hvordan praksisen for begjæring av varetekt med restriksjoner fungerte. Resultatene fra denne undersøkelsen viser at det i 25% av sakene ble begjært full isolasjon, og at påtalemyndigheten fikk fullt medhold i sin begjæring i 81% av tilfellene. Kun i 7% av sakene ble begjæringen helt avslått av retten. Delvis isolasjon ble begjært i 14% av sakene hvor påtalemyndigheten fikk 86% medhold i sine begjæringer. For personer som ble ilagt full isolasjon var det kun i 10% av sakene at isolasjonen ble opphevet før perioden var over. I 95% av sakene ble det begjært brev og besøksforbud/kontroll og i 80% av disse gav retten påtalemyndigheten fullt medhold. For disse tilfellene var det kun i 9% av sakene at påtalemyndigheten opphevet restriksjonen før tidsfristen gikk ut⁶⁴.

6. Kritikk av den norske varetektspraksisen

Den norske og også den skandinaviske varetektspraksisen, og da spesielt i forbindelse med isolasjon, har fått hard kritikk fra flere hold. Ett eksempel er den danske varetektsmotstanderen Peter Scharff Smith som i sin artikkel ”*Varetægtsfængsling i isolation – en besynderlig*

61 <http://www.ssb.no/fengsling/om.html> lastet ned 21.09.11.

62 <http://www.ssb.no/fengsling/main.html> lastet ned 21.09.11.

63 Jostein Bakke og Tor-Geir Myhrer, Begjæring om varetekt med restriksjoner Oslo 2009 s. 13.

64 Bakke og Myhrer s. 20 – 24.

Skandinavisk tradisjon” har pekt på varetekt med isolasjon slik den foregår i skandinavia er unormalt streng og ikke i tråd med det synet på menneskerettigheter vi i andre saker forfekter. Han sier også:

...at vi har en særlig Skandinavisk vareteftspraksis, der stikker ud i international sammenhæng og forekommer unødigt hård. Samtidig fremstår argumenterne for opretholdelsen af denne praksis problematiske eller decideret uholdbare. Det er ikke dokumenteret, at isolationen er nødvendig for efterforskningen, mens det omvendt er vel dokumenteret, at isolationen medfører farer for skadevirkninger. Dertil kommer, at isolationen nødvendigvis må opleves som psykologisk afpresning for den arresterede, uanset myndighedernes motiver. Det må med andre ord være på sin plads, at foretage væsentlige ændringer på dette område.^{65 66}

Hovedkilden til kritikken av den norske varetektspraksisen kommer fra Den europeiske komité for forebygging av tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff også kjent som den europeiske torturovervåkningskomité (CPT). CPT gjennomfører med jevne mellomrom undersøkelser om forholdene i europeiske land, hvor kritikken mot vår varetektspraksis har vært ganske hard etter besøkene. Undersøkelsene blir gjort av en gruppe tilfeldig valgte medlemmer fra ulike medlemsstater som besøker noen utvalgte fengsler, politistasjoner, psykiatriske institusjoner og eventuelt andre institusjoner som benytter seg av makt og tvang. Etter besøket sender komiteen en detaljert rapport over de ulike funnene de har gjort i forbindelse med sitt besøk. Rapporten inneholder også anbefalinger for endringer og ønsker om videre oppdatering på aktuelle saker. Besøkene skjer som regel hvert fjerde år, men kan også skje dersom komiteen finner det nødvendig.

67

Det siste besøket i Norge var våren 2011, men rapporten fra dette besøket er enda ikke offentliggjort og vil derfor ikke bli behandlet i denne oppgaven. Kritikken Norge har fått tidligere, har primært kommet i rapportene fra besøkene i 2005 og 1999 hvor hovedvekten av kritikken har vært på den omfattende bruken av isolasjon og lengden av denne. Det har også vært problemer med tidsbruken fra den mistenkte settes i politiarrest til han overføres til varetektsfengsel.

65 Peter Scharff Smith "*Vareteftsfængsling i isolation - en besynderlig skandinavisk tradition?*" artikel i *Social Kritik*, nr. 99, juni 2005.

66 Trond Danielsen og Vegard Karlsen, *Kvalitet i varetektsarbeidet*, Kriminalomsorgens utdanningscenter 2007 s. 53

67 <http://www.cpt.coe.int/norwegian.htm> lastet ned 22.09.11.

Som en konsekvens av kritikken av lengden på varetektsfengslingen, kom det i 2002 en endring av straffeprosessloven. Endringen i strpl. § 186a tredje ledd gjør at man nå har nesten en øvre grense for hvor lenge man kan sitte i isolasjon. Det er som nevnt over et unntak for dette i § 186a tredje ledd bokstav b, hvor man åpner for at man kan benytte full isolasjon hvis det er tungtveiende grunner for det. Det at Norge fortsatt ville ha en mulighet til full isolasjon ble sterkt kritisert i forbindelse med 2005-undersøkelsen, da CPT mener at man bør ha en øvre ramme for hvor lenge man kan benytte seg av full isolasjon. Under undersøkelsene i 2005 var det f.eks. en varetektsfengslet som hadde sittet 1,5 år i isolasjon ved Ringerike fengsel.⁶⁸ Norge sier i sitt tilsvarende at dette var noe man diskuterte i forbindelse med endringene av straffeprosessloven, men man bør ha denne muligheten til å kunne holde en person isolert i de tilfeller hvor det er nødvendig.⁶⁹

Norge har også blitt kritisert for bruken av varetekt, og da spesielt med restriksjoner, som en form for press mot den mistenkte i saken. Dette er ikke i tråd med norsk lov, men de klagenes CPT har fått kan tyde på at politiet i enkelte saker benytter seg av restriksjoner som forhandlingskort med den mistenkte.

7. Fengslingsurrogater

7.1 Alternativer til varetektsfengsling

Alle tiltak som gjøres i forbindelse med etterforskningen skal være forholdsmessig etter § 170a og i enkelte tilfeller kan det være aktuelt å benytte seg av alternativer som ikke innebærer fengsling av den mistenkte. Disse alternativene kalles ofte for fengslingsurrogater. I saker hvor det er fare for bevisforspillelse er det sjelden at man benytter seg av slike surrogater da man ofte vil vurdere saken dit hen at det enten er bevisforspillelsesfare eller ei. Hvis retten kommer til at det er en nærliggende fare for bevisforspillelse vil de også som regel benytte seg av varetektsfengsling.

Men med kritikken fra CPT og den økende grad av varetektsfengsling her til lands kan det være aktuelt med en større bruk av surrogater. Dette vil spesielt være aktuelt i tilfeller hvor risikoen vurderes som lav, eller at tiltaket er helt på grensen med tanke på forholdsmessighetsvurderingen etter § 170a. Bruk av surrogater kan også være aktuelt i tilfeller hvor den mistenkte er under 18 år

68 Report to the Norwegian Government on the visit to [Norway](#) carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 10 October 2005.

69 Response of the Norwegian Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to [Norway](#) from 3 to 10 October 2005 s. 13

og en varetektsfengsling kan være mer skadelig for den mistenkte. En slik endring av bruken av surrogater må i så fall skje gjennom en større åpning i loven for bruk av det, samt en holdningsendring hos påtalemyndigheten og domstolene til å kunne se nytten av slike alternativer.

Reglene om fengslingsurrogatene finner man i straffeprosessloven § 181 og § 188. Retten er pliktig til å benytte seg av varetektssurrogater hvis det regnes som tilstrekkelig for å oppnå det retten ønsker jf. § 184 annet ledd første punktum og forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres etter § 170a.⁷⁰

Etter paragraf 181 kan man slippe varetektsfengsling mot at man f.eks. fremstiller seg selv for politiet til bestemte tidspunkt, leverer inn pass, oppholder seg på en bestemt plass eller er i institusjon for behandling (f.eks. rusmisbrukere). Paragrafens oppregning er ikke uttømmende og det er derfor helt opp til retten å bestemme hva de mener er formålstjenlig i den enkelte sak.

For at man skal kunne benytte seg av surrogatene må vilkårene for varetektsfengsling være oppfylt, men det er ikke noe krav om at påtalemyndigheten må fremstille den mistenkte for varetektsfengsling for at de skal kunne benytte seg av surrogater mot han. Dette spørsmålet var oppe i Rt. 2009 s. 263 hvor den mistenkte hadde blitt løslatt fra varetektsfengsling for så å bli pålagt meldeplikt og inndragelse av pass av påtalemyndigheten. Den mistenkte samtykket ikke i meldeplikten og mente at dette måtte gjøres via retten med varetektsfengsling som subsidiær anførsel. Høyesteretts kjæremålsutvalg slo da fast at dette var noe påtalemyndigheten kunne gjøre så lenge vilkårene for fengsling var oppfylt. Det var heller ikke krav om noe subsidiært krav om fengsling av den mistenkte.

I de tilfeller hvor det kan foreligge bevisforspillelsesfare er det besøksforbud som vil være mest anvendelig og formålstjenelig. Etter straffeprosessloven § 181 jf. § 222a kan påtalemyndigheten opprette et slikt besøksforbud for den mistenkte hvis det er nødvendig for at mistenkte ikke skal begå et nytt straffbart forhold. Bevisforspillelse er som tidligere nevnt straffbart i seg selv og vil dermed kunne være grunnlag for et besøksforbud etter disse reglene.

Et besøksforbud i denne sammenhengen vil f.eks. kunne være at den mistenkte ikke får kontakte bestemte personer, eller få oppholde seg i bestemte områder. Dette kan forebygge at den mistenkte kontakter vitner for å f.eks. påvirke disse eller nærme seg gjerningsstedet hvor han potensielt kan

⁷⁰ Fredriksen s. 181.

fjerne eller plante bevis for å ødelegge for etterforskningen. Et besøksforbud vil være basert på en sterk tillit fra retten til den mistenkte, og det er nok derfor kun i særlige tilfeller man vil kunne benytte seg av en slik løsning for å hindre bevisforspillelse. Ett brudd på dette besøksforbudet vil også i seg selv være straffbart etter straffeloven § 342

Det finnes praksis på at man i enkelte tilfeller har benyttet seg av slike surrogater for at man skulle unngå fengsling. I Rt. 2007 s. 333 hadde den mistenkte som var 17 år blitt pålagt en rekke vilkår av retten, slik at han ikke skulle bli videre fengslet. Den mistenkte ble av retten besluttet løslat mot at han overholdt en rekke vilkår. Han måtte bl.a. bo hos sin onkel til saken var endelig avgjort. Han skulle også avstå fra all bruk av alkohol og andre rusmidler, han skulle følge undervisningen på den videregående skolen han gikk på før fengslingen, og han måtte fremstille seg til politiet med jevne mellomrom. Han skulle i tillegg ikke ha kontakt med andre personer som var involvert i straffesaken og han fikk besøksforbud for enkelte områder. Gutten ble tilslutt dømt til 90 dagers fengsel og spørsmålet var da om han kunne få et såkalt varetektsfradrag jf. straffeloven § 60 for dagene han hadde vært underlagt alle disse restriksjonene. Høyesterett kom frem til at dette var et såkalt fengslings surrogat, og at gutten dermed skulle få fradrag på fengselsstraffen sin for de dagene han hadde vært hos sin onkel. Høyesterett begrunnet dette med paragrafens ordlyd som sier at all frihetsberøvelse som skjer "*i anledning saken*" skal det gis fradrag for. I dette tilfellet var restriksjonene den mistenkte underlagt av en sånn karakter og hadde et formål som gjorde at man kunne dra paralleller til fengselsopphold. Det var i denne saken fattet bruk av slike surrogater med bakgrunn i strpl. § 171 første ledd tredje alternativ om gjentakelsesfare, men deler av begrunnelsen er også gjort med tanke på forebygging av bevisforspillelse. Gutten var blitt ilagt forbud mot kontakt av andre involverte i straffesaken og for å oppholde seg på bestemte steder, noe som kan sees på som forebygging av bevisforspillelse.

Det finnes også en mulighet for at den siktede etter § 188 kan slippe varetektsfengsel hvis han stiller en økonomisk sikkerhet. Dette vil normalt bare være aktuelt i tilfeller hvor det er frykt for unndragelsesfare etter strpl. § 171 første ledd, første alternativ. Slik regelene er utformet i dag og uten en større endring i hele vårt straffeprosesssystem, er ikke dette noe som vil være forenelig i saker med bevisforspillelsesfare.

8. Reglene etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

8.1 Bruk av varetektsfengsel og reglene i art. 5

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er en regional menneskerettighetskonvensjon som ble ratifisert av Norge den 15. januar 1952 og konvensjonen trådte i kraft den 3. september 1953 etter at 10 stater hadde ratifisert den.⁷¹ Hovedregelen i EMK er etter art. 5 første punktum at "*enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet*". Frihetsberøvelse kan skje, men dette må være hjemlet i lov og i være begrunnet i ett av de seks unntakene gitt paragrafens bokstavg punkter a til f. Disse unntakene må anses å være alternative og uttømmende, samt være forskrevet i lov for at de skal ha noen betydning.

De seks unntakene kan primært deles inn i to grupper. Bokstavene a til c er i tilfeller hvor frihetsberøvelsen er i forbindelse med straffesaker (og i enkelte tilfeller sivile saker) mens d til f er saker som normalt faller utenfor rettspleien. Alternativene i bokstavene d til f har liten eller ingen betydning for denne oppgaven og vil derfor ikke bli behandlet i den videre fremstillingen.⁷²

Artikkel 5 nr.1 bokstav a gir muligheten til frihetsberøvelse hvis dette blir gjort av en kompetent domstol. Etter bokstav b kan frihetsberøvelse skje hvis personen ikke har fulgt et lovlig pålegg av en domstol eller for å sikre at en forpliktelse foreskrevet av lov skal bli oppfylt.

Artikkel 5 nr. 1 bokstav c er hovedregelen for bruk av pågripelse og varetektsfengsling i straffeprosessen og det stilles opp tre alternative vilkår for frihetsberøvelsen. Det må for det første foreligge mistanke om at personen har begått en straffbar handling (*having committed an offence*) etter norsk lov. Det er dermed ikke noe krav til mer enn 6 måneder i fengsel, slik det er i den norske straffeprosessloven § 171. Artikkel 5 nr. 1 bokstav c må sees i sammenheng med Art. 5 nr. 3 om at den mistenkte skal fremstilles for en dommer så fort som mulig og en rettsak innen rimelig tid.⁷³ At det kreves en rask domstolsbehandling etter art. 5 nr. 3 gjør at det også kreves at det foreligger en relevant og tilstrekkelig fengslingsgrunn i saken. Når EMD skal avgjøre om fengslingen er i henhold til reglene, ser de på grunnlaget til fengslingskjennelsen. Dermed er det helt avgjørende at den nasjonale domstolen avsier kjennelser som er så konkrete, at EMD klart kan se at fengslingen er forankret i en relevant og konkret grunn for at fengslingen er nødvendig.⁷⁴

71 Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004 s. 38-39.

72 Jebens s. 109.

73 Ørnulf Øyen punkt 1.

74 Ørnulf Øyen punkt 3.5.1.

Videre må frihetsberøvelsen i slike tilfeller være et ledd i etterforskningen av det straffbare forholdet. En intensjon om å holde mennesker internert faller dermed utenfor artikkelens virkeområde. Dette vare oppe i saken Guzzardi mot Italia⁷⁵ hvor den mafiastenkte Guzzardi ble holdt fengslet på en statlig fengselsøy pga sin kobling til mafiaen. Guzzardi var ikke fengslet i en bestemt sak som han var siktet for og EMD mente at etter en vurdering av tiltakets art, lengde, virkning og gjennomføring så dreide det seg her om ulovlig fengsling. Grunnlaget for dette var fordi det ikke var en klar straffbar handling han var blitt sendt til fengselsøyen for.⁷⁶

Fengsling kan også være nødvendig for å hindre at en person begår en straffbar handling, eller at det foreligger en unndragelsesfare. Etter De Jong-dommen⁷⁷ må man også kunne trekke inn at det er et tilleggsvilkår for bruken av frihetsberøvelse. Dette tilleggsvilkåret er at formålet med frihetsberøvelsen må være å stille den mistenkte for en kompetent domstol. De Jong ble sammen med to andre militærnektene fengslet fordi de ikke møtte opp til sin verneplikt og EMD kom da til at dette var brudd med menneskerettighetene. Det var ikke et brudd på de tre alternativene i art.5 nr.1, men bruddet var etter art 5 nr. 3 for at de ikke hadde fått en rask rettsavgjørelse på saken.

Artikkel 5 i EMK sier ingenting spesifikt om bevisforspillelsesfare som fengslingsgrunnlag. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har hatt denne problemstillingen inne til behandling i en rekke saker og mener at bevisforspillelsesfaren er en "*relevant and sufficient ground*" for bruk av varetektsfengsel. Wemhoffdommen⁷⁸ anses som å være prejudikatet for denne tankegangen. I denne saken var klageren Wemhoff blitt arrestert for økonomisk utroskap og ble varetektsfengslet for dette. I domspremissene til denne saken uttaler EMD at "*the existence of a danger of suppression of evidence*" var tilstrekkelig nok til at han kunne holdes varetektsfengslet.

Artikkel 5 nr. 1 er i utgangspunktet en uttømmende oppregning av i hvilke tilfeller man kan benytte seg av frihetsberøvelse. Men selv om at bevisforspillelsesfare ikke er nevnt direkte i artikkelen, er det ikke noe i veien for at man benytter det som grunnlag for varetektsfengslingen. Dette kan gjøres fordi art. 5 nr. 1 c gir muligheten til varetektsfengsling allerede ved rimelig mistanke om at et straffbart forhold er begått. Grunnvilkåret for bevisforspillelse er at noen med skjellig grunn mistenkes for å ha begått en straffbar handling, dermed må vilkåret om rimelig mistanke om

75 Guzzardi v Italy 11.06.1980.

76 Jebens 128-129.

77 De Jong mfl mot Nederland A-77 1984.

78 Wemhoff v Germany 27.06.1968.

straffbar handling være oppfylt. Bevisforspillelsesfare er også et moment som de fleste europeiske land benytter seg av i forbindelse med varetektsfengsling og det samsvarer dermed med "*den europeiske standard*" som konvensjonen legger til grunn for sitt arbeid. Artikkelen oppstiller videre et tilleggsvilkår om at bevisforspillelse bare kan legges til grunn hvis det anses som nødvendig. Som i norsk rett er det ikke bare tilstrekkelig at vedkommende har muligheten til å forspille bevis, man må også ha tilstrekkelig med indikasjoner på at han vil benytte seg av muligheten til det. Det kreves også at risikoen for bevisforspillelse er konkret og spesifisert slik som norsk rett har kommet til i Rt. 2001 s. 280. Noen eksempler på hva EMD har kommet til har vært tilstrekkelig konkret og spesifisert er f.eks. gjennom at det var en begrunnet frykt for ødeleggelsen av dokumentbevis i *W mot Sveits*⁷⁹ og en konkret frykt for kommunikasjon med medsammensvorne i *Wemhoffsaken* og en fare for påvirkning i *Letelliersaken*^{80, 81}.

I norsk rett kan man etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2 også varetektsfengsle for å unngå at den mistenkte forspiller bevis til fordel for tredjeparter. Som visst over er dette kommet frem av rettspraksis i saker som f.eks. Rt. 1992 s. 1524 at dette spørsmålet ikke er omdiskutert. Fengsling på dette grunnlag vil også omfattes av reglene i EMK art. 5 nr. 1 bokstav c og er lovlig. Den varetektsfengslede kan heller ikke fengsles for en eventuell unndragelse av vitneplikt, noe som også er avgjort i norsk rett jf. Rt. 2001 s. 280. Vedkommende kan heller ikke fengsles hvis det ikke er et ledd av etterforskningen mot han selv og det må være en forbindelse mellom forholdet den siktede er siktet for og forholdene som angår de medsiktete i saken og hva som er lagt ned som grunnlag for fengslingsbegjæringen.⁸²

Den norske praksisen med bruk av varetektsfengsling i saker hvor det er fare for bevisforspillelse er altså generelt i samsvar med reglene i EMK art. 5.

8.2 Bruken av restriksjoner i varetekt og reglene i EMK

I norsk rett skjer nesten all bruk av restriksjoner i saker hvor det foreligger bevisforspillelsesfare. Bruken av restriksjoner, og da spesielt isolasjon, har blitt sterkt kritisert av CPT og spørsmålet er da om det norske systemet er i strid med menneskerettighetene etter EMK.

I utgangspunktet har EMK ingen klare bestemmelser om bruken av varetektsfengsling utover

79 *W mot Sveits* A 254 1993.

80 *Letellier mot Frankrike* A207 1991.

81 *Jebens* s. 159 – 160.

82 *Jebens* s. 162

adgangen til selve frihetsberøvelsen. Bruk av restriksjoner under varetektsfengslingen er ikke nevnt særskilt i EMK, men kan tolkes ut av enkelte artiklers innhold. Vurderingen i en sak om bruk av restriksjoner, er om det er behov for den aktuelle restriksjonen og om man vil oppnå den ønskede virkningen av tiltaket, altså en forholdsmessighetsvurdering.

I saker om restriksjoner er det ikke EMK art.5 som vil være den primære rettskilden. Artikkel 5 går kun på muligheten til frihetsberøvelsen i seg selv, mens restriksjonene som regel vil bli omfattet av EMK art. 3, art. 8 og FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 7 og 17.

I rettspraksis fra EMD har det også kommet klart frem at utgangspunktet for alle varetektsinnsatte er at det ikke skal foreligge noen restriksjoner på deres soningsforhold. Etter De Wilde-dommen⁸³ er en lovlig frihetsberøvelse ikke tilstrekkelig til at man kan isolere den mistenkte eller benytte seg av muligheten til å begrense den mistenktes rettigheter til brev og besøk. Hovedspørsmålet i denne saken var om arbeidsplikt falt inn under "*det vanlige forløp for frihetsberøvelse*" jf. EMK art. 4 nr.3 a.

I Golder-dommen⁸⁴ kom EMD frem til at bruk av frihetsberøvelse ikke i utgangspunktet åpner for å begrense den mistenktets rett til korrespondanse med andre personer jf. reglene i EMK art. 8.⁸⁵ Etter EMK art. 3 kan man ikke benytte seg av restriksjoner i varetekten som vil være av en slik art at det kan regnes som tortur, brukes for å fremtvinge en tilståelse eller har en såkalt pønalt hensikt. I Krøcher og Möller-saken⁸⁶ uttalte kommisjonen at bruken av isolasjon i varetekt ikke skulle være "*designed to punish them, destroy their personality or break their resistance*". Bruk av isolasjon i slike tilfeller og med slik hensikt, vil også være i strid med uskyldspresumpsjonen i EMK.

Bruken av isolasjon er noe Norge gjentatte ganger har blitt kritisert for av CPT i deres undersøkelser av norske forhold og i EMD har lignende tilfeller vært oppe ved en rekke anledninger. I f.eks. Ennslin, Baader og Raspe-saken⁸⁷ kom kommisjonen frem til at fullstendig isolasjon kunne være i strid med EMK art. 3, fordi det kan ha alvorlige og uheldige psykiske skadevirkninger. I dette tilfellet dreide det seg om tre medlemmer av terrororganisasjonen Rote

83 De Wilde m.fl. Mot Belgia A 12 1971.

84 Golder mot Storbritannia A 18 1971.

85 Jebens s. 254-255.

86 Krøcher og Möller mot Sveits DR 34 1983 s. 24.

87 Ennslin, Baader og Raspe mot Tyskland DR 14 1978.

Arne som satt innesperret over lengre tid i full isolasjon. I saken X mot Storbritannia⁸⁸ uttalte kommisjonen at langvarig isolasjon kunne føre til skader på den frihetsberøvedes mentale og fysiske helse. Norge har blant annet vært klaget inn to ganger i sakene E mot Norge⁸⁹ og Treholt mot Norge⁹⁰ til EMD for brudd på EMK art. 3 for sin bruk av isolasjon. I Treholtsaken, som er godt kjent her til lands, hadde Arne Treholt sittet i isolasjon i 1.5 år frem til han ble dømt i tingretten. Norge fikk medhold i begge disse sakene hos EMD.⁹¹

Bruken av brev og besøksforbud og brev og besøkskontroll må være i samsvar med reglene i EMK art. 8 nr. 1 og 2 og SP art. 17 nr.1. EMK art. 8 nr. 2 sier følgende:

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society ...for the prevention of disorder or crime.

Artikkelen 8 nr. 1 utdyper hva som ligger i nr. 2 og uttrykket "*this right*", i nr. 1

Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence

Inngrep som gjøres mot den varetektsfengslede må altså være i samsvar med lov og være nødvendig for å forebygge kriminalitet. I Silver-dommen⁹² var spørsmålet om politiet kunne holde tilbake brev til og fra en person som satt i varetekt og om dette falt inn under unntaket i EMK art. 8 nr. 2. Det var ikke noen tvil om at lovskravet i artikkelen var oppfylt og spørsmålet var derfor om det var et nødvendig tiltak. EMD mente at de fleste brevene ikke var av en slik karakter at det var nødvendig å holde de tilbake og derfor var deler av tilbakeholdelsen konvensjonsstridig.

Denne tankegangen var også grunnlaget for den senere Campbell-dommen⁹³ som fastslår at bruk av brevkontroll ikke i seg selv er konvensjonsstridig, men at den på enkelte områder vil være det.

Dommen gir også uttrykk for at det skal være et særlig strengt vern mot innsyn i kommunikasjonen mellom den mistenkte og hans forsvarer. Campbell-dommen kan på dette området sees på som en

88 X mot Storbritannia DR 21 1978.

89 E mot Norge A 181-A 1990.

90 Treholt mot Norge DR 71 1991.

91 Jebens s. 255-257.

92 Silver m.fl mot Storbritannia A 61 1983

93 Campbell mot Storbritannia A 233 1992.

videreføring av Golder-dommen og de føringer denne la for kontroll av kommunikasjon mellom forsvarer og mistenktet. I Campbell-dommen ble dette presisert med "*This means that the prison authorities may open a letter from a lawyer to a prisoner when they have reasonable cause to believe that it contains an illicit enclosure which the normal means of detection have failed to disclose*".⁹⁴ Det vil altså si at den eneste gangen man kunne kontrollere kommunikasjonen mellom mistenkte og forsvarer, var hvis det var grunn til å frykte at denne rettigheten ville bli misbrukt.

Reglene i EMK art. 8 nr. 2 og SP art. 17 nr. 1 er altså ikke til hinder for at man kan ilegge forbud eller kontroll i kommunikasjonen sålenge det er nødvendig for etterforskningen og hjemlet i lov. Bruken av kontroll og forbud må også vurderes opp mot EMK art. 6 nr. 3 b som gir den siktede i saken en rett til å foreberede sitt forsvar i straffesaken.⁹⁵

94 Campbell mot Storbritannia A 233 1992. punkt 48

95 Jebens s. 257 -258

9. Kilder

Antall ord i oppgaven: 15474

9.1 Bøker

- Andenæs, Johs, samlet ved Tor-Geir Myhrer *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Oslo 2010
- Andenæs, Johs, med Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Riber-Mohn. *Alminnelig strafferett*, 5. utgave Oslo 2004
- Bakke, Jostein og Tor-Geir Myhrer, *Begjæring om varetekt med restriksjoner*, Oslo 2009
- Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud, *Straffeprosessloven kommentarutgave bind 1*, 4. utgave Oslo 2011
- Bjerkenes, Ole Thomas og Ann Kristin Hoff Johansen, *Etterforskningsmetoder, en innføring*, Oslo 2009, s. 454 – 455
- Trond Danielsen og Vegard Karlsen, *Kvalitet i varetektsarbeidet*, Kriminalomsorgens utdanningscenter 2007
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave Oslo 2001
- Fredriksen, Steinar, *Innføring i Straffeprosess*, 2. utgave, Oslo 2009
- Hov, Jo *Innføring i prosess, del 2*, Oslo 2010
- Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004

9.2 Artikler

- Andorsen, Kjell V. "Skjellig grunn til mistanke og bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler" Lov og Rett 1994 s 559
- Scharff Smith, Peter "Varetægtsfængsling i isolation - en besynderlig skandinavisk tradition?" *Social Kritik*, nr. 99, juni 2005.
- Ørnulf Øyen "Varetektsfængsling ved fare for bevisforspillelse", *Jussens venner* 2010 s. 219 -254

9.3 Dommer

- Rt. 1992 s. 1524
- Rt. 1992 s. 1529
- Rt. 1993 s. 2
- Rt. 1993 s. 759

- Rt. 1993 s. 1302
- Rt. 1994 s. 276
- Rt. 1995 s. 729
- Rt. 1996 s. 1089
- Rt. 1996 s. 1316
- Rt. 1997 s. 1238
- Rt. 1997 s. 2032
- Rt. 1999 s. 1865
- Rt. 2000 s. 343
- Rt. 2000 s. 522
- Rt. 2000 s. 1549
- Rt. 2000 s. 1942
- Rt. 2001 s. 280
- Rt. 2003 s. 871
- Rt. 2003 s. 1276
- Rt. 2004 s. 1826
- Rt. 2005 s. 1226
- Rt. 2006 s. 441
- Rt. 2006 s.1169
- Rt. 2006 s. 1398
- Rt. 2006 s. 1726
- Rt. 2007 s. 333
- Rt. 2008 s. 118
- Rt. 2008 s. 1102
- Rt. 2009 s. 263
- Rt. 2009 s. 1178
- Rt. 2009 s. 2350
- Rt. 2011 s. 171
- Rt. 2011 s. 221
- Rt. 2011 s. 1279U

9.4 Dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

- Campbell mot Storbritannia A 233 1992
- De Jong m.flere mot Nederland A 77 1984
- De Wilde m. flere mot Belgia A 12 1971
- E mot Norge A 181-A 1990
- Ennslin, Baader og Raspe mot Tyskland DR 14 1978
- Golder mot Storbritannia A 18 1971
- Guzzardi v Italy 11.06.1908
- Krøcher og Möller mot Sveits DR 34 1983
- Letellier mot Frankrike A 207 1991
- Silver m.fl. mot Storbritannia A 61 1983
- Treholt mot Norge DR 71 1991
- Wemhoff v Germany 27.06.1968
- W mot Sveits A 254 1993

9.5 Forarbeider

- Forskrift av 28.06.1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)
- NOU 1980 nr. 28 Varetektsfengsling
- NOU 1997 nr. 15 *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet*
- NUT 1969 nr. 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen
- Ot.prp.nr. 53 1983-1984
- Ot.prp.nr. 53 1984-1985
- Ot.prp.nr. 40 1999-2000
- Ot.prp.nr. 81 1999-2000
- Ot.prp.nr. 66 2001-2002

9.6 Nettsider

- <http://www.cpt.coe.int/norwegian.htm> lastet ned 22.09.11
- <http://www.f-b.no/nyheter/domt-for-bevisforspillelse-1.2185049> lastet ned 01.11.11
- <http://www.ssb.no/fengsling/om.html> lastet ned 21.09.11

- <http://www.ssb.no/fengsling/main.html> lastet ned 21.09.11
- http://no.wikipedia.org/wiki/Falsk_tilståelse lastet ned 27.10.11
- <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/oslobomben/artikkel.php?artid=10081397> lastet ned 25.11.11

9.7 Rapporter i forbindelse med CPTs besøk i Norge

- Report to the Norwegian Government on the visit to [Norway](#) carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 10 October 2005
- Response of the Norwegian Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to [Norway](#) from 3 to 10 October 2005