

Masteroppgave JUS 399

Kontaktforbud, jfr. strl. § 33.

Kandidatnummer: 172863

Veileder: Stein Husby

Antall ord: 14256

*23.05.2011
Universitetet i Bergen*

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	s. 4
1.1. Emnet	s. 4
1.2. Bestemmelsens nye aktualitet	s. 4
1.3. Problemstilling. En rettsdogmatisk fremstilling av § 33	s. 5
1.4. Perspektivering	s. 5
1.5. Rettskildesituasjonen	s. 6
1.6. Terminologi	s. 7
1.7. Avgrensning	s. 8
1.8. Oversikt over den videre fremstilling	s. 8

Del I

Kapittel 2

2. Vilkårene for å idømme kontaktforbud, jfr. § 33 (1)	s. 9
2.1. östraffbar handling	s. 9
2.2. ögrunn til å troö	s. 10
2.2.1. Närmere om de objektive holdepunkter	s. 10
2.2.1.1. Tidligere handlinger	s. 11
2.2.1.2. Trusler	s. 11
2.2.1.3. Andre særlige forhold	s. 11
2.2.1.3.1. Forsök på å ta kontakt	s. 11
2.2.1.3.2. Brudd på besøksforbud, jfr. § 222 a	s. 12
2.2.1.3.3. Er fornærmedes subjektive frykt relevant?	s. 12
2.3. öbegå straffbar handling overfor en annen personö, jfr. § 33 (1) litra a	s. 13
2.3.1. östraffbar handling	s. 13
2.3.1.1. Straffelovens § 390 a	s. 14
2.3.2. öen annen personö	s. 14
2.4. ö forfølge en annen personö, jfr. § 33 (1) litra b	s. 16
2.4.1. Det nærmere innhold ö öforfølgeö	s. 17
2.4.2. öen annen personö	s. 17
2.5. öpå annet vis krenke en annens fredö, jfr. § 33 (1) litra c	s. 17
2.5.1. Det nærmere innhold ö ökrenke en annens fredö	s. 18
2.5.2. öen annens fredö.	s. 18

Del II

Kapittel 3

3. Hva et kontaktforbud kan gå ut på, jfr. § 33 (2)	s. 19
3.1. öå oppholde seg i bestemte områderö, jfr. § 33 (2) litra a	s. 19
3.2. öå forfølge, besøke eller på annet vis kontakte en annen personö, jfr. § 33 (2) litra b	s. 20
3.2.1. öforfølgeö	s. 20
3.2.1.1. Har gjerningsmannen plikt til å vike unna?	s. 21
3.2.2. öbesökeö	s. 21
3.2.3. Hva ligger i et forbud mot å öpå annet vis kontakteö fornærmede?	s. 22
3.3. Fellesspørsmål til § 33 (2) litra a og litra b	s. 23

3.3.1. Kravet til utforming	í í í í í í í í í í í í í í í í í	s. 23
3.3.2. Har retten plikt til å velge mellom litra a og litra b?	s. 23
3.4. Forbud mot å oppholde seg i öeget hjemö, jfr. § 33 (3)	í í í í í í í í í í í í í í í í í	s. 23
3.4.1. öeget hjemö	í í í í í í í í í í í í í í í í í	..s. 24
3.4.2. Særvilkårene i § 33 (3)	í í í í í í í í í í í í í í í í í	...s. 24
3.4.2.1.öhandling som nevnt i første ledd bokstav aöí	í í í í í	...s. 25
3.4.2.2.önærleggende fareöí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	s. 25

Del III

3.5. ökan ilegges kontaktforbudö, jfr. § 33 (1)	í í í í í í í í í í ís. 25
3.5.1. Innledende bemerkninger	í í í í í í í í í í í í ís. 25
3.5.2. Vurderingen. Hvilke føringer foreligger for rettens skjønn?	s. 26
3.5.2.1. Lovtekstení	í í í í í í í í í í í í í í í í í	s. 26
3.5.2.2. Forarbeiderí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	...s. 26
3.5.2.3. Rettspraksisí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	..s. 27
3.5.2.4. Forholdet til strpl. § 222 aí	í í í í í í í í í í í í í	s. 29
3.5.2.5. Formulering av fellesnevner ó rettsregelení	í í í í í í	..s. 31
3.5.3. Hensyn om momenter som vektlegges i forholdsmessighetsvurderingení	í í í í í í í í í í í í í	..s. 32
3.5.3.1. Hensynet til fornærmede	í í í í í í í í í í í í í	..s. 32
3.5.3.2. Hensynet til gjerningsmannení	í í í í í í í í í í í í í	..s. 33

Del IV

Kapittel 4

4. Forholdet til den europeiske menneskerettighetskonvensjoní	í í í í í	...s. 35
4.1. Innledende merknaderí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	...s. 35
4.2. Hvilke rettigheter kan et kontaktforbud tenkes å komme i konflikt med?	s. 35
4.2.1. Artikkel 5í	í í í í í í í í í í í í í í í í ís. 35
4.2.2. 4. Tilleggsprotokoll art. 2 nr. 1 og nr. 4í	í í í í í í í í í í	..s. 36
4.2.3. Artikkel 8í	í í í í í í í í í í í í í í í í ís. 36
4.3. Hvilke muligheter finnes det for å gjøre unntak i de nevnte rettigheter?	s. 38
4.3.1. Lovskravetií	í í í í í í í í í í í í í í í í í	..s. 38
4.3.2. Inngrepets formålmessighetí	í í í í í í í í í í í í í	..s. 38
4.3.3. Inngrepets forholdsmessighetí	í í í í í í í í í í í í ís. 39
4.4. Men vil EMD overpröve et ilagt kontaktforbud?	s. 40

Kildehenvisningerí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	...s. 43
Lovs- og konvensjonsregisterí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	s. 43
Forarbeidsregisterí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	..s. 44
Domsregisterí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	..s. 44
Litteraturí	í í í í í í í í í í í í í í í í í	s. 45
Andre kilderí	í í í í í í í í í í í í í í í í ís. 46

1. Innledning

1.1 Emnet

Oppgavens tema er straffelovens § 33 om kontaktforbud. Bestemmelsen gir hjemmel for å ilegge en gjerningsmann forbud mot å oppholde seg i bestemte områder eller å kontakte en annen person. Å miste retten til å oppholde seg på bestemte steder og retten til å kontakte en annen person i medhold av § 33, regnes som rettighetstap, jfr. § 15. Forbudet ilegges derfor ved dom og vil inngå som ledd i straffereaksjonen i en straffesak.

1.2 Bestemmelsens nye aktualitet.

Straffelovens § 33 var opprinnelig kun utformet som en hjemmel for å ilegge oppholdsforbud, og ble nokså lite benyttet¹. Bestemmelsen ble modernisert og noe utvidet i forbindelse med innføringen av besøksforbud, jfr. strpl. § 222 a, men var fremdeles begrenset til en hjemmel for oppholdsforbud². Noen stor økning i anvendelsen av bestemmelsen synes ikke endringen å ha ledet til.

På bakgrunn av arbeidet med den nye straffeloven av 2005 ble strl. § 33 revidert gjennom delvis ikrafttredelse av nevnte lov, ved kongelig resolusjon 21.12.2005 nr. 1580, fra 1. januar 2006. Bestemmelsen ble nå utvidet til å hjemle et omfattende kontaktforbud. Endringen må ses som en del av opptrappingen i de senere års innsats for å bekjempe vold- og seksuallovbrudd, særlig i nære relasjoner³.

Justiskomiteen uttalte i forbindelse med arbeidet med den nye straffeloven at komiteen forventet at kontaktforbud ville övurderes og ilegges i flere saker enn hva tilfelletö var med den eldre § 33⁴. Også riksadvokaten har tatt til orde for at § 33 må vurderes anvendt oftere, noe som kan tenkes å lede til ökt oppmerksomhet rundt bestemmelsen⁵.

¹ Ot.prp.nr.33 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (styrking av kriminalitetsofres stilling) Kap X. 2.1. Se også NOU 1992:16 (Sterkere vern og ökt støtte for kriminalitetsofre) Kap. VII Besöksforbud, Gjeldende rett, s. 66 med videre henvisninger til Straffelovskommisjonens innstilling NOU 1983:57 s. 210.

² Endret ved lov av 1994-07-01 nr 50: Lov om endringer i straffeprosessloven m.v. Endringen kom på bakgrunn av Offerutvalgets innstilling (NOU 1992:16), Ot.prp.nr. 33 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (styrking av kriminalitetsofres stilling), samt Innst.O.nr.39 (1993-1994) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (styrking av kriminalitetsofres stilling).

³ Innst.O.nr.72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven) Kap. 23.4.1.

⁴ Innst.O.nr.72 (2004-2005) Kap. 23.4.2.

⁵ Riksadvokatens rundskriv om familievold, nr. 3/2008, VII Hovedforhandling.

Kontaktforbud er etter sin art et svært egnet virkemiddel til å skape trygghet rundt offerets tilværelse, i saker der vedkommende har vært utsatt for vold eller andre overgrep. At bestemmelsen således også er blitt meget praktisk, gir derfor all grunn til å forvente en økning i bruken av § 33.

Samtidig har det i flere år vært arbeidet med innføringen av elektronisk kontroll, såkalt omvendt voldsalarm, ved ileggelse av kontaktforbud etter § 33⁶. Kontrollen går ut på at den forbudet retter seg mot blir pålagt å gå med en elektronisk fotlenke, for å effektivisere det vernet om fornærmede som § 33 tar sikte på å oppstille⁷. Problemstillingene her er mange, men holdes utenfor denne oppgaven. Muligheten for å kunne oppstille et effektivt vern om fornærmede, både med hensyn til kontroll og avvergelse, vil trolig medføre en helt ny aktualitet for § 33 i årene fremover.

1.3 Problemstilling. En rettsdogmatisk fremstilling av § 33

Å bli idømt kontaktforbud vil selv uten elektronisk kontroll, som er forutsetningen i det følgende, kunne medføre sterke begrensinger i en persons livsutfoldelse. Samtidig ilegges kontaktforbud ut fra hensynet til å beskytte fornærmede. Bestemmelsen befinner seg derfor på et område der vanskelige avveininger kan gjøre seg gjeldende. Det eksisterer likevel svært begrenset med teoretiske fremstillinger om emnet - særlig fremstillinger som er oppdatert etter lovendringen i 2006.

Målet for denne oppgaven blir derfor å gjøre en rettsdogmatisk fremstilling av kontaktforbud etter straffelovens § 33. Behandlingen vil særlig sentreres rundt vilkårene for å ilegge kontaktforbud, hva et kontaktforbud kan gå ut på og rettens vurdering knyttet til § 33. Også forholdet til den europeiske menneskerettighetskonvensjon vil bli belyst.

1.4 Perspektivering.

Reaksjonsfastsettelse har normalt et særlig tilbakeskuende perspektiv hvor man vurderer forbrytelsens objektive og subjektive grovhet. Selv om kontaktforbud regnes som del av reaksjonsfastsettelsen i en straffesak, er vurderingen i større grad rettet mot hvorvidt det foreligger tilstrekkelig fare for nye forgåelser overfor en person. Ileggelse av kontaktforbud har således et nokså fremadskuende perspektiv.

⁶ Elektronisk kontroll er innført i § 33 ved lov nr. 75/2009, men trår først i kraft fra den tid Kongen bestemmer. Elektronisk kontroll er ikke innført i den tilsvarende § 57 i den nye straffeloven, trolig i påvente av å se hvilken effekt elektronisk kontroll vil ha.

⁷ Ot.prp.nr.25 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (kontaktforbud med elektronisk kontroll, endringer i saksbehandlingsreglene for besøksforbud mv.) Kap. 1, s. 5.

Formålet med § 33 er å gi hjemmel for forbud som kan öbeskytte fornærmede og andre berørte⁸ mot alle former for uönsket oppmerksomhet fra gjerningspersonenö.

Kontaktforbud ilegges altså ut fra behovet for å avverge en fremtidig uönsket adferd fra gjerningsmannen. Kontaktforbudet har derfor en funksjon utover å tjene som reaksjon på et tidligere forhold; det skal tjene som beskyttelse for offeret fremover i tid ö gjerne også etter eventuell fengselsstraff. Dette står i kontrast til situasjonen ellers ved reaksjonsfastsetting, hvor straffen ilegges ut fra pönale formål. Lovgiver har likevel valgt å anse rettighetstapet kontaktforbud som straff, særlig på bakgrunn av dets inngripende karakter⁹.

Kontaktforbud kan idømmes enten i kombinasjon med annen straff, eller istedenfor annen straff dersom det ikke er fastsatt en minstestraft på fengsel i et år eller mer for handlingen, jfr. § 33 (5). Den tidligere regel om at rettighetstap etter § 33 kun ble regnet som tilleggstraff, er altså ikke lenger gjeldende rett. Overtredelse av kontaktforbud ilagt etter § 33 vil på sin side også kunne straffes, jfr. § 342 (1) litra b.

Kontaktforbud etter straffelovens § 33 er for övrig ikke den eneste bestemmelsen som hjemler forbud mot kontakt og forbud mot opphold. Den allerede nevnte strpl. § 222 a om besøksforbud er et virkemiddel påtalemyndigheten på visse vilkår kan benytte for å verne en antatt fornærmet person fra en antatt gjerningsmann, selv uten at etterforskning er iverksatt. Besøksforbud etter strpl. § 222 a kan således ilegges før forholdet kommer for domstolen og det blir aktuelt å legge kontaktforbud etter strl. § 33. Besøksforbudet etter strpl. § 222 a kan også ilegges der det skulle oppstå en situasjon også etter et ilagt kontaktforbud etter strl. § 33 har sluttet å gjelde. Liknende restriksjoner kan videre ilegges blant annet som særvilkår for betinget dom, jfr. strl. § 53 nr. 3 litra a og som vilkår for prøvelöslatelse, jfr. strgjfl. § 43 (2).

1.5 Rettskildesituasjonen

Det må her også knyttes noen bemerkninger til det rettslige landskapet rundt § 33. Lovens ordlyd i denne oppgaven, på samme måte som i enhver annen fremstilling av straffebud, den helt sentrale rettskildefaktor.

De viktigste forarbeidene til § 33 er Offerutvalgets innstilling, NOU 1992:16, Ot.prp.nr.33 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv (styrking av kriminalitetsofres

⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) Kap. 24.4.3. s.323.

⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Kap. 24.2 s. 317.

stilling), og forarbeidene til den nye straffeloven Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven). Den sistnevnte dokumentet er det mest utslagsgivende i relasjon til den nåværende utforming av § 33, og vil derfor måtte stå særlig sentralt.

Rettspraksis knyttet til § 33 vil også være av betydning. Det er imidlertid lite høyesterettspraksis knyttet til straffelovens § 33. Det vil derfor i fremstillingen måtte sees hen til underrettspraksis.

Straffelovens § 33 er i adskillig utstrekning innholdsmessig lik straffeprosesslovens § 222 a om besøksforbud. I forarbeidene til den nye straffeloven uttales det at § 57, som svarer til gjeldende § 33 i dagens straffelov, er öbygget opp etter samme lest som straffeprosessloven § 222 a¹⁰. Det ble derfor lagt til grunn at forarbeidene og rettpraksis knyttet til § 222 a kunne være av betydning ved tolkningsspørsmål i relasjon til § 33.

I behandlingen av vilkårene for idømmelse av kontaktforbud vil det derfor sees hen til forarbeider og høyesterettspraksis knyttet til strpl. § 222 a om besøksforbud. I denne sammenheng vil Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd), som dannet bakgrunnen for innføringen av § 222 a, være av stor betydning.

1.6 Terminologi

Forbud ilagt etter § 33 går under begrepet ökontaktforbudö, i motsetning til begrepet öbesöksforbudö som brukes om forbud som ilegges i medhold av straffeprosesslovens § 222 a¹¹. Denne terminologi vil benyttes også her.

Begrepet oppholdsforbud vil benyttes for å beskrive forbud hjemlet i den gamle § 33, samt for å markere det öreneö oppholdsforbud som kan ilegges etter dagens § 33 (2) litra a og § 33 (3).

Den det skal reageres med et rettighetstap mot, med andre ord den kontaktforbudet retter seg mot, går i denne oppgaven under begrepet gjerningsmannen.

¹⁰ Ot.prp.90 (2003-2004). Kap. 24.4.3 s. 325

¹¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) kap. 24.4.3 s. 324.

Den forbudet for fremtiden skal verne kalles her fornærmede, uavhengig av om vedkommende var offer for det straffbare forhold som er til pådømmelse. Begrepsbruken er altså ikke ment å legge begrensninger på hvem som kan vernes med et kontaktforbud.

Den forventede adferd, som danner grunnlaget for ileggelse av kontaktforbud, jfr. § 33 (1) litra a-c, vil for enkelthets skyld tidvis omtales under samlebetegnelsen den uønskede adferd.

1.7 Avgrensning

Straffelovens § 33 (4) og (5) vil i liten grad bli gjenstand for redegjørelse, da fokus i denne oppgaven legges rundt § 33 (1), (2) og (3).

I strl. § 33 a reguleres varigheten og de prosessuelle regler rundt rettighetstap. Foruten særregelen om kravet til varighet der kontaktforbud ilegges i eget hjem etter § 33 (3), er reglene felles for § 29 og § 33. Det avgrenses derfor mot en gjennomgang av § 33 a, og reglene i denne bestemmelse vil kun nevnes i forbindelse med drøftelse av andre vilkår.

Av plasshensyn vil det utover strpl. § 222 a i liten grad sees hen til andre bestemmelser i lovverket som hjemler forbud mot kontakt og opphold, jfr. ovenfor. Heller ikke strl. § 342 (1) litra b om straff for brudd på kontaktforbud vil være gjenstand for utstrakt drøftelse.

Det avgrenses videre mot en drøftelse av forholdet mellom ileggelse av kontaktforbud og generell straffeutmåling for øvrig.

1.8 Oversikt over den videre fremstilling

Oppgaven følger langt på vei bestemmelsens oppbygging, slik at de enkelte vilkår jevnt over vil bli belyst i den rekkefølge de er oppstilt i ordlyden i § 33. I Del I vil det først redegjøres for de enkelte vilkårene for å idømme kontaktforbud etter strl. § 33 (1). Deretter vil det i Del II greies ut om hva et kontaktforbud kan gå ut på, jfr. strl. § 33 (2) og (3). Temaet i Del III er rettens vurdering av om et kontaktforbud skal ilegges. I Del IV vil det sees nærmere på forholdet til den europeiske menneskerettighetskonvensjon.

Del I

Kapittel 2

2. Vilkårene for å idømme kontaktforbud, jfr. § 33 (1).

2.1 östraffbar handlingö

Den som har begått en östraffbar handlingö kan ilegges kontaktforbud, jfr. § 33 (1). Ordlyden tilsier at gjerningsmannen først må være funnet skyldig i straffesaken mot ham for at kontaktforbud skal kunne ilegges. Straffeskyld forutsetter at samtlige straffbarhetsvilkår er oppfylt.

Gjerningsmannen må derfor ha utført en handling som objektivt sett omfattes av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, det må ikke foreligge rettstridsutelukkende omstendigheter, det må foreligge subjektiv skyld hos gjerningsmannen og gjerningsmannen må videre være tilregnelig¹².

Kravet om tilregnelighet medfører at for eksempel mindreårige og mennesker som lider av alvorlige psykiske lidelser, ikke kan ilegges kontaktforbud etter straffelovens § 33. Ettersom rettighetstap regnes som straff etter norsk rett, ville det bryte med grunnleggende rettsprinsipper å idømme rettighetstap ovenfor utilregnelige¹³.

Straffeprosesslovens § 222 a oppstiller på sin side ikke et krav om at gjerningsmannen har begått en straffbar handling. En utilregnelig gjerningsmann kan derfor ilegges et besøksforbud. Besøksforbud vil imidlertid ha nokså begrenset varighet på inntil et år om gangen, jfr. § 222 a (6). Kontaktforbud kan derimot gjelde inntil 5 år av gangen, og på visse vilkår kunne ilegges på ubestemt tid, jfr. § 33 a (2). En utilregnelig gjerningsmann vil heller ikke kunne straffes etter § 342 (b) for brudd på besøksforbud. Denne type virkemidler vil således være begrenset der gjerningsmannen er utilregnelig.

Bestemmelsen oppstiller videre ingen begrensninger i forhold til hvilke straffebud som må være overtrådt for at kontaktforbud kan ilegges. Kontaktforbud kan derfor ilegges så lenge de

¹² Mæland, Henry John, Innføring i Alminnelig Strafferett, 3. utg. (Bergen 2004).

¹³ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) kap 24.7 s. 329.

øvrige vilkår i § 33 er oppfylt. En annen sak er at hvilket straffebud man er funnet skyldig i overtredelse av vil kunne ha betydning i vurderingen av de øvrige vilkår.

2.2 ögrunn til å troö

For å ilegge kontaktforbud kreves det videre at det er ögrunn til å troö at gjerningsmannen ellers vil begå en straffbar handling overfor fornærmede, eller på annen måte opptre som nevnt i 1.ledd litra a til c.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det må være tale om visse objektive holdepunkter i den faktiske situasjonen, som samlet sett danner et tilstrekkelig kvalifisert risikobilde.

Risiko for fremtidig uønsket adferd fra gjerningsmannens side måles normalt i grad av sannsynlighet. I forarbeidene til § 222 a ble det uttalt at formuleringen ögrunn til å troö var ment å skulle tydeliggjøre at det ikke skulle kreves sannsynlighetsovervekt¹⁴. Forarbeidene til § 33 henviser til uttalelsene her¹⁵. En teoretisk risiko er likevel ikke nok; önoe i det konkrete saksforholdet må gi grunn til å tro at den forbudet skal rette seg mot, ellers vil begå en av de aktuelle handlingene¹⁶. Dette er også understreket i Rt-2004-988, som synes å klargjøre vurderingstemaet og forholdet til tidligere rettspraksis rundt § 222 a.

Vurderingen av hvorvidt risikobildet er tilstrekkelig kvalifisert, må på bakgrunn av forståelsen av ordlyd og forarbeider altså bero på en samlet vurdering av de objektive holdepunkter i den konkrete situasjonen ó uten at det er krav om sannsynlighetsovervekt for at gjerningsmannen faktisk vil utføre de uønskede handlingene. Forbudet kan således kun ilegges for å avverge, og altså ikke for å forebygge den uønskede adferd.

2.2.1 Nærmere om de objektive holdepunkter.

Forarbeidene til § 222 a¹⁷ uttaler i relasjon til det tilsvarende vilkåret der, at ö[p]åtalemyndigheten må vurdere risikoen på bakgrunn av tidligere handlinger, trusler eller andre særlige forhold som tyder på at det er fare for overgrepö. Forarbeidene til § 33, uttaler at vilkåret ögrunn til å troö skal forstås slik som i § 222 a¹⁸.

¹⁴ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstöt av lovbrudd) Kap. 4.13. s. 21 og Kap. 8.2 s. 44

¹⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Kap 30.1, s. 456

¹⁶ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap 8.2 s. 44..

¹⁷ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap 8.2 s. 44

¹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Kap 30.1, s. 456

Tidligere handlinger, trusler og andre særlige forhold vil således inngå som objektive holdepunkter i risikovurderingen.

2.2.1.1 Tidligere handlinger

Som nevnt ovenfor under pkt. 2.1, vil det forhold man er funnet skyldig også inngå i vurderingen i om kontaktforbud skal ilegges. Ofte er det de straffbare forholdene som lovbrøyteren blir dømt for som gir grunn til å frykte nye straffbare handlinger, for følging eller andre fredskrenkelser¹⁹. Hvorvidt man er funnet skyldig i et straffbart forhold vil derfor kunne være et objektivt holdepunkt i vurderingen om hvorvidt det er risiko for fremtidige uønsket adferd, jfr. litra a-c. Men karakteren av det straffbare forhold vil selvsagt måtte tas i betraktning.

Selv om gjerningsmannen er funnet skyldig i en straffbar handling ovenfor en person, kan det likevel tenkes at forholdene ellers taler mot at det er grunn til å frykte nye overtredelser. Forholdene kan ha roet seg i tiden mellom den straffbare handling og straffesaken, gjerningsmannen eller fornærmede har flyttet eller liknende. Det straffbare forhold som dannet bakgrunnen for den aktuelle straffesak vil derfor i alle tilfeller kun være et moment i vurderingen.

Som vi skal se i det følgende vil også kontaktforbud kunne ilegges dersom det er grunn til å frykte adferd som ikke er straffbar, men som dekkes av vilkårene i § 33 (1) litra b og c, jfr. nedenfor. Det må derfor i vurderingen av hvorvidt det er grunn til å frykte handlinger som nevnt i litra b og c, kunne legges vekt på tidligere adferd som er dekket av disse vilkår.

2.2.1.2 Trusler

I vurderingen av om det foreligger grunn til å tro at gjerningsmannen vil begå handlinger som nevnt i § 33 (1) litra a-c, vil det selvsagt måtte kunne legges vekt på at gjerningsmannen selv har truet med å begå slik adferd, jfr. forarbeidene, nevnt ovenfor.

2.2.1.3 Andre særlige forhold

2.2.1.3.1 Forsøk på å ta kontakt

I rettspraksis legges det i vurderingen særlig vekt på om gjerningsmannen i ettertid har forsøkt å ta kontakt med fornærmede.

¹⁹ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Kap. 30.1, s. 456

I LB-2008-157730, som gjaldt anke blant annet over straffutmålingen i familievoldsak, ble kontaktforbud ikke opprettholdt. Sentralt i rettens begrunnelse for at det ikke var grunn til å tro at tiltalte ville oppfylle vilkårene i litra a-c, var at tiltalte ikke hadde oppsøkt fornærmede. Dommen bygger nok på det synspunkt at hvis det kan påvises at gjerningsmannen ikke har vist vilje til å søke fornærmedes oppmerksomhet mellom den straffbare handling og frem til domstidspunktet, vil det vanskeligere kunne hevdes at det er holdepunkter for at gjerningsmannen vil begå uønsket adferd mot fornærmede i tiden etter dommen. Dette har nok mye for seg.

Hvorvidt gjerningsmannen har gjort forsøk, eller ikke har gjort forsøk, på å kontakte fornærmede, vil således være et sentralt argument i denne vurdering.

2.2.1.3.2 Brudd på besøksforbud, jfr. § 222 a.

Rettspraksis synes videre å legge vekt på hvorvidt gjerningsmannen tidligere har overholdt besøksforbud etter § 222 a, i vurderingen om det er grunn til å tro fornærmede vil bli utsatt for den uønskede adferd nevnt i litra a-c, jfr. § 33 (1). I LA-2009-128584, i sak om blant annet brudd på besøksforbud og fredskrenkelser ovenfor tidligere ektefelle, la retten i vurderingen av om kontaktforbud etter strl. §33 skulle idømmes, vekt på at gjerningsmannen hadde gjennom flere måneder respektert de besøksforbud som gjaldt.

Ved å la være å respektere besøksforbud viser gjerningsmannen en klar vilje, ikke bare til å fortsatt ønske kontakt, men til å bryte de rettslige pålegg som er satt til vern om fornærmede. Det kan derfor hevdes at gjerningsmannen i en slik situasjon utviser tegn på forbrytersk vilje, som det i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig kvalifisert risiko for nye ugjerninger må kunne legges en viss vekt på. Også i hensynet til effektivt å kunne beskytte fornærmede taler for at slike holdepunkt må anses relevante.

Hvorvidt gjerningsmannen har overholdt besøksforbud synes etter dette å kunne være et objektivt holdepunkt i vurderingen om det er grunn til å tro at gjerningsmannen vil opptre som nevnt i litra a-c.

2.2.1.3.3 Er fornærmedes frykt for gjerningsmannen relevant?

I LB-2003-739, hvor det var spørsmål om ileggelse av oppholdsforbud etter den gamle § 33, var retten ikke i tvil om at fornærmede og hennes barn var redd for at gjerningsmannen skulle

dukke opp i eller ved deres hjem. Dette synes likevel ikke å bli tillagt betydning, all den tid gjerningsmannen ikke hadde gjort noen forsøk på å kontakte familien.

Familiens subjektive frykt synes ut fra dommen å ikke kunne begrunne kontaktforbud, all den tid det ikke forelå konkrete holdepunkter som tilsa at det var objektivt sett grunn til å frykte at gjerningsmannen ellers ville begå den uønskede adferd. Lagmannsrettens dom samsvarer med forståelsen av ordlyd og forarbeider, jfr. ovenfor, hvor det ble lagt til grunn at vurderingen måtte bero på konkrete, objektive holdepunkter. Fornærmedes frykt kan således ikke danne grunnlag for ileggelse av kontaktforbud.

2.3 öbegå straffbar handling overfor en annen personö, jfr. § 33 (1) litra a.

Kontaktforbud kan for det første ilegges hvis det er grunn til å tro gjerningsmannen i fremtiden vil begå en östraffbar handling overfor en annen personö, jfr. § 33 (1) litra a.

2.3.1 östraffbar handlingö

En handling er kun straffbar hvis de objektive og subjektive vilkårene for straff, jfr. de klassiske straffbarhetsvilkårene, nevnt ovenfor, er oppfylt. Det må således være grunn til å tro at gjerningsmannen ved sin handling vil tilfredsstille de nevnte krav.

Ordlyden begrenser heller ikke her hvilke straffebed som kan gi grunnlag for ileggelse av kontaktforbud.

Bestemmelsens mest praktiske anvendelsesområde har i rettspraksis vist seg å være saker som gjelder vold, trusler og seksuallovbrudd, og kontaktforbud brukes også i stor grad ved denne typen lovbrudd i nære relasjoner.

Det er lite tvilsomt at hvis det er grunn til å tro at gjerningsmannen uten et kontaktforbud vil komme til å oppfylle de subjektive og objektive vilkår for straff i for eksempel § 228, (legemsfornærmelse), § 227 (trusler), § 192 (voldtekt) eller § 219 (familievold), så vil kravet til östraffbar handlingö være oppfylt, jfr. § 33 (1) litra a.

Av forarbeidene til strpl. § 222 a følger det at det ikke var meningen å begrense bestemmelsen til disse situasjoner²⁰. Dette må nok gjelde tilsvarende også for § 33. Det finnes eksempler i underrettspraksis på at kontaktforbud er idømt på bakgrunn av § 350 (2) og § 201 c, se

²⁰ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 4.1.2 s. 20.

TKONG-2007-164794 (forulemping av ansatte på bensinstasjon ved selvforskyldt rus) og TFJOR-2009-13243 (blotting ovenfor mindreårig).

2.3.1.1 Straffelovens § 390 a

Kravet til den straffbare handling kan også være oppfylt ved andre overtredelser.

Straffelovens § 390 a er etter sin art en svært praktisk bestemmelse i denne sammenheng, ettersom den verner om den enkeltes fred. I saker hvor det blir spørsmål om å anvende § 33 er det typisk tale om situasjoner hvor fornærmede er blitt fratatt sin fred, og det er grunn til å tro at gjerningsmannen vil komme til å fortsette å bringe utrygghet i fornærmedes sfære.

Straffelovens § 390 a gir hjemmel for å straffe den som öved skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd krenker en annens fredö. Er det grunn til å tro at gjerningsmannen på et tidspunkt i fremtiden forsettlig vil opptre på en slik måte som nevnt i § 390 a, vil kravet til östraffbar handlingö i § 33 være oppfylt. At kravet til östraffbar handlingö vil være oppfylt ved overtredelse av § 390 a er også lagt til grunn i Rt-2004-1658, som gjaldt ileggelse av besøksforbud etter § 222 a.

En nærmere gjennomgang av § 390a vil falle utenfor oppgavens tema. Forhold som sjikane, trakassering og psykisk terror vil i hvertfall være adferd som vil kunne kvalifisere til å anvende § 390a, og følgelig vil det da også kunne ilegges kontaktforbud etter § 33 hvis de øvrige vilkår er oppfylte.

2.3.2 öen annen personö

Det må videre være grunn til å tro at gjerningsmannen vil begå en straffbar handling overfor öen annen personö.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at den straffbare handling må være knyttet til en persons vesen, altså en fysisk eller psykisk krenkelse. Ordlyden synes således å avgrense mot fare for eksempelvis skade på en annens eiendom. Adgangen til å ilegge forbud mot opphold der gjerningsmannens nærvær var forbundet med ösærlig Fare forí Eiendomö synes å ha forsvunnet med den nevnte endringslov i 1994²¹. Å ilegge kontaktforbud ut fra risiko for skadeverk på en annen persons eiendom står etter dette i et tvilsomt forhold til ordlyden i § 33 (1) litra a.

²¹ Lov av 1994-07-01 nr 50: Lov om endringer i straffeprosessloven m.v., nevnt ovenfor.

Høyesterett synes likevel å legge til grunn at risikoen for öskadeverkö på Furuset kjøpesenter kunne utgjøre en del av grunnlaget for ileggelse besøksforbud, jfr. § 222 a, til vern om kunder, vektere og ansatte i relasjon til dagjeldende ordlyd öden andres fredö, jfr. Rt-2002-1243. Forholdet til ordlyden var ikke problematisert, og ordlyden var også en annen enn i det som i dag gjelder i § 33, slik at avgjørelsen uansett må sies å ha liten overføringsverdi.

Ordlyden i § 33 kan videre gi inntrykk av at kontaktforbud ikke kan ilegges der det er grunn til å tro at en gruppe personer vil bli krenket av den aktuelle gjerningsmann. En slik begrensning synes ikke tilsiktet i forarbeidene til § 222 a, hvor det derimot understrekes at også en gruppe personer kan vernes ved besøksforbud²². Det uttales imidlertid videre at en forutsetning for at en gruppe personer skal falle inn under vilkåret öen annen personö er at gjerningsmannen må representere en trussel overfor enkeltpersonene i denne gruppen, og ikke kun en trussel mot den alminnelige orden og samfunnet for övrig.

Kontaktforbud kan derfor tenkes å kunne gis som vern både for fornærmede og for eksempelvis fornærmedes familie. Forutsetningen er at det må være ögrunn til å troö at gjerningsmannen ellers vil begå en östraffbar handlingö ovenfor vedkommende familiemedlem, jfr. strl. § 33 (1) litra a.

Det stilles altså krav visse krav til hvem som kan utgjøre den vernede krets. I den nevnte Rt-2002-1243 hadde lagmannsretten lagt til grunn at de til enhver tid öansatte eller kunderi elleri vektereö ved kjøpesenteret utgjorde en ötilstrekkelig avgrenset krets av personerö. Dette ble bygget lagmannsretten på forarbeidsuttalelsen nevnt ovenfor, samt bestemmelsens formål om å beskytte enkelte, bestemte personer mot fare som ikke truer allmennheten for övrig. Lagmannsretten foretok således i dette henseende en utvidende tolkning av vilkåret öen annen personö. Høyesterett la til grunn at lagmannsretten hadde gjort en riktig lovtolkning.

Det trekkes altså vide rammer for hva som kan anses for å være en tilstrekkelig avgrenset krets av personer i forarbeider og rettspraksis knyttet til § 222 a. I de nevnte forarbeider legges det til grunn at det må kunne nedlegges besøksforbud til vern for elever ved en bestemt skole, til vern for ansatte i en butikk eller ved et offentlig kontor²³.

²² Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 4.1.7 s. 23.

²³ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 4.1.7 s. 23.

Fellesnevneren synes her å være at enkeltmenneskene som befinner seg på eksempelvis et kjøpesenter eller en skole, utgjør en klart definert krets av personer all den tid de oppholder seg på samme, avgrensede område. Der trusselen fra gjerningsmannen relaterer seg til de som enhver tid måtte oppholde seg rundt ham når han befinner seg på dette området, synes det derfor ut fra rettspraksis og forarbeider mulig å idømme han et forbud mot å oppholde seg her.

De nevnte forarbeidene synes likevel å legge inn en begrensning; man kan ikke ilegge forbud der kretsen av personer blir for ubestemt som følge av at området som angis er for stort. Det gis her et eksempel på at et forbud som skal beskytte de som til enhver tid måtte oppholde seg i Oslo sentrum, vil medføre at kretsen blir for ubestemt.

Tilsvarende må kunne legges til grunn også i relasjon til kontaktforbud etter strl. § 33.

2.4 öforfölge en annen personö, jfr. § 33 (1) litra b.

Kontaktforbud kan videre ilegges dersom det er grunn til å tro at gjerningsmannen ellers vil öforfölge en annen personö, jfr. § 33 (1) litra b.

Ordlyden synes å angi den situasjon der gjerningsmannen bryr fornærmede med sitt uønskede nærvær, ved å dukke opp i nærheten av der hvor fornærmede befinner seg.

Det følger av forarbeidene til strpl. § 222 a at forfølgelsen ikke trenger å være en straffbar handling²⁴. Sammenhengen mellom litra a, som krever en östraffbar handlingö og litra b som bare krever öforfølgelseö tilsier også at den aktuelle forfølgelse ikke behøver å være straffbar. Tilsvarende må derfor kunne legges til grunn i relasjon til strl. § 33.

Det kan likevel ikke utelukkes at forfølgelsen kan få et slikt omfang og karakter at den kan tenkes å oppfylle kravet til öplagsom opptreden eller annen hensynsløs adferdö som krenker fornærmedes fred i § 390 a. I så fall vil allerede kravet til östraffbar handlingö være oppfylt i § 33 litra a. Denne problemstilling vil imidlertid ikke behandles i det følgende.

Situasjonene som faller under vilkåret öforfölge en annen personö må derfor sies å være den rettstridige, men ikke straffbare forfølgelse, hvor gjerningsmannen enten ikke har oppfylt de objektive eller subjektive vilkår for straff i § 390 a.

²⁴ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 8.2 s. 45

2.4.1 Det nærmere innhold ó öforfølgeö

De særlig klare tilfeller synes ut fra ordlyden å være situasjonen hvor det er grunn til å tro at gjerningsmannen skjult eller åpenlyst vil følge fornærmedes bevegelser, eller regelrett jage fornærmede.

I forarbeidene til § 222 a nevnes også at besøksforbud vil være aktuelt hvis det er grunn til å tro at gjerningsmannen stadig vil dukke opp på samme sted som fornærmede, og på en måte som vedkommende oppfatter som truende²⁵. Man omtaler her forfølgelse som en type trakassering. Grensen nedad kan synes vanskelig å trekke, og det er tynt med rettslige kilder om dette spørsmål. Gode grunner taler for at gjerningsmannens oppsøking av fornærmede må ha et visst minste omfang, der man vurderer om adferden vil kunne oppleves belastende for fornærmede, for at kontaktforbud skal kunne ilegges.

Grensen mellom öforfølge[lse]ö og det å öpå annet vis krenke en annens fredö, jfr. litra b og c, kan tenkes å være vanskelig å trekke. Hvis det er grunn til å tro at gjerningsmannen vil påtvinge sitt nærvær på fornærmede, kan man spørre om dette skal regnes som öforfølge[lse]ö, eller en fredskrenkelse etter litra c, som behandles nedenfor.

Også her er det lite rettslig materiale. Forarbeidene til § 222 a kan likevel hevdes å gi signaler på at litra c gjerne vil anvendes der gjerningsmannen gjentatte ganger dukker opp på fornærmedes bosted²⁶. Det kan da være naturlig å anvende vilkåret öforfølgeö, jfr. litra b, der gjerningsmannen ellers følger fornærmedes bevegelser eller dukker opp på samme sted. En slik sontring synes å være håndterlig.

2.4.2 öen annen personö

Det henvises her til drøftelsen av det tilsvarende vilkår i litra a, da kravene til hvem som kan vernes med kontaktforbud må sies å gjelde tilsvarende i forhold til litra b²⁷.

2.5 öpå annet vis krenke en annens fredö, jfr. § 33 (1) litra c.

Ovenfor la vi til grunn at straffbare forhold etter § 390 a var omfattet av vilkåret om östraffbar handlingö, jfr. litra a. Dette innebærer, som nevnt, at kontaktforbud kan ilegges hvis det er grunn til å tro at gjerningsmannen forsettlig vil ökrenke en annens fredö på måter nevnt i § 390 a, jfr. § 33 (1) litra a.

²⁵ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 8.2 s. 45

²⁶ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 8.2 s. 45

²⁷ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 4.1.7 s. 23

På samme måte som lagt til grunn ovenfor i relasjon til forholdet mellom litra a og litra b, så vil derfor sammenhengen mellom litra a og c tale for at litra c omfatter ökrenke[lser av] en annens fredö som ikke er straffbare. At öbokstav c har selvstendig betydning for krenkelser som ikke er straffbare ö er også lagt til grunn i Rt-2004-1658, som gjaldt av besøksforbud i eget hjem etter § 222 a (2), jfr. § 222 (1) litra a.

Dette synes å være en fornuftig måte å samordne vilkårene på, og må nok også legges til grunn i relasjon til § 33.

2.5.1 Det nærmere innhold ö öpå annet vis krenke en annens fredö

Det er altså ikke for å ilegge kontaktforbud et krav om at det er grunn til å tro at gjerningsmannen ellers vil begå et straffbart forhold, så lenge det er grunn til å tro at gjerningsmannen på annet vis vil ökrenke en annens fredö, jfr. § 33 (1) litra c.

Forarbeidene til § 222 a nevner at vilkåret vil kunne være oppfylt der en person ögjentatte ganger dukker opp på en annens bosted, ringer, eller trakasserer eller håner vedkommende på offentlige steder eller liknende²⁸. Grensen oppad trekkes ved at krenkelsene ikke er tilstrekkelig hensynslös til at de omfattes av § 390a. Grensen nedad, som i relasjon til litra b ovenfor, finnes det lite kilder om. For alle praktiske tilfeller vil nok § 390 a være anvendelig, slik at kontaktforbud kan ilegges etter § 390 a. Problemstillingen vil derfor ikke forfølges videre.

Det må likevel igjen understrekes at selv om den adferd det er grunn til å tro at gjerningsmannen vil utvise overfor fornærmede ikke vil være straffbar etter § 33 (1) litra b og c, vil gjerningsmannen, dersom kontaktforbud ilegges på dette grunnlag, kunne straffes for overtredelser av kontaktforbudet etter § 342, jfr. innledningsvis. Den tidligere straffrie adferden vil således kunne bli straffesanksjonert gjennom kontaktforbudet.

2.5.2 öen annens fredö

Det henvises her til dröftelsen av öen annen person ö jfr. litra a ovenfor, da kravene til hvem som kan vernes med kontaktforbud må sies å gjelde tilsvarende i forhold til litra c²⁹.

²⁸ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 8.2 s. 45

²⁹ Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Kap. 4.1.7 s. 23

Del II

Kapittel 3

3. Hva et kontaktforbud kan gå ut på, jfr. § 33 (2).

3.1 öå oppholde seg i bestemte områderö, jfr. § 33 (2) litra a.

Et kontaktforbud kan gå ut på et forbud mot at gjerningsmannen öoppholde[r] seg i bestemte områderö. Ordlyden tilsier at forbudsarealet, gjerne kalt de fredede sonene, må være tydelig avgrenset og positivt angitt. Det er retten som skal bestemme utstrekningen av de fredede sonene, og retten må derfor konkret angi de fredede sonene i dommen. Denne typen forbud er en videreföring av det tidligere oppholdsforbudsinstituttet etter den tidligere § 33³⁰.

Forarbeidene la til grunn som gjeldende rett på tidspunktet for utarbeidelsen av proposisjonen, at kravet om at forbudet må gjelde bestemte områder ikke hindret at forbudet kunne omfatte örelativt store områder, som for eksempel tettsted eller kommuneö³¹. Dette synes å videreføres.

Det kan likevel hevdes at det i dette ligger en forutsetning om at området kan bli for stort, og at det i kravet til öbestemteö områder vil ligge en geografisk begrensning. Hensynet til gjerningsmannen tilsier at det må være en grense for hvor stort omfang de fredede sonene får.

Forarbeidene til § 222 a legger imidlertid til grunn at lovteksten her ikke er ment å sette grenser for hvor stort område besøksforbudet skal gjelde³². Den konkrete utformingen av forbudet, herunder den geografiske avgrensningen, vil derfor bli gjenstand for rettens skjønnsmessige vurdering i det konkrete tilfelle. Dette må gjelde tilsvarende for § 33. Rettens skjønnsmessige vurdering kommer vi tilbake til nedenfor.

Kjernen må derfor sies å ligge i det vi kunne trekke ut av ordlyden ovenfor; at området er konkret angitt i dommen og er avgrenset til positivt angitte soner eller steder.

Inntrykket fra rettspraksis er at besøks- og kontaktforbud som regel utformes som forbud mot å oppholde seg i konkret angitte gater, boligområder, større sogn eller geografiske sirkler.

³⁰ Ot.prp.nr.90 (2003-2004). Kap. 30 s. 456.

³¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004). Kap. 24.4.1 s. 322.

³² Ot.prp.nr.109 (2003-2004) Kap. 4.4.1 s. 29

Forbudene går også ofte ut på å holde seg unna konkret angitte bygninger, slik som arbeidssted, treningssenter, butikker, idrettshaller og så videre.

I Rt-2002-1751, som gjaldt ileggelse av besøksforbud som særvilkår for betinget dom etter strl. § 53 nr. 3 litra a, er det lagt til grunn at besøksforbud i bestemte områder kan begrenses til å gjelde i visse tidsperioder. En slik regel gir domstolene adgang til å spesialtilpasse kontaktforbudet til den konkrete situasjonen, og det vil være mulig å ivareta hensyn både til fornærmedes og gjerningsmannens situasjon. Tilsvarende regel må derfor kunne legges til grunn for § 33 (2) litra a.

3.2 öå forfølge, besøke eller på annet vis kontakte en annen personö, jfr. § 33 (2) litra b.

Forbudet kan videre gå ut på at gjerningsmannen forbys å öforfølge, besøke eller på annet vis kontakte en annen personö, jfr. § 33 (2) litra b.

Ordlyden tilsier at forbudet kan gå ut på et totalforbud mot ethvert forsök på samvær eller kommunikasjon med fornærmede, og synes å gjelde enhver kommunikasjonskanal.

Dette kom inn ved lovendringen i 2006, nevnt innledningsvis, og gav retten nye virkemidler for å beskytte fornærmede mot gjerningsmannen.

3.2.1 öforfølgeö

Forbudet kan for det første gå ut på at gjerningsmannen forbys å öforfølgeö en annen person. Sammenhengen mellom vilkårene for å ilegge kontaktforbud, jfr. § 33 (1) og vilkårene for hva et kontaktforbud nærmere kan gå ut på, jfr. § 33 (2), innebærer at en her i stor grad må se hen til behandlingen av § 33 (1) litra b.

Ovenfor ble det lagt til at kontaktforbud kunne ilegges der det var grunn til å tro at gjerningsmannen ville følge fornærmedes bevegelser, jage fornærmede, eller ellers stadig dukke opp - på en måte som vil oppleves som truende eller belastende, jfr. § 33 (1) litra b. Det ville vært lite hensiktsmessig om man ikke kunne avhjelpe denne situasjon med et forbud med korresponderende innhold; at gjerningsmannen nettopp forbys å utvise denne type adferd ovenfor fornærmede. Sammenhengen innad i § 33, samt hensynet til et effektivt vern av fornærmede, taler for vilkårene öforfølgeö i § 33 (1) b og § 33 (2) b må sies å i stor utstrekning ha likt innhold.

3.2.1.1 Har gjerningsmannen plikt til å vike unna?

Rettspraksis knyttet til § 222 a har lagt til grunn at et ilagt besøksforbud ikke kan sies å gi gjerningsmannen en generell plikt til å vike unna, i tilfeller hvor gjerningsmann og fornærmede møtes tilfeldig, se Rt-2003-1068. A hadde her blitt ilagt et besøksforbud som påla A å vike ut av syns- og hørevidde, unnlate å følge etter og bevege seg i retning av fornærmede ó også der A ble tilfeldig oppmerksom på at han var i nærheten av fornærmede.

Lagmannsretten opphevet denne delen av forbudet, noe som ble senere stadfestet i Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålsutvalget uttalte likevel at alternativet öforfølgeö etter öomstendighetene [kunne] tenkes å omfatte en unnlattelse av å vike unnaö, jfr. § 222 a (2) litra b.

Her kan det tenkes å dukke opp vanskelige spørsmål om gjerningsmannen ved å ikke vike unna kan sies å ha overtrådt kontaktforbudet, jfr. § 342 litra b, noe som faller utenfor oppgavens tema. Det er likevel verdt å nevne at for å straffe gjerningsmannen for brudd på kontaktforbud, må både de objektive og subjektive kravene til at gjerningsmannen i det aktuelle tilfellet kan sies å ha öforf[ulgt]ö fornærmede være oppfylte, jfr. § 33 (2) litra b, jfr. § 342 litra b.

3.2.2 öbesøkeö

Forbudet kan gå ut på at man forbys å öbesøkeö en annen person, jfr. § 33 (2) litra b.

Ordlyden tilsier den situasjon at gjerningsmannen oppsøker fornærmede på steder hvor fornærmede har mer eller mindre fast opphold, typisk fornærmedes hjem. Det eksisterer lite rettspraksis om innholdet i vilkåret öbesøkeö, ettersom kontaktforbud etter § 33 (2) litra b ofte gis som et totalforbud mot å öforfølge, besøke eller på annet vis kontakteö uten at det enkelte vilkår kommenteres.

Det synes ikke å være skarpe skillelinjer mellom denne situasjonen og hvor gjerningsmannen forfølger fornærmede, jfr. ovenfor. Det kan tenkes at det også her vil være mest naturlig å operere med en tilsvarende sonndring som i § 33 (1) b og c. I så tilfelle vil et forbud mot å öbesøkeö fornærmede være et forbud mot å oppsøke fornærmede i for eksempel vedkommendes hjem, mens et forbud mot å öforfølgeö gjerne tar sikte på å hindre gjerningsmannen i ellers å følge fornærmedes bevegelser. Dette synes å være mest i tråd med ordlyden, og skaper en viss logisk sammenheng mellom vilkårene.

3.2.3 Hva ligger i et forbud mot å öpå annet vis kontakteö fornærmede?

Det kan altså gis forbud mot at gjerningsmannen öpå annet vis kontakte[r]ö en annen person, jfr. § 33 (2) litra b. Ordlyden synes som nevnt ovenfor å forby ethvert forsök på kommunikasjon, gjennom samtlige kommunikasjonskanaler.

I forarbeidene til § 33 uttales det, som nevnt, at et slikt forbud ikke bare öikke bare retter seg mot fysiske tilnærmelser, men også mot uönsket oppmerksomhet som tar form av telefonoppringninger, brev, e-poster, tekstmeldinger mvö³³.

Spørsmålet er likevel om man ut fra § 33 (2) litra b kan forby gjerningsmannen å unngå enhver kontakt med fornærmede. Man kan tenke seg den situasjon at fornærmede selv tar kontakt med gjerningsmannen. Spørsmålet er, mer spesifikt, om et forbud mot å ökontakteö fornærmede vil kunne gå ut på et pålegg om å unnlate å besvare henvendelser fra fornærmede.

Ordlyden tilsier at forbudet kan gå ut på et forbud mot at gjerningsmannen aktivt søker kontakt, men synes ikke å hindre at gjerningsmannen *har* kontakt med den forbudet verner så lenge det er fornærmede som tar initiativ til kontakten.

Formålet med bestemmelsen er å oppstille et vern for fornærmede. Behovet for vern kan sies å eksistere uavhengig av fornærmedes vilje eller evne til å innse at fornærmede bör unngå kontakt med gjerningsmannen. Formålet kan således tenkes å tale mot en utvidende forståelse av ordlyden, slik at kontaktforbudet må forstås som et forbud mot å også besvare henvendelser fra fornærmede.

Å forby gjerningsmannen å ha kontakt med fornærmede, vil imidlertid i realiteten legge bånd på fornærmedes adgang til kontakt med hvem vedkommende måtte önske å ta kontakt med. Dette hensyn synes også å tillegges avgjørende vekt i Rt-2004-2046, hvor Høyesterett kom til at strpl. § 222 a ikke gav hjemmel for å pålegge gjerningsmannen A å ikke ha samtaler med sitt barn B når denne tok kontakt. Tilsvarende løsning må trolig legges til grunn i relasjon til § 33.

³³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) kap. 30.1 s. 456.

3.3 Fellesspørsmål til § 33 (2) litra a og litra b.

3.3.1 Kravet til utforming

Et kontaktforbud må gis det innhold som lovens vilkår åpner for. I Rt-1998-1255 hadde påtalemyndigheten hjemlet et forbud mot blant annet at gjerningsmannen skulle parkere foran fornærmedes garasje og stenge av vanntilførsel til fornærmedes bolig, i strpl. § 222 a.

Forbudets formål var nok å tvinge gjerningsmannen fra å avstå fra plagsom aktivitet som utvilsomt var til besvær for fornærmede. Retten la imidlertid til grunn at forbudet ikke var utformet som et oppholdsforbud eller et forbud mot å besøke eller kontakte en person. Forbudet kunne heller ikke anses for å være et forbud mot å øforfølge fornærmede, all den tid adferden ikke gjaldt øforfølgelse av en person som sådan.

Det er i relasjon til § 222 a hevdet at denne type plagsomme adferd bør kunne sies å rammes av alternativet øpå annet vis krenke en annens fred, jfr. første ledd³⁴, og således danne grunnlag for ileggelse av forbud, jfr. første ledd. Det får bli et øpent spørsmål. Det sentrale i denne sammenheng er imidlertid at forbudet i så tilfelle må *utformes* enten som et oppholdsforbud, jfr. (2) litra a, eller et kontaktforbud, jfr. (2) litra b - og ikke som et forbud mot å parkere foran fornærmedes garasje eller å stenge av vanntilførsel.

3.3.2 Har retten plikt til å velge mellom litra a og litra b?

Det er på det rene at retten ikke er bundet av påtalemyndighetens påstander ved straffutmålingen, jfr. strpl. § 38 (2) 2.pkt. Retten vil imidlertid være bundet av vilkårene i § 33. Rettspraksis kombinerer som regel oppholdsforbud etter litra a, med et mer utvidet kontaktforbud etter litra b. Dette trass for at ordlyden kan tilsi at det er tale om alternative tiltak, jfr. øeller. Hensynet til vern av fornærmede, sågar formålet med § 33, tilsier imidlertid at retten må kunne ta i bruk de midler bestemmelsen hjemler i den grad behovet tilsier det og vilkårene ellers er oppfylt. Det er derfor ingen grunn til å til å pålegge retten en plikt til å velge mellom oppholdsforbud, jfr. litra a *eller* kontaktforbud, jfr. litra b.

3.4 Forbud mot å oppholde seg i øeget hjem, jfr. § 33 (3).

Et forbud etter strl. § 33 kan også gå ut på forbud mot å oppholde seg i eget hjem, jfr. (3). Som vi skal se i det følgende vil det være snevrere adgang til å ilegge et slikt forbud, enn etter de alminnelige regler i § 33 (1). Dette har trolig sin bakgrunn i at et forbud mot å oppholde

³⁴ Braathen, Anne Kari og Molstad, Stine J., Besøksforbud ø straffeprosessloven § 222 a, Institutt for kriminologi og rettssosiologi, Avdeling for rettssosiologi, UIO, Skriftserie nr. 72/2001, s. 30.

seg i eget hjem er et betydelig større inngrep overfor gjerningsmannen, noe som også er gjenspeilet i det strammere kravet til maksimalt 1 års varighet, § 33 a (2) 3.pkt.

3.4.1 öeget hjemö

Forbudet kan etter § 33 (3) gå ut på at gjerningsmannen forbys å oppholde seg i sitt öeget hjemö. Ordlyden tilsier at forbudet kan gå ut på at gjerningsmannen nektes adgang til boligen som han bor i, selv om han skulle være eier av boligen. Forarbeidene til strpl. § 222 a understreker også at forbudet kan ilegges uavhengig av eierforholdene³⁵.

At det må være tale om eget öhjemö tilsier at det må trekkes en grense mot fritidsboliger, slik at forbud mot opphold i fritidsbolig vil kunne ilegges etter § 33 (1). Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til § 222 a³⁶.

Bestemmelsen vil være særlig aktuell ved vold og misbruk i nære relasjoner, men departementet ville ikke, i relasjon til § 222 a, oppstille et krav om at gjerningsmann og fornærmede måtte stå i et bestemt forhold til hverandre³⁷. Bestemmelsen er derfor ikke begrenset til der de involverte har felles husholdning, og departementet peker videre på at bestemmelsen kan for eksempel være aktuell i forholdet mellom huseier og leieboer. Tilsvarende må nok kunne sies å gjelde for strl. § 33.

Et forbud mot opphold i et boligfelt hvor en selv har bolig, vil i realiteten medføre flytteplikt. Et slikt forbud kan tenkes å være aktuelt der gjerningsmannen er nabo med fornærmede. De hensyn som begrunner det strengere regimet i § 33 (3) ved forbud mot opphold i eget hjem, tilsier at et slikt forbud må likestilles med et forbud mot opphold i selve boligen, jfr. (3).

3.4.2 Særvilkårene i § 33 (3).

3.4.2.1 öhandling som nevnt i første ledd bokstav aö

For at forbud mot opphold i eget hjem skal komme til anvendelse, må det være nærliggende fare for en öhandling som nevnt i første ledd bokstav aö. Det stilles således krav om at det må være nærliggende fare for en östraffbar handlingö, slik at det, i motsetning til første ledd, ikke er nok at det er nærliggende at gjerningsmannen vil öforfølgeö eller öpå annet vi krenke en annens fredö, jfr. § 33 (1) litra b og c, jfr. behandlingen av disse ovenfor.

³⁵ Ot.prp nr.109 (2001-2002) Kap 4.2.4.3. s. 27.

³⁶ Ot.prp nr.109 (2001-2002) Kap 4.2.4.2 s. 28.

³⁷ Ot.prp nr.109 (2001-2002) Kap 4.2.4.3 s. 27

Som nevnt vil imidlertid § 390 a fange opp en betydelig andel av de praktiske tilfeller hvor det er aktuelt å benytte seg av et kontaktforbud, jfr. § 33. Begrensningen til (1) litra a vil derfor neppe være av stor betydning i normaltilfellene.

3.4.2.2 önnärliggende fareö

Det stilles, som nevnt, krav om önnärliggende fareö for en straffbar handling, jfr. § 33 (3). En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det her vil være et krav om sannsynlighetsovervekt, i motsetning til kravet om ögrunn til å troö i § 33 (1), jfr. behandlingen ovenfor. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene³⁸.

Det vises for övrig til gjennomgangen av ögrunn til å troö, hva gjelder relevante momenter og vurderingen for övrig, jfr. ovenfor.

Del III

3.5 ökan ilegges kontaktforbudö, jfr. § 33 (1).

Vi har altså sett at retten først må vurdere hvorvidt det er grunnlag for å idømme kontaktforbud etter § 33 første ledd, eventuelt etter tredje ledd. Retten må videre ta stilling til om det kontaktforbud man tenker å idømme kan sies å ha et lovlig innhold etter vilkårene § 33 (2) ledd.

Temaet i det følgende er om retten deretter står fritt til å vurdere hvorvidt det konkrete kontaktforbudet skal ilegges.

3.5.1 Innledende bemerkninger

Finner retten at gjerningsmannen har begått en östraffbar handlingö og at det er ögrunn til å troö at gjerningsmannen ellers vil begå en handling som nevnt i litra a-c, *ökanö* gjerningsmannen ilegges kontaktforbud.

Ordlyden tilsier at retten står fri til å avgjøre hvorvidt kontaktforbud bør ilegges i det konkrete tilfellet. Som ved alminnelig straffutmåling vil imidlertid retten måtte forholde seg til føringer av rettslig art ved den skjønsmessige vurderingen i det konkrete tilfellet.

³⁸ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 456.

Siden det i liten grad eksisterer nyere teoretiske fremstillinger av § 33, kan det være interessant med en gjennomgang av hvilke vurderinger retten gjør på dette punkt, samt hva retten synes å trekke inn av momenter i vurderingen av om kontaktforbud skal ilegges og dets nærmere omfang.

3.5.2 Vurderingen. Hvilke føringer foreligger for rettens skjønn?

3.5.2.1 Lovteksten

Kontaktforbud ökanö ilegges. Ordlyden angir ikke hvilken vurdering retten skal foreta, og heller ikke hvilke momenter som er relevant. Det nærmere innhold i den skjønnsmessige vurdering som skal foretas må derfor bero på en gjennomgang de føringer som foreligger i blant annet forarbeider og rettspraksis.

3.5.2.2 Forarbeider

I forarbeidene begrunnes utvidelsen av § 33, fra å være hjemmel for oppholdsforbud til et utvidet kontaktforbud, blant annet ut fra den teknologiske utviklingen med nye kommunikasjonskanaler³⁹. Det uttales at det i en situasjon hvor gjerningsmannen har plaget fornærmede per tekstmeldinger, kan være öformålstjenelig og rimelig å ilegge forbud mot å sende flere tekstmeldinger til den fornærmedeö.

Selv om uttalelsen først og fremst beskriver bakgrunnen for utvidelsen av § 33, kan det synes som at forarbeidene forutsetter at skjønnsutövelsen i stor grad baserer seg på hva som er formålstjenelig og rimelig.

Videre omtales også bakgrunnen for innføringen av § 33 (4), som gir domstolen adgang til å også idømme et begrenset kontaktforbud. Formålet med fjerde ledd var å gjøre det lettere for domstolen å öspesialtilpasse forbudet slik at det ikke blir uforholdsmessig tyngende, uten at dette gjør reaksjonen mindre effektiv som et virkemiddel for å hindre nye lovbrudd eller annen plagsom adferdö. Selv om uttalelsen direkte angår adgangen til å idømme et begrenset kontaktforbud, synes det at det for departementet stod sentralt at man önsket å unngå de uforholdsmessig tyngende kontaktforbud. Dette må sies å kunne gjelde også utover situasjonen i fjerde ledd, og harmonerer med føringene på at kontaktforbudet må være rimelig, jfr. ovenfor.

³⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Kap 24.4.3 s. 323

Det foreligger altså ikke direkte uttalelser i forarbeidene på det nærmere innhold i rettens skjønnsmessige vurdering, men det kan altså sies å eksistere visse føringer fra lovgivers side på at kontaktforbudet må være formålstjenelig og ikke urimelige eller uforholdsmessig tyngende.

3.5.2.3 Rettspraksis

Det er et forbausende manko på Høyesterettsavgjørelser knyttet til straffelovens § 33. Det må derfor i stor grad sees hen til underrettspraksis. Samtidig er det en tendens generelt i rettspraksis i å være nokså knapp i behandlingen av rettighetstap etter § 33. Det kan ofte være vanskelig å identifisere hva retten har lagt vekt på i relasjon til om vilkårene i første ledd er oppfylt, og særlig hva som har inngått i rettens skjønnsmessige vurdering, jfr. ökanö-vilkåret.

Det er likevel enkelte avgjørelser som synes å være mer åpne på hvilke vurderingstema som gjør seg gjeldende i den skjønnsmessige vurderingen.

I RG-2005-1601 ble A ilagt oppholdsforbud i medhold av den gamle § 33 på bakgrunn av alvorlige trusler mot sine naboer B og C. Forbudet gikk ut på at A i en periode på 2 år ikke fikk oppholde seg i boligfeltet hvor A og As naboer, fornærmede B og C, hadde bolig.

Lagmannsretten tar ikke uttrykkelig stilling til vilkårene i den gamle § 33, men synes å vurdere mer løsrevet hvorvidt det var nødvendig med et slikt forbud. Det sentrale hensyn i vurderingen synes å være at det forelå et konkret behov for beskyttelse av fornærmede.

Det som særlig er interessant i denne sammenheng er at retten deretter vender perspektivet over på hvilke følger oppholdsforbudet vil ha for gjerningsmannen A.

Retten peker på at A og samboeren har en svært fordelaktig avtale med As samboers foreldre, hvor A og samboeren får bo i et hus uten annet vederlag enn å stå for vedlikehold og betale driftsutgifter på eiendommen. Et oppholdsforbud ville avskjære muligheten til å fortsatt bo i det angitte boligfeltet, og dermed få betydelige økonomiske konsekvenser for A. Dette er hensyn som talte for at et kontaktforbud ville være urimelig ovenfor A. Retten mente likevel at å ilegge A kontaktforbud ikke ville være öurimeligö, og at inngrepet ovenfor A ville være det öminst ödeleggendeö sammenholdt med at fornærmede ellers ville følt seg tvunget til selv å måtte flytte.

Dette kan trekke i retning av at den skjønnsmessige vurderingen retten må foreta er noe mer enn en vurdering av fornærmedes behov for beskyttelse, og at det må foretas en avveining mellom interessene på gjerningsmannens hånd og interessene på fornærmedes hånd.

Dette harmonerer godt med føringene fra forarbeidene, som pekte i retning av at det i den skjønnsmessige vurdering gjerne vil måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering ó slik at kontaktforbudet ikke ble urimelig overfor gjerningsmannen.

I TFJOR-2009-13243 ble gjerningsmannen A funnet skyldig i forsøk på seksuell handling med to mindreårige jenter som bodde i samme tremannsbolig som han selv, jfr. § 200 (2) 1.pkt, samt såkalt blotting, jfr. § 201 c.

Retten kom til at vilkårene for kontaktforbud i egen bolig var oppfylte, jfr. § 33 (1) a, jfr. tredje ledd. Det ble lagt til grunn at forbudet fremstod som nødvendig og ikke urimelig, og viste blant annet til den interesseavveining som foretas i RG-2005-1601, nevnt ovenfor.

I denne vurdering ble det særlig lagt vekt på at familien til de to fornærmede så seg nødt til å flytte fra tremannsboligen om ikke gjerningsmannen ble ilagt det aktuelle forbud.

Gjerningsmannens tilknytning til tremannsboligen var liten, mens fornærmedes families tilknytning til boligen var sterk. Også i denne saken anså retten det for å være det ömst belastendeö alternativ om gjerningsmannen ble ilagt det aktuelle forbud.

Tingretten synes derfor å legge til grunn at hvorvidt kontaktforbudet vil være nødvendig og ikke urimelig er forutsetninger for ileggelse av kontaktforbud, og at det i vurderingen om kontaktforbud er urimelig må gjøres en interesseavveining mellom hensynene på fornærmedes hånd fornærmede og hensynene på gjerningsmannens hånd.

De nevnte dommer er riktignok underrettspraksis, som isolert sett ikke kan sies å ha stor rettskildemessig vekt. Dommene synes likevel å gi tydelig uttrykk for de samme føringer som vi ovenfor mente å kunne utlede av forarbeidene. Det vil og kunne hevdes at dommene er eksempler på en rettsikkerhetsmessig forsvarlig håndtering av § 33 ó der vurderingstema tar høyde for interessene på begge sider i konflikten.

Ettersom kontaktforbud, for både gjerningsmann og fornærmede, vil oppleves likt som et besøksforbud etter § 222 a, kan det også være grunn til å se hen til hvordan retten foretar vurderingen om et konkret besøksforbud lovlig kan ilegges.

3.5.2.4 Forholdet til strpl. § 222 a.

Som nevnt er § 33 i stor grad innholdsmessig lik som straffeprosesslovens § 222 a. Den sistnevnte bestemmelse er et virkemiddel som påtalemyndigheten kan benytte for å gripe inn i en situasjon, uten at det er ledd i en strafferettslig forfølgning eller etterforskning.

Bestemmelsen er derfor ikke ansett for å være et tvangsmiddel, selv om den har fått sin plassering i straffeprosesslovens 4 del som regulerer tvangsmidler.

Like fullt angir § 222 a (2), 2.pkt at § 170 a skal gjelde tilsvarende. Dette innebærer at besøksforbud etter § 222 a kun kan ilegges når det er ötilstrekkelig grunn til detö, jfr. § 170 a, 1.pkt, og når besøksforbudet öetter sakens art og forholdende ellers [ikke] vil være et uforholdsmessig inngrepö. Dette blir ofte omtalt som et krav til hensiktsmessigheten og proporsjonaliteten av tvangsmiddelet.

I straffelovens § 33 oppstilles derimot ikke noen lignende vurdering i lovteksten.

Domstolen vil måtte ta stilling til lovligheten av et ilagt besøksforbud, herunder nødvendigheten og forholdsmessigheten av det ilagte besøksforbud, i den grad den forbudet retter seg mot krever dette, jfr. § 222 a (8), 1.pkt, jfr. (2), 2.pkt. Ved spørsmål om illeggelse av kontaktforbud etter § 33, vil domstolen endelig måtte ta stilling til om det konkrete kontaktforbud skal ilegges ut fra en skjønnsmessig vurdering, jfr. at kontaktforbud ökanö ilegges.

Spørsmålet er om retten i relasjon til den skjønnsmessige vurderingen av om et kontaktforbud skal ilegges etter strl. § 33, må kunne anvende liknende betraktninger som i vurderingen etter § 222 a (2) 2.pkt, jfr. § 170 a.

Selv om kontaktforbud etter § 33 er rettighetstap ilagt ved dom og er definert som straff, er vurderingen for illeggelse av rettighetstapet i liten grad knyttet til det tilbakeskuende, pönale perspektiv, jfr. ovenfor. Både ved spørsmål om illeggelse av kontaktforbud og besøksforbud er det tale om å ilegge gjerningsmannen et forbud mot å kontakte en tredjepart, på bakgrunn av

en vurdering av risikoen for fremtidig uønsket adferd mot vedkommende. Perspektivet er derfor i begge relasjoner rettet mot forholdene fremover i tid, og bestemmelsene regulerer langt på vei den samme faktiske situasjonen.

Dette har betydning i to relasjoner.

For det første vil retten ved ileggelse av forbud etter § 33 og § 222 a gripe inn i forholdet mellom fornærmede og gjerningsmannen. Her vil det lett kunne oppstå konflikt mellom hensynet til fornærmede, og hensynet til gjerningsmannen. Dette spenningsfeltet eksisterer uavhengig av hvilken hjemmel som benyttes for å ilegge forbud, og vil ha betydning for den vurdering retten må foreta ved ileggelse av forbud.

En vurdering av nødvendighet og forholdsmessighet er egnede redskaper for å behandle dette spenningsfeltet, noe som lovgiver også synes å ha lagt vekt på ettersom § 170 a er gitt anvendelse i relasjon til § 222 a. Dette taler for at domstolen også ved ileggelse av kontaktforbud etter § 33 må anlegge betraktninger om nødvendigheten og forholdsmessigheten. Dette taler for at det ikke bør være stort skille på innholdet i vurderingen av om det skal ilegges et forbud i eller utenfor dom.

At § 33 ikke inneholder en tilsvarende henvisning til strpl. § 170 a skyldes nok at § 33 er en reaksjon som ilegges ved dom i en straffesak, mens § 170 a oppstiller skranker for påtalemyndighetens anvendelse av tvangsmidler. En direkte anvendelse av § 170a i sak om ileggelse av kontaktforbud ved dom skaper neppe god systematikk i den rettslige materien. Det kan derfor være tvilsomt om tingretten i RG-2003-547 valgte den beste løsning da de i sak om oppholdsforbud etter den gamle § 33 forutsatte at straffeprosesslovens § 170 a, 2.pkt kom til direkte til anvendelse.

Situasjonene i strl. § 33 og strpl. § 222 a er imidlertid så like, og de samme hensyn gjør seg i så stor grad gjeldende at det kan hevdes at det ville bryte med sammenhengen i rettsystemet om ikke man ikke skulle anvende de *prinsipper* § 170 a gir uttrykk for i § 33-situasjonen. Dette er den andre relasjon. Det kan derfor tenkes at tingretten i RG-2003-547 gjerne ikke var så langt ute på jordet likevel.

Det synes altså grunnlag for å kunne hevde at det i vurderingen av om et konkret kontaktforbud skal ilegges, må sees hen til prinsipper om hensiktsmessighet- og

forholdsmessighet som retten er kjent med fra vurderingen av lovligheten av ilagt besøksforbud etter § 222 a. Dette synes videre å harmonere meget godt med føringene fra forarbeider og rettspraksis.

3.5.2.5 Formulering av fellesnevner - rettsregelen

Gjennomgangen av de ulike rettskildene har vist at det foreligger visse føringer for rettens skjønnsmessige vurdering av om det aktuelle kontaktforbud skal ilegges. Føringene er ulikt formulert, men begreper som rimelighet, hensiktsmessighet, nødvendighet, formålstjenelighet, interesseavveining og forholdsmessighet går igjen.

Kontaktforbud kan kun ilegges dersom det er grunn til å tro at gjerningsmannen vil begå handlinger som nevnt i litra a-c, og ilegges for å beskytte fornærmede fra å bli utsatt for denne adferd. Hvilke formål kontaktforbud kan begrunnes ut fra er således tydelig beskrevet i lovens vilkår. Hvis kontaktforbudet oppfylder lovens vilkår vil forbudet normalt være tilstrekkelig formålstjenelig og hensiktsmessig. Dette vil derfor ikke forfølges videre i oppgaven her.

Drøftelsen ovenfor viser at kontaktforbud også må være nødvendige og ikke urimelige eller uforholdsmessige. Forarbeidene til § 222 a legger til grunn en tradisjonell tredelt inndeling av denne vurderingen; hvorvidt besøksforbudet er et egnet virkemiddel til å beskytte fornærmede, hvorvidt besøksforbudet er nødvendig for å beskytte fornærmede og til slutt en endelig proporsjonalitetsvurdering der det foretas en interesseavveining⁴⁰.

Sammenfatningsvis synes rettens skjønnsmessige vurdering å særlig bli en vurdering av hvorvidt kontaktforbudet er uforholdsmessig. Hvorvidt kontaktforbudet er egnet for å beskytte fornærmede og hvorvidt det foreligger bedre, alternative tiltak som gjør kontaktforbudet unødvendig, vil kunne tenkes å få betydning også i relasjon forholdsmessigheten av et kontaktforbud. I vurderingen av om kontaktforbudet er uforholdsmessig, må retten, på bakgrunn av drøftelsen ovenfor, også å måtte foreta en interesseavveining av hensynet til fornærmede og hensynet til gjerningsmannen.

I det følgende vil et utvalg av de nærmere hensyn og momenter som i praksis har vist seg å være aktuelle i forholdsmessighetsvurderingen. Med bakgrunn i drøftelsen ovenfor vil også rettspraksis om forholdsmessigheten av besøksforbud etter strpl. § 222 a trekkes inn, samt noe rettspraksis rundt besøksforbud som særvilkår for betinget dom.

⁴⁰ Ot.prp.nr. 109 (2001-2002) Kap. 4.4.1 s. 29-30.

3.5.3 Hensyn og momenter som vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen.

3.5.3.1 Hensynet til fornærmede

Å beskytte fornærmede er selve formålet med § 33, og blir derfor et meget sentralt hensyn ved vurderingen av om kontaktforbud skal ilegges, herunder den konkrete utformingen av forbudet. I teorien blir det hensyn man søker å ivareta med den aktuelle rettighetstapsbestemmelsen gjerne kalt öbeskyttelseshensynet⁴¹. Ved forholdsmessighetsvurderingen vil dette hensyn alltid gjøre seg gjeldende, ettersom det ligger til grunn for vilkårene i § 33 (1). En sentral del av forholdsmessighetsvurderingen vil være hvilke utslag dette hensyn skal få, i fastleggingen av det nærmere innhold i et konkret forbud.

Beskyttelseshensynet formuleres gjerne i rettspraksis som öfornærmedes behov for trygghetö, jfr. for eksempel LA-2009-112396, hvor dette hensyn også blir uttalt å være sentralt ved reaksjonsfastsettelsen etter § 33.

I interesseavveiiingen ved spørsmål om illeggelse av besøksforbud etter strpl. § 222 a, jfr. § 170 a er også den krenkedes alder et sentralt hensyn, jfr. Rt-1998-1638, hvor en tidligere domfelt for blant annet seksualforbrytelser var siktet for overgrep mot en 13 og et halvt år gammel jente. At fornærmede er svært ung tilsier at beskyttelsesbehovet bør veie særlig tungt, slik at gjerningsmannen etter omstendighetene må finne seg i større restriksjoner enn ellers. Dette hensyn gjør seg gjeldende også for kontaktforbud.

Et forbud som går ut på at gjerningsmannen på annet vis ikke får kontakte fornærmede etter strl. § 33 (2) litra b, vil nok av gjerningsmannen kunne oppleves svært inngripende. Et slikt forbud verner likevel direkte om fornærmedes person, hvor beskyttelseshensynet fölgelig får særlig vekt.

Et forbud mot å oppholde seg i visse områder, det typiske oppholdsforbud etter § 33 (2) litra a, legger derimot bånd på gjerningsmannens bevegelsesfrihet. Bånd på gjerningsmannens bevegelsesfrihet kan lettere få utilsiktede virkninger, og det er nok antagelig her de vanskeligere avveiiingene i forholdsmessighetsvurderingen oppstår.

⁴¹ Berg, Trude M., *Rettighetstap*, (Oslo 1999), kap 4.4.2 s. 57. Forfatteren behandler hensyn og momenter som er relevant i en vurdering om rettighetstap skal ilegges etter strl. § 29.

3.5.3.2 Hensynet til gjerningsmannen

Mot hensynet til fornærmedes beskyttelse, står rimelighetshensyn til fordel for gjerningsmannen. Dette ble ovenfor omtalt som spenningsfeltet. I Rt-1998-1638, nevnt ovenfor, ble det uttalt at övirkningen av forbudet for den det rammerö er et sentralt hensyn ved vurderingen av forholdsmessighet etter strpl. § 170 a, jfr. § 222 a. Det er nettopp interessene til gjerningsmannen som kan tenkes å sette grenser for kontaktforbudet ö på tross av beskyttelseshensynet.

I LA-2005-45664 opphevet lagmannsretten oppholdsforbud ilagt etter § 33 i en overgrepssak mot en 20 år gammel mann. Lagmannsrettens flertall la vekt på at hele gjerningsmannens öomgangskrets utover familien bor og oppholder seg i Xö. At kontaktforbudet ville legge betydelige begrensninger i muligheten gjerningsmannen hadde til å opprettholde normal kontakt med sin omgangskrets, synes å være et svært sentralt rimelighetshensyn i rettens argumentasjon. Med tanke på at kontaktforbudet vil kunne strekke seg betydeligere lenger enn utmålt fengselsstraff, jfr. strl. § 33 a, må en her gjerne også trekke inn hensynet til gjerningsmannens resosialisering etter fengselsopphold.

Det må her trekkes inn mulighetene retten har til både å justere det geografiske omfanget på forbudet, adgangen til å gjøre forbudet begrenset til visse tidsperioder på dögnet og adgangen til å begrense varigheten av forbudet, jfr. dröftelsen ovenfor. Se i denne sammenheng Rt-2003-324 hvor disse forhold blir sett i sammenheng under vurderingen av om besøksforbudet som særvilkår for betinget dom, jfr. strl. § 53 nr. 3 litra, var forholdsmessig. Selv om forbudet gjaldt et området på 1200 dekar, hadde gjerningsmannen tilgang til både kirke og gravlund, og han kunne bevege seg fritt i skoleområdet og området rundt fornærmedes arbeidssted utenom de angitte tidsrom.

I den grad kontaktforbudet kunne vært bedre tilpasset den konkrete situasjonen, med hensyn til tidsbegrensning og omfang, og likevel ivaretatt hensynet til fornærmede, vil man trolig komme langt med en anførsel om at kontaktforbudet er uforholdsmessig overfor gjerningsmannen, jfr. ovenfor om at forbudet må være nödvendig for å beskytte fornærmede.

Videre kan retten, som nevnt, ilegge et begrenset kontaktforbud etter § 33 (4), som blant annet gir retten adgang til å gi gjerningsmannen visse muligheter til normal kontakt med

eksempelvis sine barn, i situasjoner der det er ilagt kontaktforbud mot barnas mor⁴². Det vil derfor normalt ikke være grunn til å la være å idømme kontaktforbud ovenfor fornærmede av hensyn til gjerningsmannens forhold til felles barn.

Det kan være verdt å knytte noen kommentarer til situasjonen hvor kontaktforbudet medfører flytteplikt, jfr. § 33 (3). Av de allerede nevnte dommer RG-2005-1601 og TFJOR-2009-13243 fremgikk det at det var sentralt i interesseavveilingen at forbudet det var aktuelt å idømme ville medføre flytteplikt for gjerningsmannen, selv om det ikke ble funnet avgjørende, jfr. ovenfor. Å bli pålagt å holde seg vekke fra eget hjem er trolig noe av det mest inngripende forbud som kan ilegges etter § 33. Hensynet til gjerningsmannen kan derfor tenkes å stå sterkere i forholdsmessighetsvurderingen, i situasjoner der gjerningsmannen må flytte fra eget hjem.

Hensynet til gjerningsmannen som begrensende faktor ved ileggelsen av kontaktforbud som medfører flytteplikt, kan likevel tenkes å ha varierende vekt. Retten vil trolig se på hvor sterk tilknytning gjerningsmannen har til boligen hvor han bor, som retten blant annet la vekt på i den nevnte TFJOR-2009-13243, jfr. ovenfor. At gjerningsmannens tilknytning til boligen er relevant i forholdsmessighetsvurderingen fremgår også av forarbeidene til § 222 a⁴³. Reelle hensyn tilsier at både den økonomiske og ikke-økonomiske tilknytning må kunne vektlegges.

I Rt-1999-363 hadde gjerningsmannen begått alvorlige overgrep mot to kvinner som bodde i samme oppgang som ham selv. Høyesterett opprettholdt oppholdsforbudet etter § 33 da gjerningsmannen selv hadde öskapt en situasjon som tilsa at han måtte flytteö. Blir gjerningsmannen ilagt kontaktforbud som medfører flytteplikt etter § 33, vil det alltid være på bakgrunn av en situasjon gjerningsmannen selv har skapt. Dette vil normalt tale mot gjerningsmannen i vurderingen ettersom dette er forhold som må stå på ögerningsmannens regningö, men det er tvilsomt om dette alene gjør kontaktforbudet forholdsmessig. Det avgjørende for Høyesterett var trolig de öbetydelige psykiske skadevirkningerö gjerningsmannens handlinger hadde hatt, og dermed behovet for beskyttelse av fornærmede. Dette illustrerer også på sin side den nevnte interesseavveiling.

⁴² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 456, med videre henvisning til Ot.prp.nr.109 (2001-200) Kap. 4.3 s. 29.

⁴³ Ot.prp.nr. 109 Kap 4.2.4.1 s. 26.

Del IV

Kapittel 4

4. Forholdet til den europeiske menneskerettskonvensjon.

4.1 Innledende merknader.

Ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 16.april 1999 nr.16 ble den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), med tilleggsprotokoller nevnt i § 2, en del av norsk rett. Bestemmelsene går ved motstrid foran bestemmelser i annen lovgivning, jfr. § 3.

Vurderingen i det følgende er betydningen av reglene i EMK ved norske domstolars illeggelse av kontaktforbud, som ledd i fastsettelsen av straffereaksjonen for et forhold gjerningsmannen er funnet skyldig i. Hvorvidt staten kan ha en positiv plikt etter EMK til å illegge kontaktforbud for å verne om fornærmede, vil det ikke tas stilling til.

Fremstillingen avgrenses nærmere til forholdet til artikkel 5, fjerde tilleggsprotokoll art. 2 nr. 1, artikkel 8, samt noen endelige betraktninger om adgangen til å gjøre unntak i rettighetene og overprøvingen fra den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) sin side.

4.2 Hvilke rettigheter kan et kontaktforbud tenkes å komme i konflikt med?

4.2.1 Art 5.

Artikkel 5 oppstiller vern mot at individet blir frihetsberøvet utenom i angitte tilfeller, og i tråd med lovbestemte prosedyrer. Et kontaktforbud vil kunne begrense gjerningspersonens frihet til å bevege seg innenfor positivt angitte soner eller områder, jfr. ovenfor. Man vil likevel ha frihet til å bevege seg helt fritt utenom disse områdene. Det er derfor lite tvilsomt at kontaktforbud etter strl. § 33 ikke kan sies å innebære at gjerningsmannen blir ödeprived of his liberty, jfr. EMK art. 5 (1), 2. pkt.

4.2.2 Fjerde tilleggsprotokoll art 2 nr. 1 og nr. 4

Selv om frihetsinnskrenkningen i form av et forbud mot å oppholde seg i bestemte områder ikke kan sies å innebære en frihetsberøvelse, kan det likevel tenkes at forbudet kan komme i

konflikt med retten til bevegelsesfrihet og retten til å velge sitt oppholdssted etter fjerde tilleggsprotokoll art 2 nr. 1.

Et forbud mot opphold i eget hjem, som vi ovenfor har sett vil medføre en flytteplikt, griper trolig inn i en persons öfreedom to choose his residenceö, jfr. 4. TP art 2 nr. 1. Av sammenhengen med unntaksbestemmelsen i nr. 4, hvor det eksplisitt uttales at retten til bevegelsesfriheten på visse vilkår kan innskrenkes i öparticular areasö, følger det at også øvrige kontaktforbud kan tenkes å komme i konflikt med retten til bevegelsesfrihet.

Hvorvidt et kontaktforbud ilagt ved dom kan være i strid med retten til bevegelsesfrihet og retten til å velge oppholdssted, er så vidt vites ikke blitt prøvd av EMD. I *Olivieira v The Netherlands* hadde borgermesteren forbudt X å reise inn til visse offentlige steder i sentrum av Amsterdam. Det var uomtvistet at dette var i konflikt med rettighetene i art 2 nr. 4. Spørsmålet var om den var en krenkelse ut fra unntaksreglene. Saken gjaldt riktignok ikke kontaktforbud ilagt ved dom, men har sentrale likhetstrekk ettersom öthe prohibition ordersö gikk ut på et oppholdsforbud som begrenset vedkommendes bevegelsesfrihet. Dette taler for at et kontaktforbud, som også gjør inngrep i gjerningsmannens bevegelsesfrihet, fort vil komme i konflikt med 4. TP art. 2 nr. 4.

Der kontaktforbud finnes å utgjøre et inngrep i rettighetene art. 2 nr. 1 eller nr. 4, må en vurdere om det aktuelle forbudet oppfyller kravene for å gjøre unntak⁴⁴, jfr. nedenfor.

4.2.3 Art 8.

EMK oppstiller videre vern mot inngrep i gjerningsmannens öprivateí lifeö, jfr. art. 8 nr. 1. Ordlyden tilsier at bestemmelsen oppstiller et vern om den private sfære. Vernet om den private sfære må også sies å innbefatte retten til respekt for öhis family life, his home and his correspondenceö⁴⁵.

Det kan her for eksempel tenkes situasjonen hvor gjerningsmannen har begått et overgrep mot fornærmede i område hvor han selv bor og har hele sin omgangskrets. Gjerningspersonen ilegges i forbindelse med straffedommen et forbud mot å oppholde seg i dette området. Kontaktforbudet kan således komme til å legge begrensninger på gjerningsmannens mulighet

⁴⁴ Harris, David J., M. O'Boyle, E.P Bates, C.M Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, (Oxford 2009) s. 738.

⁴⁵ Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) s. 174.

til å opprettholde normal kontakt med sin omgangskrets, ettersom han ikke kan besøke venner i dette området.

Spørsmålet er om et kontaktforbud som begrenser eller hindrer gjerningsmannens mulighet til normal kontakt med sin omgangskrets vil kunne være et inngrep i gjerningsmannens rett til respekt for sitt öprivateí lifeö, jfr. art. 8 nr. 1.

Det finnes så vidt vites ingen dom på dette i relasjon til kontaktforbud ilagt ved dom eller liknende restriksjoner. I *Niemietz v. Germany*, pkt. 27-29, drøftet EMD hvorvidt art. 8 oppstilte vern mot at myndighetene ransaket en advokats kontor. I den forbindelse ble det drøftet hvorvidt advokatens forhold til klienten kunne sies å inngå i advokatens rett til öprivateí lifeö. EMD uttalte at dette vilkår måtte forstås slik at det til en viss grad måtte verne retten til å öestablish and develop relationships with other human beingsö. Det er i teorien hevdet at det her må trekkes en grense mot de mer perifere forbindelser, men at besteforeldre, søsken og venner må anses å være vernede relasjoner⁴⁶.

Det kan derfor tenkes at et kontaktforbud som reelt sett vil begrense eller hindre gjerningsmannens forhold til sentrale deler av sin omgangskrets, vil kunne komme i konflikten med gjerningsmannens rett til öprivateí lifeö, jfr. art. 8 nr. 1. I *Oliveira v Netherlands*, nevnt ovenfor, ble dette anført av den klagende part. EMD fant likevel ikke grunn for å ta stilling til art. 8, all den tid en anførsel om at forbudet mot opphold i visse områder var en krenkelse av 4. TP art. 2 nr. 4 öcoincidesö med en anførsel om at forbudet krenker retten til å få besøke sin omgangskrets etter art. 8. Det kan derfor hevdes at art. 8 kan tenkes å være et prosedabelt grunnlag for å kjenne et kontaktforbud av denne art ugyldig, men vil kun ha betydning som et alternativ til 4. TP art. 2 nr. 4.

Et forbud som går ut på at gjerningsmannen ikke får kontakte sin kone eller barn, vil måtte legges til grunn at vil være et inngrep i gjerningsmannens rett til öfamily lifeö. Også et forbud som forbyr gjerningsmannen å oppholde seg i eget hjem, kan tenkes å komme i konflikt med dette vilkår i den utstrekning gjerningsmannen bor med sin familie. Et forbud mot opphold i eget hjem kan uansett hevdes å være et inngrep i gjerningsmannens rett til respekt for hans öhomeö, jfr. art. 8 nr. 1.

Et kontaktforbud kan således tenkes å gripe inn i sentrale rettigheter oppstilt i artikkel 8.

⁴⁶ Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) s. 175-176.

4.3 Hvilke muligheter finnes det for å gjøre unntak i de nevnte rettigheter?

Under arbeidet gjennomgangen av den gamle § 33 og opprettelsen av hjemmel for besøksforbud i straffeprosessloven, uttalte offerutvalget i relasjon til sistnevnte bestemmelse at det kunne reises spørsmål om besøksforbud kunne komme i konflikt med enkelte av rettighetene nevnt ovenfor⁴⁷. Det ble likevel vist til medlemsstatenes adgang til å gjøre unntak fra de rettighetene i konvensjonen.

Vi har ovenfor lagt til grunn at også et kontaktforbud kan innebære et inngrep i de nevnte rettigheter. Medlemsstatenes unntaksvisse adgang til å gjøre inngrep i de nevnte rettigheter, uten at det blir tale om en krenkelse av konvensjonen eller tilleggsprotokollene, er tema i det følgende.

4.3.1 Lovskravet

For at et inngrep ikke skal anses for å være en krenkelse av konvensjonen kreves både etter TP art. 4 nr. 4 og EMK art. 8 nr. 2, at inngrepet er *öin accordance with law*. Dette innebærer for det første et krav om hjemmel⁴⁸, men det er også visse krav til hjemmelens utforming⁴⁹.

Det er lite tvilsomt at vi i norsk rett har hjemmel i strl. § 33 for å ilegge kontaktforbud, og det synes ikke, på generelt grunnlag, å være iøynefallende mangler ved lovtekstens utforming.

Det vil imidlertid kunne dukke opp særtilfeller der faktum gir vanskelige tolkningsproblemer om § 33 hjemler det aktuelle forbud som ønskes ilagt. Det vil derfor i den enkelte sak måtte tas stilling til om strl. § 33 gir en tilstrekkelig klar og presis hjemmel for det aktuelle forbud. Er ikke dette krav oppfylt, vil kontaktforbudet innebære en krenkelse av konvensjonen.

4.3.2 Inngrepets formålmessighet

For at man skal kunne gjøre et inngrep i rettighetene etter konvensjonen, krever både art. 8 nr. 2 og 4. TP art. 2 nr. 3 at inngrepet videre må ha grunnlag *öin the interests of the protection of the rights and freedoms of others*.

⁴⁷ NOU 1992:16 (Sterke vern og økt støtte for kriminalitetsofre) Kap. 4.3 s. 69.

⁴⁸ Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) s. 98, med videre henvisning til A mot Frankrike der myndighetene hadde begått en krenkelse av artikkel 8 på grunn av manglende hjemmel for telefonavlytting.

⁴⁹ Se blant annet *Sunday Times v. Great Britain*, der domstolen i sak om publiseringsforbud og spørsmål om krenkelse av artikkel 10, oppstilte krav til blant annet hjemmelens presisjon. Se for øvrig Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) kap. 7.6.

For at kontaktforbud skal være konvensjonsmessig må derfor forbudet være gitt til beskyttelse av en persons rettigheter. Et kontaktforbud kan etter norsk rett ikke ilegges ut fra andre formål enn nettopp å beskytte fornærmede eller andre som utgjør den vernede krets, jfr. drøftelsen ovenfor, jfr. strl. § 33 (1) litra a-c.

4. TP art 2 nr. 4, som regulerer adgangen til å legge restriksjoner på opphold på bestemte områder, oppstiller at det i slike situasjoner i tillegg kan være grunnlag for inngrep hvis det er i öpublic interest. Denne unntaksbestemmelsen har således en ikke ubetydelig videre formålsangivelse enn de tilsvarende unntaksbestemmelsene i art 8-11. Det kan derfor tenkes at vernet mot inngrep i den private sfære etter artikkel 8 gir et sterkere vern i relasjon til kontaktforbud, enn vernet mot inngrep i bevegelsesfriheten etter 4. TP art. 2 nr. 1, jfr. nr. 4. En konsekvens av dette ville i så fall være at man i saker der kontaktforbudet hindrer gjerningsmannen i å ha normal kontakt med sin omgangskrets, burde prosedere på krenkelse av artikkel 8 fremfor 4. TP art. 2 nr. 4, jfr. drøftelsen ovenfor. Dette er imidlertid et tvilsomt spørsmål. En annen sak er at forholdsmessighetskravet i alle tilfeller også vil gjelde ved inngrep i bevegelsesfriheten⁵⁰.

4.3.3 Inngrepets forholdsmessighet

Dette bringer oss over til kravet om at inngrepet kan anses önecessary in a democratic society, for at inngrepet ikke skal innebære en krenkelse av konvensjonen, jfr. art. 8 nr. 2 og 4. TP. art. 2 nr. 3.

Ordlyden tilsier at det er en vurdering av om det er et samfunnsmessig behov for å gjøre det aktuelle inngrepet. EMD har i sin anvendelse av vilkåret lagt til grunn at det er en vurdering av hvorvidt det foreligger et öpressing social need, og om inngrepet er forholdsmessig i forhold til öthe legitimate aim pursued⁵¹.

Aall har i sin fremstilling lagt til grunn at vurderingstemaet ut fra den nevnte dom bør være om det öetter omstendighetene [var] nødvendig å gå frem på en så inngripende måte⁵². Dommeren må i så tilfelle først vurdere om det i den aktuelle saken var et presserende samfunnsmessig behov for å verne om fornærmede, og om det konkrete kontaktforbudet ikke er uforholdsmessig ovenfor gjerningsmannen.

⁵⁰ Harris, David J., M. O'Boyle, E.P Bates, C.M Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, (Oxford 2009) s. 741, med videre henvisninger til EMDs praksis.

⁵¹ Se *Olsson v. Sweden*, som gjaldt spørsmål om inngrep i forholdet mellom foreldre og barn i form av fortsatt omsorgsovertakelse.

⁵² Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) s. 128.

Vurderingen synes å ha en del til felles med den beskrevne vurderingen av forholdsmessighet som domstolen etter norsk rett må foreta i relasjon til § 33, jfr. drøftelsen ovenfor.

Så vidt vites finnes det ikke rettspraksis som tar stilling til om et ilagt kontaktforbud etter § 33 er i strid med EMK, og mer spesifikt artikkel 8. I relasjon til strpl. § 222 a ble det i et kjæremål over ilagt besøksforbud kun konstatert at et besøksforbud begrunnet i sannsynlighetsovervekt for at gjerningsmannen ville begå et straffbart forhold etter § 390 a overfor fornærmede ikke ville være en krenkelse av konvensjonen, jfr. Rt-2004-988. Høyesterett la således til grunn at inngrepet, i form av besøksforbud, var lovmessig, formålmessig og forholdsmessig. Det kan likevel tenkes konkrete situasjoner hvor et kontaktforbud blir så uforholdsmessig at forholdet til konvensjonen kan bli problematisk, sml. også drøftelsen av forholdsmessighetsvurderingen under § 33 ovenfor.

4.4 Men vil EMD overprøve et ilagt kontaktforbud?

EMD vil ha siste ord i saker som angår tolkningen og anvendelsen av konvensjonen, jfr. EMK art. 32 og 44. Hvorvidt EMD vil prøve den nasjonale straffutmåling, herunder om det idømte kontaktforbudet er forholdsmessig etter konvensjonens unntaksbestemmelser, kan imidlertid tenkes å være et tvilsomt spørsmål.

Utgangspunktet er at konvensjonen ikke inneholder en klar bestemmelse som gir EMD en alminnelig adgang til å prøve forholdsmessigheten av idømt straff⁵³.

EMD har også i sin praksis vært svært tilbakeholdne med å overprøve nasjonale straffedommer. Dette gjelder særlig forholdsmessigheten av utmålt frihetstraff i relasjon til art. 5 (1) a. Se blant annet *T v United Kingdom* (16.12.1999), som gjaldt en kidnapping- og drapssak mot en 10 år gammel gutt, hvor EMD i passus 117 tar avstand fra å skulle vurdere forholdsmessigheten mellom handling og idømt straff i relasjon til artikkel 5. Denne uttalelsen er i teorien ansett for å måtte tillegges generell betydning, slik at den er uttrykk for at EMD ikke anser seg kompetent til å generelt kunne prøve forholdsmessigheten mellom handling og straff⁵⁴.

⁵³ Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) s. 118 og Heide, Ola Rambjør, *Den europeiske menneskerettsdomstol ó vår øverste straffutmålingsinstans?*, LoR 2007, s. 515-532, på s. 525.

⁵⁴ Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) s. 118 og Heide s. 525.

Dette kan gjerne begrunnes ut fra det synspunkt at statene selv prinsipielt står ansvarlig for å straffe lovbrøtterne, samt at enkeltstatene både er nærmest og dermed også best skikket til å utmåle riktig straff i relasjon den enkelte stats utmålingstradisjon og verdisyn.

Ileggelse av kontaktforbud ved dom er rettighetstap, og ikke frihetsstraff. Vi er således utenfor artikkel 5, jfr. ovenfor. Rettighetstap kan idømmes av en domstol innenfor de prosessuelle kravene til rettferdig rettergang i artikkel 6. Det er problematisert i teorien om artikkel 6 i seg selv danner grunnlag for å kreve forholdsmessighet mellom handling og straff⁵⁵. Dette spørsmål går vi ikke nærmere inn på her.

Spørsmålet er imidlertid om EMD kan overprøve ilagt kontaktforbud, hvor domstolen ellers har overholdt kravene til rettferdig rettergang etter artikkel 6, på bakgrunn av forholdsmessighetsbetraktningene som vi har sett eksisterer i relasjon til rettighetene i blant annet EMK artikkel 8.

Dette vil i tilfelle innebære at domfelte kan påberope seg EMK som grunnlag for å underkjenne kontaktforbudet i anke over straffutmålingen for en norsk domstol.

Det er som nevnt ikke påstått for EMD at et kontaktforbud idømt ved dom har vært uforholdsmessig etter de nevnte artikler, og følgelig foreligger ingen avgjørelser knyttet til dette tema.

Aall hevder i sin fremstilling at anvendelsen av artikkel 8 på en norsk straffedom vil medføre en aktiv forholdsmessighetskontroll av utmålt straff, noe som hovedregel ikke kan antas⁵⁶.

Andre teoretikere hevder derimot at EMD kan og vil foreta en forholdsmessighetsvurdering av idømt straff - også i relasjon til artikkel 8⁵⁷. De nevnte forfattere synes å finne dekning for dette blant annet i *Laskey and others v The United Kingdom*. Dommen omhandler spørsmål om hvorvidt straff for skade påført andre ved sadomasochisme var en krenkelse av artikkel 8, men også hvorvidt den aktuelle straffen var ødisproportionate. EMD fant ikke at det konkret

⁵⁵ Heide, Ola Rambjør, *Den europeiske menneskerettsdomstol ó vår øverste straffutmålingsinstans?*, LoR 2007, s. 515-532.

⁵⁶ Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) s. 118.

⁵⁷ Emmerson Q.C, Ben, Professor Andrew Ashworth, Alison Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, Second Edition, (London 2007), s. 672-673

forelå krenkelser i de konkrete tilfellene, men synes langt på vei å anse seg kompetent til å også prøve forholdsmessighet av ilagt straff etter art. 8.

Dommene gjelder riktignok frihetsstraff, men dette synes ikke å burde tillegges noen vekt i spørsmål om forholdsmessighetsvurderingene i artikkel 8 bør kunne anvendes også på andre straffereaksjoner. Disse tendenser i rettspraksis taler derfor i retning av at EMD etter omstendighetene også vil kunne komme til å overprøve forholdsmessigheten av et idømt kontaktforbud etter artikkel 8.

EMD har videre foretatt forholdsmessighetsvurderinger av utmålt straff i forhold til andre rettigheter etter konvensjonen. Dette er særlig understreket i teorien i relasjon til artikkel 3 om umenneskelig behandling⁵⁸.

Ileggelse av kontaktforbud griper inn i sentrale rettigheter etter konvensjonen; både enkeltmenneskets rett til privatliv og familieliv, jfr. art. 8, samt rett til å bevege seg fritt og velge sitt oppholdssted, jfr. 4. TP. art. 2 nr. 1 og nr. 4. Det kan derfor diskuteres hvor naturlig det er med et skille mellom adgangen til forholdsmessighetsvurderinger i relasjon til artikkel 8 på den ene siden, og artikkel 3 m.fl. på den andre siden, slik som Aall synes å oppstille. (Aall, *Rettstat og menneskerettigheter*, 2007, s. 177 i petit).

Unntaket Aall oppstiller for å anvende konvensjonens regler på nasjonal straffutmåling synes ikke anvendelig i relasjon til kontaktforbud; inngrepet i rettighetene etter art. 8, i form av forbudet, er en nødvendig følge av straffen. Det kan nok tenkes at EMD ikke vil anse seg bundet av en slik begrensning dersom kontaktforbudet berører sentrale konvensjonsrettigheter, og eksempelvis har et betydelig større omfang enn nødvendig.

Kontaktforbudet ilegges, som nevnt, ikke ut fra et pønalt formål, men ilegges for å beskytte fornærmede fremover i tid. Kontaktforbudet er likevel definert som straff etter norsk rett. Hvis ileggelse av kontaktforbud ikke var definert som straff etter norsk rett, ville man unngått diskusjonen om hvorvidt det var adgang til å anvende forholdsmessighetsbetraktningene i artikkel 8 og 4. TP art. 2. Situasjonen ville da vært mer som ved påtalemyndighetens ileggelse av besøksforbud etter strpl. § 222 a, hvor EMD utvilsomt vil prøve forholdsmessigheten. Hvis artikkel 8 ikke kan sies å danne grunnlag for å overprøve idømt

⁵⁸ Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007) s. 118 med videre henvisninger til praksis.

kontaktforbud, vil således den nasjonale definisjonen av inngrepet får betydning for individets vern etter konvensjonen. Med tanke på EMDs dynamiske tolkningsstil, og motviljen til å akseptere omgåelser av konvensjonen, kan det derfor hevdes at EMD vil skjære igjennom og prøve forholdsmessigheten av et ilagt kontaktforbud.

En annen sak er selvsagt at EMD kanskje også i relasjon til artikkel 8 vil være tilbakeholdne med å konstatere at andre enn de klart uforholdsmessige kontaktforbud, innebærer en krenkelse av konvensjonen. Dette særlig med tanke på de prinsipielle hensyn knyttet til forskjellene i statenes verdisyn- og rettstradisjoner, nevnt ovenfor.

Svaret på om EMD vil overprøve et kontaktforbud ilagt ved dom etter § 33, er likevel neppe åpenbart.

Kildehenvisninger:

Lovs- og konvensjonsregister:

Lov av 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

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

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

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

Endringslov av 1. juli nr 50: Lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (styrking av kriminalitetsofres stilling).

Kongelig resolusjon av 21.12.2005 nr. 1580: Delvis ikraftsetjing av lov 21. desember 2005 nr. 131 om oppheving av lausgjengarlova og om endringar i straffelova o.a. (eige straffebod mot vald i nære relasjonar o.a.) og delvis ikraftsetjing av lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Rome, 4 November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon).

Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto. Strasbourg, 16 September 1963.

Lover ikke trådt i kraft:

Lov av 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov av 19. juni 2009 nr. 75 om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (elektronisk kontroll ved kontaktforbud, saksbehandlingsreglene for besøksforbud mv.)

Forarbeidsregister:

NOU 1983:57 (Straffelovgivningen under omforming)

NOU 1992:16 (Sterkere vern og økt støtte for kriminalitetsofre)

Ot.prp.nr.33 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv (styrking av kriminalitetsofres stilling).

Ot.prp.nr.90 (2003-2004). Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp.nr.25 (2008-2009). Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (kontaktforbud med elektronisk kontroll, endringer i saksbehandlingsreglene for besøksforbud mv.).

Ot.prp.nr.109 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd)

Innst.O.nr.39 (1993-1994) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (styrking av kriminalitetsofres stilling)

Innst.O.nr.72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)

Domsregister:

Høyesterettspraksis, herunder kjennelser fra Høyesteretts ankeutvalg (tidl. kjæremålsutvalg):

Rt-1998-1255

Rt-1998-1638

Rt-1999-363

Rt-2002-1243

Rt-2002-1751

Rt-2003-1068

Rt-2003-324
Rt-2004-988
Rt-2004-1658
Rt-2004-2046

Underrettspraksis:

LB-2003-739
LA-2005-45664
RG-2005-1601
TKONG-2007-164794
LB-2008-157730
LA-2009-128584
LA-2009-112396
TFJOR-2009-13243

Dommer fra EMD:

Niemietz v. Germany, 16.12.1992, A 251-B
Sunday Times v. Great Britain, 26.04.1979, A 30
A. v. France, 23.11.1993, A 277- B
Olsson v. Sweden, 24.03.1988, A 130
Laskey and others v United Kingdom, 19.02.1997, Reports 1997-I
Olivieira v Netherlands, 04.06.2002, 2002-IV 1990; 37 EHRR 693
T. v The United Kingdom, 16.12.1999

Litteratur:

Mæland, Henry John, *Innføring i Alminnelig Strafferett*, 3. utg. (Bergen 2004).

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, 3. opplag, (Oslo 2004)

Braathen, Anne Kari og Molstad, Stine J., *Besøksforbud ó straffeprosessloven § 222 a*, Institutt for kriminologi og retts sosiologi, Avdeling for retts sosiologi, UIO, Skriftserie nr. 72/2001.

Berg, Trude M., *Rettighetstap*, (Oslo 1999).

Harris, David J., M. O'Boyle, E.P Bates, C.M Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, (Oxford 2009).

Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 2. utg., 2. opplag (Bergen 2007)

Emmerson Q.C, Ben, Professor Andrew Ashworth, Alison Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, Second Edition, (London 2007).

Heide, Ola Rambjør, *Den europeiske menneskerettsdomstol ó vår øverste straffutmålingsinstans?*, LoR 2007, s. 515-532

Andre kilder:

Riksadvokatens rundskriv om familievold, nr. 3/2008