

VARETEKT – RETTSSTATENS AKILLESHÆL?

Vilkårene for varetekt for mindreårige – fokus på de folkerettslige forpliktelsene.

Kandidatnummer: 175644

Leveringsfrist: 12/12-11

Totalt antall ord: 13 922

Veileder: Advokat John Christian Elden

INNHALDSFORTEGNELSE:

1.1 Bakgrunn (s.4)

1.2 Tema og problemstilling (s.5)

- 1.2.1 Metode, 1.2.2 framstillingsform (s.5)

1.3 Avgrensning (s.6)

1.4 Begrepsavklaring (s.7)

1.4.1 Barnets beste (s.7)

1.4.2 Mindreårige - barn (s.8)

1.4.3 Rettssikkerhet (s.8)

1.4.4 Folkerettslige forpliktelser (s.9)

Om Varetekt generelt:

2. Barnets beste som det alltid tilstedeværende bakteppe (s.9)

2.1 Utgangspunktet etter EMK art 5 (s.10)

2.2 Krav oppstilt av FNs barnekonvensjon art 37 (s.13)

2.3 Norsk retts utgangspunkt (s.15)

2.3.1 Norsk retts terskel for mindreårige jf. Strpl. § 174 (s.15)

2.3.2 Forholdsmessighets vurderingen strpl. § 170a (s.17)

2.3.3 Straffeprosessloven § 184 jf. § 188 (s.19)

2.3.4 Straffeprosessloven § 171 (s.21)

2.3.5 Straffeprosessloven § 172 (s.30)

2.3.6 Straffeprosessloven § 173 annet ledd (s.31)

Analyse av rettsreglene sett i sammenheng:

3 Oppsummering av de ulike regelsett (s.33)

3.1. sammenliknende framstilling (s.35)

4 Tilfredsstillers norsk retts vilkår i lys av BK art 37 jf. EMK art 5? (s.35)

5 Kritikk fra FNs torturkommisjon (s.36)

6. Avsluttende merknader og konklusjon (s.37)

7 Kildehenvisninger (s. 38 – 40)

7.1 Litteratur

7.2 Nettsteder

7.3 Doms register

7.4 Lovverk og forskrifter

7.5 Forarbeider

7.6 Annet

INNLEDNING

1.1 Bakgrunn

I Norge har man en rettsstat og rettssikkerhetsmessige prinsipper som man langt på vei kan lene seg på som gode. Men svakheter i systemet er ikke til å unngå. Denne oppgaven skal belyse de særlige problemstillinger som melder seg når det er barn som er mistenkt for straffbare forhold.

Pågrepelse og fengsling er straffeprosessuelle tvangsmidler som reguleres av strpl. kap 7. Formålet bak bestemmelsene er å avdekke og oppklare straffbare forhold og til en viss grad å forhindre nye. Videre er det et hensyn bak reglene å verne samfunnet mot personer som kan utgjøre en samfunnsmessig risiko generelt eller mot identifiserte individer. Fengsling i denne sammenheng er det samme som varetekt. Begrepene blir brukt litt om en annen da norsk lov bruker «fengsling» og Europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK), samt FNs barnekonvensjon (heretter BK), bruker begrepet «frihetsberøvelse», men betydningen skal her være varetekt.

Når det gjelder spørsmålet om varetekt for barn, de mellom 15 – 18 år, gjelder det seg særlige hensyn. Både tatt i betraktning deres unge alder og ikke minst etter de folkerettslige forpliktelsene Norge har. Det grunnleggende hensyn er at alle vurderinger vedrørende barn skal tas i lys av hva som er “barnets beste” jf, BK art 3 jf. Menneskerettighetsloven (heretter Mnskrl.) §3.

De seneste års fokus på barn og deres særstilling i strafferettspleien har ført til et lovforslag fremlagt for Stortinget 26 juni 2011. Her har man langt på vei tatt for seg ulike drøftelser og ståsteder basert på en anerkjennelse av at barn ikke bør sitte i fengsel, hverken på dom eller i varetekt. Dette peker på en endring samfunnsutviklingen som lovgiver følger opp. Spørsmålet blir da om man kan oppstille en økt terskel nå, kontra før og i så fall hva terskelen for varetekt for denne gruppen er etter gjeldende rett. Dette skal oppgaven belyse. Samtidig har man ved opprettelsen av ungdomsavdelinger i Oslo og Bergen opprettet nettopp soningsplasser for barn, kritikerne har hevdet at det da vil være lettere å idømme barn varetekt og soning fordi at det er et tilsynelatende fullgodt tilbud.

1.2.Tema og problemstilling

Oppgaven vil ta for seg den rettslige reguleringen etter straffeprosessloven ved varetekt av denne gruppen og hvilke forpliktelser som Norge har ovenfor henholdsvis EMK og FNs barnekonvensjonen. Oppgaven begrenser seg til vilkårene for varetekt generelt og de særlige momenter som må vurderes i forhold til dette innebærer også en vurdering av varetekts surrogater, henholdsvis tradisjonelle i regi av barnevernet og noen mer utradisjonelle man har sett anvendt i rettspraksis opp mot lovhjemmel.

Herunder er det naturlig å ha i mente at man i en årrekke har fått kritikk fra FNs torturkomisjon for bruken av varetekt i Norge generelt¹ og mot barn spesielt. Dette berøres nærmere nedenfor under eget punkt 5.

De generelle og spesielle vilkår for varetekt som relaterer seg til samtlige og spesielt for barn vil bli gjennomgått grundig.

1.2.1 Metode og rettskilder

Det anvendes den alminnelige juridiske metode for å komme frem til en rettsregel. Utgangspunktet tas i ordlyden og det nærmere innhold belyses ved presiseringer fra rettspraksis. I den grad Høyesterett ikke har avklart problemstillinger i forbindelse med tolkningen anvendes det forarbeider presiserende rettskilder.

Videre vil rettsreglene oppsatt bli sammenholdt med de som kan utledes av EMK og BK og EMDs tolkninger av dem. Det vil også bli brukt uttalelser av internasjonale overvåkningsorganer for å påpeke differanser og kritikk for å belyse verdien av rettsreglene sett opp mot samfunnsutviklingen på området.

Høyesteretts avgjørelser blir hovedsakelig for å belyse norsk rettspraksis. Høyesterett har kun kompetanse til å prøve om lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil og om det er foretatt en korrekt lovtolkning, jfr. straffeprosessloven § 388 annet ledd nr. 2 og 3. Dersom lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil eller lovtolkningsfeil i sine varetektsfengslingskjennelser, plikter Høyesteretts ankeutvalg ved en anke over dette, eventuelt å oppheve lagmannsrettens kjennelse, jfr. straffeprosessloven § 385 annet ledd, jfr. § 343 første ledd eller annet ledd nr. 8 og jfr.

¹ Se nærmere om Barnekomiteens rapporter i Schabas/Sax 2006 s. 16-21 og Barnekomiteens General Comment No. 10 (2007) (CRC/C/GC/10) (GC-2007-10-CRC) Children's rights in juvenile justice

straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 1. Ved lovanvendelsesfeil kan retten uansett ankegrunn likevel prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt, jfr. straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 1. Dette fordi at ankeinstansen ikke kan la feil ved anvendelse av straffelovgivningen passere. Saksbehandlingsfeil får imidlertid bare betydning når det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold, jfr. straffeprosessloven § 343 første ledd.

EMD dommer vil henvises til der de har relevans, dette tas suksessivt under behandlingen. Prinsipp avgjørelse fra EMD vil det gis referat av. At EMD har trinnhøyde over Høyesterett er det ikke tvil om, dersom man underveis i oppgaven vil finne differanse i EMD sine uttalelser og Høyesterettspraksis av EMK og norsk lov vil det påpekes.

1.2.2 Fremstillingsform

Oppgaven vil hovedsakelig ha en utgreiende framstilling av gjeldende rett på området for varetekt generelt i Norge, deretter hva som gjelder spesielt for barn i fengslingsakene i tilknytning til de enkelte bestemmelser underveis sett opp mot konvensjonene. Det avsluttes med kandidatens egen vurdering basert på gjennomgått materiale og kriminalpolitiske vurderinger sett opp mot samfunnets behov og utvikling. Det vil underveis henvises til og tas i betraktning det bredere perspektiv.

1.3 Avgrensning

Tematikken vil naturlig berøre visse barnevernsrettslige problemstillinger som bruk av tvang og institusjonsplassering. Det vil dog ikke bli foretatt en gjennomgang av disse regelsett. Man vil kun kort berøre spørsmål her i tilknytning til varetekts surrogater og eventuelt bruk og vilkår for dette i regi av barnevernet. Krav til gjennomføring av varetekt av barn i fengsel vil ikke drøftes grunnet omfanget av oppgaven, men noen momenter i forhold til forholdsmessighetsvurderinger tas opp. Jeg avgrenser også mot de tiltak sosialmyndighetene har anledning og plikt til å iverksette med hjemmel i barnevernloven for å sikre barnets eget beste, jf. bvl § 1-1

Videre avgrenses det mot drøftinger vedrørende myndige personer, samt vurderinger av de rene pågripelser som ikke medfører fengsling av en domstol. Det avgrenses også mot drøftelser om varetekt for utilregnelig jf. Strpl. § 171 annet ledd.

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Barnets beste.

Barnets beste er en betegnelse på de individuelle vurderinger som skal foretas ved handlinger eller avgjørelser som omhandler et barn. Begrepet “barnets beste” er et dynamisk og situasjonsbetinget begrep. Det finnes ikke en klar punktvis sjekkliste for en rettslig standard, men et krav om at dette rent faktisk er vurdert, jf. BK art 3. Momenter som er relevant å vurdere i strafferettslig sammenheng er barnets modenhet i forhold til alder, forhold og tilknytting til familien, nettverk og generelle livssituasjon sett opp mot potensielle konsekvenser av fengsling. På den andre siden vil det måtte bli en vurdering av siktelsens alvor og mistankens styrke, samt fengslingsgrunnlagets styrke.

«Formuleringen i artikkel 3 nr. 1 om at hensynet til det som best tjener barnets interesser skal være « a primary consideration » ble valgt nettopp for å understreke dette, jf. Rt-2009-1261 avsnitt 31-32. Men bestemmelsen forutsetter at det legges stor vekt på det som best tjener barnet, ved avveiningen mot andre interesser. I Barnekomiteens General Comment No. 10² avsnitt 10 heter det således om artikkel 3: « In all decisions taken within the context of the administration of juvenile justice, the best interests of the child should be a primary consideration. Children differ from adults in their physical and psychological development, and their emotional and educational needs. Such differences constitute the basis for the lesser culpability of children in conflict with the law. These and other differences are the reasons for a separate juvenile justice system and require a different treatment for children. The protection of the best interests of the child means, for instance, that the traditional objectives of criminal justice, such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives in dealing with child offenders. This can be done in concert with attention to effective public safety. »³

Her kommer det fram at det på strafferettens område betyr vurderinger etter barnets beste også at ordinære formål bak straff må kunne settes tilside i barnets favør. Det er den konkrete vurderingen av det aktuelle barnets interesser sett opp mot grade av lovbrudd som her blir det vesentligste moment.

² Barnekomiteens General Comment No. 10 (2007) (CRC/C/GC/10) (GC-2007-10-CRC) Children's rights in juvenile justice

³ Fra førstvoterendes uttalelser I Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13

Haugli 2008⁴ uttrykker det slik: « *Det sier seg selv at et prinsipp som skal gjelde for alle barn, i alle aldre, i nær sagt alle sammenhenger verden over hvor mennesker lever under de forskjelligste forhold, neppe kan ha noe entydig innhold. Innholdet varierer avhengig av hvilken kontekst man befinner seg innenfor, og det varierer over tid og fra kultur til kultur. Hva som er best for barn er i bunn og grunn et verdispørsmål av allmennmenneskelig karakter.* »

1.4.2 Mindreårige – barn

Begrepene blir brukt litt om en annen i teksten, men betydningen er i denne sammenheng den samme. Med mindreårige barn menes det her de som er mellom 15 og 18 på gjerningstidspunktet. Det vil avgrenses mot barn som er under den kriminelle lavalder, jf. Strl. § 46. Når det noen steder henvises til «ungdomsfengsler» skal det leses som spesielle avdelinger/fengsel for mindreårige. I motsetning til ungdomsenhetene som tidligere har hatt aldersgruppen 18-24.

Formålet bak lovgivningen og de ekstra rettigheter man har for barn mellom 15 – 18 er at barn ikke har de samme forutsetninger som voksne til å forstå konsekvenser av handlinger, men enda viktigere at dersom man fengsler barn er de særdeles utsatt for de negative følger av et soningsopphold. Dette stiller seg ikke annerledes ved varetekt. Når det er utstrakt bruk av samfunnsstraff framfor fengselsstraff for barn med denne begrunnelsen, så må det også tas til inntekt for at terskelen for varetekt er høyere og at vurderingen om hva som er i det aktuelle barns interesser er fremtredende.

1.4.3 Rettssikkerhet.

Kjernen i begrepet ”rettssikkerhet” er knyttet til sikkerhet mot overgrep og vilkårlighet fra staten samtidig som vedkommende skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og ivareta sine rettslige interesser. Rettssikkerhetsbegrepet tar sikte på å beskytte mot vilkårlig inngrep fra statsmakten og sikre den enkeltes rettigheter i forhold til det offentlige.

Rettssikkerhet er et hensyn som står sentralt innenfor strafferettens og straffeprosessens område. Materiell rettssikkerhet stiller overordnede krav til avgjørelsens innhold.

Legalitetsprinsippet er helt sentralt; inngrepene må ha hjemmel i lov. Hjemmelen danner rammen for et rettmessig inngrep og dermed også for hva

⁴ Haugli 2008 s. 47

som er å betrakte som overgrep og vilkårlighet. Hensynet til forutberegnelighet står også sentralt. Det innebærer at hjemmelen for inngrep skal være tilstrekkelig klar og presis slik at den enkelte kan forutberegne sin rettsstilling og dermed innrette seg etter og forsvare seg mot inngrepet⁵.

Det er videre et krav om forholdsmessighet mellom kriminaliteten som bekjempes og inngrepet som gjøres i den enkeltes personvern. Prosessuell rettssikkerhet angir kravene til hvordan avgjørelsen blir truffet og omfatter kravene til saksbehandling for iverksetting og kontroll av de aktuelle inngrepene, herunder spørsmål om kontradiksjon, innsyn og underretning. Også krav til avgjørelsens utforming og overprøving er elementer under den prosessuelle rettssikkerheten.

1.4.4 Folkerettslige forpliktelser

Norge har etter inkorporeringen av EMK i 1999 ved Menneskerettighetsloven av 21 mai Nr.30 1999 gitt EMK forrang framfor norsk lov og har dersom motstrid trinnhøyde over ordinær norsk lovgivning, dette innebærer at annen lov må vike ved motstrid jf menneskerettslovens § 3. FNs Barnekonvensjon (BK) ble inkorporert i 2003. Dette innebærer sett i sammenheng med Grl. § 110c at konvensjonene har trinnhøyde over ordinær norsk lovgivning og har Grunnlovs rang. Således er det da slik at eventuell motstrid medfører at norsk lov skal settes til side som konvensjonsstridig og de folkerettslige forpliktelser er da styrende.

Om Varetekt generelt:

2. Barnets beste - det alltid tilstedeværende bakteppe

Før regelsettene for varetekt presenteres er det viktig å ha i mente at “barnets beste” til enhver tid skal være i bakhodet jf. BK art 3. Momenter som er relevante i denne sammenheng er; barnets alder og modenhet, tidligere dommer eller historikk, barnets familiære relasjoner, barnets forutsetninger og utviklingsnivå, hensiktsmessigheten av varetekt vs ulempene for barnet m.fl. Dette nevnes som en tanketråd å ta med seg i den videre lesning. Momentene vil gås nærmere igjennom nedenfor.

Uavhengig de vurderinger som spesielt gjør seg gjeldende for å fengsle barn, må de objektive vilkår for fengsling foreligge. Disse vilkår er de samme uavhengig

⁵ Jf. EMD dom “Sunday times vs Storbritannia”

om siktede anses å være et barn eller ei. Men det er i strpl. § 174 en “bør” regel om at barn ikke pågripes med mindre det er “særlig påkrevd”, se mer under punkt 2.3.1

2.1 Utgangspunktet etter EMK art 5

Konvensjonen (EMK) ble ratifisert av Norge 15. januar 1952 med Stortingets samtykke (St.prp. 83 for 1951) og trådte i kraft 3. september 1953. De autentiske konvensjonstekstene er på engelsk og fransk, men oversettelsen til norsk er et viktig hjelpemiddel. Norges Lover inneholder fra 1993 den oversettelse av konvensjonen og tilleggsprotokollene som ble utarbeidet i forbindelse med NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter. Tekstene er også utgitt som særtrykk. Konvensjonen med tilleggsprotokoller er etter gjeldende rett viktige rettskildefaktorer, menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven eller mnskrl.).⁶

EMK art 5, i forhold til varetekt reguleres det av bokstav c og for barn supplementert av bokstav d.

Art 5 er lovfestede minimumsrettigheter for pågripelser og fengslinger. Art 5 kan også komme til anvendelse ved andre type frihetsberøvelser enn pågripelser eller fengsling, så som tvangsinnleggelse uten at dette vil problematiseres her. Det som derimot er vel verd å ta med seg er at varetekts surrogater som har karakter av frihetsberøvelse innbefattes og dermed også kan kvalifisere til fratrett i straffedøgn i likhet med varetekt, jf. Rt. 2007 s. 333. Varetekts surrogater er høyaktuelt i saker med barn som siktet.

I relasjon til varetekt for barn er det klart at de har de samme rettigheter som voksne etter EMK, men de har også tilleggs vern via BK. Hensynet til at barn er mennesker som man har et særlig beskyttelsesbehov er det overordnede her, se punkt 2.2.

EMK art 5 sin anvendelse beror på en vurdering av ordlyden «frihetsberøvelse». Frihet brukes i mange sammenhenger og betydninger, for eksempel frihet til å ytre seg, her skal den forstås som fysisk frihet og muligheten til å bevege seg. I Engel dommen⁷ hvor det var spørsmål om militær kakebu (vaktarrest) var å anse som frihetsberøvelse kom EMD til at den var det grunnet at det ikke falt inn som en naturlig del av militærtjenesten og at arten av inngrepet tilfredsstilte kravene.. Videre oppstilte EMD i Engel opp generelle retningslinjer for vurderingen.

⁶ Rettsdata.no Karnov lovkommentar.

⁷ Engel m.fl. vs Nederland 08.06.1979/23.11.1976, A22 (1977)

Vurderingen baseres på følgende momenter; inngrepets art, varighet, virkning og gjennomføringsmåte.⁸

Det er klart at fengsling og dertil varetekt er «frihetsberøvelse», dette framgår også av Grl. § 99. Avgjørende i tvilstilfeller er det etter at man i Engel dommen avgrenset mot situasjoner der man hadde tvunget opphold i leiren som et ledd i militær tjenesten, kontra tvunget opphold i et rom. I Vittori dommen ble husarrest i sivil sammenheng ansett som "Frihetsberøvelse", dette er i tråd med Høyesteretts dom i Rt. 2007 s. 333. En 17 år gammel gutt var idømt fengsel i 90 dager og hadde som alternativ til varetektsfengsling blitt pålagt opphold hos en onkel, kombinert med flere vilkår, jf strpl § 181 første ledd. Høyesterett kom til at fengslingsurrogatet skulle gi fradrag for fire ukers utholdt varetekt. Det avgjørende ved vurderingen av om surrogat skal godtas som grunnlag for varetekts fradrag, er omfanget av restriksjonene og graden av oppfyllelse. Her ser man at Høyesterett bruker samme momenter som EMD oppstilte i Engel og i Vittori. Frihetsbegrepet skal benyttes opp mot vedkommendes konkrete situasjon. Derav følger det at tvangsopphold i institusjon også er en "frihetsberøvelse", uten at det problematiseres ytterligere her. Videre er det klart at tvangsplassering etter bvl. § 4-24 også er en frihetsberøvelse av sin art, især der det benyttes som et surrogat for varetekt.

Man må avgrense mot innskrenkninger i bevegelsesfriheten jf. Art 4 og 4. TP artikkel 2 jf. Guzzardi⁹ dommen. I Guzzardi ble det ansett å være en frihetsberøvelse da en mafia mistenkt ble tvangsplassert på et 2 ½ kvadratkilometer område, under konstant overvåkning, nærver av politi og med begrensede muligheter for kontakt med andre over 16 måneder. Mens man i Aygun kom til at det ikke var frihetsberøvelse og pålegge et opphold innenfor Stockholm kommune¹⁰. Derav vil også vurderinger om fratakelse av pass, kausjon eller liknede jf. Strpl. § 188 falle utenfor drøftelsen i denne oppgaven. Ett av momentene ved vurderingen er altså tiltakets varighet. Men praksis viser at ved innesperring vil selv noen timers varighet være å anse som frihetsberøvelse, se Witold Litwa v. Polen, RJD 2000 III s. 289 hvor klageren var holdt tilbake i vel 6 timer på en avrusningsklinikk. Motsatt er tilfellet der vedkommende selv kan velge å dra fra stedet man blir oppholdt uten at det er anledning til å fysisk holde en tilbake.

⁸ Aall s. 277

⁹ Guzzardi vs Italia, 06.11.1980, A 39 (1980)

¹⁰ DR 63 (1989) s. 195 flg.

Grunnleggende rettigheter etter EMK art 5 er at ingen må frarøves sin "frihet unntatt [i tilfeller som faller under de ulike situasjoner i bokstavene a til f] og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov". Ordlyden hen speiler på lovkravet. For varetekt er formålet med «lovlig pågrepelse eller frihetsberøvelse» (fengsling) for å stille vedkommende framfor «kompetent(e) rettslige myndighet» jf. EMK art 5 bokstav c. Derav reguleres varetekt av bokstav c. Det oppstilles videre et krav om at det må være «rimelig mistanke» om at vedkommende har begått et straffbart forhold. Dette er via EMD praksis lagt til å bety at mistanken og det den bygger på må være konkret nok til å overbevise en objektiv person om at mistanken er berettiget, se blant annet *fox, cambell and hartley* saken¹¹. Mistanke kravet her er i tråd med norsk rett som oppstiller «skjellig grunn til mistanke» som krav, jf. Punkt 2.3.3.

Etter norsk rett skal også en av de fire fengslingsgrunnen etter strpl. § 171 punkt 1 til 4 være oppfylt for at man kan varetektsfengsle. Her går norsk rett lenger med sine krav enn det EMK oppstiller. Det er slått fast at EMK oppstiller minstekrav og at de kontraherende parter har anledning til å oppstille ytterligere rettigheter eller krav i nasjonal rett, men man kan ikke begrense rettighetene etter EMK.

Etter art 5 bokstav d har man en viss adgang til å frihetsberøve en mindreårig ved «lovlig pålegg» for å føre tilsyn med hans «oppdragelse» eller bringe ham for den «kompetente rettslige myndighet». Siste del peker på frihetsberøvelse som et ledd i å få en dom eller offentlig vedtak. Det er krav om at det er et «lovlig pålegg», dette betyr at frihetsberøvelsen må være i regi av noen som staten regulerer og som er innenfor lovlig bestemmelse. Når det i bokstav d står «oppdragelse» eller «educational purposes» slik den engelske versjonen lyder, hen speiles det på at man skal ha et utviklende og oppdragende element i frihetsberøvelsen, typisk læreinstusjoner med sikkerhetstiltak og liknende. EMD la til grunn i *Bouamar*¹² at det var konvensjonsbrudd da fengslingene og vilkårligheten klager var blitt påført ikke hadde noen oppdragende formål, samt at staten hadde en plikt til å ha tilrettelagte tilbud dersom man skulle anvende adgangen etter bokstav d. Det andre alternativ i art. 5 (1) bokstav d gjelder frihetsberøvelse for å bringe den mindreårige for kompetent rettslig myndighet.

¹¹ *Fox, Campbell and Hartley v. UK*, A 182 (1990) pkt. 31

¹² *Bouamar v. Belgia*, A 129 (1988)

Her er det ikke straff, men tilsyn, omsorgsovertakelse e.l. domstolen skal ta stilling til. Det er begrenset praksis om dette¹³.

Bokstav d blir først og fremst et støttemoment i forhold til terskel vurderingen, samt et uttrykk for den reservasjon og varsomhet det bør utvises i fengslingssaker vedrørende barn. Man kan nok problematisere dette mer opp mot barneverns vedtak på tvang eller bruk av surrogater etter dette vilkår, men det går ikke nærmere inn på her

Avslutningsvis så kan man etter dette dra ut at det etter EMK sine føringer er visse skranker for fengsling av barn og at terskelen for nettopp dette skal ligge høyere enn for voksne. I vurderingen skal barnets beste og barnets spesielle omstendigheter for akkurat denne personen ha stor betydning. Det blir en individualisert vurdering i hver sak.

Menneskerettighetskonvensjonene beskytter alle mennesker uavhengig alder, opprinnelse eller andre egenskaper, og dermed også barn. Barnekonvensjonen legger til grunn at barn på grunn av sin fysiske og mentale umodenhet har behov for spesielle vernetiltak og særskilt omsorg.

2.2 Krav oppstilt av FNs barnekonvensjon art 37 (BK)

De forente nasjoners konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) med tilleggsprotokoller, ble inkorporert gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 4 med virkning fra 1. oktober 2003¹⁴, jf. Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov). Det ble samtidig foretatt endringer i en rekke andre lover for å synliggjøre barnekonvensjonens bestemmelser. For en nærmere redegjørelse for disse endringene, vises det til forannevnte Ot.prp. nr. 45 (2002-2003). Det er i forarbeidene til endringsloven som inkorporer barnekonvensjonen i norsk lov, s. 24, lagt til grunn at barnekonvensjonen i all hovedsak anses oppfylt i norsk rett:

BK art 37 lyder: FNs barnekonvensjon art. 37 bokstav b som fastsetter at *«[p]artene skal sikre at: ... b) intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet¹⁵. Pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig*

¹³ jf. klagesak til Kommisjonen, 8599/79 DR 18 s. 238

¹⁴ Se St.prp.nr.104 (1989-1990) og <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/status-crc.htm>

¹⁵ se art. 11 (b) i FNs «Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty», som ble vedtatt av FNs generalforsamling 14. desember 1990. Her heter det at «The deprivation of liberty means any form of

måte og skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom.»

Denne artikkelen må leses på bakgrunn av art. 3 nr. 1 i den samme konvensjonen som fastsetter at «*[v]ed alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*».¹⁶

BK art 37 må også ses i sammenheng med BK art 40 som gir ytterligere føringer for hvordan et barn som er siktet skal behandles. Her vil jeg trekke frem art 40 punkt 2, bokstav b underpunkt i «å bli ansett som uskyldig inntil det motsatte er bevist i henhold til loven», med andre ord et eksplisitt uttrykk for uskyldspresumpsjonen. Årsaken til at dette trekkes fram er at det underveis vil påpekes noe om straffenivå for barn som er dømt skyldig og derav slutninger i forhold til hvordan man da bør stille seg til varetekts spørsmål.

Ordlyden i BK art 37 er klar nok på at fengsling skal kun skje i tilfeller hvor det ikke er andre muligheter og selv da for et kortest mulig tidsrom. Dette innebærer for det første at man oppstiller et krav til staten og prøve ut og/eller i alle tilfeller konkret å vurdere andre alternativer enn varetekt. Samt at barnet skal få prøvd varetekts grunnlaget innen kort tid. I norsk rett fremgår det eksempelvis i strpl. § 186a annet ledd at ved isolasjon for siktede under 18 år skal dette prøves for retten annenhver uke. Samt at det i strpl. § 275 er fastsatt frister for når hovedforhandling skal være påbegynt, i saker vedrørende barn innen «seks uker etter at saken kom inn til tingretten». Skal disse bestemmelsene ha verdi, så er det klart at retten må prøve tidsaspektet og kravet til hurtig saksbehandling hyppig.

Vurderinger etter BK art 37 skal holdes opp mot hva som er «barnets beste» etter art 3. Som tidligere redegjort for er det ikke noen konkrete målestokker eller momenter som staten er nødt til å ta i betraktning. Dette medfører at man har et relativt vidt skjønn i forhold til hva som tas i betraktning. I Rt. 2009 s. 1261 uttalte Høyesterett at det var «Domstolenes oppgave blir dermed å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet «barnets beste» på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avvleid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og

detention or imprisonment or the placement of a person in a public or private custodial setting, from which this person is not permitted to leave at will, by order of any judicial, administrative or other public authority».

¹⁶ Karnov lovkommentar

den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn.»

På tross av at man skal lese art 37 i sammenheng med art 40 i BK som regulerer krav til rettergangen, vil det ikke her inngås noen egen redegjørelse av art 40, men tidvis henvises til den der den har relevans.

2.3 Norsk retts utgangspunkt.

Straffeprosessloven (strpl.) fjerde del inneholder tvangsmidlene. Kapittel 13a og 14 regulerer adgangen og vilkårene for pågrepelse og fengsling. For bruk av varetektsfengsling er det slått fast i strpl. § 184 at det kan besluttes dersom vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er tilstede og formålet ikke kan oppnås etter strpl. § 188. Sistnevnte paragraf regulerer varetekts surrogater så som sikkerhetsstillelse (kausjon) og plassering i institusjon.

For barn gjelder i tillegg begrensningen etter § 174 at «pågrepelse» kun kan besluttes dersom det er «særlig påkrevd». Videre er det et krav om at varetektsfengslingen må være forholdsmessig jf. § 170 a. Disse reglene gjennomgås utførlig under.

Det bemerkes at strpl. § 171 etter sin ordlyd gjelder ”pågrepelser”, men at strpl. § 184 stadfester at vilkårene her også gjelder fengsling. Fengsling skal her leses som varetektsfengsling.

2.3.1 Norsk retts terskel for mindreårige jf. Strpl. § 174

Strpl. § 174 *"personer under 18 år bør ikke pågripes hvis ikke det er særlig påkrevd"*

Pågrepelse skal her også forstås som varetekts fengsling jf. strpl. § 184 sin henvisning til § 174. Vilåret er at det er "særlig påkrevd". Ordlyden taler for at man her må ha særlig vektige argumenter for å fengsle. Her som ellers skal de generelle vilkår jf. Strpl. § 171 være oppfylt, men videre har rettspraksis kommet til at det her må foretas en mer inngående vurdering av forholdsmessigheten jf. Strpl. § 170a jf. BK art 37. Momenter i vurderingen er på den ene siden art og grad av lovbrudd, behovet for samfunnsvern, mistankens styrke, muligheter for varetekts surrogat jf. Strpl. § 188 eller andre egnede vilkår. Eksempelvis Rt. 2007 s. 333 hvor et barn ble ansett å ha vært under

varetekt med rett til fradrag selv om han hadde bodd hos sin onkel. Det avgjørende her var samtykke fra politiet, en rekke faste vilkår og overoppsyn av onkelen i stor grad. Høyesterett godtok perioden gutten var hos sin onkel som varetekt. Denne dommen kan tas til inntekt for en relativ liberal holdning til løsninger for barn som er siktet.

Synspunktene her modereres med at loven bruker "bør" istedenfor skal. Dette blir da opp til domstolene å vurdere nærmere hvorvidt vilkåret er oppfylt eller ei. Ved bruk av § 174 er det likevel et krav om at man skal vurdere dette opp mot BK art 37, som setter visse skranker for norsk bruk av varetekt. Formuleringen må forstås som en streng standard, til tross for at begrepet « bør » kan synes å moderere dette utgangspunktet. Høyesteretts kjæremålsutvalg ga i Rt. 1996 s. 983 uttrykk for at det nettopp er de særlige påkjenninger varetektsfengsel normalt utsetter unge for, som er utgangspunktet for de vurderinger som må gjøres etter § 174.

Her må det likevel påpekes at man igjennom en årrekke har fått kritikk¹⁷ fra FNs torturkommisjon og at staten per dags dato ikke har tatt kritikken til etterretning i nevneverdig grad. Se mer om dette under punkt 4.2 med videre henvisninger. I Rt. 2004 s.1655 slo Høyesteretts kjæremålsutvalg fast at det er samsvar mellom straffeprosesslovens bestemmelse og barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b. Kjæremålsutvalget tolket forpliktelsen etter barnekonvensjonen dit hen at pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn bare skal benyttes « som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom ». I avgjørelsen heter det videre at § 174 gir « føringer for forholdsmessighetsvurderingen etter § 170 a slik at kravene til begrunnelse for fengslingen skjerpes¹⁸ ».

At det stilles ekstra krav til begrunnelsen til og for å fengsle barn, jf. Strpl. § 174. jf BK art 37. er ikke vanskelig å se, terskelen er etter ordlyden i § 174 høyere enn for voksne og i videre skal de generelle vilkår etter § 184 med videre henvisninger tilfredsstilles. Det vil i den videre framstillingen knyttes opp kommentarer til bestemmelsene i forhold til hva man særlig må ha i mente når siktede er et barn.

¹⁷ Se blant annet 5 th periodic report on the Implementation of the UN Convention against Torture and other Cruel, Inhumane og Degrading Treatment or Punishment.

¹⁸ Prop. 135L s. 55

2.3.2 Forholdsmessighets vurderingen jf. Strpl. § 170a

Strpl. § 170a «*Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.*»

Det helt klare generelle vilkåret for bruk av tvangsmiddel er strpl. § 170a sin forholdsmessighetsvurdering. Det er klart at en fengsling er et tvangsmiddel. Det stadfestes at et “tvangsmiddel” kun kan brukes når det er “tilstrekkelig grunn” for det og det “Ikke” er et “uforholdsmessig inngrep” sett hen til “sakens art og forholdene ellers”, jf. § 170a. En naturlig forståelse av ordlyden ellers er at det må foreligge et lovbrudd og bruken av tvangsmiddelet må stå i forhold til det siktede er mistenkt for. Dersom det anvendes et tvangsmiddel ovenfor en mistenkt medfører det at vedkommende får stilling som siktet jf. Strpl. § 82 første ledd. I det følgende vil barn og andre som fremstilles for varetekt betegnes som siktet.

Forholdsmessighetsprinsippet har både betydning for spørsmålet om et tvangsmiddel kan brukes og for spørsmålet om hvor lenge et tvangsmiddel skal brukes, eventuelt om det skal opphøre før lengste fristen har løpt ut, jf. Ot.prp. nr. 64 (1998-99) kap. 23 s. 146 . Det er et krav at en kjennelse om varetekt skal synliggjøre at det er vurdert forholdsmessigheten, men ikke noe materielt innholds krav til vurderingen.

Etter endringslov 2. mars 2001 nr. 7 skal det nå gå frem av kjennelsen at fengsling og ev. restriksjoner ikke er et uforholdsmessig inngrep, jf. hhv. § 184 annet ledd og § 186 tredje ledd. For å forsikre seg at domstolene tar dette punkt på alvor er det i strpl. § 184 annet ledd annet punktum stilt visse krav til kjennelsens begrunnelse og innhold hvor det spesifikt nevnes at det må fremgå at “fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep”.

Dette er en særdeles viktig bestemmelse i praksis. Tidligere kom dette til uttrykk i strpl. § 174 om pågripelser av barn, men er nå flyttet over som en generell bestemmelse for alle tvangsmidler. Grunnlaget for dette var å begrense anledningen til å varetektsfengsle etter § 171. I vurderingen skal det ses hen på handlingens grovhet, mistankens styrke, inngrepets styrke, konsekvenser for vedkommende (art, grad og alvor sett både i relasjon pro fengsling og con fengsling i henhold til siktedes forhold).

Videre er dette i tråd med EMK art 5 punkt 3 "rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen". Der har EMD slått fast i en rekke saker at det ikke gjelder en ytre grense for lengden man kan varetektsfengsle. I EMD sak i 2002 chreidi vs Tyskland hadde vedkommende vært varetektsfengslet i 5 år uten at det ble konstatert brudd. Dette var en meget alvorlig sak hvor det var terror mistanke med forgreininger i mange land og komplisert etterforskning.

Momenter som ofte kommer opp i vurderingen er (disse kommer vanligvis opp i forbindelse med fengslingsforlengelser): forventet straff hensett til strafferammen, fare for oversoning – i dette legges det til grunn det som er den ordinære løslatelsesdato på 2/3 tid. Samtidig har man eksempler på at man har akseptert lengre enn det, men dette utvises med stor varsomhet.

Tid det forventes til hovedforhandling – det ligger som regel i sakens natur at man vil begjære fortsatt varetekt fram til hovedforhandling hver 4 uke. I de tilfeller er det fast praksis at man skal ta en forholdsmessighets vurdering i dette videre perspektiv, fram til forventet oppstart av hovedforhandling.

Rt. 2009 s. 472 – når det er tale om lange fengslinger skjerpes kravet til begrunnelsen jf også dommer i EMD eks. 12. mars 2009 i saken Aleksandr Makarov mot Russland avsnitt 121 (EMD-2007-15217). I dette ligger det også at man etter hvert som etterforskningen skrider fram får en høyere terskel for videre varetektsfengsling. Prinsippet er en minimumsregel. I strpl. § 185 siste ledd er det klart komt til uttrykk at dersom ikke etterforskningen fremmes med tilstrekkelig hurtighet "skal retten løslate siktede" og § 187a som stadfester at siktede "skal løslates så snart" grunnlaget for varetektsfengslingen er falt bort eller fristen er gått ut.

Om pågripelse og varetektsfengsling av personer under 18 år, se § 174 og Rt. 2004 s. 1655. I Rt. 2004 s. 1655 var siktede enn vel 15 1/2 år gammel gutt uten noen annen tilknytning til Norge enn en tidsbegrenset oppholdstillatelse. Kjæremålsutvalget fant at kjennelsesgrunnene fra lagmannsretten og tingretten angående den skjerpede forholdsmessighetsvurderingen som straffeprosessloven § 174, jf barnekonvensjonens art 37 bokstav b, oppstiller ved fengsling av personer under 18 år, var tilfredsstillende. Lagmannsrettens kjennelse ble

opphevet siden forholdsmessighetsvurderingen ikke var foretatt i lys av at fengsling ville bli begjært frem til hovedforhandling.¹⁹

I Rt. 2009 s. 1025, saken gjaldt videre anke over lagmannsrettens kjennelse om fortsatt varetektsfengsling av en gutt som var under 18 år. Høyesteretts ankeutvalg kunne ikke se at lagmannsretten uttrykkelig hadde begrunnet hvorfor det var grunn til å fravike fireukersregelen, jf. straffeprosessloven § 185 første ledd, og pekte på at det var lagt ned en subsidiær påstand om at fengslingen under enhver omstendighet ikke kunne forlenges med mer enn to uker. Det ble vist til barnekonvensjonen artikkel 37 b og rettspraksis.²⁰

Disse to høyesterettsavgjørelsene viser at man har en meget streng norm for begrunnelsen i varetekts saker vedrørende barn især. Man krever en uttrykkelig begrunnelse som også viser de vurderinger som er gjort. I saker hvor siktede er myndig er ikke kravene til begrunnelsen like streng, det er vanlig at man da kort nevner at man ikke anser fengsling som uforholdsmessig.

2.3.3 Straffeprosessloven § 184 jf. § 188

Strpl. § 184 oppstiller formal krav til behandling av varetekts saker og hvilke bestemmelser som kan anvendes som grunnlag. Det fremgår også at strpl. § 174 som gjelder barn gjelder tilsvarende. Bestemmelsen angir at fengsling kan besluttes «dersom vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er tilstede», det gås nærmere inn på som egne punkter i forhold til de tre bestemmelsene under.

Videre fremgår det av ordlyden at fengsling «kan» besluttes dersom «formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188». Dette er en «kan» regel og ikke et absolutt krav. Men for barns vedkommende er det etter supplerings av § 174 et krav at dette skal vurderes helt konkret. Således vil det være feil ved fengslingsgrunnen dersom man ikke har tatt § 188 om varetekts surrogat opp til vurdering.

Strpl. § 188 første ledd « *I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse.* » Bestemmelsen regulerer adgangen til alternativ til fengsling og varetekt, surrogater. Ordlyden «kausjon, deponering eller pantsettelse» peker på økonomiske forpliktelser for å sikre oppmøte i retten

¹⁹ Fra sammendraget i lovdata

²⁰ Fra sammendraget i lovdata

og/eller forholde seg til vilkår som blir stilt. Man har ikke i Norge en praksis på å anvende dette i straffesaker grunnet likhetsprinsippet, men adgang er det og det benyttes tidvis pantsettelse og liknende i forhold til økonomisk kriminalitet. Man kunne da fått en situasjon hvor velbemidlede siktede kan unngå fengsling ved å betale, mens mindre bemidlede siktede ikke har noen valg. For barns vedkommende kan dette i så fall bli særlig problematisk da det er et fåtall av barn som har egne midler å snakke om.

Annet ledd uttaler at retten kan beslutte «plassering i institusjon eller kommunal boenhet [men dog med det forbehold at] (...)institusjonen eller kommunen samtykker». Her er det ikke krav om samtykke fra siktede, men fra den institusjon eller kommunale boenhet som siktede skal plasseres i. Ordlyden peker på at det er «retten» som kan beslutte dette, dette står i motsetning til vilkårene i strpl. § 181 hvor det fremgår at det er «påtalemyndigheten» som avgjør dersom «mistenkte samtykker» eller «lover». Dette innebærer også at det er retten som skal beslutte de nærmere vilkår for anvendelsen av surrogater.

Strpl. § 181 gir påtalemyndigheten anledning til å beslutte å «løslate den pågrepne» mot at vedkommende har meldeplikt for politiet eller «lover (...) forlate et bestemt oppholdssted», jf 181 første ledd. Etter kriteriene satt opp i EMD praksis kan sistnevnte klart ha preg av «frihetsberøvelse» jf. EMK art 5 og derav utløse barnets rett etter BK art 37. Avgjørende her blir omfanget av vilkårene, kontroll funksjonen og hyppighet av dem, samt vedkommendes reelle muligheter til å bevege seg fritt.

I Rt. 2007 s. 333 uttalte Høyesterett i en sak om fradrag for varetekt i dom etter at en gutt på 17 år hadde vært underlagt varetekt surrogat, opphold hos onkel med en rekke vilkår og meldeplikt jf. Strpl. § 181 følgende i avsnitt 10 til 11:

(10) « (...) følger det av rettspraksis at frihetsberøvelse kan finne sted i andre former enn i fengsel og bak låste dører. Heller ikke det at siktede samtykker i restriksjonene, utelukker karakteren av frihetsberøvelse. Slikt samtykke er et vilkår etter straffeprosessloven § 181. Likevel har restriksjonene et klart element av tvang. For at varetektssurrogater skal ilegges, må samtlige varetektsvilkår foreligge, selv om vurderingen av uforholdsmessighet etter straffeprosessloven § 170a kan falle forskjellig ut. Dersom siktede således ikke samtykker, vil alternativet regelmessig være at han varetektsfengsles.

(11) Den nærmere vurdering må skje med utgangspunkt i restriksjonenes intensitet, hvilket vil si omfanget og den fastheten som de gjennomføres med, og

dessuten det tidsrom det gjelder. Formålet med varetektssurrogater etter straffeprosessloven § 181 må forankres i ett av de spesielle fengslingsvilkårene i § 171 første ledd, i vårt tilfelle fare for gjentakelse. På denne bakgrunn vil formålet i disse tilfellene isolert sett trekke i retning av en likestilling med varetekt.» Gutten fikk fradrag for tålt varetekt selv om dette hadde blitt gjennomført hos sin onkel.

Dette viser at rettighetene for barnet etter BK art 37 jf. Art 3 står ved vurderinger av surrogater etter strpl. §§ 188 jf. 181, men at det beror på en konkret vurdering og det oppstiles da samtidig et krav for retten og påtalemyndigheten å vurdere hva som vil være det enkeltes barns beste jf. BK art 3.

Videre fremgår det av dommen at vilkårene i strpl. § 171 også må være oppfylt for å anende surrogater etter disse regler. Mer om det under nestepunkt.

2.3.4 Straffeprosessloven § 171

De generelle kumulative vilkår etter § 171

For varetektsfengsling er det rettslige utgangspunkt at den siktede med “skjellig grunn” mistenkes for handlinger som etter loven kan medføre fengsel i mer enn “6 måneder” jf. Strpl. §171.

Ordlyden og rettspraksis viser til at det ved "skjellig grunn" må være en sannsynlighetsovervekt for at den siktede faktisk har begått den straffbare handling., jf. Rt. 1993 s. 1302. Noen sikker overbevisning om skyld kreves ikke. Det kreves videre ikke en kvalifisert sannsynlighetsovervekt, dette innebærer at det blir en skjønnsmessig vurdering av retten jf. Rt 1994 s. 951. Men det må fremgå av fengslingsgrunnen at vurderingen er fortatt og at en velbegrunnet mistanke er lagt til grunn. Noe krav til konkret bevisvurdering og påpekning av styrken eller svakheter ved dem kreves ikke, jf. Rt. 2001 s. 977.

Når det anvendes begrepet “straff” så hen speiler det også på at alle de subjektive og objektive straffbarhetsvilkårene må være tilstede. Dette innebærer at en person som er under den kriminelle lavalder på 15 år og derav ikke kan straffes, kan heller ikke varetektsfengsles, jf. Strl. § 46.

Videre må handlingen(e) siktede mistenkes for være straffbar med mer enn 6 måneders fengsel. Her oppstilles det et objektivt krav til strafferamme for

straffebudet. Det er den øvre grense som er avgjørende. Med “mer enn 6 måneder” er det fast praksis på at straffebudet må ha en øvre ramme på 6 måneder og en bot, eller mer. Dersom straffebudet kun hjemler straff i 6 måneder eller bare bot, er vilkåret ikke oppfylt. Det er den teoretiske strafferamme som er avgjørende, ikke hva man faktisk kan forvente grunnet andre forhold. For barns vedkommende blir dette særlig satt på spissen fordi man i NOU 2008:15 påpeker at varetekt for barn og ubetinget reaksjon skal reserveres mot alvorlige lovbrudd. Dette er nå også fulgt opp i rettspraksis, jf. Eksempelvis Rt. 2010 s. 1313²¹.

Det har vært reist spørsmål om det er nok at straffebudet selv hjemler øvre strafferamme med 6 måneder med fengsel og at man kan anvende strfl. § 26a som sier at bøtestraff alltid kan kombineres med fengselsstraff. Svaret på dette er nei. Det står uttrykkelig i strfl. § 26 a at “adgang til å kombinere frihetsstraff med bøtestraff som følger av denne paragraf, er uten betydning i forhold til lovbestemmelser som tillegger strafferammen rettslig virkning”. Derav følger det naturlig et krav etter § 171 at det for fengsling og straffebudets strafferamme må være 6 måneders fengsle og bøter spesifikt nevnt i straffebudet, slikt særskilt hjemmel må være tilstede i straffebudet. Eksempelvis jf. strfl. § 391a annet ledd som lyder “Straffen for naskeri er bøter eller fengsel inntil 6 måneder eller begge deler”. Dette er nok til å oppfylle hjemmelskravet etter § 171 da det er anledning til å kombinere fengsel og bøter uten at man er avhengig av strfl. § 26a.

Neste generelle vilkår er at det må være “en eller flere handlinger”, dette har relevans i forhold til realkonkurrens eller idealkonkurrens jf. Strfl. § 62 hvor strafferammen kan fordobles. Da er spørsmålet om det er den høyere strafferamme ved konkurrens som kommer til anvendelse eller den lavere. Ved ordbruken “en eller flere” har man markert at det er den høyere strafferamme som er avgjørende. Rent konkret eksempel på dette er dersom man ser på strfl. § 228 om legemsfornærmelse er det anledning til å straffe med 6 måneder, mens dersom man er siktet for to slike hendelser så øker da strafferammen til 1 år og man kan fengsle jf. Strpl. 184 jf 171.

²¹ Denne saken gjaldt straffenivå, men det har overføringsverdi til varetekt at man langt på vei skal søke og ikke idømme fengsle, men heller samfunnsstraff da «et alminnelig ønske fra lovgivers side om mer differensierte straffer, med vekt på individualprevensjon og rehabilitering - og hvor nettopp unge lovbrøtere står i en særstilling» dommens avsnitt 9.

Kommentar til dette med strafferammekravet på 6 måneder eller mer er at man teoretisk kan pågripes eller varetektsfengsles for veldig mye. Det betyr eksempelvis at enhver overtredelse fra trafikkreglene vil kunne åpne for fengsling jf. Veitrafikkloven § 31 hvor strafferammen er 1 år. Men det ligger i sakens natur at man ikke varetektsfengsler for overtredelser av trafikkreglene. Dette har en naturlig sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 170a jf. Redegjørelse ovenfor.

Særlig om tilfeller det er aktuelt med betinget reaksjon. I mange saker er det ikke utsikter til at man vil anvende ubetinget fengsel. Især med saker hvor siktede er barn blir dette en aktuell problemstilling. Spørsmålet vil da bli hvorvidt man likevel skal fremstille siktede for fengsling. Her er det gitt en intern instruks i påtaleinstruksen § 9-3 om at i slike tilfeller “Dersom det er grunn til å anta at saken vil bli avgjort ved påtaleunntatelse, forelegg eller betinget dom, bør vedkommende ikke begjæres varetektsfengslet med mindre det anses særlig påkrevet.”. Videre er det i påtaleinstruksen § 9-2 påpekt at det i tilfeller med barn som er siktet “bør ikke pågripes eller begjæres varetektsfengslet hvis det ikke er særlig påkrevet”.

Det er klart at man i tilfeller det det er usikkert om en vil benytte eller legge ned påstand om ubetinget fengsel skal utvise særdeles varsomhet med varetekt. Når det sågar er påpekt særskilt i strpl. § 174 jf. Pi § 9-2 at det for barns vedkommende kun skal brukes varetekt når det er “særlig påkrevd” så er terskelen klart høyere. For barns vedkommende er det ved de rene bagatellmessige saker ikke kan anvende varetekt.

Neste som redegjøres for er mistankekravet. Loven krever at det er “skjellig grunn” til mistanke, det er sikker rett at man med dette begrepet mener sannsynlighetsovervekt. Ordlyden og rettspraksis viser til at det må være en sannsynlighetsovervekt for at den siktede faktisk har begått den straffbare handling., jf. Rt. 1993 s. 1302. Noen sikker overbevisning om skyld kreves ikke. Det kreves videre ikke en kvalifisert sannsynlighetsovervekt, dette innebærer at det blir en skjønsmessig vurdering av retten jf. Rt 1994 s. 951. Men det må fremgå av fengslingsgrunnen at vurderingen er fortatt og at en velbegrunnet mistanke er lagt til grunn. Slik at jo lavere listen for mistanken er, dess større bør terskelen være for at siktede fengsles, dette er fast praksis og i tråd med mistanke kravet etter EMK art 5 jf. Punkt 2.1. ovenfor.

I Rt. 2008 s. 1102 avgjorde ankeutvalget at dersom det er tale om å holde en person fengslet over en lang tid, vil avgjørelsen om man skal bruke den kompetansen til å fengsle være et sentralt moment når og hvis mistanken er svekket. Kravet til mistanken vil naturlig øke noe over tid, jf. Strpl. § 170a jf. EMK art 5. Noe krav til konkret bevisvurdering og påpekning av styrken eller svakheter ved dem kreves ikke, jf. Rt. 2001 s. 977.

Beviskravsreglene gjelder jo ikke ved lovanvendelsen, tilsvarende er i denne relasjon. Dersom det er tvilsomt at forholdet rammes av loven, vil man nærmere kunne bedømme dette i tråd med beviser og sterke indisier som foreligger.

Ved fengslingsforlengelser skal man være oppmerksom på at selv om det i den første, andre og ev tredje fengsling ble lagt til grunn at det er «skjellig grunn til mistanke», så har det ingen rettskrafts virkning. dette må prøves på ny ved hver påstand om forlenget varetekt. Videre må dette også vurderes opp mot forholdsmessighetsvurderingen jf. Strpl. § 170a. For barn skal terskelen og kravet til forholdsmessigheten prøves grundig ved hver forlengelse i kraft at kravet for «et kortest mulig tidsrom» jf. BK art 37 jf. Strpl. § 174 «særlig påkrevd» jf. Pi. § 9-2 mv.

De ulike bestemmelsene som hver for seg stiller krav til tidsaspektet og som er presoisert for barns vedkommende skal komme barn som er siktet til gode. På tross av at man ikke skal utmåle varetekten i forhold til forventet straff etter rettspraksis, men objektivt på grunnlag av straffebudet, så ligger det i saker vedrørende barn at dette likevel bør intas som en del av «barnets beste» vurderingen. Som påpekt tidligere er det ikke stilt en punktliste vedr en barnets beste vurdering, det kan kritiseres da det er opp til skjønn, men her kan dette og bør dette komme barnet til gode.

Det er sikker rett at kontraherende parter ikke kan gi borgere dårligere vern etter nasjonale regler enn det som fremgår av konvensjonene, men at man kan gi bedre er klart jf. BK art 41 for illustrasjon. At man i norsk rett kan trekke inn forventet lengde av straff som en del av virkningen varetekt har på barnet og barnets interesser i så måte vil ha en hensiktsmessig sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen jf. Strpl. § 170a og ikke minst lovgivers utviklende syn på området.

I Rt. 2004 s. 1655 slås det fast at konvensjonsforpliktelsene er « ivaretatt gjennom [straffeprosessloven] § 174, jf. § 184 », som fastsetter at personer under 18 år ikke bør varetektsfengsles med mindre det er særlig påkrevd. I

avgjørelsen heter det videre at § 174 gir « føringer for forholdsmessighetsvurderingen etter § 170 a slik at kravene til begrunnelse for fengslingen skjerpes ». Konvensjonen gjelder også som norsk lov, jf. menneskerettsloven 1999 § 2 nr. 4. Dette er fulgt opp i senere rettspraksis.

Neste vilkår er at handlingen må kunne medføre “straff”, det betyr for det første at mistanke kravet må omfatte samtlige av de straffevilkårene – både de objektive og de subjektive. I det ligger det også at barn under den kriminelle lavalder ikke kan fengsles, i og med at de ikke kan idømmes straff, jf. Strfl. § 46. Hadde man da ikke hatt en særbestemmelse i strpl. § 171 annet ledd hadde dette medført at heller ikke de som er psykisk utviklingshemmet eller psykotiske heller ikke kunne varetektsfengsles. Sistnevnte moment avgrenses det mot.

Alle disse generelle vilkårene må være oppfylt for å kunne varetektsfengsle jf. Strpl. § 184 jf. § 171. Men i tillegg må minst et av de fire fengslingsgrunner være oppfylt. Unntak behandles etter dette punktet.

Forutsatt at handlingen er straffbar og at siktede med skjellig grunn kan mistenkes for den oppstiller strpl. § 171 første ledd punkt 1 til 4 fire ytterligere momenter, en av disse fengslingsgrunnene må være tilstede for varetektsfengsling. De fire vilkårene er alternative og må vurderes hver for seg. Det påpekes for ordens skyld at fengslingsgrunnen kan endres underveis i etterforskningen og ved eventuell videre varetektsfengsling. Men dersom ingen av de fire vilkår i § 171 første ledd er tilstede må den siktede som regel løslates jf. Strpl. § 187a.

Strpl. § 171 første ledd 1 alternativ er fengsling på bakgrunn av

unndragelsesfare. Unndragelsesfaren knytter seg til to momenter; frykt for at siktede vil forsøke å unndra seg “forfølgningen”, det vil si rettergangen og etterforskningen, eller “fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler”, det vil si fengselsstraff eller bøter og/eller inndragning av formuesgoder eller liknende. Vilråene her er at det er “grunn til å frykte” at siktede vil “unndra seg forfølgningen” eller “fullbyrdingen av straff eller liknende”. Det er med andre ord snakk om en fluktrisikovurdering. Kravet “Grunn til å frykte” har Høyesterett uttalt i Rt 1997 s.232 som at “det kreves konkrete objektive holdepunkt i den enkelte sak, men sannsynlighetsovervekt kreves ikke” – altså en løs antagelse vil ikke være nok. Momenter i vurderingen er forventet lengde av straff og hvor knyttet vedkommende er til sitt hjemsted. Det vil igjen medføre at dersom siktede for eksempel er en utenlands statsborger som er kurer for

større parti narkotika, jf. Strl. § 162 annet ledd med videre er nærmest garantert varetektsfengsling. Det er ikke ukjent at siktede reiser fra landet i saker der man risikerer lengre fengselsstraff.

Men dette vilkåret kan også anvendes mot personer med bosted og tilknytning til Norge. Et spørsmål som reiser seg er om det da må være snakk om en varig eller midlertidig unndragning. Det er praksis på at det er nok med en periode med unndragning hvor man ikke får fatt i vedkommende. Dette er blant annet av hensynet til etterforskningens framgang og anledning til avhør. Bestemmelsen er også forstått slik at også fare for selvmord er innbefattet av unndragelsesvilkåret etter en avgjørelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Dette er bare noen av momentene som kan bli vurdert etter § 171 punkt 1.

Når det gjelder barn så er ikke flukt risiko det mest nærliggende. Barn har som hovedregel stor tilknytning til riket og sine omgivelser. Dog er det i saker hvor siktede barn er av utenlandsk opprinnelse og gjerne uten tilstrekkelige identifikasjonspapirer en fengslingsgrunn som er høyaktuell. Men her må man også vurdere varetekts surrogat som fratakelse av pass, krav om meldeplikt eller institusjonsopphold i regi av barnevernet jf. strpl. §§ 188 jf. 181 jf. Bvl. § 4-24 (tvangsgrunnlag for institusjonsopphold). For barn er det et krav at alternativ til varetekt skal vurderes, fengsling er siste utvei og i utgangspunktet bare der det er «særlig påkrevd» jf. § 174. Kjennelser må derfor også bemerke om dette er vurdert og i tvilstilfeller grunngi det alternativ som er benyttet.

Strpl. § 171 første ledd 2 alternativ, fengsling på bakgrunn av bevisforspillelsesfare.

Bevisforspillelsesfaren kan knytte seg til at siktede fryktes å kunne fjerne bevis på et tidlig stadium av etterforskningen, påvirke vitner til å ikke forklare seg eller forklare seg uriktig. Samt at det i saker av noe omfang og med flere siktede kan være frykt for at de siktede kan sammenholde sine forklaringer og tilpasse de til hverandre. I sistnevnte tilfelle er det også anledning til å stille vilkår til varetekten for å forhindre at de siktede oppnår kontakt under fengslingen. Man kan sattes under brev og besøksforbud, brev- og besøkskontroll, isolasjon (helt eller delvis), plasseres i ulike fengsler og ulike avdelinger i samme fengsel jf. Blant annet strpl. §§ 186 og 186a. Den nærmere gjennomføringen under soningen er opp til kriminalomsorgen i samråd med politiet.

Vilkårene er at det er “nærliggende fare” for at siktede vil “for spille bevis” i saken, jf. Strpl. § 171 punkt 2. Herunder for eksempel ved å “påvirke” vitner eller medskyldige. Dette gjelder for det første uavhengig av bevis eller straffespørsmålet. Med “nærliggende fare” har Høyesterett i Rt. 2003 s. 1296 lagt til grunn at det må “foreligge en reell mulighet for å kontakte og påvirke vitner og at det må være sannsynlighetsovervekt for at muligheten blir benyttet”. Dette peker på vitnepåvirkning, men det er klart at kravet også gjelder andre former for bevisforspillelse. Saken er fulgt opp i en rekke avgjørelser etter dette.

Det ligger i sakens natur at denne fengslingsgrunnen i gjennomsnitt vil ha mest aktualitet i den første tiden etter pågripelsen når etterforskningen er i en start fase. Etter hvert som etterforskningen skrider fram vil fengsling etter punkt 2 gjennomgående tape vekt. Dette illustreres blant annet av en avgjørelse i Rt. 1990 s. 922 hvor kjæremålet aviste en fengslingskjennelse fordi at lagmannsretten ikke hadde vurdert at man nå sto framfor en langt fremskredet etterforskning. Dette er dog ikke til hinder for at man kan fengsle etter denne begrunnelse helt fra til hovedforhandling og sågar under denne. Men da kreves det en særskilt begrunnelse for vurderingen. Terskelen blir høyere.

Videre er en typisk sak hvor punkt 2 blir benyttet en sak med flere involverte, typisk i saker med organisert kriminalitet etter strl. § 60a. Eksempelvis dersom en av de siktede har avgitt en uforbeholden tilståelse for eget vedkommende så foreligger det ikke fare for bevisforspillelse for eget vedkommende. Men det er fare for bevisforspillelse vedrørende medskyldige, jf. “påvirke (..) medskyldige”. Spørsmålet da blir om man kan fengsle på denne bakgrunn i forhold til identifiserte eller uidentifiserte medskyldige. Dette spørsmålet ble det uttrykkelig tatt stilling til i lovforarbeidene og der er det uttalt at man kan bruke bestemmelsen i slike tilfeller, men at man da må vurdere dette enda grundigere. Kompetansen er der, men terskelen skal da praktisere høyere.

Neste problemstilling vedr punkt 2 ble aktualisert i Rt. 1990 s. 1197 hvor en person var pågrepet og siktet for seksuelt misbruk av et barn. Der var forholdet at man hadde en ganske sterk mistanke om at dette bare var begynnelsen og at man ville avdekke flere forhold med videre etterforskning. Spørsmålet ble da om man kunne begrunne en fengsling med fare for at siktede også kunne for spille bevis i forhold til andre forhold enn det siktelsen omfattet eller om man kun kunne benytte de forhold man allerede mente å ha avdekket. Høyesterett kom til at bevisforspillelsesfaren må knytte seg til det som er den gjeldende siktelse,

dette regnes nå som sikker rett. Potensielle framtidige siktelser kan ikke anvendes som fengslingsgrunn.

De strenge vilkårene man kan stille under varetekt etter § 171 punkt 2 som nevnt over kan også anvendes for barn, men da må det foretas en inngående vurdering av “barnets beste” i slike forhold. At især begrenset eller ingen mulighet til kontakt med familie er særlig belastende for barnet. Ved så strenge vilkår er det nærmest umulig å anvende varetekts surrogater og derav følger det at barnet må plasseres i fengsel. Videre er det etter BK art 37 bokstav c klart at barn ikke skal «holdes atskilt fra voksne» kriminelle, dette medfører i praksis at barn i realiteten er i full isolasjon fra medinnsatte under fengslingen Slik at de kun har betjenter og andre ansatte i statens regi å forholde seg til. Dette i seg selv medfører at barn kan oppleve å være under et kontinuerlig kontroll regime uten mulighet for ordinært samvær med spesielt nær familie eller andre som ikke er en del av kontroll regimet.

Man ser ved vurderingene foretatt i Prop. 135 L (2010-2011) pkt. 7.4.4. at det er anerkjent at barn har en annen tids- og virkelighetsoppfatning enn voksne og av den grunn opplever en langvarig fengsling som ekstra belastende. Dette ble opprinnelig tatt opp i forbindelse med pågripelser og plassering på glattcelle – men har klar overføringsverdi også til varetekt på tross av noe bedre celleforhold. Se også bekymring fra barneombudet inntatt under punkt 5.

Gjentakelsesfare, strpl. § 171 punkt 3.

Strpl. § 171 punkt 3 hjemler fengsling dersom det “antas påkrevd for å hindre (..) ny (..) straffbar handling [som kan gi] høyere straff enn fengsel i 6 måneder”. Vedrørende strafferammen 6 måneder så er vilkåret her det samme som under de generelle vilkår, se ovenfor under behandlingen av dette. Det som er kriteriet for fengsling etter punkt 3 er at det må være “sterk grad av sannsynlighetsovervekt av gjentakelsesfare” jf. Blant annet den første avgjørelsen i Rt. 1993 s. 905 som er fulgt opp i en lang rekke med avgjørelser.

Det har i denne forbindelse vært spørsmål om det er tilstrekkelig dersom siktede har tidligere domfellelser for liknende forhold. Kjæremålsutvalget har vært klar på at dette i seg selv ikke er tilstrekkelig, man må gå inn i en konkret vurdering. Men det er klart at den som har et langt rulleblad vil ha en dårligere sak – uten at det i seg selv er avgjørende eller tilstrekkelig i den aktuelle varetekts saken. Høyesterett legger vekt på at slike saker skal være godt begrunnet. I tråd med prinsippet om domstolskontroll med forvaltningen er det et prinsipp at dess

sterkere inngripende et vedtak er jo sterkere krav stilles det til begrunnelsen. Dette har man anvendt tilsvarende for slike saker.

For barn vil nok ikke nødvendigvis vurderingen bli så veldig annerledes da varetekt for denne gruppen allerede er forbeholdt alvorlige straffbare handlinger. Det er klart nok barn som tidligere er straffet for alvorlige forhold og som etter dette vil ha risiko for gjentakelse. Men her er det verd å ta med seg uskyldspresumpsjonen og det faktum at selv i saker av alvorlig art så ser man en stadig økt bruk av samfunnsstraff og mindre ubetinget fengsel. Mer om dette momentets betydning under punkt 2.4.

Egen begjæring om fengsling etter strpl. § 171 punkt 4.

Fengsling etter siktedes egen begjæring.. Dette er den ene fengslingsgrunnen som man ikke finner i EMK, men det er av EMD lagt til grunn at varetekt etter punkt fire ikke strider mot EMK. Vilkåret her er at siktede “selv begjærer det” med en begrunnelse som finnes “fyldestgjørende”, jf strpl. § 171 punkt 4. Det avgrenses mot rent samtykke uten mulighet for tilbakekall.

Forholdet er at svært mange av de som fremstilles for varetektsfengsling samtykker til det, spørsmålet blir da om et slikt samtykke er nok til å oppfylle vilkårene i punkt 4. Det er klar praksis på at et slikt samtykke ikke er nok. Ordlyden “selv begjærer det” peker klart på at det må være siktede selv som tar initiativet til en slik varetektsfengsling. Det er klart at det her kreves en positiv begjæring fra siktede og at samtykke ikke er tilstrekkelig.²² Bakgrunnen for reglen når den kom inn i 1963 var at det kan være en fordel for en siktet som venter på en lang ubetinget fengselsstraff at man sitter i varetekt som man kan få fradrag for ved dom, i stedet for å gå i lediggang mens man venter.²³ Derav følger det at dette ikke er problematisk i forhold til EMK art 5 da man selv har frasagt seg de garantier som ligger der. Dette er en bestemmelse som i praksis ikke blir brukt ofte.

En annen begrunnelse kan være at man frykter represalier fra andre kriminelle som man eventuelt har gitt opplysninger om. Men det ligger i sakens natur at de generelle vilkårene uansett må være oppfylt. Videre er det slik at man ikke kan fengsle etter punkt 4 dersom siktede ikke kan begjøre seg løslatt og få medhold i

²² Andenæs/myhrer s. 289

²³ Straffeprosesslovkomiteens innst. 1961 s. 11-12

dette. Da foreligger det ikke noe reelt samtykke etter egen begjæring. Poenget illustreres ved at man etter strpl. § 187a skal løslates så snart fengslingsgrunnlaget faller bort, det vil det gjøre med en tilbaketrukket samtykke etter punkt 4.

For barns vedkommende må man dog være meget restriktivt og mer eller mindre objektivt vurdere en slik begjæring. Noe av grunnlaget for at barn står i en særstilling er at de ikke alltid forstår rekkevidden av egne handlinger. En umoden 16 åring vil neppe forstå hva det innebærer å begjære seg selv varetektsfengslet. Her kan man innvende at barnet vil ha stedlig representasjon av advokat og at foreldre eventuelt vil være involvert. Men advokaten vil vanligvis nettopp ha truffet sin klient og foreldre kan ha så ymse forutsetninger for å vurdere dette. I og med at terskelen for å varetektsfengsle barn skal være høyere, kan man vanskelig se hvordan det skal være adgang til å fengsle etter samtykke.

Her kan bør man heller henvende seg til barnevernstjenesten for å få til et opphold på en institusjon etter eget samtykke og formynderes intensiv. Dersom siktede barn ikke ønsker å bli på institusjonen har man uansett anledning til å pålegge et tvangsopphold jf. Bvl. § 4-24.

(§ 171 annet ledd om utilregnelige og psyksisk syke som er idømt tvungen psykisk helsevern behandles ikke.)

2.3.5 Straffeprosessloven § 172

Unntak for kravet til fengslingsgrunner jf. §§ 184 jf. 171 finner man i strpl. § 172 når siktede er mistenkt for særdeles alvorlige forbrytelser med strafferamme på over 10 år eller spesifikke siktelsler for vold jf. Strpl. § 172 bokstav b. Herunder følger det også en adgang til å fengsle i disse tilfeller dersom det vil "støte allmenhetens rettsfølelse eller skape utrygghet" dersom siktede løslates. Dette kreves en konkret vurdering av dette momentet jf. Rt. 2004 s. 640.

Her hjemles en adgang til å varetektsfengsle også i tilfeller som ikke kan rubriseres under strpl. § 171. Forutsetningene framgår klart av loven, det må være alvorlige forbrytelser og/eller forsøk på slike med en strafferamme på fengsel i 10 år eller mer jf. § 172 bokstav a. Videre er det i tillegg listet opp en rekke konkrete bestemmelser i § 172 bokstav b som også innbefattes. Dette dreier seg om voldsutøvelser som kan straffes med 8 år og oppover.

Vilkårene er at det enten “foreligger tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken”. Det som er et poeng i denne bestemmelsen er at den kan anvendes på tross av at det ikke foreligger noen av de spesielle fengslingsgrunnene i §171. Grunnlaget for dette ser man ved å se på årsaken til at man fikk denne bestemmelsen i 1963. Den hadde sin bakgrunn i et drosje ran i Oslo som fikk stor media oppmerksomhet, dommeren kom til at han ikke hadde hjemmel til å fengsle denne personen og måtte løslate. Dette skapte en voldsomt media storm i etterkant og som resultat kom denne regel inn i loven. Derav følger det at det er alvorlige saker som allmenheten blir støtt av at denne fengslingsgrunnen tar sikte på. Dette fremgår også eksplisitt av lovens formulering “legges særlig vekt på om det er egnet til å støte allmenhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom” siktede løslates.

Spørsmålet så blir om bestemmelsen er i strid med EMK art 5. Høyesterett har hatt fast praksis på at dette ikke regnes som konvensjonsstridig og har blant annet vist til at mange land har tilsvarende bestemmelse. En sak hvor dette kom på spissen er Rt. 2001 s. 940 (orderud saken). Her var de siktede i frihet under sakens behandling, men ble etter dommen kom sporenstreks fengslet. Saken ble tilslutt brakt inn for Høyesterett og det ble da vurdert om bestemmelsen var i strid med EMK. Utreder hadde for Høyesterett funnet fire avgjørelser i EMD mot Frankrike hvor det hadde vært domfellelse i samtlige saker. Det som man da å var at Frankrikes tilsvarende bestemmelse kunne anvendes i tilfeller med mindre alvorlig kriminalitet enn Norge. I tillegg var forholdet at man i de franske dommene kun hadde henvist til bestemmelsen uten noe videre drøfting. I den norske lagmannsretts dommen i Orderud saken hadde imidlertid retten vurdert vilkår og begrunnet avgjørelsen meget grundig. Det var dissens i saken og drøftingene var da spesielt grundig vurdert. Høyesterett kom til at det ikke var tvil om at bestemmelsen i strpl. § 172 ikke er i motstrid til EMK art 5. Dette er fulgt opp i praksis, senest i dom Rt. 2010 s. 889. Se også dom i EMD, EMD-1988-14379 (W. v. Switzerland).

Men etter denne tid er det kommet noen spesifikasjoner vedrørende denne bestemmelsen; på 90- tallet ble denne bestemmelsen også brukt til narkotikasaker, i dag er dette helt utelukket. Dette er begrunnet med at det gjennom praksis, blant annet Rt. 2002 s. 842 så har man strammet inn praksis, nå blir § 172 brukt ved drap, grove ran og grove seksualforbrytelser. Grunnlaget for at § 172 ikke lenger er aktuell for bruk ved narkotikasaker ble lagt i Rt. 2003 s. 974 hvor vedkommende som hadde blitt siktet for 140 kg hasj og vært

underlagt 3 måneder med varetekt kom flertallet til at man ikke kunne opprettholde fengsling etter § 172 og opphevet fengslingen. I meget store narkotika saker har man likevel eksempler på at bestemmelsen er brukt. Rt. 2006 s. 1621 varetektsfengslet man ikke en person som var siktet for underslag av 100 millioner etter § 172, dette illustrerer den høye terskelen.

Vedrørende mistankekravet er det meget sterkt jf. Ordlyden “tilståelse” og “særlig grad styrker mistanken”. Naturlig forståelse er at dersom tilståelse ikke foreligger må man ha klare Rt. 1992 s. 423 har Høyesterett uttalt vedrørende kriteriet at “det skal meget sterk sannsynlighet for at vedkommende er skyldig”. Man snakker da om en kvalifisert sannsynlighet og den vanlige sannsynlighetsovervekt er ikke tilstrekkelig. Dette har også den konsekvens at en eventuell tilståelse må støttes av bevis i saken.

Den strenge praksisen Høyesterett har lagt til grunn medførte at man i 2003 kom med den tilføyelsen om allmenhetens rettsfølelse som viktig moment i vurderingen. Her har man ingen Høyesterettsdommer vedrørende direkte varetekt sak for barn, men man har dommer på straffutmåling hvor man kan dra paralleller. Eksempelvis i Rt. 2010 s. 669 hvor saken var seksuell omgang jf. Strl. § 195. Her var det modifisert med at siktede og fornærmede var nær i alder og straff ble nedsatt av den grunn. Høyesterett uttalte likevel at «bar handlingene preg av en kynisk utnyttelse av fornærmede som tilsa at det burde idømmes straff. De tiltaltes alder tilsa imidlertid at det ble idømt samfunnsstraff i henholdsvis 74 og 50 timer og oppreisningserstatningen ble satt til 30 000 kroner». Det er all grunn til å påstå at dersom de siktede var voksne ville dette blitt ubetinget fengsel av lengre tid. Når domfellelse og straff blir så lav sett opp mot ordinære straffer for liknende saker, er det klart nok at man kan dra paralleller til varetekts saker. Strl. § 195 er en grov seksual forbrytelse.

2.3.6 Straffeprosessloven § 173 annet ledd

Strpl. § 173 annet ledd gir politiet pågripelsesgrunnlag for tilfeller der de tar gjerningsperson på «fersk gjerning». Videre gir den fengslingsgrunnlag for utenlandske statsborgere eller andre som ikke kan bekrefte opphold i landet på lovlig grunnlag. Bestemmelsen vil suppleres med strpl. § 171 punkt 1 om unndragelsesfare. Det er ikke tvilsomt at også barn kan rammes av denne bestemmelsen, det vises til drøftelser under punkt 2.3.4.

Analyse av rettsreglene sett i sammenheng:

3. Oppsummering av de ulike regelsett

Som gjennomgangen ovenfor viser så er de samme vurderinger som gjelder for myndige også gjeldende for barn. Det som er annerledes for barns vedkommende er at man skal praktisere en økt terskel og klarere krav til begrunnelsen av eventuell fengsling for barn. Videre framkommer det også at når det i saker med barn vurderes fengsling så skal man alltid vurdere surrogater og dersom man ikke anvender surrogater så skal årsaken til dette oppgis.

Forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 170a slår til med full tyngde ovenfor barn. Ikke bare stilles det krav til begrunnelsen fra retten, men også at man har foretatt en mer inngående vurdering basert på «barnets beste» jf. BK art 3 og dersom inngrepet ikke anses som uforholdsmessig skal det under enhver omstendighet grunngis og denne vurderingen kan overprøves.

Noen helt klare krav og rammer etter gjeldende lovverk er vanskelig å stadfeste, men at det rent generelt er en økt terskel kan legges til grunn.

Samfunnsutviklingen peker også på at barn og deres forhold står mer sentralt enn den allmenne rettsfølelsen. Dette har også Høyesterett tatt til etterretning og påpekt i flere av de nevnte dommene.

3.1. sammenliknende framstilling

Det følger av fast rettspraksis at EMK art. 5 nr. 3, straffeprosessloven § 4 og menneskerettsloven § 2 nr. 1 skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a, og dermed sikre at siktede får rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen. Videre er det klart at BK art 37 i skal vektlegges for barn som er siktet.

I tråd med gjennomgangen av de ulike fengslingsgrunnen er det indikasjoner på at man i norsk rett opererer med et uttalt forhøyet terskelnivå av varetekt for barn. Dette modifiseres dog av at det synes som om Høyesterett i de fleste saker er tilfredsstilt dersom underretten faktisk har vurdert forholdsmessigheten og nødvendigheten av varetekten opp mot barnets forhold. Det er etter mitt skjønn ikke lagt ned noen klare føringer fra Høyesterett som rent faktisk stiller strenge krav til grunnlaget.

Man ser også at det etter utredningene i henholdsvis NOU 2008:15 og Prp. 135L (2010-2011) at det er mer fokus på varetekts surrogater og hvordan man kan

løse dette problemet med alternativ til fengsling i ordinært fengsel. Til dette kan man også innvende at etableringen av de såkalte «ungdomsfengslene» i øst og vest vil øke domstolenes muligheter for varetekt. Her har man da fått sonings- og varetektsplasser som etter sigende skal ivareta barns særskilte behov og rettigheter. Realiteten er av kritikere hevdet til å bli kun en oppbevaringsplass som tilfredsstiller kravet om å skjærme barn fra den voksne fangepopulasjonen.

Departementet uttalte i punkt 7.8.5.4 at *«Utvalget konkluderer med at kriminalomsorgen fortsatt bør ha ansvaret for varetektsfengsling av barn. Det foreslås således ikke at ansvaret for slik fengsling eller lignende tiltak for barn, overføres til barneverntjenesten»*. Dette peker på at utvalgets løsninger med barnefengsler er et skritt i retning av økt bruk av fengslig varetekt og ikke surrogater tillagt andre offentlige instanser.

Videre kan man nå med denne utviklingen gå mot en utbygging av «juvenile detention Centres» i Norge i tråd med det man ser i andre land – eksempelvis i USA hvor ungdomsfengsel i aller høyeste grad er lik som ordinære fengsler med unntak av aldersgruppene.

Tankekorset som melder seg er om regjeringens lovforslag, opprettelsen av ungdomsavdelinger nå er med på å reversere utviklingen mot økte rettigheter for barn i tråd med BK til økt bruk av lukket fengselsplasser. Ved å tilpasse seg til kritikken, bevege seg akkurat i midtsjiktet hva terskel angår og pretendere at disse ungdomsavdelingene er noe annet enn soning og fengsel – hvor står man så? Etter min mening er det avgjørende å ha et bredere perspektiv på regelverket enn dette. All erfaringsbasert vitenskap tilsier at fengsling, også varetekt, virker mot sin hensikt. Institusjoner som nå har tvangsgrunnlag for ungdommer etter bvl. § 4-24 er maktesløse og påpeker at miljøet når disse «verstingene» av barna samles på et sted er svært uheldig²⁴. Vel og merke er det vanskelig å se løsninger som på sikt vil være optima, men oppgaven skal ikke gå inn på selve soningssituasjonen for domfelte. At en økt bruk og tilrettelegging av fengsling for barn er uheldig er klart nok.

Hvis ikke disse ungdomsfengslene da skal oppfattes som ordinært fengsel, hva skal man da se de som? Ungdomsavdelingen i Bergen ligger rett nok adskilt fra resten av fengselets populasjon, men fortsatt på fengslets område. Der jobber det betjenter med utdanning innen kriminalomsorgen og KRUS. Sikkerhet er deres primære oppgave, dernest er det delt mellom det pønale og det rehabiliterende. Barnevern og sosionomer skal også ha en del i teamet, men det primære med fengslingen er jo å anerkjenne samfunnets behov for vern mot disse ungdommene slik jeg ser det.

²⁴ Jf. Blant annet uttalelse i avisen Vestfold blad: <http://www.vestfoldblad.no/nor/Samfunn/Aktuelt/Kampen-for-ditt-aller-kjaereste/Det-gaar-galt-med-mange>

Et av de argumenter som til nå har vært brukt og blitt hørt i forbindelse med varetekt av barn og en restriktiv holdning til å gi kjennelse på det, er at man har hatt vansker med å finne fengslingsplasser som er akseptable for barn. Ved å opprette egne avdelinger for barn ligger man opp til at det blir lettere å forsvare fengsling. De barna som sitter på dom i avdelingen vil oppleve å bli flyttet til andre avdelinger for at fengslene skal ta imot barn på varetekt. I ene eller andre retningen er det mitt standpunkt at man her vil få en flaskehals til ulempe for noen av disse barna. Enten man er på varetekt eller dom, fengselsoppholdet oppleves mer eller mindre likt for barn. Soning er soning enten voksne betegner det som det ene eller andre. Barn mister ikke sine menneskerettigheter fordi om man er siktet eller domfelt. Barn er ikke mini mennesker med mini rettigheter – tvert om.

4 Tilfredsstillende norsk retts vilkår i lys av BK art 37 jf. EMK art 5.

Gjennomgangen ovenfor viser at man tilsynelatende har en tilfredsstillende praksis etter norsk rett. Lovverket blir stadig revidert og nye bestemmelser vedrørende barn og presisering av deres rettigheter inntas. Etter siste års fokus på barn og straff gjennom henholdsvis NOU 2008:15 og Prop. 135 L (2010-2011) ser man økt fokus på den pønale effekt og det rehabiliterende aspekt. Norge beveger seg i rett retning, men det er klart at man må supplere lover i stor grad med rettspraksis på et område man i særlig grad har behov for klare retningslinjer.

Disse bekymringer deles langt på vei av Barneombudet som har uttalt at *«Opprettelse av ungdomsenhetene tar for lang tid. Når det legges opp til at man også i fremtiden vil fengsle barn, må soningsforholdene ta hensyn til det enkelte barns behov på en helt annen måte enn i dag. I så måte er ungdomsenhetene et skritt i riktig retning.*

Planen er at det skal etableres ti plasser i to egne ungdomsenheter. I Bergen er det i dag to plasser. De to plassene inne i Bergen fengsel tilfredsstillende på ingen måte de krav som bør settes til et sted som har barn. Det er per i dag altså kun to tilrettelagte plasser i Bergen, ikke fire plasser som det påstås i Stortingsproposisjonen. Hittil har alle som har sonet ved ungdomsenheten i Bergen tilbrakt en tid på lukket avdeling innenfor fengselsmurene først²⁵. Det er ytterst problematisk.

²⁵ Her kan jeg supplere med at en muntlig henvendelse til Bergen fengsel bekreftet dette. De barna som kommer inn dit må først på avd A og så C, A er en høysikkerhets varetektsavdeling med lufting en time i

De åtte ungdomsplassene som ikke er opprettet ennå, er så langt unna å bli realisert at det er god grunn til å slå alarm. Bergen vil tidligst i 2014 ha fire plasser. De seks plassene som er planlagt på Østlandet er det ingen som kan svare på når kan være etablert. I mellomtiden er alternativet for mindreårige vanlige fengsler sammen med voksne.

Vi er også bekymret for at evalueringen ikke er kommet i gang og for at ressursteamet som skal etableres med tverrfaglig bakgrunn fra blant annet barnevern, helse, utdanning ikke har alle stillinger på plass. Det må også følges med på at ungdomsenhetene ikke blir en hvilepute for domstolen slik at barn plasseres i fengsel i større grad enn overhode nødvendig.»²⁶

Således så stemmer bildet til Barneombudet overens med det inntrykk man sitter igjen med etter en gjennomgang av vilkårene for varetekt og rettspraksis. Om enn dette er mer spisset mot gjennomføringen av fengselsstraff, så gjelder det en overføringsverdi til varetekt. De samme problemstillinger og spørsmål reiser seg her. Faktum er at på tross av et tilsynelatende godt inkorporert lovverk, så har man ikke de praktiske forutsetninger for å gjennomføre intensjonene.

5 Kritikk fra FNs torturkommisjon

FNs torturkonvensjon av 1984 (innarbeidet i norsk lov gjennom straffeloven § 117a) som har inntatt en definisjon av tortur i sin art. 1, og Europarådets torturforebyggelseskonvensjon av 1987, som etablerer en inspeksjonsmekanisme.

Norge har fått kritikk fra samtlige av torturkommisjonens besøk i Norge. Norge har ikke tiltredt konvensjonen mot tortur²⁷. Derav følger det også at kritikken og de påpekninger som er kommet på Norge sin bruk av glattceller, varetekt og den relativt hyppige bruken av isolasjon på ingen måte er bindende. Staten har likevel kommet med kommentarer på kritikken. Man kan spørre seg verdien av dette all den tid det ikke synes å ha noen form for realitetsvirkning.

døgnet og C er noe lempligere, men for barn som skal holdes atskilt innebærer det isolasjon fra andre innsatte. Dette er kun gitt muntlig bekreftelse om disse forhold til kandidaten.

²⁶ Innspill til Stortingets justiskomite i forbindelse med behandling av Prop. 135L (2010 - 2011). Notatet ble gitt til komiteen under høring 8. november 2011.

²⁷ UN Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

Dog ble det i 2002 og 2002 fortatt noen endringer i reglene om bruk av restriksjoner under varetektstiden grunnet kritikk fra de internasjonale overvåkningsorganene.²⁸

Konvensjonen er ikke spesielt kontroversiell og Norge pretenderer å ha gode intensjoner og ikke minst rettssikkerhet for sine borgere. Men Norge har kan synes som å ha inntatt en holdning til å «hoppe over gjerdet der det er lavest» når det gjelder disse spørsmål. Også nå i 2011 har man lagt frem et lovforslag etter kritikk fra overvåkningsorganer, jf. Prp. 135L (2010-2011), for bedre å harmonere eller i det minste imøtekomme kritikken. Dersom man skal være skikkelig kritisk, kan det synes som om staten kun etter massiv kritikk og fokus fra yrkesutøverne av jus i Norge gjør noe med situasjonen. Advokatforeningen via menneskerettighets utvalget har påpekt ved mange anledninger at Norge bryter med grunnleggende og inkorporerte rettigheter, i tillegg til at man i nevnte årstale av 2010 påpekte de særskilte bruddene ovenfor barn.^{29 30}

Det forventes nå at man får et bedre rettsvern for denne gruppen, med sterkere lovfestede føringer enn tidligere. Utviklingen er positiv, så gjenstår det å se hvordan dette vil fungere i praksis. Noe av de største utfordringene man i Norge har på feltet menneskerettigheter og barnas særlige stilling etter BK er mangelfull kunnskap blant utøverne. Etter hvert som fokuset øker, vil også kunnskapen. De juridiske fakultetene har lagt vesentlig større vekt på EMK og BK, samt andre internasjonale konvensjoner og traktater de siste ti år, dette vil naturlig også få positiv påvirkning etter hvert som denne student massen starter sitt selvstendige virke – uavhengig hvilken «side» man skulle befinne seg på.

Det er blitt uttalt følgende «jus er et meget verdifullt verktøy blant det juridisk kommunikative felleskap, men det fordrer at de kommuniserende snakker samme språk» - sitat ukjent.

6. Avsluttende merknader og konklusjon

Tema varetekt for barn er interessant og omfattende. Det fokus departementet, komiteer, advokatforeningen, redd barna og barneombudet har gitt feltet siste år er med på å utvikle vilkår og presisering av forpliktelsene etter konvensjonene. I

²⁸ Den europeiske torturovervåkningskomite (CPT) og FNs torturkomite (CAT) kritisert begge tidligere norsk praksis vedrørende bruk av restriksjoner og isolasjon i vareteksperioden jf. Ot.prp. nr. 66 (2002-2002) s. 10

²⁹ Publisert i advokatbladet 22 november 2010, e-link: <http://www.advokatbladet.no/Nyheter1/A-Arkiv-stoff-hele-2010/Arstalen-2010-varetekt-glattcelle/>

³⁰ <http://www.advokatforeningen.no/Aktuelt/Nyheter/Arstalen-2010-Kritisk-lys-pa-varetekt/>

denne teksten har man kun berørt den øverste flate av hva som kan problematiseres.

Likevel fremgår det for meg klart etter denne gjennomgangen at lovtekster i stor grad er forenelig med de forpliktelser Norge har tiltrådd. Problemet ligger på praksis og gjennomføringsnivå. Her er det et ytterligere bekymringsfelt at man ikke har ressurser nok til å gjennomføre et varetektsopphold av barn på en tilfredsstillende måte.

Dette vil igjen kunne få det resultat at rettssystemet har vansker for å også idømme soning, selv for grove forbrytelser. Det er hevet over enhver tvil at det i enkelte tilfeller er både hensiktsmessig, formålstjenlig og i barnets interesse med soning. Spørsmålet jeg da sitter med er om slike tilrettelagte fengselsplasser vil bli brukt til soningsgjennomføring eller som en anledning til å varetektsfengsle i og med at vilkår etter BK art 37 da er oppfylt.

Man har et stykke å gå før man har klarhet i vilkårene for gjennomføring og til de vilkår og standarder som er gjeldende rett kan etterleves i praksis.

7 Kildehenvisninger

7.1 Litteratur

- Johs. Andenæss, Norsk straffeprosess 4 utgave, samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Universitetsforlaget, 2008
- Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, 2 utgave, Fagbokforlaget, 2008
- Ståle Eskeland, Strafferett, 2 utgave, Cappelen Akademiske Forlag, 2006
- Trude Haugli, Barnekonvensjonen: barns rettigheter i Norge, Universitetsforlaget, 2008.

7.2 Nettsteder

- www.lovdato.no
- www.rettdata.no
- www.ssb.no
- www.kriminalomsorg.no
- www.advokatforeningen.no
- www.unhchr.ch

7.3 Domsregister etter kronologisk rekkefølge.

Høyesterettsdommer:

- Rt. 1990 s. 922
- Rt. 1990 s. 1197
- Rt. 1992 s. 423
- Rt. 1993 s. 905
- Rt. 1993 s. 1302
- Rt. 1994 s. 951
- Rt 1996 s. 983
- Rt 1997 s. 232
- Rt. 2001 s. 940
- Rt. 2001 s. 977
- Rt. 2002 s. 842
- Rt. 2003 s. 1296
- Rt. 2004 s. 1655
- Rt. 2006 s. 1621
- Rt. 2007 s. 333
- Rt. 2009 s. 472
- Rt. 2009 s. 903
- Rt. 2009 s. 1025
- Rt. 2009 s. 1261
- Rt. 2010 s. 699
- Rt. 2010 s. 889
- Rt. 2010 s. 1313

Europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

- EMD-1988-14379
- 12. mars 2009, Aleksandr Makarov mot Russland (EMD-2007-15217)
- Sunday Times mot Storbritannia, 26.04.1979, A 30(1976)
- i 2002 chreidi vs Tyskland

- EMD-1988-14379 (W. v. Switzerland).
- Bouamar v. Belgia, A 129 (1988).
- Witold Litwa v. Polen, RJD 2000 III s. 289

7.4 Lovverk og forskrifter

- L22.05.1981 nr. 25 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).
- Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)
- L22.05.1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)
- LOV 1992-07-17 nr 100: Lov om barneverntjenester (barnevernloven).
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)
- Forente Nasjoners Barnekonvensjon (BK)

7.5 Forarbeider

- NOU 2008:15 – «Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll»,
- Prop. 135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)
- Ot.prp. nr. 45 (2002-2003)
- St.prp.nr.104 (1989-1990)
- NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter
- . Ot.prp. nr. 64 (1998-99)

7.6 Annet:

- Riksadvokatens rundskriv nr. 4/2006
- Innspill til Stortingets justiskomiteé i forbindelse med behandling av Prop. 135L (2010 - 2011). Notatet ble gitt til komiteen under høring 8. november 2011. Av barneombudet.
- Barneombudets brev datert 14.4 2011 Barne,- likestillings- og inkluderingsdepartementet v/ statsråd Audun Lysbakken, Brudd på rettigheter til ungdom i fengsel.
- Advokatbladet (<http://www.advokatbladet.no/Nyheter1/A-Arkiv-stoff-hele-2010/Arstalen-2010-varetekt-glattcelle/>)