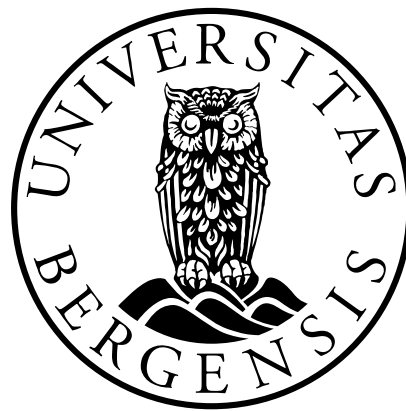


# Gjentakelsesfare som grunnlag for varetektsfengsling

Kandidatnummer: 51

Antall ord: 14358



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2017.



# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>3</b>
<b>1 Innledning.....</b>	<b>5</b>
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling .....	5
1.2 Hva er varetektsfengsling?.....	5
1.3 Temaets aktualitet.....	6
1.4 Metode og rettskilder .....	7
1.5 Avgrensninger av oppgavens tema .....	8
1.6 Veien videre .....	8
<b>2 Perspektiver.....</b>	<b>9</b>
2.1 Varetektsfengsling ved gjentakelsesfare i et historisk perspektiv .....	9
2.2 Rettspolitiske hensyn .....	11
2.3 Hvem er mistenkte som varetektsfengsles ved gjentakelsesfare?.....	12
2.4 Betydningen av EMK .....	13
2.4.1 Innledning.....	13
2.4.2 I hvilke grad utgjør EMK art. 5 en skranke for fengsling ved gjentakelsesfare? .....	14
2.4.3 Statens positive forpliktelse til å varetektsfengsle ved gjentakelsesfare .....	14
<b>3 Fengslingsgrunlaget gjentakelsesfare.....</b>	<b>17</b>
3.1 Oversikt over problemstillinger og struktur .....	17
3.2 Hvilke forbrytelser må det være risiko for at siktede begår?.....	17
3.3 Hvor stor må gjentakelsesfaren være? .....	18
3.3.1 Er sannsynlighetskravet relativt?.....	19
3.4 Hvilke tidsperiode er relevant i vurderingen?.....	20
3.5 Hvilke momenter er sentrale i vurderingen? .....	20
3.5.1 Generelt om vurderingen .....	20
3.5.2 Hvilke betydning har mistenktes alder?.....	23
3.5.3 Hvilke betydning har hyppighet av kriminelle handlinger? .....	24
3.5.4 Kan frafalte tiltalepunkter vektlegges i vurderingen av gjentakelsesfare? ..	25
3.5.5 Hvilke betydning har sakkyndiges uttalelser? .....	26
3.6 Hvor konkret må vurderingen av gjentakelsesfare være?.....	26
3.7 Vurderings karakter - hvor sikker kan en bli? .....	28
3.8 Sammenligning til reglene om forvaring .....	29
3.9 Hva er årsaken til at det er de plagsomme som i hovedsak blir varetektsfengslet for gjentakelsesfare? .....	32
3.10 Hvem har ansvaret for at gjentakelsesfare foreligger? .....	33
<b>4 Nødvendighets- og forholdsmessighetskravet til varetektsfengsling ved gjentakelsesfare.....</b>	<b>35</b>
4.1 Generelt om vurderingen .....	35
4.2 Er det nødvendig å bruke varetektsfengsling ved gjentakelsesfare?.....	35
4.2.1 Varetektssurrogat.....	36

4.2.2	Når mistenkte er mindreårig.....	38
<b>4.3</b>	<b>Kravet til begrunnelse .....</b>	<b>38</b>
<b>4.4</b>	<b>Hvilke krav stilles til forholdsmessigheten av å bruke varetektsfengsling ved gjentakelsesfare? .....</b>	<b>39</b>
4.4.1	Generelt om vurderingen .....	39
4.4.2	Når er det forholdsmessig å varetektsfengsle ved gjentakelsesfare? .....	39
4.4.3	Hvilke betydning har oversoning i forholdsmessighetsvurderingen? .....	41
<b>5</b>	<b>Forslagene til straffeprosesslovutvalget i NOU 2016:24.....</b>	<b>42</b>
<b>5.1</b>	<b>Varetektsfengsling ved gjentakelsesfare .....</b>	<b>42</b>
<b>5.2</b>	<b>Strukturell sammenligning til straffeloven § 62 .....</b>	<b>43</b>
5.2.1	De farlige forbryterne .....	43
5.2.2	De plagsomme forbryterne .....	45
<b>5.3</b>	<b>Lovutvalgets forslag til varetektssurrogat .....</b>	<b>47</b>
5.3.1	Hvilke varetektssurrogat er særlig aktuell istedenfor varetektsfengsling ved gjentakelsesfare? .....	48
<b>Litteraturliste .....</b>		<b>50</b>
<b>Lovgivning og konvensjoner .....</b>		<b>50</b>
<b>Lovforarbeid .....</b>		<b>50</b>
<b>Litteratur .....</b>		<b>51</b>
<b>Artikler .....</b>		<b>51</b>
<b>EMD avgjørelser.....</b>		<b>51</b>
<b>Høyesterett ankeutvalgs avgjørelser .....</b>		<b>52</b>
<b>Nettsider.....</b>		<b>52</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er reglene for bruk av varetektsfengsling ved gjentakelsesfare i norsk rett. Oppgavens hovedformål er å redegjøre for hvilke vilkår som kreves oppfylt i vurderingen av om mistenkte i en straffesak kan varetektsfengsles på grunn av faren for at flere forbrytelser begås. I tillegg er siktemålet til oppgaven å presentere Straffeprosessutvalgets lovforslag NOU 2016:24 om varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. Fengslingsgrunnlaget er nylig drøftet i en høringsuttalelse, og fremstillingen vil derfor også belyse et utdrag av høringsinstansenes rettspolitiske betraktninger om temaet.

## 1.2 Hva er varetektsfengsling?

Varetektsfengsling er et straffeprosessuelt tvangsmiddel som innebærer at myndighetene frihetsberøver en person som er mistenkt for en straffbar handling. Sammen med pågrepelse, beslag, ransaking, overvåking og kommunikasjonskontroll utgjør varetektsfengsling et tvangsinngrep i den enkelte persons bevegelsesfrihet. Et tvangsmiddel kjennetegnes altså ved at det utøves av myndighetene uten borgerens samtykke. I tillegg må tvangsmiddelet være begrunnet i et straffeprosessuelt hensyn for å være lovlig.

De formelle og materielle reglene for tvangsmiddelbruk finnes i straffeprosessloven (strpl.) fjerde del. Bestemmelser om varetektsfengsling er plassert i kapittel 14 om ”Pågrepelse og fengsling”. Det følger av strpl. § 184 at tingretten har kompetanse til å avgjøre om den pågrepne skal undergis varetektsfengsling. Det er strpl. § 171 første ledd jf. § 184 som oppstiller de generelle vilkårene for varetektsfengsling. For at siktede kan varetektsfengsles må påtalemyndigheten bevise at siktede med “skjellig grunn mistenkes” for “en eller flere handlinger” som “etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”. Når det gjelder kravet til mistanken, kreves det sannsynlighetsovervekt.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Rt. 2011 s. 946.

Deretter må minst ett av de spesielle vilkårene i strpl. § 171 nr. 1-4 påvises oppfylt. Disse omfatter unndragelsesfare, bevisforspillelsesfare, gjentakelsesfare og mistenktes egen begjæring om fengsling. Varetektsfengsling ved gjentakelsesfare kan etter strpl. § 171 nr. 3 foretas når ”det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”. Dette innebærer at straffebudet som mistenkte påstås å ha overtrådt, må gi uttrykk for høyere straff enn fengsel i seks måneder for at varetektsfengsling skal være aktuelt.<sup>2</sup>

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) oppstiller begrensninger for statens adgang til å beslutte varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. EMK art. 5 nr. 3 utgjør en slik begrensning. I art. 5 nr. 3 heter det at ”enhver som blir pågrepet eller berøvet friheten i samsvar med bestemmelsene i avsnitt 1.c. i denne artikkel, skal straks bli stilt for en dommer (...) som er bemyndiget til å utøve domsmyndighet, og skal ha rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller til løslatelse under saksforberedelsen (...)”. Videre følger det av art. 5 nr. 1 jf. bokstav c at ”Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov: lovlig pågripelse eller frihetsberøvelse av en person for å stille ham for den kompetente rettslige myndighet på grunn av rimelig mistanke om at han har begått en straffbar handling, eller når det er rimelig grunn til å anse dette nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling (...)”.

I tillegg er staten positivt forpliktet etter EMK art. 1 til å ”sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon.” Ettersom EMK beskytter rettsgoder som ”retten til liv” etter art. 2, ”forbud mot tortur” etter art. 3 og ”retten til respekt for privat og familieliv” etter art. 8, er staten positivt forpliktet til å benytte varetektsfengsling som tvangsmiddel for å beskytte disse rettsgodene dersom påtalemyndigheten kan påvise gjentakelsesfare. Fremstillingen vil gå nærmere inn på forholdet til EMK i punkt 2.3.

### **1.3 Temaets aktualitet**

---

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-84) side 21 og 164 og Rt. 2006 s. 65.

Varetekstfengsling på grunn av gjentakelsesfare benyttes i stor utstrekning i Norge, og bruken har over tid vært økende.<sup>3</sup> Gjentakelsesfare er et fengslingsgrunnlag som er prinsipielt betenkelig ettersom siktede fengsles ut fra en prognose om hvilke kriminelle handlinger han eller hun vil foreta i fremtiden. I 2014 ble det oppnevnt et straffeprosessutvalg som i NOU 2016:24 kom med et lovforslag til endring av dagens straffeprosesslov. Lovforslaget er interessant fordi det tas til orde for en betydelig innstramming av myndighetenes adgang til å benytte varetekstfengsling ved gjentakelsesfare.

#### **1.4 Metode og rettskilder**

Oppgaven vil ta utgangspunkt i alminnelig norsk rettskildelære ved analysen av vilkårene for varetekstfengsling ved gjentakelsesfare etter strpl. § 171 nr. 3. Dette innebærer at rettskildefaktorene lovt tekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur har vært styrende for rettsanvendelsen. Oppgaven vil dermed bruke disse aktivt i fremstillingen. Rettspraksis fra Høyesteretts ankeutvalg innenfor temaet er omfattende og fremstillingen vil benytte disse for å belyse gjeldende rett på området. Imidlertid må det merkes at ankeutvalgets kompetanse er begrenset av strpl. § 388 når det gjelder anke over varetektkjennelse. Dersom anken gjelder lagmannsrettens saksbehandlingen og tolkning av strpl. § 171. nr. 1- 4, kan Høyesteretts ankeutvalget prøve denne jf. strpl. § 388 nr. 2 og 3. Dette innebærer at subsumsjonen ikke kan prøves av Høyesteretts ankeutvalg. Dette har betydning for rettskildeverdien, ettersom ankeutvalget ikke prøver om lovanvendelsen er riktig, men kun opphever varetektkjennelser når saksbehandlingen eller tolkningen av strpl. § 171 nr. 1-4 ikke er riktig.

EMK er av betydning for varetekstfengsling ved gjentakelsesfare fordi den som nevnt setter skranker for bruken av varetekstfengsling i art. 5 nr. 3 og forpliktelser om bruk i art. 1 og art. 2. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) sikrer at medlemslandene overholder sine forpliktelser etter EMK, herunder også når det gjelder å begrense bruken av varetekstfengsling ved gjentakelsesfare. Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen som knytter seg til varetekstfengsling ved gjentakelsesfare vil derfor være sentrale ved analysen.

---

<sup>3</sup> NOU 2016: 24 s. 320.

Utgangspunktet ved fortolkning av EMK er den naturlige forståelsen av ordlyden på opprinnelsestidspunktet. Dette prinsippet er kodifisert ved Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 (W) som i artikkel (art.) 31 slår fast: “A treaty shall be interpreted in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. Det følger videre av art. 32 at forarbeidene kun har en supplerende rolle ved tolkningen. Videre er konvensjonens begreper autonome og konvensjonen et “living instrument” som innebærer forskjellig tolkning sammenlignet med nasjonal lov.<sup>4</sup>

### **1.5 Avgrensninger av oppgavens tema**

Oppgaven er en rettsdogmatisk analyse av gjeldende rett om varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. I tillegg til en kort historisk analyse av reglene i strpl. § 171, nr. 3, vil rettspolitiske spørsmål om gjentakelsesfengsling belyses. Videre vil kravet til nødvendighet og forholdsmessighet etter strpl. § 170a behandles. Fremstillingen avgrenses mot reglene for pågripelse. De øvrige fengslingsgrunnlagene etter strpl. § 171, nr. 1, 2 og 4 vil heller ikke behandles.

### **1.6 Veien videre**

I oppgavens punkt to presenteres et historisk perspektiv på varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. Deretter belyses rettspolitiske hensyn som gjør seg gjeldende for temaet. Punkt to avsluttes med en gjennomgang av menneskerettighetenes skranker og forpliktelser ved bruk av varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. I punkt tre analyseres gjentakelsesfare som grunnlag for fengsling, hvor fremstillingen også vil gjennomgå vilkårene for varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. Fremstillingen skal klarlegge hvilke momenter som er relevante for vurderingen og hvordan disse vektet i rettsanvendelsen. Oppgavens punkt fire handler om strpl. § 170a som utgjør nødvendighet- og forholdsmessighetskravet for fengsling ved gjentakelsesfare. Til sist omfatter punkt fem presentasjonen av straffeprosesslovutvalgets lovforslag til innskrenkninger på området og rettspolitiske betraktninger om denne endringen.

---

<sup>4</sup> Tyrer v. United Kingdom (1978) para. 31.



## 2 Perspektiver

### 2.1 Varetektsfengsling ved gjentakelsesfare i et historisk perspektiv

I 1887 ble forslaget til en straffeprosesslov vedtatt av Stortinget. Straffeprosessloven av 01. mai 1887 § 228 nr. 4 jf. § 240 hjemlet fengsling ”naar der er særlige Grunde til at frygte for, at han vil gjentage den straffbare Handling eller fuldbyrde en straffbar Handling som han har forsøgt eller truet med”. Bestemmelsen hjemlet fengsling på grunnlag av tre ulike former for gjentakelse: Gjentakelse av den straffbare handling, fullbyrdelse av en straffbar handling som har vært forsøkt og fullbyrdelse av en straffbar handling som det hadde vært truet med.<sup>5</sup> Bestemmelsen innebar et krav om at det var særlig grunn til å tro at siktede ville foreta en straffbar handling som han var mistenkt for, eller å foreta en straffbar handling som han hadde forsøkt eller truet med å gjøre<sup>6</sup>.

I lov av 8. februar 1963 ble bestemmelsen endret slik at varetektsfengsling ved gjentakelsesfare fikk følgende ordlyd; ”når det er særlig grunn til å frykte at han på ny begår en straffbar handling.” Rettstilstanden etter 1963-loven er beskrevet i NOU 1980: 28. Bestemmelsen krevde at det forelå særlig grunn til å frykte nye handlinger. Dette var tolket slik at det var nok med sannsynlighetsovervekt for at siktede ville begå straffbare handlinger om han ikke ble fengslet. Ordlyden ble språklig utvidet, og muligheten for å anvende gjentakelsesfengsling ble dermed tilsvarende utvidet. Endringen bestod i at det ikke lengre var et krav at handlingen man fryktet siktede ville begå var av en viss alvorlighetsgrad, og det var heller ikke noe krav at de straffbare handlingene måtte være av samme art som siktelsen ga uttrykk for.<sup>7</sup>

I NUT 1969: 3 kom straffeprosesslovkomitéen med forslag til endring av vilkårene for varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. I lovutkastet mente komitéen at uttrykket ”antas påkrev for å hindre” var mer adekvat enn det dagjeldende ”særlig grunn til å frykte for”. Begrunnelsen for formuleringen var å gi rom for en skjønnsmessig bedømmelse av faregraden og alvorligheten av de fryktede lovbrudd som mulighetene

---

<sup>5</sup> Anders Bratholm, *Pågripelse og varetektsfengsel*, Oslo 1957 s. 194.

<sup>6</sup> NOU 1980: 28 s. 49.

<sup>7</sup> NOU 1980: 28 s. 49.

for avvergelse av faren på annen måte.<sup>8</sup> Formuleringen ”gjenta den straffbare handling” ville bli for snever og vilkåret ”fortsette den straffbare virksomhet” ville kunne lede til misforståelser.<sup>9</sup>

I Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) videreførte Justisdepartementet endringen fra NUT 1969: 3 i den nye straffeprosessloven, som ble vedtatt i lov 22. mai 1981. Bestemmelsen ga adgang til varetektsfengsling når ”det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling”.

Det ble i 1975 nedsatt et utvalg som i NOU 1980: 28 vurderte reglene for varetektsfengsling. Flertallet foreslo en innskrenking i adgangen til varetektsfengsling for å hindre nye straffbare handlinger. De mente det var lite rimelig å tillate varetektsfengsling på grunn av frykt for nye lovbrudd av mindre alvorlig karakter. Innskrenkningen bestod i at det måtte foreligge fare for en handling som kunne medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder. For øvrig sluttet flertallet seg til straffeprosesslovkomitéens forslag i NUT 1969: 3.<sup>10</sup>

Formannen i utvalget foreslo en ytterligere innskrenkning, ved at det burde være adgang til fengsling uansett strafferamme for å hindre en straffbar handling, som kunne medføre fare for andres liv, legeme og helse, eller som var av liknende farlig karakter. Trusler, fare for frihetsberøvelse, mishandling, narkotikasalg og kjøring i påvirket tilstand skulle kunne føre til varetektsfengsling. Videre måtte det stilles strenge krav til bevisbyrden. Det var ikke tilstrekkelig for å fastslå gjentakelsesfare at mistenkte hadde begått en handling tidligere. Mindretallet i utvalget mente det ikke burde være adgang til å varetektsfengsle ved fare for framtidige lovbrudd.

I Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) ble flertallet i utvalgets vurdering i stor grad vektlagt slik deres forslag lød. Bestemmelsen ble dermed endret ved lover 14. juni 1985 nr. 71 slik at det nå er adgang til varetektsfengsling når ”det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”.

---

<sup>8</sup> NUT 1969: 3 s. 239.

<sup>9</sup> NUT 1969: 3 s. 239.

<sup>10</sup> NOU 1980: 28 s. 50

## 2.2 Rettspolitiske hensyn

Staten ved politiet har en plikt etter politiloven § 2 til å bekjempe all kriminalitet. Dette innebærer at i noen tilfelle må tvangsmiddelbruk som varetektsfengsling iverksettes når siktede utgjør en fare for rettsgoder som retten til liv, helse og frihet. I andre tilfelle er varetektsfengsling nødvendig når siktede utgjør en fare mot samfunnet generelt ved å begå narkotika og vinningskriminalitet. Politiske synspunkter kommer til uttrykk i dagens regler ved at vilkårene åpner for varetektsfengsling for å hindre utførelsen av ulike former for kriminalitet. Dagens vilkår om at faren må gjelde en handling som kan medføre ”høyere straff enn fengsel i 6 måneder” gjenspeiler et politisk ønske om å bekjempe kriminalitet som er av mindre alvorlig karakter.

I lovforslaget til ny straffeprosesslov i NOU 2016:24 foreslår lovutvalget en innstramning i adgangen til varetektsfengsling. I følge forslaget § 15-5 (2) skal fengsling kun ”besluttet for å hindre at mistenkte på ny begår lovbrudd som utsetter noens liv, helse eller frihet for fare, eller ved gjentatte lovbrudd av samfunnsskadelig eller særlig plagsom art.” Lovforslaget synes å skille mellom kriminelle som begår alvorlige forbrytelser, og som derfor er farlige, og de som gjør plagsomme forbrytelser. Dette reiser spørsmål om dagens regler for varetektsfengsling ved gjentakelsesfare er hensiktsmessig utformet, og om spekteret av straffbare handlinger som kan medføre gjentakelsesfengsling favner for vidt, og innebærer flere fengslinger enn nødvendig. Videre reiser det spørsmål om det er hensiktsmessig å benytte gjentakelsesfengsling overfor de som begår mindre alvorlig kriminalitet.

Formålet med varetektsfengsling ved gjentakelsesfare er å hindre vedkommende i å begå nye forbrytelser. Av den grunn kalles det for “prevensjonsarrest”. Ofte brukes slik arrest av vinnings- og voldsforbrytere som er i en aktiv kriminell fase.<sup>11</sup> Selv om slike forbrytere kan være et bredt spekter av personer er fellesfaktorer ofte rus og psykiske problemer. Ettersom forbrytere gjerne drives av mer kortsiktig gevinst og hurtige endringer i forbryterens livssituasjon, vil ikke forbrytelsene opphøre kun ved pågrepelse. Som utdrag fra rettspraksis senere i fremstillingen vil vise, hindres siktede

---

<sup>11</sup> Ot.prp. nr.81 (1999-2000) s. 10.

sin forbryterske virksomhet i den hensikt å bevare et trygt og sikkert samfunn. På dette grunnlaget skiller gjentakelsesfengsling seg fra fengslingsgrunnen bevisforspillelsefare ved at den ikke har samme tilknytning til etterforskningen av saken. Av den grunn har gjentakelsesfare mer til felles med unndragelsesfare, siden begge grunnlagene har en begrunnelse i en effektiv etterforskning og straffeprosess frem til hovedforhandling. Imidlertid er først og fremst begrunnelsen for gjentakelsesfengsling å hindre siktede i å begå nye forbrytelser. Ved gjentakelsesfengsling slipper påtalemyndighetene stadig og måtte etterforske nye forhold knyttet til siktede.<sup>12</sup> Varetektsfengsling er ikke alene om å ha en vurdering av gjentakelsesfare hos siktede i en straffesak. Som fremstillingen vil vise vurderes dette også ved spørsmål om tiltalte i en straffesak skal idømmes forvaring etter straffelovens § 40 eller tvungen psykisk helsevern etter straffelovens § 62.

### **2.3 Hvem er mistenkte som varetektsfengsles ved gjentakelsesfare?**

De nyeste tall for varetektsfengsling er fra 1. Januar 2015 og viser at 1044 av 4056 innsatte satt i varetekt.<sup>13</sup> Som nevnt tidligere er mistenkte som varetektsfengsles ved gjentakelsesfare ofte drevet av rus eller psykiske problemer<sup>14</sup>. De er gjerne unge mennesker, og sosialt og økonomiske vanskeligstilte voksne som begår vinningskriminalitet ved tyveri, ran, narkotikakriminalitet og voldskriminalitet. De nyeste tallene for mer inngående informasjon er fra 2014. På dette tidspunktet satt 2015 av 4103 innsatte i varetekt. Av de 1044 som satt varetektsfengslet ved årsskiftet 2014 var 32 prosent mistenkt for narkotikakriminalitet, 26 prosent for vinningskriminalitet og 22 prosent for voldskriminalitet.<sup>15</sup> Selv om tallene fra SSB ikke viser spesifikt hvilket fengslingsgrunnlag i strpl. § 171 nr. 1-4, de var fengslet etter, gir tallene en beskrivelse for gjentakelsesfare ettersom omfattende rettspraksis viser at dette er et fengslingsgrunnlag som ofte benyttes. Varetektsutvalgets mindretall i NOU 1980: 28 mente at gjentakende narkotika og vinningskriminalitet ikke var spesielt samfunnsskadelige sammenlignet med lovbrudd på skatte- og avgiftslovgivning, moderne økonomisk kriminalitet og brudd på reguleringslovgivning. De sistnevnte forbrytelsene ble igjen ofte begått av voksne

---

<sup>12</sup> Ørnulf Øyen, *Straffeprosess* Oslo, 2016 s. 200.

<sup>13</sup> <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling/aar>

<sup>14</sup> Merete Havre, *Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinippet*, Oslo 2015 s. 168.

<sup>15</sup> <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling/aar/2016-03-16>

mennesker med god økonomi og fra gode sosiale kår. Imidlertid førte disse forbrytelsene sjeldent til varetektsfengsling<sup>16</sup>. Mindretallet mente at gjentakelsesfengsling ikke var et nødvendig fengslingsgrunnlag, den tid det var et sosialt skille i fengsling, og det ikke medførte annet enn en forskyvning i den kriminelle aktivitet. De gjentakende alvorlige forbrytelsene ville kunne fanges opp av reglene om rettshåndhevelsesarrest (någjeldende strpl. § 172).

## **2.4 Betydningen av EMK**

### **2.4.1 Innledning**

Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 5 nr. 1 sier at “enhver” har rett til personlig frihet. Dette gjelder også for en siktet person, som etter en streng tolkning av ordlyden har rett til å gå fri under etterforskningen frem til han eventuelt blir dømt til frihetsberøvelse og innkalt til soning. I McKaydommen uttales dette som “the presumption is in favour of release”.<sup>17</sup> På norsk kalles det for løslatelsespresumpsjonen. Denne henger sammen med uskyldpresumpsjonen i EMK art. 6 nr. 2, som innebærer at siktede ”skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven”. En varetektsfengsling som bryter med retten til å gå fri under etterforskningen etter art. 5 nr. 1, vil dermed utfordre uskyldpresumpsjonen i art. 6 nr. 2.

Det følger av EMK art. 5 nr. 1 at frihetsberøvelse må gjøres i samsvar med fremgangsmåte foreskrevet i nasjonal lov. Videre må begrunnelsen være anerkjent i bokstav a til f. Det er bokstav c som oppstiller vilkår for straffeprosessuell varetektsfengsling. Det må foreligge ”reasonable suspicion” om at siktede har ”committed an offence”. Frihetsberøvelse av siktede krever ut i fra ordlyden mistanke om at personen har begått en forbrytelse. Det oppstilles ikke noen krav til spesielle fengslingsgrunner, slik som unndragelsesfare, gjentakelsesfare eller bevisforspillelsesfare. Videre stilles det ingen krav til alvorret av den forbrytelsen det er sannsynlig at vil begås, sammenlignet med strpl. § 171 første ledd som krever “høyere straff enn fengsel i 6 måneder”.

---

<sup>16</sup> NOU 1980: 28 s. 36 og 37.

<sup>17</sup> McKay v. The United Kingdom GC (2006), para 41.

### **2.4.2 I hvilke grad utgjør EMK art. 5 en skranke for fengsling ved gjentakelsesfare?**

Det kreves videre av EMK art. 5 nr. 3 at frihetsberøvelsen må foretas med det formål å ”straks bli stilt for” en dommer eller annen myndighet med kompetanse til å løslate siktede. Videre kreves det at siktede blir løslatt dersom han ikke får hovedforhandling innen ”rimelig tid”. Betydningen av ”rimelig tid” har EMD knyttet opp mot påtalemyndighetens grunnlag for varetektfengslingen. Det kreves etter kort tid i varetektsfengsling at det foreligger en ”relevant” and ”sufficient” begrunnelse. Gjentakelsesfare er et ”relevant” fengslingsgrunnlag<sup>18</sup>. Praksis fra EMD viser at hvorvidt gjentakelsesfaren er ”sufficient” i det konkrete tilfellet beror på en helhetsvurdering.

EMD er tydelig på at varetektsfengsling ikke skal innebære en tilsidesetting av presumsjonen om at siktede er uskyldig frem til det motsatte er bevist. For å hindre det krever EMD at varetektsfengslingen skal begrunnes ut i fra at samfunnets trykghetsbehov veier tyngre enn siktedes rett til frihet<sup>19</sup>. EMD viser her til proporsjonalitetsvurderingen som skal sørge for at siktede ikke blir utsatt for et uforholdsmessig inngrep fra myndighetenes side. Dommen fra EMD viser at uskyldpresumsjonene er et tungtveiende moment i denne vurderingen. I straffeprosessloven er inngrepets proporsjonalitet hjemlet i strpl. § 170a, som slår fast at varetektsfengsling kun kan brukes når det foreligger ”tilstrekkelig grunn til det” og det ikke vil være et uforholdsmessig inngrep etter ”sakens art og forholdene ellers”.

### **2.4.3 Statens positive forpliktelse til å varetektsfengsle ved gjentakelsesfare**

Spørsmålet videre er om EMK oppstiller en plikt for statens til å bruke varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. Det følger av EMK art. 1 at staten er forpliktet til å sikre enhver person mot brudd på menneskerettighetene. Hva sikringsplikten går ut på avhenger av hvilke rettsgode artiklene i EMK beskytter.<sup>20</sup>

EMK art. 2 gir uttrykk for at ”retten for enhver til livet skal beskyttes ved lov”. Denne bestemmelsen oppstiller en positiv plikt for staten til å beskytte menneskelivet ved

---

<sup>18</sup> Matznetter v. Austria, (1969), para 9.

<sup>19</sup> McKay v. The United Kingdom, GC (2006), para 42.

<sup>20</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og Menneskerettigheter* Bergen 2011 s. 51.

lov. Bestemmelsen gir uttrykk for at staten er pålagt ved lovgivning å sikre retten til liv. Dette rettsgodet er sikret i straffebudene i straffeloven og i de prosessuelle reglene i straffeprosessloven. I tillegg innebærer sikringsplikten en håndhevelsesplikt. Dersom det foreligger fare for at siktede i en straffesak vil begå nye handlinger som truer en fornærmet sitt liv, har staten plikt etter politiloven § 2 til å sette en effektiv stopper for dette. Fraværet av håndhevelse av § 171 nr. 3 i straffeprosessloven vil kunne innebære at staten ikke tilstrekkelig effektivt har sikret fornærmedes rett til liv etter EMK art. 2 jf. art. 1. Det kunne igjen ført til at staten ville blitt dømt for krenkelse av art. 1 i EMD.

Rettspraksis viser at statens praktisering av sikringsplikten i form av håndhevelse av strpl. § 171 nr. 3 er et moment som må vurderes ved gjentakelsesfare. I en nylig avsagt kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg hadde siktede tidligere begått alvorlig kriminalitet og var igjen mistenkt for å ha begått en ny alvorlig handling.

Lagmannsretten hadde løslatt siktede på bakgrunn av at det ville være uforholdsmessig med fortsatt varetekt når han allerede hadde vært varetektsfengslet i over ett år. Lagmannsretten hadde imidlertid ikke vurdert at det i tiltalebeslutningen var nedlagt påstand om forvaring, og siktede var tidligere idømt forvaring. Av den grunn mente ankeutvalget at vurderingen av gjentakelsesfare måtte veies opp mot statens plikt til å beskytte retten til liv.<sup>21</sup> Ankeutvalget uttalte at risikoen man sto overfor dersom siktede ble løslatt måtte grundigere vurderes opp mot statens plikt etter EMK art. 2 til å beskytte retten til liv. Beslutningen om at varetektsfengslingen var uforholdsmessig etter strpl. § 170a var dermed ikke tilstrekkelig begrunnet.

Når det gjelder varetektsfengsling ved gjentakelsesfare vil også EMK art. 3 ha relevans. I likhet med artikkel 2 om statens plikt til å sørge for at ingen blir utsatt for fare mot liv, helse og frihet, har staten etter EMK art. 3 en positiv forpliktelse til å sørge for at ”ingen blir utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff”. I saker om gjentakelsesfare kan siktede være mistenkt for blant annet mishandling av familiemedlemmer. Det følger av EMK art 3. at staten er forpliktet gjennom lovgivning og håndhevelse av denne å sørge for at ingen blir utsatt for slik behandling. Illustrerende er E mfl. mot Storbritannia<sup>22</sup>. Morens samboer var

---

<sup>21</sup> HR 2017-1679-U.

<sup>22</sup> E mfl. mot Storbritannia (2003), s. 519.

tidligere dømt for mishandling av hennes barn, og ble i ettertid observert hos familien. Barnas adferd endret seg i dette tidsrommet, noe myndighetene burde forstått var tegn på fortsatt mishandling. I saken mente EMD at staten hadde vært for passiv blant annet i etterforskningen og fastslo krenkelse på art. 3. I et slikt tilfelle vil varetektsfengsling ved gjentakelse være et tvangsmiddel lovgivningen åpner for, og som staten må ta i bruk ved behov. Alternativt vil det kunne innebære krenkelse av sikringsplikten.



# 3 Fengslingsgrunnlaget gjentakelsesfare

## 3.1 Oversikt over problemstillinger og struktur

Opgavens punkt tre omhandler fengslingsgrunnlaget gjentakelsesfare. Innenfor dette temaet reises flere problemstillinger. Punkt 3.2 handler om hvilke typer straffbare handlinger det må fryktes at siktede vil begå for at vedkommende kan varetektsfengsles på bakgrunn av gjentakelsesfare. I punkt 3.3 skal det undersøkes hvor stor gjentakelsesfaren må være for at varetektsfengsling kan finne sted. Deretter vil punkt 3.4 undersøke om risikovurderingen er relativ. I punkt 3.4 ses det nærmere på hvilke tidsperiode som er relevant for risikovurderingen. Hvilke momenter som vektlegges i vurderingen omtales i punkt 3.5. Videre handler punkt 3.6 om hvor konkret vurderingen av gjentakelsesfare må være, og punkt 3.7 om vurderingens karakter. I punkt 3.8 foretas en sammenligning til reglene om forvaring. Til sist stilles det spørsmål ved hva som er årsaken til at det er de plagsomme forbryterne som i hovedsak varetektsfengsles for gjentakelsesfare i punkt 3.9.

## 3.2 Hvilke forbrytelser må det være risiko for at siktede begår?

En problemstilling som reises er hvilke forbrytelser det må være risiko for at siktede vil begå dersom han løslates. Varetektsfengsling ved gjentakelsesfare kan i medhold av strpl. § 171 nr. 3 foretas når det er fare for ”en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”. Ordlyden taler for at varetektsfengsling på dette grunnlaget er begrenset til frykt for at siktede vil begå straffbare handlinger som oppfyller straffbarhetskravet på 6 måneder. Det er dette vilkåret gjentakelsesfaren må knytte seg til, og som dermed utgjør vurderingstemaet.

Et spørsmål som reises i denne forbindelse er om siktelsen, som kortfattet angir det straffbare forhold siktede er mistenkt for, setter skranker for hvilke straffbare handlinger det må være gjentakelsesfare for. Ettersom det er siktelsen som utgjør utgangspunktet for tingrettens behandling av fengslingsbegjæringen, taler dette for at siktelsen og gjentakelsesfaren må være av samme karakter. Imidlertid oppstiller ikke bestemmelsens ordlyd en slik begrensning. Dersom den fremtidige straffbare handling må være av samme art som den siktelsen bygger på, vil det innebære en

innskrenkende tolkning av bestemmelsen. Det er det ikke holdepunkter for å legge til grunn. Bestemmelsen stiller dermed et krav til konkretisering av de kriminelle handlinger som fryktes vil begås, men krever ikke at det mistenkte forhold må være det samme som gjentakelsesfaren dreier seg om.

### **3.3 Hvor stor må gjentakelsesfaren være?**

Den neste problemstillingen er hvor stor gjentakelsesfaren må være, herunder om det er tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at mistenkte vil begå en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, eller om det stilles strengere krav.

I henhold til Strpl. § 171 nr. 3 må varetektsfengsling av siktede “antas påkrevd for å hindre” gjentakelsesfaren. En naturlig språklig forståelse av ordlyden gir lite bidrag til forståelsen av hvor stor grad av gjentakelsesfare som kreves for at vilkåret er oppfylt. Forarbeidene presiserer at det må foreligge en sterk grad av sannsynlighetsovervekt<sup>23</sup>. Høyesteretts ankeutvalg har fulgt opp denne uttalelsen og tolket “antas påkrevd for å hindre” slik at det kreves sterk grad av sannsynlighetsovervekt for gjentakelse. Ankeutvalget presiserte at det ikke er tilstrekkelig at det er “en nærliggende og konkret fare” for gjentakelse, i tillegg til at det ikke er nok at siktede “vil kunne” utføre en straffbar handling eller at det ikke er “usannsynlig” at det skjer.<sup>24</sup> Sannsynlighetsovervekt er derfor ikke tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret “antas påkrevd for å hindre”.<sup>25</sup> Risikoen for gjentakelsesfare uttrykkes i Khodorkovskiy-dommen som “the risk that the accused (...) commits further offences”.<sup>26</sup>

Rettspraksis om varetektsfengsling ved gjentakelsesfare illustrerer at det må foreligge konkrete opplysninger som kan begrunne en prognose om sterk sannsynlighet for at fremtidige forbrytelser vil begås om siktede løslates. Forarbeidene er klare på at en bør “være på vakt mot at fengsling finner sted bare på det grunnlag at vedkommende er straffedømt tidligere”.<sup>27</sup> I enhver straffesak er det en varierende sannsynlighet for at det begås nye lovbrudd i fremtiden. Det er da ikke tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret å påstå at fordi vedkommende allerede har begått et lovbrudd, så vil han gjøre det

---

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-84) side. 165.

<sup>24</sup> Rt. 2012 s. 1207.

<sup>25</sup> Rt. 2012 s. 1207 jf. Rt. 2008 s. 1139 avsnitt 23.

<sup>26</sup> Khodorkovskiy v. Russia (2011), para 184.

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s. 165.

igjen.<sup>28</sup> Av fengslingskjennelsen må det fremgå uttrykkelig at kravet til sterk sannsynlighetsovervekt er forstått riktig.<sup>29</sup>

### 3.3.1 Er sannsynlighetskravet relativt?

Spørsmålet videre er om kravet til sterk sannsynlighetsovervekt gjelder likt for ulike typer straffbare handlinger det fryktes at siktede vil begå i fremtiden. Har det noen betydning hvor alvorlige handlinger som fryktes? Lovens ordlyd oppstiller som sagt kun en risikovurdering med vilkåret “antas påkrevd for å hindre”, uavhengig av alvorlighetsgraden på den fryktede handling. Dette tilsier at det samme kravet om sterk sannsynlighetsovervekt for fremtidige kriminelle handlinger gjelder uavhengig av om det er risiko for alvorlige forbrytelser mot liv, helse og frihet, eller mindre alvorlig kriminalitet som vinningsforbrytelser. Forarbeidene fremhever imidlertid i straffeprosesslovkomiteens innstilling at vurderingen av gjentakelsesfaren “gir rom for en skjønsmessig bedømmelse av så vel faregraden og alvorligheten av de fryktede lovbrudd som mulighetene for avverging av faren på annen måte.”<sup>30</sup>

Rettspraksis fra ankeutvalget synes å være i tråd med dette. I en sak uttalte ankeutvalget at “gjentakelsesfaren må vurderes i lys av hvor alvorlige handlinger som kan være aktuelle”.<sup>31</sup> Uttalelsen peker på at kravet til sterk sannsynlighetsovervekt vil variere avhengig av de straffbare handlinger man frykter vil begås i fremtiden, og de handlinger siktede allerede er mistenkt for å ha begått. Spørsmålet som reises er på hvilke måte alvorligheten av disse lovbrudd påvirker kravet til sterk sannsynlighetsovervekt. I den nevnte saken for ankeutvalget var siktede mistenkt for en rekke ildspåsettelse. Dette utgjorde en alvorlig straffbar handling som sammenholdt med øvrige momenter innebar sterk sannsynlighetsovervekt for gjentakelsesfare, og siktede ble derfor varetektsfengslet.

I en annen sak for ankeutvalget uttrykkes også denne skjønsmessige bedømmelsen av faregraden for gjentakelse. Saken gjaldt siktelse for voldtekt, og påtalemyndigheten mente det var fare for at siktede kunne utføre flere voldtekter dersom han ble løslatt. Med bakgrunn i at siktede kunne ”påføre ofrene store og varige skader” la ankeutvalget til grunn en høy faregrad for gjentakelse, og det forelå

---

<sup>28</sup> Rt. 1996 s. 93.

<sup>29</sup> Rt-1998-1068 på side 1069.

<sup>30</sup> NUT 1969: 3 side 239.

<sup>31</sup> Rt. 2002 s. 813.

dermed tilstrekkelig sterk sannsynlighetsovervekt, da siktede hadde vist at han var i stand til å begå alvorlig kriminalitet.<sup>32</sup> Sakene viser at alvorlighetsgraden av den handling siktede mistenktes for og som det fryktes at han vil begå i fremtiden, vil være avgjørende i vurderingen av om det er grunn til å frykte gjentakelse. Dersom faregraden er høy på grunn av mistanke om alvorlig kriminalitet, vil dette følgelig kunne innebære at kravet til sterk sannsynlighetsovervekt er oppfylt.

### **3.4 Hvilke tidsperiode er relevant i vurderingen?**

I denne forbindelse kan det stilles spørsmål ved hvor lang tidsperiode gjentakelsesfaren må foreligge. Er det tilstrekkelig at gjentakelsesfare kun foreligger de ukene begjæringen gir uttrykk for, eller kreves det at gjentakelsesfaren foreligger frem til hovedforhandling? Av forarbeidene følger det at det er tiden frem til saken kommer opp til avgjørelse i rettssystemet som utgjør perioden gjentakelsesfaren må være sterkt sannsynlig.<sup>33</sup> Dette nyanseres imidlertid av hvilke type kriminalitet som er begått, og som det fryktes at vedkommende vil begå i fremtiden. Dersom det foreligger gjentakelsesfare hos en mistenkt som er siktet for alvorlige forbrytelser mot liv, helse eller frihet, vil ofte gjentakelsesfaren foreligge frem til hovedforhandling. Foreligger det gjentakelsesfare for forbrytelser av mindre alvorlige karakter, som vinning- og narkotikakriminalitet, vil gjentakelsesfaren kunne vare fra ukene begjæringen gir uttrykk for, og frem til hovedforhandling. Som oppgaven vil gå inn på i punkt 4.3 om forholdsmessighetsvurderingen, avhenger varetektsfengslingens lengde av hvilke straff mistenkte kan forvente.

### **3.5 Hvilke momenter er sentrale i vurderingen?**

#### **3.5.1 Generelt om vurderingen**

Videre vil oppgaven stille spørsmål ved hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen om det foreligger sterk sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå en ny straffbar handling. Lovteksten i strpl. § 171 nr. 3 setter ingen begrensninger for hvilke momenter som kan vektlegges, men bestemmelsen fremhever heller ikke konkret hva som kan tas med i vurderingen. Da loven kan sies å være åpen om hvilke momenter som kan vektlegges, legger den opp til en bred risikovurdering av om det foreligger sterk sannsynlighetsovervekt.

---

<sup>32</sup> Rt. 2013 side. 955 (avsnitt 21)

<sup>33</sup> Ot.prp nr. 53 (1983-84) side. 165.

Rettspraksis viser også at sannsynlighetsvurderingen er en bred helhetsvurdering der flere momenter må drøftes. I en sak kom lagmannsretten til at siktede skulle varetektsfengsles med begrunnelse i tre tidligere domfellelser i henholdsvis 1988, 1990 og 1993. Ankeutvalget uttalte at flere tidligere domfellelser i seg selv ikke behøver være nok til å konstatere tilstrekkelig tilbakefallsfare. Saken viser at tidligere domfellelser er særlig sentrale for vurderingen, men at det alene ikke begrunner gjentakelsesfare. Videre presiserte ankeutvalget at det må foretas en helhetsvurdering hvor kriminalitetens art og hyppighet samt domfeltes livssituasjon er av betydning.<sup>34</sup> Ettersom kjennelsen kun baserte seg på tidligere domfellelser, ble den opphevet.

Saken viser at det er siktede livssituasjon ved pågripelsen som er utgangspunktet for vurderingen. Dette illustreres også i en annen sak der siktedes boforhold og utsikter til jobbmuligheter ble vektlagt i vurderingen<sup>35</sup>. Personlige forhold som rusproblemer, aggresjonsproblemer og personlighetsforstyrrelser vil i enkelte tilfeller forklare siktedes kriminelle mønster og dermed belyse gjentakelsesfaren.<sup>36</sup> Imidlertid får risikovurderingen også et unngåelig tilbakeskuende perspektiv når den mistenkte straffbare handling utgjør rammen for om siktede vil begå nye forbrytelser.

Som nevnt i punkt 3.3.1, er kravet til sterk sannsynlighetsovervekt varierende avhengig av både den mistenkte forbrytelsens alvorlighetsgrad og handlingen man frykter siktede vil begå om han løslates. Som nevnt ovenfor, er kriminalitetens art og hyppighet momenter av betydning for vurderingen. Dette innebærer at forbrytelsens alvorlighetsgrad også utgjør et selvstendig moment i vurderingen av om det foreligger strek sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå en ny kriminell handling.

I Khodorkovskiy-dommen uttalte EMD at “arguments for and against release must not be general and abstract but contain references to the specific facts and the applicant's personal circumstances justifying his detention<sup>37</sup>.” Drøftelsen skal altså inneholde argumenter for og imot løslatelse som er knyttet opp mot spesifikke omstendigheter. Ankeutvalgets praksis viser også at varetektskjennelser som ikke inneholder en tilstrekkelig drøftelse av alle momenter som er relevante, blir

---

<sup>34</sup> Rt. 1993 s.905.

<sup>35</sup> Rt. 2001 s.674.

<sup>36</sup> Ørnulf Øyen; *Straffeprosess* s. 201

<sup>37</sup> Khodorkovskiy v. Russia (2011), para 185.

opphevet<sup>38</sup>. EMD har uttalt at det er nødvendig “that the danger be a plausible one and the measure appropriate, in light of the circumstances of the case and in particular the past history and personality of the person concerned”.<sup>39</sup> Domstolen legger opp til en bred helhetsvurdering der det stilles strenge krav til at gjentakelsesfaren må være nærliggende, og lengden på varetekten tilsvarende den aktuelle faren. Videre spiller sakens omstendigheter, herunder siktedes kriminelle historikk og personlighet en viktig rolle.

I en annen sak for ankeutvalget hadde lagmannsretten vektlagt siktedes tidligere domfellelse for vold og brudd på våpenloven samt tiltalebeslutningen som omfattet flere straffbare forhold. Lagmannsretten hadde på denne bakgrunn kommet til at det forelå sterk sannsynlighetsovervekt for gjentakelsesfare. Ankeutvalget mente imidlertid at det ikke forelå tilstrekkelig gjentakelsesfare når lagmannsrettens vurdering av gjentakelsesfaren kun baserte seg på disse forhold. Først og fremst hadde ikke lagmannsretten vurdert selve grunnlaget for tiltalen, men bare lagt påtalemyndighetens vurdering av gjentakelsesfaren til grunn. Saken illustrerer at retten må vektlegge alle relevante forhold for saken, både de som taler for og i mot at gjentakelsesfare foreligger. Når lagmannsretten i saken foretar en selektiv vurdering basert på kun noen relevante momenter, foreligger ikke en tilstrekkelig bred vurdering av om siktede vil begå ny kriminalitet.<sup>40</sup>

En annen sak viser også at vurderingen av gjentakelsesfaren skal basere seg på alle relevante forhold. Lagmannsretten hadde i denne saken begrunnet gjentakelsesfaren med en henvisning til en politirapport som sa at ”siktede er involvert i en pågående alvorlig konflikt i gjengmiljøet i Oslo. Lagmannsretten legger derfor til grunn at siktede har ervervet skytevåpenet som følge av dette. Det foreligger etter lagmannsrettens oppfatning sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede igjen vil anskaffe og bære våpen”.<sup>41</sup> Saken viser at lagmannsretten konkretiserte hvilke fremtidig handling det var frykt for at siktede ville begå. Imidlertid mente Ankeutvalget at lagmannsrettens vektleggelse av kun det ene beviset gjorde det uklart om bevisverdien av politirapporten var forsvarlig vurdert. Med kun det ene beviset i

---

<sup>38</sup> Rt. 2000 s. 1508.

<sup>39</sup> Clooth v. Belgium (1991), para 40.

<sup>40</sup> Rt. 2004 s. 1253

<sup>41</sup> Rt. 2015-1330 avsnitt 11.

saken var det ikke mulig å fastslå sterk sannsynlighetsovervekt for nye kriminelle handlinger.

### **3.5.2 Hvilke betydning har mistenktes alder?**

Forbrytelser begås av folk i alle aldre. Spørsmålet som reises er hvilke betydning siktedes alder har i vurderingen av om det er fare for at vedkommende vil begå ny kriminalitet. Varetekt av personer under 18 år, reguleres i strpl. § 184 annet ledd annet punktum. Det følger av bestemmelsen at “Personer under 18 år skal ikke fengsles hvis det ikke er tvingende nødvendig”. Av hensyn til at barn er mer sårbar enn voksne og at konsekvensene ved varetektsfengsling dermed kan være større, er det oppstilt et strengere krav. Barnekonvensjonen stiller ytterligere krav. Konvensjonen er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettighetsloven. Det følger av art. 37 bokstav b at fengsling av et barn “skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom”.

I en sak fra ankeutvalget var spørsmålet om en 15 år gammel gutt siktet for flere tilfeller av ran og forsøk på ran av mindreårige skulle varetektsfengsles for gjentakelsesfare.<sup>42</sup> Lagmannsretten hadde ment at det forelå sterk sannsynlighetsovervekt for nye kriminelle handlinger av samme art og alvorlighetsgrad dersom siktede ikke ble fengslet. Ankeutvalget kom imidlertid til at lagmannsretten ikke hadde tilstrekkelig begrunnet hvorfor kravet til sannsynlighetsovervekt var oppfylt. Lagmannsretten hadde ikke vurdert at siktede ikke hadde hatt tidligere kontakt med politiet, og heller ikke betydningen av at verger og barnevern var brakt inn i bildet. Ettersom lagmannsrettens avgjørelsen var unyansert på disse punkter og i stor grad vektla det korte tidsrommet mellom handlingene og deres alvorlighet, ble kjennelsen opphevet.

Saken viser at det er en annerledes vurdering av personer under 18 år, ved at det stilles strengere krav ved vurderingen av om siktede under 18 år skal varetektsfengsles på bakgrunn av gjentakelsesfare, enn for voksne.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Rt.2003 s. 333.

<sup>43</sup> Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther *Straffeprosessloven Kommentarutgave*, 4. Utgave, Bind I, Oslo 2011 s. 627.

### **3.5.3 Hvilke betydning har hyppighet av kriminelle handlinger?**

Neste problemstilling er hvordan hyppigheten i siktedes kriminelle virksomhet kan indikere at gjentakelsesfare foreligger.

I en sak fra ankeutvalget hadde siktede blitt dømt en rekke ganger i årene 1985 til 2003. Handlingsmønsteret viste i tillegg at han i perioden 14. april til 8. mai 2004 ble siktet for å ha frihetsberøvet en 87 år gammel dame, grovt tyveri ved innbrudd og for å ha rettet kniv mot halsen til B.<sup>44</sup> Kjennelsen viser at siktedes kriminelle virksomhet hadde pågått jevnt fra 1985 til 2003, før han ble siktet for nye lovbrudd i 2004, en kriminell historikk over 19 år. Hyppigheten i lovbruddene ble i kjennelsen tillagt stor vekt, da de beskrev en stor sjanse for at siktede ville begå nye kriminelle handlinger dersom han ble løslatt.

I en annen sak fra ankeutvalget hadde siktede blitt straffedømt fem ganger i perioden 1990 til 1998. Etter prøveløslatelsen var han blitt siktet for flere lovbrudd begått i hovedsak i 1999. Siktelsen viste imidlertid at vedkommende hadde hatt en avtagende kriminell virksomhet. Ankeutvalget mente det ble begått saksbehandlingsfeil når lagmannsretten kun fokuserte på de kriminelle forhold isolert, og ikke tok med den avtagende kriminelle virksomhet, og opphevet dermed kjennelsen.<sup>45</sup> Saken illustrerer at hyppigheten i siktedes kriminelle virksomhet er et viktig moment i vurderingen. I tillegg viser saken også at nærheten mellom den kriminelle historikken og det forholdet siktede er mistenkt for er et viktig moment som må tas med i vurderingen. Dersom siktede viser en avtagende kriminell virksomhet, taler dette i mot at det foreligger sterk sannsynlighetsovervekt for at vedkommende vil begå nye kriminelle handlinger dersom han ikke fengsles. Det stilles i slike tilfeller et strengere krav til begrunnelsen av hvorfor det foreligger sterk grad av sannsynlighetsovervekt.

En annen sak underbygger dette ytterligere. Siktede var mistenkt i 2000 for å ha begått to mindre narkotikalovbrudd, fem overtredelser av legemiddellovgivningen, ett ran, ett grovt tyveri, tre simple tyverier, ett naskeri og en legemsfornærmelse. Siktede var tidligere domfelt fem ganger i perioden 1990 til april 1998, og hadde en betydelig kriminell aktivitet etter prøveløslatelse. Imidlertid hadde siktede vist en avtagende

---

<sup>44</sup> Rt. 2005 s. 884.

<sup>45</sup> Rt. 2000 s. 1435.



kriminell virksomhet den siste tiden før siktelsen ble tatt ut. At ikke lagmannsretten viste at det skal særlig mye til for å konstatere kvalifisert fare for gjentakelse når den kriminelle aktiviteten er avtakende førte til opphevelse av kjennelsen.<sup>46</sup>

Saken nevnt ovenfor ble anført som argument for at varetektkjennelsen i en annen sak skulle oppheves. Etter at siktede hadde lagt alle kortene på bordet hadde ikke siktede begått nye lovbrudd. Han var siktet for en rekke alvorlige og mindre alvorlige forbrytelser i perioden fra 1996 til 2002. Ved vurderingen av fengslingsspørsmålet var det 14 måneder siden siste kriminelle handling var begått. Likevel kom ankeutvalget til at gjentakelsesfare forelå. Hovedgrunnen til at den avtagende kriminelle virksomhet ikke ble tillagt avgjørende betydning for om det forelå gjentakelsesfare var at forholdene siktede var mistenkt for var så alvorlige, herunder en rekke ildspåsettelser der livene til folk hadde stått i fare. I tillegg var siktede inne i en ustabil periode som førte til at siktede hadde kort vei til å ty til farlige handlinger som reaksjoner på bagatellmessige forhold. Saken viser at dersom siktelsen inneholder mange hyppige lovbrudd, utgjør dette et viktig moment for at gjentakelsesfare foreligger.<sup>47</sup>

### **3.5.4 Kan frafalte tiltalepunkter vektlegges i vurderingen av gjentakelsesfare?**

I vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare er det som nevnt relevant hvilke kriminelle handlinger siktede er mistenkt for å ha begått. En problemstilling som reises er hvilke betydning det har at påtalemyndigheten frafaller punkter i siktelsen.

I en sak hadde påtalemyndigheten i utgangspunktet en siktelse mot vedkommende som omfattet flere lovbrudd. Alle lovbrudd unntatt bilkjøring uten sertifikat ble frafalt, men lagmannsretten vektla også siktelsen for de andre forholdene ved avgjørelsen av fengslingsspørsmålet. Ankeutvalget mente frafalte punkter i siktelsen ikke kunne vektlegges slik at de talte for at det forelå gjentakelsesfare. På grunnlag av

---

<sup>46</sup> Rt. 2000-1435.

<sup>47</sup> Rt. 2002 s. 813.

at siktede kun var mistenkt for kjøring uten sertifikat forelå det ikke gjentakelsesfare, og kjennelsen ble opphevet.<sup>48</sup>

Saken viser at straffbare forhold i siktelsen er relevante for vurderingen av fengslingsspørsmålet. Frafaller påtalemyndigheten flere av tiltalepunktene kan ikke dommeren vektlegge dette som argument for at det foreligger gjentakelsesfare, men som kjennelsen viser kan det vektlegges slik at de frafalte lovbruddene taler for at det ikke foreligger gjentakelsesfare.

### **3.5.5 Hvilke betydning har sakkyndiges uttalelser?**

I vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig gjentakelsesfare i det enkelte tilfellet, må dommeren basere seg på de bevis partene så langt i saken har anskaffet. Av bevis for om siktede vil begå ny kriminalitet kan partene benytte sakkyndiges uttalelser. Spørsmålet som reises er hvilke betydning de har i avgjørelsen av gjentakelsesfare.

En sak fra Høyesteretts kjæremålsutvalg viser at uttalelser om gjentakelsesfaren fra sakkyndige vektlegges sterkt i vurderingen. I saken var det tvil om de sakkyndiges konklusjoner om hvorvidt gjerningspersonen var tilregnelig i gjerningsøyeblikket. De sakkyndige hadde vurdert gjentakelsesfaren som sterk, så både lagmannsretten og ankeutvalget la denne vurderingen til grunn.<sup>49</sup> En annen sak illustrerer også verdien av sakkyndige uttalelser. Lagmannsretten hadde lagt til grunn en rettspsykiatrisk erklæring om at gjentakelsesfaren for nye kriminelle handlinger var liten og ankeutvalget hadde dermed ikke funnet grunnlag for varetektsfengsling ved gjentakelsesfare<sup>50</sup>.

### **3.6 Hvor konkret må vurderingen av gjentakelsesfare være?**

Neste problemstilling er hvor konkret vurderingen av gjentakelsesfaren må være. Stilles det krav til at dommeren uttrykkelig konkretiserer hvilke kriminelle handlinger det er frykt for at siktede vil begå?

Av straffeprosessloven § 184 andre ledd, tredje punktum følger det at ”kjennelsen skal angi lovhjemmelen, kortfattet nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke, og for øvrig gjøre rede for grunnen til fengslingen”. Bestemmelsen gir

---

<sup>48</sup> Rt. 1999 s. 1801.

<sup>49</sup> Rt. 1987 s. 697.

<sup>50</sup> Rt. 2000 s. 522.

uttrykk for at gjentakelsesfaren må begrunnes konkret i det enkelte tilfellet. Det følger av rettspraksis at domstolene må foreta en selvstendig vurdering av vilkåret om gjentakelsesfare, herunder en selvstendig vurdering av bevistes styrke.<sup>51</sup> Fra juridisk teori heter det at det etter omstendighetene stilles relativt strenge krav til begrunnelsen.<sup>52</sup>

Videre viser rettspraksis at kravet til konkretisering av de kriminelle handlinger det er risiko for at begås, vil avhenge av forholdene i det enkelte tilfellet. Illustrerende er saken der siktede var inne i en aktiv kriminell periode.<sup>53</sup> Vedkommende hadde foretatt flere kriminelle handlinger fra september 1996 til april 1997, blant annet kjøp av mindre mengder narkotika, senere besittelse av narkotika, innbrudd og tyveri av ulike eiendeler. Siktede hadde også i amfetaminrus forsøkt å flykte fra politikontroll der tjenestemannen holdt i døren til føreriset og ble slept med 30-40 meter mens siktede svingte bilen hurtig fra side til side for å riste ham av. Ankeutvalget så at lagmannsretten ikke hadde konkretisert hvilke kriminelle handlinger det var sannsynlig at vedkommende kom til å begå eller når det var sannsynlig at de ville begå. Ankeutvalget anså ikke dette som nødvendig ettersom de kriminelle handlingene siktede var mistenkt for tilsa at det forelå sterk sannsynlighetsovervekt for at siktede ville begå lignende handlinger dersom han ble løslatt.

I Haidndommen ble kravet til konkretisering av den fremtidige forbrytelse beskrevet som “preventing a concrete and specific offence”<sup>54</sup>. Uttalelsen presiserer at det må foreligge konkrete holdepunkter for at siktede vil begå ny kriminalitet om han løslates. Dommen gjaldt en person siktede for voldtekt av sin elskerinnes tolvårige datter. Siktede var tidligere straffedømt for seksuelle overgrep mot en mindreårig jente. Likt som i norsk rettspraksis viser uttalelsen fra EMD at varetektsfengslingen må være basert på en konkret og spesifikk fare for gjentakelse. Dette tilsier at det stilles strenge krav til vurderingen av om omstendighetene i saken er tilstrekkelige for å kunne fastslå sterk sannsynlighetsovervekt. I Haidn-dommen forelå det brudd på EMK art. 5 første ledd bokstav (c) fordi de fremtidige handlingene man fryktede at siktede ville begå, ikke var spesifikt angitt med hensyn til sted, tid, utøvelse og ofre.

---

<sup>51</sup> Rt-1998-155.

<sup>52</sup> Bjerke, Keiserud og Sæther I, side 626-627.

<sup>53</sup> Rt. 1997 s. 928.

<sup>54</sup> Haidn v. Germany (2011), para 76.

Begrunnelsen for gjentakelsesfaren var dermed ikke ”sufficient”. Det kan utledes av dommen at konkretiseringskravet er svært strengt og at begrunnelsen for gjentakelsesfaren er strengere enn hva som kan utledes av norsk rettspraksis fra ankeutvalget jf. dommen nevnt ovenfor om siktede som var inne i en aktiv kriminell periode.

I Yuriy Yakovlev-dommen var siktede mistenkt for å ha tatt i mot bestikkelser og for misbruk av stilling mot en rekke tjenestemenn. Den nasjonale domstolen hadde lagt vekt på gjentakelsesfaren som et av flere grunnlag for varetektsfengslingen.<sup>55</sup>

Imidlertid inneholdt ikke fengslingskjennelsene noen spesifikke momenter som begrunnelse for at det forelå gjentakelsesfare. På generelt grunnlag hadde den nasjonale domstolen nevnt at når en person blir gjort kjent med siktelsen mot ham, så oppstår det fare for at siktede vil gjenta forbrytelsene. EMD var ikke enig i at dette var en ”sufficient” konkretisering av gjentakelsesfaren og det ble derfor funnet brudd på EMK art. 5 første ledd bokstav (c).

### **3.7 Vurderings karakter – hvor sikker kan en bli?**

Som vist ovenfor, beror vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare på ulike momenter som kan fungere som en indikator for om det er stor sjanse for at siktede vil begå ny kriminalitet dersom han løslates. En problemstilling som reises er; hvor sikker kan dommeren være på at avgjørelsen om at det foreligger tilstrekkelig gjentakelsesfare er riktig?

Allerede under lovforberedelsen til lovendringen i 1985 var man klar over at det var svært vanskelig å forutsi om risikoen for gjentakelse var reell eller ikke.<sup>56</sup> I forarbeidene til loven så man blant annet til en offentlig utredning om strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner.<sup>57</sup> Utredningen inneholdt uttalelser knyttet til sikring og forvaring av personer som hadde sonet ferdig sin fengselsstraff.<sup>58</sup> Et av temaene var hvorvidt den innsatte som var idømt alvorlige volds- og sedelighetslovbrudd skulle idømmes forvaring basert på gjentakelsesfare. Forvaring og varetektsfengsling ved gjentakelsesfare er forskjellige ved at det i første tilfelle innebærer at skyldspørsmålet er avgjort i disfavør av siktede mens for

---

<sup>55</sup> Yuriy Yakovlev v. Russia (2010)

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-1984), s. 29.

<sup>57</sup> NOU 1974: 17 s. 123.

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-1984), s. 29.

varetektsfengsling ved gjentakelsesfare foreligger kun mistanke om at en straffbar handling er begått. Videre er fengslingsperioden i sistnevnte tilfelle som oftest kun noen få uker, og i noen få tilfeller frem til hovedforhandling. Ved forvaring innebærer fengslingsperioden som oftest flere års fengsel. Imidlertid er likheten mellom de to at dommerens oppgave består i å bedømme prognosen for en persons fremtidige straffbare handlinger.

Både flertallet og mindretallet i utredningen mente at det var meget vanskelig å forutsi gjentakelsesfaren dersom gruppen av lovovertrедere som har begått alvorlige voldskrenkelser vurderes samlet.<sup>59</sup> I lovforarbeidene vises det også til Kriminalmeldingen, der Justisdepartementet var skeptisk til mulighetene for å kunne forutsi fare for gjentakelse basert på tidligere kriminalitet og en personlighetsvurdering. Imidlertid uttalte de også at gjentakelsesfaren hos lovovertrедere av alvorlige voldsforbrytelser ikke var like vanskelig å avgjøre.<sup>60</sup> Dette til tross for at en annen offentlig utredning om gjentakelsesfare knyttet til forvaring presiserte at det ikke foreligger en vitenskapelig fundert metodikk som kan identifisere disse.<sup>61</sup> Imidlertid viser alle de nevnte utredningene at når det gjelder alvorlige voldsforbrytelser, herunder forbrytelser mot liv, helse og frihet, så kan lovbruddets karakter trekke i retning av at det foreligger tilstrekkelig sterk sannsynlighet for gjentakelsesfare. Dette henger sammen med at det beste grunnlaget dommeren har for å forutsi gjentakelsesfare hos en person når det gjelder forvaring, er i de tilfeller hvor forbryteren tidligere har begått flere alvorlige forbrytelser.<sup>62</sup> Selv om uttalelsene dreier seg om særreaksjoner ved forvaring av straffedømte og tvunget psykisk helsevern, har synspunktene overføringsverdi til varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. I varetektstilfellene vil dommeren være klar over siktedes kriminelle historikk og som gjennomgått rettspraksis viser vil alvorlighetsgraden ha betydning for risikovurderingen. Risikoen mot samfunnets behov for beskyttelse blir i slike tilfeller så stor at det er nødvendig å ilegge en reaksjon, til tross for at det ikke er mulig å forutsi gjentakelsesfaren med fullstendig sikkerhet.

### **3.8 Sammenligning til reglene om forvaring**

---

<sup>59</sup> NOU 1974: 17 s.123.

<sup>60</sup> St.meld. 104 (1977-78) s. 131.

<sup>61</sup> NOU 1990: 5 s. 105.

<sup>62</sup> NOU 1990: 5 s. 105.

Oppgaven vil i det følgende sammenligne strukturen i reglene om forvaring i straffeloven § 40 med adgangen til varetektsfengsling etter strpl. § 171 nr. 3.

Reglene om forvaring finnes i straffeloven § 40. Det følger av bestemmelsens første ledd at dersom fengselsstraff ikke er tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet, kan forvaring idømmes når lovbryteren finnes skyldig i å ha begått eller forsøkt å begå et voldslovbrudd, et seksuallovbrudd, en frihetsberøvelse, en ildspåsettelse eller et annet lovbrudd som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare og vilkårene i annet eller tredje ledd er oppfylt. Bestemmelsen for forvaring oppstiller en rekke konkrete vilkår som må oppfylles for at forvaring skal kunne idømmes. Det kreves brudd på bestemte straffebud, herunder forbrytelser mot liv, helse og frihet, slik at ikke ethvert lovbrudd kan medføre forvaring.

Om tilbakefallsfaren ved forvaring skal gjentakelsesfaren være ”kvalifisert og på domstidspunktet vurderes som reell”.<sup>63</sup> Det skal legges vekt på tidligere kriminalitet. Vurderingstemaet har likhetstrekk med vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare ved varetektsfengsling. Imidlertid innebærer forvaring fengsel i mange år, og tilbakefallsfaren må dermed eksistere i den tiden forvaringen skal gjelde.<sup>64</sup> Dette er tilsvarende som ved varetektsfengsling ved gjentakelsesfare, hvor det er tiden frem til hovedforhandling som er aktuell for varetektsfengsling. Selv om denne kan ligge år frem i tid, vurderes fengslingsspørsmålet hver fjerde uke jf. strpl. § 185 andre punktum. Vurderingen av forvaring foretas også etter at straffen er sonet, for å se om tiltalte fortsatt utgjør en gjentakelsesfare. I slike tilfeller ligger det straffbare forholdet ofte langt tilbake i tid, og der siktede ikke har vært eksponert for sitt vanlige miljø. Det innebærer at vurderingen blir mer usikker. Ved varetektsfengsling vil det straffbare forholdet være relativt ferskt og siktedes personlige forhold vil vurderes ut i fra situasjonen ved begjæring om varetektsfengsling. At vurderingsmomentene er såpass tidsnært knyttet til livet siktede levde før pågripelsen, gjør at vurderingen er mer sikker.

Dersom siktede er under 18 år, kan forvaring ikke idømmes med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter. Sammenlignet med reglene for varetektsfengsling stilles det også strengere krav for personer under 18 år. Dette

---

<sup>63</sup> Ot.prp.nr.87 (1993-94) jf. Rt. 2002 s. 889.

<sup>64</sup> Rt. 2002 s. 899.

innebærer at risikovurderingen er mer krevende når vedkommende er under 18 år enn når han er voksen.

Av strl. § 40 annet ledd følger det at dersom lovbruddet er av alvorlig art, må det være en nærliggende fare for at lovbrøyteren på nytt vil begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd. Dersom lovbruddet var av mindre alvorlig art, kreves det av bokstav a at lovbrøyteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd. Av bokstav b må det antas å være en nær sammenheng mellom det tidligere og det nå begåtte lovbruddet. Av bokstav c må faren for tilbakefall til et nytt alvorlig lovbrudd være særlig nærliggende. Bestemmelsen viser at dersom det er tale om et alvorlig lovbrudd krever sannsynlighetsvurderingen for nye lovbrudd mot liv, helse og frihet at det foreligger nærliggende fare. Kravet til sannsynligheten for at nye forbrytelser vil begås er at faren må være kvalifisert og reell.

Ved vurderingen av faren for tilbakefall etter annet og tredje ledd skal det legges vekt på det begåtte lovbruddet sammenholdt særlig med lovbrøyterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne jf. § 40 fjerde ledd. For saker som nevnt i annet ledd skal det særlig legges vekt på om lovbrøyteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd.

Før dom på forvaring avsies, skal det foretas personundersøkelse av den siktede. Retten kan bestemme at den siktede skal underkastes rettspsykiatrisk undersøkelse i stedet for eller i tillegg til personundersøkelsen.

Bestemmelsen viser tydelig at faregraden vil variere etter hvor alvorlig handlingen som er begått er, og etter hvor alvorlige handlinger det er fare for. Videre vil tidligere domfellelser, og tiltaltes personlighet være relevante for vurderingen. Ut i fra bestemmelsens oppbygning ligner den på vurderingen som foretas ved varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. Også i denne vurderingen varierer kravet til sannsynlighetsovervekt avhengig av arten av forbrytelsen som er begått og som fryktes i fremtiden. Imidlertid er ulikhetene at bestemmelsen for forvaring har lovfestet disse vilkårene som krav for at det skal kunne idømmes, mens vilkårene for gjentakelsesfare er et produkt av rettskildefaktorer som forarbeider, Høyesterettspraksis og juridisk teori som omhandler spørsmålet. Det kan stilles spørsmål ved om det ville medført en økt grad av rettsikkerhet dersom retningslinjene

for når det foreligger tilstrekkelig gjentakelsesfare hadde vært lovfestet på samme måte som vilkårene for forvaring. Denne problemstillingen drøftes nærmere i oppgavens punkt 5.

### **3.9 Hva er årsaken til at det er de plagsomme som i hovedsak blir varetektsfengslet for gjentakelsesfare?**

Neste problemstilling er hvorfor kriminelle gjengangere oftest blir varetektsfengslet på grunnlag av gjentakelsesfare. Varetektsfengsling ved gjentakelsesfare har et vidt virkeområde, hvilket er resultatet av et politisk ønske om å bøte på gjengangerkriminalitet innen mindre alvorlig kriminalitet.<sup>65</sup> For at forbrytelsene denne gruppen ofte var mistenkt for skulle kunne utgjøre grunnlag for varetektsfengsling ble strafferammen satt til “høyere straff enn fengsel i seks måneder” jf. strpl. § 171 første ledd.

Residivistsaken<sup>66</sup> er illustrerende. Lagmannsretten kom til at det spesielle vilkåret for gjentakelsesfengsling var oppfylt, men mente at det ville være uforholdsmessig å fengsle siktede. Bakgrunnen var at siktede finansierte sitt narkotikaforbruk ved salg av amfetamin. Lagmannsretten uttalte at det at “man ikke oppnår annet enn en midlertidig «renovasjonseffekt», kan tilsi at varetektsfengsling kan være mindre hensiktsmessig for rusmisbrukere som selger for å finansiere eget forbruk.”

Ankeutvalget mente imidlertid at konsekvensen av lagmannsrettens lovtolkning ville kunne bli “at det blir uforholdsmessig vanskelig å varetektsfengsle aktive, residiverende siktede.” Mistenkte ble derfor varetektsfengslet for gjentakelsesfare selv om det var risiko for at det eneste man oppnådde var en forskyvning av tidspunktet for når mistenkte ville fortsette kjøp og salg av narkotika. Saken belyser at det politiske ønsket blir innfridd når en gjengangerkriminell innen mindre alvorlig kriminalitet varetektsfengsles.

Sammenlignet med varetektsfengsling ved bevisforspillelsesfare, vil ikke gjentakelsesfaren reduseres under varetektsfengslingen på samme måte som risikoen for bevisforspillelse vil reduseres underveis i etterforskningen. Av den grunn risikerer siktede å sitte lengre varetektsfengslet ved gjentakelsesfare. Ved varetektsfengsling på bakgrunn av bevisforspillelsesfare kan siktede risikere alt fra 6 måneder og høyere

---

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 81 (1999-2000), s. 10, med henvisning til Innst. O. nr. 63

<sup>66</sup> Rt. 2011 s. 221.



straff til mange år i fengsel, men likevel sitte kortere i varetekt enn en som er gjengangerkriminell innen mindre alvorlig kriminalitet som tyveri, bilbruktstyveri, og mindre narkotikaforbrytelser. Selv om reglene om fradrag for varetekt medregnes ved straffutmålingen, kan det stilles spørsmål ved om det er problematisk at forbryteren har sonet fengselsstraff før skyldspørsmålet avgjøres i dom. I slike tilfeller vil varetektsfengslingen kunne gi inntrykk av at siktede har sonet en forhåndsstraff.

### **3.10 Hvem har ansvaret for at gjentakelsesfare foreligger?**

Neste spørsmål er hvem som må påvise at siktede utgjør gjentakelsesfare. Spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig gjentakelsesfare skal besvares av påtalemyndighetene ved at de viser hvilke relevante momenter som tilsier at siktede vil begå ny kriminalitet dersom han løslates. Bevisbyrde er et begrep som brukes under hovedforhandling der påtalemyndigheten må bevise utover enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig i straffespørsmålet. Begrepet er ikke helt dekkende for den oppgaven påtalemyndighetene utfører ved spørsmål om gjentakelsesfare all den tid det er tale om en fremtidsrettet risikovurdering. Påvisningsbyrde kan brukes som et begrep der påtalemyndighetene må påvise at de relevante momentene for det enkelte tilfellet samlet tilsier at tilstrekkelig gjentakelsesfare foreligger.

I storkammerdommen *Idalov mot Russland* krevde EMD at “Justification for any period of detention, no matter how short, must be convincingly demonstrated by the authorities”.<sup>67</sup> Dommene gir uttrykk for at det er staten som har påvisningsbyrden for at varetektsfengsling kreves for å unngå at siktede begår en konkret forbrytelse. Dette innebærer at EMD ser til det konkrete fengslingsgrunnlaget påtalemyndigheten mener er oppfylt og vurderer om det er oppfylt innenfor rammene i EMK art. 5 bokstav c jf. art. 5 nr. 3. Sammenlignet med den norske hjemmelen har også påtalemyndigheten påvisningsbyrden for at det er tale om en konkret forbrytelse. Dette kommer til uttrykk ved at påtalemyndigheten må påvise risiko for “en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder” jf. strpl. § 171 første ledd.

I Ildpåsettelsessaken mente ankeutvalget at lagmannsretten hadde forstått reglene for gjentakelsesfengsling riktig når det ble siktedes oppgave å avklare sin psykiske situasjon ytterligere og eventuelt også oppnå “sikrere bedring i form av uttalt

---

<sup>67</sup> *Idalov v. Russia* (2012) para 140.

stabilisering over tid”.<sup>68</sup> Inntil dette kunne bevises mente domstolene at det fortsatt var sterk grad av sannsynlighetsovervekt for nye straffbare handlinger dersom siktede ble løslatt. Det kan stilles spørsmål ved ankeutvalgets beslutning i denne saken. I følge Havre snus påvisningsbyrden i denne saken fra at staten må positivt begrunne inngrepet i frihetsrettigheten, til at siktede må vise at han ikke vil begå nye forbrytelser.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Rt. 2002 s. 813.

<sup>69</sup> Havre s. 169.

# 4 Nødvendighets- og forholdsmessighetskravet til varetektsfengsling ved gjentakelsesfare

## 4.1 Generelt om vurderingen

Når vilkårene i strpl. § 171 nr. 3 om varetektsfengsling ved gjentakelsesfare er oppfylt ”kan” siktede fengsles jf. strpl. § 184 annet ledd første punktum. Det innebærer at selv om vilkårene for varetektsfengsling ved gjentakelsesfare i strpl. § 171 nr. 3 er oppfylt, innebærer ikke det automatisk varetektsfengsling. Det er bestemmelsen i strpl. § 170a som legger føringer for når siktede kan varetektsfengsles og som denne delen av oppgaven skal behandle. Oppgaven vil i punkt 4.2 behandle nødvendighets- og rimelighetsbegrensninger, herunder bruk av surrogater i punkt 4.2.1 og hvilke betydning siktedes alder har i punkt 4.2.2. Til sist i punkt 4.3 vil forholdsmessighetsvurderingen behandles nærmere, herunder risikoen for oversoning i punkt 4.3.1.

## 4.2 Er det nødvendig å bruke varetektsfengsling ved gjentakelsesfare?

Det følger av strpl. § 170a første punktum at ”Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Ordlyden gir inntrykk av en rimelighet- og nødvendighetsbegrensning. I henhold til forarbeidene er dette en av begrensningene strpl. § 170a oppstiller. EMD oppstiller et krav til ”sufficient and relevant” begrunnelse som gjelder for rimelighet- og nødvendighetsbegrensningen.<sup>70</sup> I tillegg krever Grunnlovens § 94, annet ledd at ”frihetsberøvelsen må være nødvendig(...)”. Vilåret gir også uttrykk for nødvendighet- og rimelighetsprinsippet som innebærer at det minste onde må anvendes. Bestemmelsen tar opp de krav som stilles til varetektsinngrepets materielle legitimitet i strpl. § 170a og EMK art. 5 nr. 3, men har

---

<sup>70</sup> Havre s. 35.

et videre virkeområde enn disse bestemmelsene, da den gjelder for alle frihetsberøvelser.<sup>71</sup>

#### **4.2.1 Varetektssurrogat**

Spørsmålet som reises er hva som utgjør innholdet i en rimelighet- og nødvendighetsbegrensning. Det følger av strpl. § 184 annet ledd første punktum at varetektsfengsling kun kan benyttes dersom formålet ”ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188”. Av bestemmelsen følger det at i stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, herunder meldeplikt, innlevering av pass, førerkort og lignende. Av § 188 annet ledd kan retten treffe beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet i stedet for fengsling. Som vist tidligere i oppgaven er mange av personene som varetektsfengsles ved gjentakelsesfare ofte psykisk syke og har et rusproblem. For dem kan plassering på rehabiliteringsinstitusjon eller daglig meldeplikt være et tilstrekkelig tvangsmiddel for å unngå at de begår en ny forbrytelse med en strafferamme på mer enn 6 måneder. Plassering på institusjon krever imidlertid samtykke fra kommunen eller institusjonen. Retten kan dermed ikke pålegge kommunen kostnader for dette.

I vurderingen av om varetektsfengsling er nødvendig må det tas stilling til hvilke alternativer som er reelle i det konkrete tilfellet. EMD uttalte i en dom at staten har en plikt etter art. 5 nr. 3 til å vurdere ”alternative ways of ensuring his or her appearance at trial”. I dette kravet ligger at staten må vise til hvorfor alternativer til varetektsfengsling ikke kan oppnå det samme formålet.<sup>72</sup> Dersom dommeren finner at vilkårene for institusjonsplassering er oppfylt etter strpl. § 188 annet ledd, og man vil oppnå samme formål som ved varetekt, vil ikke det være ”nødvendig” eller ”rimelig” at siktede blir varetektsfengslet jf. Grunnloven § 94 annet ledd. I et slikt tilfelle vil det derfor ikke foreligge ”tilstrekkelig grunn til” å beslutte varetektsfengsling jf. strpl. § 170a.

Spørsmålet som reises er hvordan dommeren i praksis finner ut om det foreligger ”tilstrekkelig grunn” til å varetektsfengsle siktede for gjentakelsesfare jf. strpl. § 170a første punktum.

---

<sup>71</sup> Havre s. 34.

<sup>72</sup> Vladimir Solovyev v. Russia (2007), para 117.

I en sak for ankeutvalget var siktede domfelt 12 ganger i tidsrommet 1989 til 1999, hovedsakelig for vinnings- og narkotikarelatert kriminalitet. De forhold han var siktet for var begått under prøveløslatelse og gjaldt to forsøk på grovt tyveri og ett naskeri. Verken domfellelsene eller de siktede forhold gjaldt alvorlig kriminalitet, men hyppigheten i lovbruddene tilsa i dette tilfellet en sterk sannsynlighetsfare for gjentakelse. Kjennelsen viste videre at fengslingsurrogater ikke var anvendbare for siktede.

Saken viser at kravet om ”tilstrekkelig grunn” i strpl. § 170a i praksis innebærer en prosessuell regel om at varetektsfengslingen må tilstrekkelig begrunnes i kjennelsen. Ved å begrunne fengslingen på denne måten tar dommeren indirekte stilling til at inngrepet er nødvendig og rimelig, men uten å eksplisitt oppstille dette som vurderingstema. Dette henger sammen med at både etter EMK art. 5, nr. 3 og strpl. § 170a skal dommeren foreta en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering av om det kan varetektsfengsles i det enkelte tilfellet.

I Khodorkovskiy-dommen uttalte EMD at art. 5 nr. 3 setter skranker for hvilke formål som legitimerer varetektsfengsling og begrunnelsen for denne. I art. 5, nr. 3 heter det at siktede ”skal ha rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller til løslatelse under saksforberedelsen.” EMDs praksis viser at utgangspunktet for bestemmelsen er at siktede skal løslates når varetektsfengsling ikke er nødvendig jf.

Neumeisterdommen.<sup>73</sup>

Bestemmelsen innebærer at det må vurderes hvorvidt statens grunner for varetektsfengslingen er rimelige, herunder om det var nødvendig med varetekt eller om det fantes relevante alternativer og om varetektsoppholdet hadde en rimelig lengde. Dersom staten ikke består disse testene viser praksis fra EMD at ”sufficient and relevant” begrunnelse ikke foreligger. Vurderingstemaet er om rettigheter staten har ansvar for å sikre, veier tyngre enn siktedes bevegelsesfrihet. I EMDs praksis uttrykkes dette som at ”continued detention can be justified in a given case only if there are specific indications of a genuine requirement of public interest which, (...) outweighs the rule of respect for personal liberty laid down in Article 5.”<sup>74</sup> Videre uttaler EMD at basert på den begrunnelsen staten gir for varetektsinngrepet, må det

---

<sup>73</sup> Neumeister v. Austria (1969) para 2, senere oppfulgt i McKay v. The United Kingdom GC, (2006).

<sup>74</sup> Kudla v. Poland, GC (2000), para 106.

vurderes om disse ”justify the deprivation of liberty.”<sup>75</sup> Dersom samfunnsbehovet ikke er sterkt nok i det enkelte tilfellet, foreligger ikke ”sufficient and relevant” begrunnelse, hvilket innebærer krenkelse av EMK, art. 5, nr. 3.

#### **4.2.2 Når mistenkte er mindreårig**

Som vist ovenfor viser rettspraksis at alderen til siktede spiller inn på vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare etter strpl. § 171 nr. 3. I strpl. § 184 annet ledd, annet punktum heter det at ”Personer under 18 år skal ikke fengsles hvis det ikke er tvingende nødvendig”. Av forarbeidene følger det at begrepet ”tvingende nødvendig” er et absolutt krav om at det ikke finnes noe alternativ til å varetektsfengsle siktede.<sup>76</sup>

Dette er av hensyn til at unge personer opplever fengsling som en større belastning enn voksne. Ved fengsling av barn vil interessevurderingen stå mellom statens interesse, frihetsinteressen og barnets beste jf. barnekonvensjonen art. 3 jf. strpl. § 170a, jf. mrl. § 2 og 3. At hensynet til barnets beste skal med i vurderingen følger også av Grunnloven § 104. I en sak fra ankeutvalget måtte det påvises at det var forsøkt alternativ plassering av den siktede ungdommen uten hell. Videre måtte siktedes alder vurderes opp mot bruken av varetektsfengsling<sup>77</sup>. Dette er momenter som ikke vurderes ved gjentakelsesfengsling av voksne.

### **4.3 Kravet til begrunnelse**

Som nevnt i punkt 3.6 stiller § 184 annet ledd krav til begrunnelsen av kjennelsen. Av bestemmelsen følger det også at ”fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep.” Kravene innebærer at dommeren må redegjøre for grunnen til fengslingen og forklare hvorfor det ikke er et uforholdsmessig inngrep. Bakgrunnen for kravet til begrunnelse er et saksbehandlingskrav, ved at ankeutvalget skal kunne prøve saksbehandlingen i tidligere instans jf. strpl. § 388 første ledd nr. 2. I tillegg er formålet å skape større sikkerhet for at varetektsfengsling ikke ble benyttet i større utstrekning enn loven tillater. Dette hever rettssikkerheten for varetektsfengsling ved at det blir lettere å etterprøve om vurderingen er i tråd med gjeldende rett. Imidlertid følger det av forarbeidene at denne vurderingen kan være vanskelig i en del saker, og kravet til

---

<sup>75</sup> Kudla v. Poland, GC (2000), para 11.

<sup>76</sup> Prop. 135 L (2009-2011) s. 171.

<sup>77</sup> Rt. 2012 s. 274.

begrunnelsen for hvorfor inngrepet ikke er uforholdsmessig vil dermed variere avhengig av sakstype.<sup>78</sup>

#### **4.4 Hvilke krav stilles til forholdsmessigheten av å bruke varetektsfengsling ved gjentakelsesfare?**

##### **4.4.1 Generelt om vurderingen**

Forholdsmessighetskravet som stilles i strpl. § 170a er at tvangsmidlet ikke kan brukes når det etter ”sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep”.

I tillegg til rimelighet- og nødvendighetsbegrensningen er dette den andre begrensningen i strpl. § 170a.<sup>79</sup> Bestemmelsen gir uttrykk for at myndighetens maktutøvelse overfor borgerne alltid skal stå i forhold til det mål som ønskes oppnådd. Interessevurderingen må dermed resultere i disfavør av siktedes interesse og i favør av det hensyn myndighetene søker å ivareta. Først og fremst er siktedes viktigste interesse bevegelsesfriheten. Dette er en grunnleggende menneskerettighet, beskyttet i EMK art. 5 og SP art. 9 og i Grunnlovens § 94. Tap av bevegelsesfriheten innebærer i tillegg flere negative konsekvenser for siktede og siktedes familie. Myndighetenes interesse ved gjentakelsesfare er å beskytte samfunnet mot at mistenkte foretar forbrytelser i tiden frem til hovedforhandling. Staten er positivt forpliktet til å beskytte de rettsgoder mistenkte måtte utgjøre en trussel mot etter EMK art. 1 og Grunnloven § 92.

##### **4.4.2 Når er det forholdsmessig å varetektsfengsle ved gjentakelsesfare?**

Vilkåret ”sakens art” gir uttrykk for at det er de konkrete forhold i saken som må vurderes. Likt som i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt for gjentakelsesfare, må de konkrete omstendighetene i saken vurderes. Er det mistanke om en alvorlig forbrytelse og det er fare for at siktede vil begå en ny straffbar handling av alvorlig karakter, taler ”sakens art” for at varetektsfengsling ikke er et uforholdsmessig inngrep.<sup>80</sup> EMD krever at det må være en sannsynlig fare, og at tvangsmiddelet må være proporsjonalt med denne faren.

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) s. 28.

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 64 (1998-1999), under punkt 3. 4., s. 17.

<sup>80</sup> Bjerke, Keiserud og Sæther I, s. 611.

Clooth mot Belgia viser at forholdsmessigheten er et verktøy for å avgjøre om varetektsfengsling er adekvat i forhold til gjentakelsesfare.<sup>81</sup> Dette perspektivet er også uttrykt i forarbeidene og viser at hensynet til trygghet i samfunnet veier i slike tilfeller tyngre enn friheten til siktede, for selv om dommeren ikke helt sikkert kan forutsi gjentakelsesfaren, så blir siktede varetektsfengslet fordi hensynet til trygghet i samfunnet veier tyngre enn siktedes rett til frihet.<sup>82</sup>

Ordlyden av ”forholdene ellers” tilsier at omstendighetene i saken kan være relevante for avgjørelsen. Det vil bero på sakens konkrete forhold hvilke momenter som vektlegges i denne vurderingen, som har ført til at det i rettspraksis er utarbeidet en rekke ulike momenter som kan ha betydning. Det er siktedes livssituasjon ut i fra et nåtidsperspektiv som er utgangspunktet. Siktedes sosiale og personlige forhold, herunder alder, helsetilstand, familieforhold og forsørgelsesbyrde skal tillegges vekt.<sup>83</sup> En sak fra 2017 handlet om at siktede som hadde ADHD ikke fikk medisiner og helsemessig oppfølging under varetektsoppholdet. Dette er et forhold av betydning ved forholdsmessighetsvurderingen, og kjennelsen ble opphevet når lagmannsretten ikke la vekt på dette i forholdsmessighetsvurderingen.<sup>84</sup>

Videre vil det være relevant om fengslingen innebærer at siktede mister sitt arbeid, går glipp av inntekter og utdanning.<sup>85</sup> Videre er relevante momenter subjektiv skyld, sakens alvor og om forbrytelsen bærer preg av å være et enkelttilfelle.<sup>86</sup>

Ankeutvalgets praksis om varetekt ved gjentakelsesfare viser at det er vurderingen av hvilket rettsgode som trues og hvordan denne faren ser ut i øyeblikket som avgjør varetektsfengslingens lengde.<sup>87</sup> I en sak for ankeutvalget hadde siktede tidligere blitt dømt til forvaring og påtalemyndighetene hadde i tiltalebeslutningen tatt forbehold om å nedlegge påstand om forvaring for det mistenkte forhold. I lagmannsrettens kjennelse om løslatelse av siktede, hadde de ikke vurdert særskilt betydningen av disse momentene. Ankeutvalget mente at disse forhold måtte tas i betraktning i

---

<sup>81</sup> Clooth v. Belgium (1991), para 41.

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s. 29.

<sup>83</sup> Bjerke, Keiserud og Sæther I, s. 612-613.

<sup>84</sup> HR-2017-2009-U.

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983.84) s. 33.

<sup>86</sup> NOU 1980: 28 s. 15.

<sup>87</sup> Rt. 1978 s. 880.



forholdsmessighetsvurderingen og vurderes opp mot statens plikt til å beskytte liv, helse og frihet, som er rettsgodene dom på forvaring er ment å beskytte.<sup>88</sup>

#### **4.4.3 Hvilke betydning har oversoning i forholdsmessighetsvurderingen?**

En problemstilling som reises er hvilke betydning eventuell oversoning har i forholdsmessighetsvurderingen. Oversoning inntreffer når siktede sitter varetektsfengslet lengre enn varigheten av den fengselsstraffen han blir dømt til. For å hindre oversoning er det derfor viktig å finne ut hvor lang straff siktede risikerer å bli dømt til. Et spørsmål som reises i denne forbindelse er hvilke periode som er utgangspunktet for varetektsfengslingen. I en sak for ankeutvalget ble det uttalt at forholdsmessighetsvurderingen skal ta utgangspunkt i at fengslingen vil bli forlenget fram til hovedforhandlingen.<sup>89</sup> Dersom hovedforhandlingen er berammet langt frem i tid, vil dermed siktede risikere å sitte varetektsfengslet lengre enn fengselsstraffen han kan bli dømt til.

Det følger imidlertid av sikker rettspraksis at forholdet mellom varetektstiden og fengselsstraffens lengde i tilfelle siktede blir funnet skyldig er et moment i forholdsmessighetsvurderingen.<sup>90</sup> Spørsmålet i denne forbindelse er hvor lang fengselsstraffen varer. Det følger av straffegjennomføringsloven § 42 at prøveløslatelse kan skje når domfelte har gjennomført to tredjedeler av straffen. Dette innebærer at siktede kan slippes ut før hele straffen er sonet. Rettspraksis fra ankeutvalget viser at tidspunktet for prøveløslatelse er et momentet som vurderes i forholdsmessighetsvurderingen. Dommeren skal vise at dette momentet er vurdert, men det er ikke til hinder for at varetektsfengslingen varer lengre enn dette tidspunktet.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Hr 2017-1679-u

<sup>89</sup> HR-2017-1837-U.

<sup>90</sup> Rt. 1998-1068.

<sup>91</sup> Rt. 1995-1786.

# 5 Forslagene til straffeprosesslovutvalget i NOU 2016:24

Det ble i 2014 nedsatt et offentlig utvalg som har kommet med et forslag til ny straffeprosesslov i NOU 2016: 24. Denne delen av oppgaven vil redegjøre for forslagene i punkt 5.1, og drøfte hvilke endringer som foreslås i punkt 5.2.

Lovforslaget har vært på høringsrunde, så oppgaven vil belyse et utdrag av høringsinstansenes meninger om forslaget. Delen av lovforslaget som er interessant for oppgaven er reglene om ”meldeplikt, pågripelse og fengsling” i lovforslagets kapittel 15. Det kan kort nevnes at forslagets § 14-1 viderefører kravet til skjellig grunn til mistanke for at tvangstiltak skal være aktuelt.

## 5.1 Varetektsfengsling ved gjentakelsesfare

Det er lovutkastets § 15-5 (2) som hjemler varetektsfengsling ved fare for ny straffbar handling. Det følger av bestemmelsen at ”Fengsling kan bare besluttes for å hindre at mistenkte på ny begår lovbrudd som utsetter noens liv, helse eller frihet for fare, eller ved gjentatte lovbrudd av samfunnsskadelig eller særlig plagsom art.”

Lovforslagets § 15-5 annet ledd virker dermed å oppstille et skille mellom siktede som har begått, og fryktes at vil begå alvorlig kriminalitet som truer liv, helse og frihet, og de plagsomme gjengangerkriminelle. For gjengangerne må de enten utgjøre en gjentatt samfunnsskade eller være særlig plagsomme. Det kan dermed tenkes at når vilkårene er så konkrete, så vil det være lettere å varetektsfengsle de formålet er ment å omfatte, og at andre kriminelle som faller utenfor denne fengslingsadgangen heller fanges av andre tvangsmidler som varetektssurrogater. Dette temaet behandles nærmere i punkt 5.3. I bemerkningene til lovutvalget heter det at felles for vurderingen om det foreligger ”fare for noens liv, helse eller frihet” eller ”samfunnsskadelig eller særlig plagsom art” er at forståelsen av vilkårene skal være lik vilkårene for å idømme overføring til tvungent psykisk helsevern jf. straffeloven § 62 første ledd.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> NOU 2016: 24

## 5.2 Strukturell sammenligning til straffeloven § 62

Spørsmålet som reises er hvordan vilkårene i straffeloven § 62 skal forstås. Bestemmelsen er bygget opp slik at det må foretas en vurdering av om det er nødvendig å iverksette en særreaksjon.<sup>93</sup>

### 5.2.1 De farlige forbryterne

Det første spørsmålet er hvordan ”på ny begår lovbrudd som utsetter noens liv, helse eller frihet” skal forstås. Etter ordlyden utelukkes mindre alvorlig kriminalitet, og setter fokuset på straffebudene som verner rettsgodene liv, helse og frihet. Dermed retter den seg mot farlige forbrytere der både mistanken og gjentakelsesfaren knytter seg til alvorlig kriminalitet. Bestemmelsen oppstiller konkrete krav til lovbruddet siktede er mistenkt for og til lovbruddet gjentakelsesfaren knytter seg til. Dette til forskjell fra dagens krav om at både mistanken og gjentakelsesfaren må dreie seg om en straffbar handling ”som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”. Kravene strammer dermed inn adgangen til å benytte varetektsfengsling ved gjentakelsesfare.

I henhold til proposisjonen til straffeloven § 62 er vurderingen av om vilkårene er oppfylt, skjønnsmessig. Relevante momenter ved vurderingen om tiltaket er nødvendig er ”hvor alvorlig kriminalitet som er begått, hvor stor sannsynlighet det er for ny kriminalitet, hvor alvorlige handlinger det er fare for, og hvilken sinnstilstand den tiltalte er i.”<sup>94</sup>

Sammenlignet med momentene som er utviklet i ankeutvalgets rettspraksis i varetektsspørsmålet, og som følger av forarbeidene til någjeldende strpl. § 171 nr. 3, vurderes de samme momentene i spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig gjentakelsesfare til at siktede kan varetektsfengsles jf. punkt 3. Proposisjonen gir dermed uttrykk for relevante momenter for vurderingen som knytter seg til et mer snevert vurderingstema enn etter någjeldende rett.

---

<sup>93</sup> Prop. 122 L (2014-2015) kap. 6, merknader til straffeloven § 2005 § 62.

<sup>94</sup> Prop. 122 L (2014-2015) kap. 6, merknader til straffeloven § 2005 § 62.

Rettspolitisk forening støtter i sitt høringssvar at det stilles konkrete krav til fare for noens "liv, helse eller frihet".<sup>95</sup>

Spørsmålet er hvilke terskel som ligger til grunn når vilkårene anses oppfylt. Ettersom reglene er lik de for tvungent psykisk helsevern er Høyesterettspraksis fra dette rettsområdet avgjørende for besvare spørsmålet.

Utdraget fra Høyesterettspraksis gjelder vilkårene etter straffeloven av 1902 § 39 nr. 1 bokstav a-f, den tidligere bestemmelsen som ble erstattet av dagens straffelov § 62.

Det følger av proposisjonen til den nye straffeloven at rettstilstanden er uendret. En sak i fra Høyesterettspraksis omhandlet en mann som hadde diagnosene paranoid schizofreni og dyssosial personlighetsforstyrrelse.<sup>96</sup> Han ble dømt til 10 års sikring etter straffeloven av 1902 § 39 nr. 1 bokstav a-f etter å ha knivstukket og skåret av hodet på en person, samt skåret hodet av en puddel, begge deler begått i psykose slik at han var strafferettslig utilregnelig jf. straffeloven av 1902 § 44 annet ledd.

Sikringsbemyndigelsen etter straffeloven av 1902 § 39 nr. 1 ble senere forlenget med 5 år. En ytterligere forlengelse med 3 år ble deretter påanket til Høyesterett.

Høyesterett fant ikke lengre grunn til at innsatte utgjorde en fare mot samfunnet, så lenge han fulgte et alternativt omplasseringstilbud. Saken viser at når det gjelder alvorlige forbrytelser, så er det ikke så vanskelig å komme frem til at det foreligger gjentakelsesfare for alvorlig kriminalitet. Det samme gjelder vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare ved varetektsspørsmålet jf. punkt 3.3.1. Imidlertid er det også forskjeller mellom disse to vurderingene. For det første omhandler en vurderingen av vilkårene i straffeloven § 62 som oftest en siktet person som lider av en alvorlig psykisk lidelse. Det gjør at rettspraksis innen dette spørsmålet i stor grad vektlegger siktedes psykiske forutsetninger ettersom hyppige problemer med psykose sier noe om risikoen for at tiltalte vil kunne begå nye kriminelle handlinger i en psykose. På den annen side har ofte siktede problemer med rus eller psyken ved varetektsspørsmålet også, men det er ut i fra rettspraksis ikke ofte tale om at den straffbare handlingen er begått i psykose. Videre er alternativene ved varetektsspørsmålet enten et varetektssurrogat som er mindre inngripende, eller løslatelse. Alternativet til tvungent psykisk helsevern er løslatelse eller et kommunalt

---

<sup>95</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-straffeprosesslov/id2522685/?uid=1f586c64-4cb8-4a90-8cb4-d99f1e99c11d>

<sup>96</sup> Rt. 2002 s. 990.

helsetilbud. Videre så blir spørsmålet om fortsatt tvungent psykisk helsevern tatt opp igjen etter så mange år der tiltalte har vært innlagt, til forskjell fra varetektsfengsling der spørsmålet tas opp hver andre eller fjerde uke. Gjentakelsesfaren i de to spørsmålene vil være påvirket av tiden som har gått, og en vurderingen om fortsatt tvungent psykisk helsevern vil vanskelig gi noe overføringsverdi i sammenligningen med en siktet som har sittet noen uker eller måneder i varetektsfengsel for gjentakelsesfare. Videre så gir saken fra Høyesterett uttrykk for at det er en høy terskel for å idømmes tvungent psykisk helsevern. Felles for begge vurderingene første gang spørsmålet om gjentakelsesfare foreligger er at siktedes situasjon kan vurderes konkret. Vedkommende personlighet, livssituasjon, tidligere kriminelle historikk og alder er momenter dommeren får oversikt over og som vil vektlegges i begge vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare.

### **5.2.2 De plagsomme forbryterne**

Alternativt kreves det at siktede har ”begått lovbrudd av samfunnsskadelig eller særlig plagsom art”. Spørsmålet er hvordan vilkårene skal forstås. Ordlyden gir her uttrykk for å rette fokuset mot de plagsomme kriminelle som ofte begår mindre alvorlig kriminalitet.

I proposisjonen til straffeloven § 62 heter det at kravet om gjentakelse markerer at det må dreie seg om mer enn ett lovbrudd. Som vist i punkt 3 kreves det etter någjeldende lov om varetektsfengsling ved gjentakelsesfare at siktede har en viss kriminell historikk for at gjentakelsesfengsling skal være aktuelt. Videre sier proposisjonen at kravet om at det må dreie seg om lovbrudd av samfunnsskadelig eller særlig plagsom art markerer at plagsom atferd i sin alminnelighet ikke skal kunne møtes med en særreaksjon. Det stilles dermed et kvalifiseringskrav til at atferden må være særlig plagsom. I vurderingen av om det foreligger samfunnsskadelig eller særlig plagsom atferd vil relevante momenter være hvor mange og hvor alvorlige lovbrudd som er begått, hvor omfattende konsekvensene og skadevirkningene av lovbruddene er, hvor hyppig de er begått, hvor lenge den kriminelle atferden har vedvart og om lovbruddene er begått mot samme fornærmede.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Prop. 122 L (2014-2015) kap. 6, merknader til straffeloven § 2005 § 62.

Om terskelen for å anse vilkårene oppfylt uttrykker proposisjonen at den skal være høy. ”Særreaksjon bør bare være aktuell i tilfeller hvor konsekvensene av at lovbruddene får fortsette er så merkbare og omfattende, at det fremstår som urimelig om samfunnet ikke skulle ha mulighet til å verne seg.”<sup>98</sup>

Agder lagmannsrett mener at vilkårene om ”gjentatte lovbrudd av samfunnsskadelig eller særlig plagsom art” blir en for stor begrensning når vilkårene skal legges på samme terskel som straffeloven § 62 første ledd, ettersom dette er en bestemmelse med høy terskel som er lite brukt i praksis.<sup>99</sup> Den norske advokatforeningen uttaler generelt om reglene om varetektsfengsling at det er problematisk dersom avgjørelser er ”basert på åpne og skjønnsmessige bestemmelser, uten at det oppstilles konkrete vilkår”.<sup>100</sup>

I en sak fra Høyesterettspraksis hadde en 20 år gammel mann vært straffedømt 10 ganger de siste 4 årene for vinningsforbrytelser og narkotikaovertridelser. Vedkommende var stoffmisbruker og foretok vinningsforbrytelsene for å få penger til å kjøpe narkotika. Forsvareren mente tiltalte ikke utgjorde en fare mot samfunnet ettersom tiltalte aldri hadde blitt dømt for voldsforbrytelser eller andre samfunnsfarlige lovovertridelser, men var en ordinær ungdomskriminell. Høyesterett kom frem til at hyppigheten i forbrytelsene og personlighetsendringen som følge av stoffmisbruket var tilstrekkelig grunnlag for å anse vedkommende som en fare mot samfunnet og idømte tvungent psykisk helsevern etter straffeloven av 1902 § 39 nr. 1a-e.<sup>101</sup>

Saken viser at terskelen er høy, når vedkommende hadde begått relativt mange forbrytelser i løpet av kort tid, og hans personlighetstrekk ikke ga noe signal om at den kriminelle aktiviteten ville opphøre. I proposisjonen ble det uttalt at mindre alvorlige integritetskrenkelser, som kroppskrenkelse, grov kroppskrenkelse og kroppsskade etter dagens straffelov §§ 271, 272 og 272, kunne oppfylle vilkårene til samfunnsskadelig eller særlig plagsom art”. Utvidelsen til ”samfunnsskadelig eller særlig plagsom art” skulle dermed fange opp hyppig lovbrudd som falt utenfor fare

---

<sup>98</sup> Prop. 122 L (2014-2015) kap. 6, merknader til straffeloven § 2005 § 62.

<sup>99</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-straffeprosesslov/id2522685/?uid=ee4d16c7-4ba1-48c6-8739-94f8f47e044d>

<sup>100</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-straffeprosesslov/id2522685/?uid=ee4d16c7-4ba1-48c6-8739-94f8f47e044d>

<sup>101</sup> Rt. 1982 s. 1594.

mot ”liv, helse eller frihet”. Dette viser at endringene medfører en betydelig innstramning i dagens rettstilstand.

Oppgaven vil videre omhandle lovutvalgets forslag til hvordan surrogater til varetektsfengsling kan benyttes når det foreligger gjentakelsesfare.

### **5.3 Lovutvalgets forslag til varetektssurrogat**

I lovforslaget presenteres en rekke varetektssurrogat i forslaget § 15-1 (1).

Spørsmålet som reises er hvilke varetektssurrogat som kan benyttes istedenfor varetektsfengsling ved gjentakelsesfare. I § 15-5 (1) heter det at ”Er det påkrevd for å hindre at mistenkte på ny begår en straffbar handling, kan det besluttes tiltak som angitt i § 15-1 første ledd. Bestemmelsen § 15-1 første ledd lister opp flere tvangsmidler som kan iverksettes. Det følger av bestemmelsen at det kan besluttes at vedkommende skal ”a) innlevere pass, førerkort eller lignende dokument, b) fremstille seg for politiet eller andre til bestemte tider, c) oppholde seg et bestemt sted, stå under tilsyn av eller pålegges kontakt med Kriminalomsorgen, barnevernet eller andre, følge undervisnings- eller behandlingsopplegg eller gis andre passende pålegg”. Videre kan det besluttes at vedkommende skal ”d) unnlate å oppsøke bestemte steder eller personer eller pålegges andre passende begrensninger, e) stille sikkerhet, jf. § 15-19, f) pågripes, eller, g) fengsles.” Av § 15-1 siste punktum følger det at ”Ved pålegg etter bokstav c og d kan det besluttes at mistenkte skal undergis elektronisk kontroll”.

Spørsmålet som reises er hvordan dommeren avgjør hvilket tvangsmiddel siktede skal illegges etter § 15-1 bokstav a-g. I § 15-5 annet punktum heter det at ”ved vurderingen skal det særlig legges vekt på karakteren av det lovbruddet mistanken gjelder, og mistenktes tidligere adferd.” Bestemmelsen åpner her for å vektlegge momenter som er utarbeidet i rettspraksis fra ankeutvalget i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig gjentakelsesfare, og som er presisert i forarbeidene. Som vist i oppgavens punkt 3 utgjør karakteren av lovbruddet og mistenktes kriminelle historikk vesentlige momenter i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig sannsynlighetsfare til å anvende varetektsfengsling. At vilkårene er eksplisitt regulert i loven, innebærer en høyere grad av rettssikkerhet, da dommeren er nødt å anvende vilkårene fra loven på

det konkrete tilfellet, fremfor at disse bare utgjør noen av flere momenter som skal vektlegges i vurderingen.

### **5.3.1 Hvilke varetektssurrogat er særlig aktuell istedenfor varetektsfengsling ved gjentakelsesfare?**

Videre er spørsmålet hvilket varetektssurrogat som er særlig aktuelt å iverksette overfor siktede som utgjør en gjentakelsesfare. Utvalget tar til orde for at elektronisk kontroll (fotlenke) skal fungere som varetektssurrogat og er listet som et tvangsmiddel i forslaget § 15-1 første ledd bokstav c og d jf. annet punktum.

Etter lovforslaget kan fotlenke iverksettes når siktede får pålegg om å ”oppholde seg et bestemt sted, stå under tilsyn av eller pålegges kontakt med Kriminalomsorgen, barnevernet eller andre, følge undervisnings- eller behandlingsopplegg eller gis andre passende pålegg” jf. § 15-1 første ledd bokstav c) jf. annet punktum. Eller dersom siktede får pålegg om å ” unnlate å oppsøke bestemte steder eller personer eller pålegges andre passende begrensninger” jf. § 15-1 første ledd bokstav d) jf. annet punktum.

Øst politidistrikt mener elektronisk kontroll er et svært egnet ”varetektsurrogat”, og noe som vil kunne redusere behovet for fengsling betydelig i saker med gjentakelsesfare, for eksempel i saker om brudd på besøksforbud. Videre har ikke politidistriktet noe i mot at reglene for varetektsfengsling ved gjentakelsesfare strammes inn.<sup>102</sup>

I vurderingen av om fotlenke skal være et varetektssurrogat drøfter utvalget hvorvidt hensynet til straffeforfølgingen vil bli skadelidende.<sup>103</sup> Dette vil kunne være tilfelle dersom siktede bryter med de vilkår som er satt for at han skal få gå med fotlenke. Det er derfor viktig at den konkrete vurderingen om å iverksette fotlenke belyser at formålet med inngrepet kan ivaretas i tilstrekkelig grad. Imidlertid gjør straffeprosessutvalget det klart at tvangstiltak ikke kan ha som ambisjon å eliminere enhver risiko med hensyn til straffeforfølgingen. For gjentakelsesfengsling vil siktedes tidligere adferd og karakteren av det mistenkte forhold i stor grad kunne si hvorvidt fotlenke vil fungere for vedkommende eller ikke. Er det tale om alvorlig

---

<sup>102</sup> <https://www.regjeringen.no/contentassets/addade5d609e4683a3f6217304df9fc9/oestpol.pdf>

<sup>103</sup> NOU 2016: 24 s. 319.



kriminell historikk vil det tale i mot bruk av fotlenke, mens ved mindre alvorlig kriminalitet vil det kunne være hensiktsmessig.

Kriminalitetens art vil også være relevant i denne vurderingen. En heroinavhengig person som også begår vinningskriminalitet kan ikke bli påsatt fotlenke og få pålegg om å unnlate å oppsøke visse plasser der for eksempel narkomane oppholder seg jf. forslaget § 15-1 første ledd bokstav d) jf. annet punktum. Imidlertid kan fotlenke kombinert med et behandlingsopplegg kunne ivareta formålet med å holde siktede unna de stedene han ellers ville begått kriminalitet jf. forslaget § 15-1 første ledd bokstav c).

I andre tilfeller vil hensynet til fornærmede i saken innebære at fotlenke eller andre varetektssurrogater ikke kan oppnå det ønskede formålet. Vil det være risiko for gjentatt vold og trusler ved bruk av fotlenke vil tvangsmiddelet ikke bestå i nødvendighet og forholdsmessighetsvurderingen jf. forslaget § 14-1 annet ledd. Utvalget mener videre at det er viktig å trekke inn omkostningene ved fengsling i vurderingen av hvilke risikoreducerende tiltak som anses tilstrekkelige. Ettersom fotlenke er et billigere alternativ enn varetektsfengsling, taler det for at i de tilfellene der fotlenke ivaretar de samme hensyn som varetektsfengsling, så er det ikke bare et bedre alternativ for siktede, men også for samfunnet.

Å stramme inn reglene slik straffeprosessutvalget foreslår vil innebære at mindre alvorlig kriminalitet som ikke er samfunnsskadelig eller særlig plagsom faller utenfor adgangen til varetektsfengsling. Disse tilfellene vil heller fanges opp av varetektssurrogater. Straffeprosessutvalgets lovforslag vil dermed medføre mer bruk av mindre inngripende tvangsmidler. Jeg mener at for eksempel fotlenke kombinert med et tilpasset behandlingstilbud i mange tilfeller vil ha større prevensjonseffekt for siktede enn varetektsfengsling ved gjentakelsesfare etter någjeldende regler. På denne måten får siktede hjelp med sine problemer knyttet til det psykiske eller rus, samtidig som han slipper å bli utsatt for den inngripende opplevelsen av å bli satt i fengsel.

# Litteraturliste

## Lovgivning og konvensjoner

Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven) 01. juli 1887 nr. 5.

Endringslov (til straffeprosessloven) 14. juni 1985 nr. 71.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25.

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

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

Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902.

Lov om straff (straffeloven) 20 mai nr. 28.

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

## Lovforarbeid

Alle lovforarbeidenes titler er sitert fra lovdata.no 06.12.17.

NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen.

NOU 1974: 17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner.

St. meld. 104 (1977-78) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker.

NOU 1980: 28 Varetektsfengsling.

Ot.prp. nr. 53 (1983-84) Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m.m.

NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner.

Ot.prp. nr.87 (1993-94) Om lov om endringer i straffeloven m.v.

Ot.prp. nr.81 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven.

Prop. 135 L (2009-2011) s. 171.

Prop. 122 L (2014-2015) kap. 6.

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

## **Litteratur**

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

Aall, Jørgen, *Rettsstat og Menneskerettigheter* 3. Utgave (Bergen 2011).

Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven Kommentartutgave* 4. Utgave, Bind I, (Oslo 2011).

Havre, Merete, *Varetektsfengsling og proporsjonalitetsprinsippet* (Oslo 2015).

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess* (Oslo 2016).

## **Artikler**

Øyen, Ørnulf 2010, Varetektsfengsling ved fare for bevisforspillelse, *Jussens Venner* 2010 s. 219-254.

## **EMD avgjørelser**

Tyrer v. United Kingdom (1978) para 31.

McKay v. The United Kingdom (2006) para. 41. (storkammeravgjørelse)

Matznetter v. Austria (1969) para. 9. (avdelingsavgjørelse)

E mfl. v. Storbritannia (2003) s. 519.

Khodorkovskiy v. Russia (2011), para. 184. (avdelingsavgjørelse)

Clooth v. Belgium (1991) para 40. (avdelingsavgjørelse)

Haidn v. Germany (2011), para 76. (avdelingsavgjørelse)

Yuriy Yakovlev v. Russia (2010). (avdelingsavgjørelse)

Idalov v. Russia (2012) para. 140. (storkammeravgjørelse)

Vladimir Solovyev v. Russia (2007), para. 117. (avdelingsavgjørelse)

Kudla v. Poland, (2000), para. 11. (storkammeravgjørelse)

Neumeister v. Austria (1969). (avdelingsavgjørelse)

### **Høyesterett ankeutvalgs avgjørelser**

Rt. 2011 s. 946.

Rt. 2006 s. 65.

HR 2017-1679-U.

Rt. 1996 s. 93.

Rt. 2012 s. 1207

Rt. 2008 s. 1139

Rt. 2002 s. 813.

Rt. 1998 s.1068.

Rt. 2013 s. 955

Rt. 2000 s. 1508.

Rt. 1993 s. 905.

Rt. 2001 s. 674.

Rt. 2015 s. 1330

Rt. 1999 s. 1801.

Rt. 1987 s. 697.

Rt. 2000 s. 522.

Rt. 2000-1435.

Rt. 2002 s. 813.

Rt. 2005 s. 884.

Rt. 2003 s. 333.

Rt. 1997 s. 928.

Rt. 1998 s. 155.

Rt. 2002 s. 899.

Rt. 2011 s. 221.

Rt. 2002 s. 813.

Rt. 2012 s. 274.

Rt. 1982 s. 1594.

Rt. 2004 s. 1253

### **Nettsider**

<https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling/aar/2016-03-16> Lest 07.12.17.

<https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/fengsling/aar> Lest 07.12.17.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-strauffeprossesslov/id2522685/?uid=1f586c64-4cb8-4a90-8cb4-d99f1e99c11d> Lest 07.12.17.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-strauffeprossesslov/id2522685/?uid=ee4d16c7-4ba1-48c6-8739-94f8f47e044d> Lest 07.12.17.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/addade5d609e4683a3f6217304df9fc9/advfo.pdf> Lest 07.12.17.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/addade5d609e4683a3f6217304df9fc9/oestp ol.pdf> Lest 07.12.17.