

Innhold

Forord	5
DEL I. Innledende del	21
1. Introduksjon	23
1 Tema og perspektiv	23
1.1 Innledning	23
1.2 Retten til personlig frihet som hovedregel.....	25
1.2.1 Rettighetsperspektiv på analysen – løslatelsespresumsjon	25
1.2.2 Varetekt som ekstraordinært unntak	26
1.3 Formelle, prosessuelle og materielle krav til varetektsinngrep	27
1.3.1 Når kan et inngrep i rettigheten legitimeres?	27
1.3.2 Formell legitimitet gjennom legalitet.....	28
1.3.3 Prosessuell legitimitet gjennom fremgangsmåten og begrunnelsen	28
1.3.4 Materieell legitimitet gjennom grunnene for fengslingen	32
1.3.4.1 Krav om relevante og tilstrekkelige grunner.	32
1.3.4.2 Kravet om relevante grunner	33
1.3.4.3 Nødvendighets- og rimelighetsbegrensninger gjennom tilstrekkelighetsstandard.....	34
1.3.4.4 Vurderingstema for prøving av statens grunner	39
2. Den rettsvitenskapelige oppgaven	42
1 Strukturering av helhetsvurderingen basert på skjønnsmessige uttrykk	42
1.1 Rettssikkerhetsutfordringene.....	42
1.2 Lovgivningsteknikken som er valgt.....	43
1.3 Lovgivningsteknikken fordrer en strukturering	46
1.4 Oppsummering prosjektets rettsvitenskapelige oppgave.....	47
2 Proporsjonalitetsprinsippets egenskaper ved rettslige standarder...	48
2.1 – som fellesstandard for nødvendighetsbegrensninger.....	48
2.2 – som rasjonaliseringsverktøy	49

2.3	– som struktureringsverktøy.....	50
2.4	– som en sokratisk trippelfiltertest	51
2.5	– som optimaliseringspåbud	52
2.6	– fra konseptuelt til deskriptivt nivå.....	53
3	Jakten på avveiiingsstrukturene i rettskildematerialet.....	53
3.1	Rettsteoretisk analyse av gjeldende rett	53
3.2	Hvordan finne avveiiingsstrukturer med positivrettslig forankring?.....	54
3.3	Ankeutvalgets praksis som undersøkelsesobjekt for å finne avveiiingsstrukturene	56
3.4	Den europeiske menneskerettsdomstolens dommer som undersøkelsesobjekt	61
3.5	Oppsummering rettskildebildet	64
3.	Proporsjonalitetsprinsippets rettslige forankring	66
1	Proporsjonalitetsprinsippet som gjeldende avveiiingsnorm	66
1.1	Innledning	66
1.2	Proporsjonalitetsprinsippets innhold – tretrinnsstet	67
1.3	Proporsjonalitetsprinsippets utbredelse	70
1.3.1	– i internasjonal kontekst	70
1.3.2	– i norsk kontekst	73
2	Grunnloven – fra formelle til materielle krav	77
3	Gjelder proporsjonalitetsprinsippet etter straffeprosessloven?.....	78
3.1	Termen (u)forholdsmessighet.....	78
3.2	Ankeutvalgets praksis	79
3.3	Straffeprosessloven viser til en proporsjonalitetsavveiiing.....	80
4	Gjelder det et proporsjonalitetsprinsipp etter EMK art. 5?.....	84
4.1	Modellen som struktureringsverktøy for nødvendighetsvurderinger etter EMK.....	84
4.2	Proporsjonalitetsprinsippet som fellesstandard ved nødvendighetsbegrensningene	87
4.3	EMD anvender proporsjonalitetsprinsippet ved prøvingen av art. 5, nr. 3.....	88
4.3.1	Ulike indikasjoner på proporsjonalitet som avveiiingsnorm	88
4.3.2	Overvektstandarden som uttrykk for en proporsjonalitetsnorm	89
4.3.3	Tilstrekkelighetstandarden som uttrykk for en proporsjonalitetsnorm	91
4.3.4	EMD sammenfatter tidlige praksis til en proporsjonalitetstest.....	96
4.4	Konklusjon: Avveiiing skal følge et proporsjonalitetsprinsipp	100

DEL II. Preforetatte proporsjonalitetsvurderinger	103
4. Minstevilkårene for varetektsfengsling	105
1 Minstevilkårene som preforetatte proporsjonalitetsvurderinger	105
1.1 Forskjeller i EMDs prøving og straffeprosesslovens struktur.	105
1.2 Allerede foretatte proporsjonalitetsvurderinger gjennom minstevilkår.....	108
1.3 Fremstillingen videre.....	109
5. De generelle nødvendighetsgrensene.....	110
1 Strafferamme som nødvendighetsbegrensning	110
1.1 Innledning	110
1.2 Strafferamme som uttrykk for straffverdighet	111
1.3 Seks måneders strafferamme overlater et vidt skjønns- messig rom til dommeren.....	112
2 Mistankekravet som en generell nødvendighetsbegrensning	114
2.1 To begrensninger: skjellig grunn og straffbar handling.....	114
2.1.1 Kravet om at det må foreligge en straffbar handling ..	114
2.1.2 Kravet om at det må være skjellig grunn til mistanke.	117
6. De spesielle nødvendighetsgrensene	121
1 Situasjonsbetingede nødvendighetsbegrensninger	121
1.1 Ulike situasjoner som peker på risiko for prosessens målsetting	121
1.2 Risikovurderingers egenart og konkretiseringskravet	123
1.3 De ulike situasjonsbetingede nødvendighetsbegrensninger ..	124
1.4 Fengsling ut fra rettshåndhevelsesshensyn.....	124
2 Unndragelsesrisiko som situasjonsbetinget nødvendighetsbegrensning	127
2.1 Risiko for at siktede vil unndra seg forfølgelsen.....	127
2.2 Beviskravet – grunn til å anta	128
2.3 Foreligger det en risiko for unndragelse?	128
2.3.1 Tre ulike perspektiv for fastlegging av risikoen	128
2.3.2 Viljeperspektivet	129
2.3.3 Evneperspektivet.....	132
2.3.4 Omkostningsperspektivet.....	135
2.3.4.1 Realitet i risiko ut fra siktedes nettonytte.....	135
2.3.4.2 Sakens art og alvorlighet som momenter i vurderingen	136
2.3.4.3 Mistankens styrke som moment i vurderingen	137
2.3.4.4 Prosessens stadium som relevant moment i vurderingen.....	138
2.3.4.5 Tilknytningskriteriet som relevant moment i et omkostningsperspektiv	140

2.4	Oppsummering av unndragelsesrisiko som relevant fengslingsgrunn	151
3	Bevisforspillelsesfare som situasjonsbetinget nødvendighetsbegrensning	152
3.1	Risiko for at siktede vil forspille bevis i saken	152
3.2	Konkretiseringskravet – nærliggende risiko	158
3.3	Foreligger det risiko for bevisforspillelse?	160
3.3.1	To ulike perspektiv for fastleggingen av risikoen.....	160
3.3.2	Viljeperspektivet	160
3.3.3	Mulighetsperspektivet	162
3.4	Oppsummering av bevisforspillelsesfaren som relevant fengslingsgrunn	165
4	Gjentakelsesfare som relevant fengslingsgrunn	166
4.1	Risiko for at siktede skal begå en ny straffbar handling	166
4.2	Beviskravet – sterk grad av overvekt	169
4.3	Foreligger det risiko for gjentakelse?	170
4.3.1	Ulike perspektiv for fastleggingen av risiko for gjentakelse.....	170
4.3.2	Nåtidsvurdering basert på tidligere atferd som presumsjon for fremtiden	171
4.3.3	Tidligere domfellelser må være innholdsmessig og tidsmessig nær.....	173
4.3.4	Oppsummering av gjentakelsesfare som relevant fengslingsgrunn	176
5	Oppsummering – preforetatte proporsjonalitetsvurderinger	176
7.	Overgangen mellom minstevilkår og den konkrete avveiiingen.....	178
1	Fra inngang til opphør av varetekt	178
1.1	Ulike måter varetekt opphører på.....	178
1.2	Ankeutvalgets norm for opphør – en oversoningsnorm	179
1.3	Fremstillingen videre.....	183
	DEL III. Den konkrete avveiiingen etter proporsjonalitetsprinsippet	185
8.	Innledning.....	187
1	Er det tilstrekkelig grunn til å varetektsfengse?	187
1.1	Den fakultative plikten til å løslate	187
1.2	Proporsjonalitetsnormens dynamiske preg.....	187
1.3	Proporsjonalitetsmodellens nærmere innhold skal bygges opp	190

9.	Kriminalitetsbekjempelse mot personlig frihet	192
1	Identifikasjon av motstridende interesser.....	192
2	Inngrepsbehovet: Det kriminalitetsbekjempende formålet.	193
2.1	Samfunnets behov for å bekjempe kriminalitet	193
2.2	Det faktiske samfunnsmessige behovet – realiseringsprinsippet	194
2.2.1	Realiseringsprinsippet som uttrykk for kriminalitets- bekjempelse.....	194
2.2.2	Svakheter knyttet til fastlegging av behovet.....	195
2.2.2.1	Svakheter må trekkes inn i avveieningen: Hvor sikre er vi på at det fryktede inntreffer	195
2.2.2.2	Svake bevis- og dokumentasjonskrav ved fastleggingen av det konkrete behovet.....	196
2.2.2.3	Risikovurderinger ved fastleggingen av det konkrete behovet.....	197
2.3	Det fornuftige samfunnsmessige behovet	198
2.3.1	Varetektens innhold i et samfunnsnytteperspektiv	198
2.3.2	Forskjeller mellom varetekt og domssoning	200
2.3.2.1	Plasseringssted i fengselet – høyt sikkerhetsnivå	200
2.3.2.2	Behandlingstilpasset soningsbehov.....	201
2.3.2.3	Reglene som har tilbakeføringsformål, gjelder ikke ved varetekt.....	201
2.4	Det legitime samfunnsmessige behovet.....	202
2.4.1	Det legitime behovet er noe annet enn det faktiske behovet.....	202
2.4.2	Varetektsprosessen fraviker mange av prinsippene om «fair trial»	204
2.4.3	Uskyldsprinsippet som tvingende hensyn i varetekts- prosessen.....	204
2.4.3.1	Uskyldsprinsippet i domsprosessen.....	204
2.4.3.2	Uskyldsprinsippet gjelder også i varetektsprosessen – varetekt skal ikke være forhåndsstraff	206
2.5	Det samlede samfunnsmessige behovet.....	208
3	Inngrepet: Retten til personlig frihet	209
3.1	Frihetsrettighetens grunnleggende karakter.....	209
3.2	Varetektsinngrepets alvorlige karakter.....	209
3.3	Barns særlige sårbarhet som forsterkende faktor i vurderingen	211
4	Oppsummering av de motstridende interessene	214

10. Hvilken optimalisering som er rettslig mulig	215
1 En rettslig avveiiing mellom inngrepsbehov og inngrepsintensitet .	215
1.1 Vurderingstema: Er det rimelig å bruke varetekt?	215
1.2 Fremstillingen videre.....	216
2 Forholdet mellom inngrepsbehovet og inngrepsintensitet – EMD	216
2.1 EMDs praktisering av proporsjonalitetsnormen.....	216
2.2 De proporsjonale fengslingene.....	217
2.3 De uproporsjonale fengslingene.....	223
2.4 Oppsummering av EMDs praksis	232
3 Fastlegging av inngrepsbehovet til staten	234
3.1 Slutninger fra inngrepsbehovets styrke.....	234
3.2 Alvorlighetsgradens betydning for det samlede inngrepsbehovet	237
3.3 Mistankegradens betydning av det samlede inngrepsbehovet	242
3.4 Risikogradens betydning for det samlede inngrepsbehovet...	246
3.4.1 Vurderingstema: de relevante fengslingsgrunnene.....	246
3.4.2 Konsekvenshensynet.....	247
3.4.2.1 Hvordan blir realiseringsprinsippet påvirket?	247
3.4.2.1.1 – ved risiko for unndragelse?	248
3.4.2.1.2 – ved risiko for bevisforspillelse?	250
3.4.2.1.3 – ved risiko for gjentakelse?	255
3.4.2.2 Oppsummering konsekvenshensynet ut fra realiseringsprinsippet.....	257
3.5 Oppsummering inngrepsbehovets styrke.....	257
4 Fastlegging av inngrepsintensiteten overfor individet.....	260
4.1 Slutninger fra inngrepsintensitets styrke.....	260
4.2 Inngrepsintensitet forsterkes	261
4.2.1 Innledning	261
4.2.2 Objektiviserte rettferdighetsbegrensninger for varetektsinngrep	262
4.2.2.1 Sårbarhetsfaktorer for grupper.....	262
4.2.2.2 Barns særlige sårbarhet som forsterkende faktor til inngrepsintensiteten.....	262
4.2.2.3 Varetektsfengsling med restriksjoner som forsterkende element ved fastleggingen av inngrepsintensitet.....	264
4.2.2.4 Burde det finnes slike objektiviserte regler også for de utilregnelige og utlendinger uten tilknytning til riket?	265
4.2.3 Subjektive rettferdighetsbegrensninger – individuelle sårbarhetsfaktorer.....	268
4.2.4 Betydningen av individuelle sårbarhetsfaktorer.....	270

4.2.4.1	Vurderingstema: Er det rettferdig at den siktede med ekstra sårbarhetsfaktorer fengsles?	270
4.2.4.2	Betydningen av barnas særlige sårbarhet i avveieningen	271
4.2.4.2.1	Når barn berøres indirekte gjennom foreldres fengsling	272
4.2.4.2.2	Når barnet selv fengsles	276
4.2.4.3	Betydningen av andre særlige sårbarhetsfaktorer i avveieningen	282
4.2.5	Oppsummering individuelle sårbarhetsfaktorer	286
4.3	Inngrepsintensiteten reduseres	287
4.3.1	Ulike måter inngrepsintensiteten påvirkes	287
4.3.2	Ulike midler som er tilgjengelige i europeisk kontekst	288
4.4	Oppsummering inngrepsintensiteten	291
5	Oppsummering rettslig optimalisering	292
5.1	Den rettslige avveienings struktur	292
5.2	Den første avveiiingsnormen	293
5.3	Den andre avveiiingsnormen	294
5.4	Overgangen fra den rettslige optimaliseringen til den faktiske optimaliseringen	297
11.	Hvilken optimalisering som er faktisk mulig	298
1	En faktisk avveiiing mellom inngrepsbehov og inngrepsintensitet..	298
1.1	Vurderingstema: Er det nødvendig å bruke varetekt	298
1.2	Minstemiddelprinsippet/behovskravet som pliktig størrelse .	299
1.3	Fremstillingen videre.....	300
2	Er varetekt et egnet middel	300
2.1	Et spørsmål om effekt på målet.....	300
2.2	Presumsjon for effekt på målet.....	300
2.3	Tilfeller der presumsjonen ikke holder.....	303
3	Er det behov for å bruke varetekt?.....	304
3.1	Varetektssurrogater	304
3.2	Den faktiske optimaliseringen mellom inngrepsbehov og inngrepsintensitet.....	305
3.2.1	Den faktiske optimaliseringens struktur – minstemiddelprinsippet	305
3.2.2	Den faktiske vurderingen: det alternative middelets oppfyllende effekt	305
3.2.2.1	Må vurderes mot risikogradens styrke.....	305
3.2.2.2	Den til enhver tid oppdaterte risikograden..	306
3.2.2.3	Svakheter med beslutningsgrunnlaget.....	307

3.2.3	Regler for når og hvordan den faktiske optimaliseringen må skje	308
3.2.3.1	Følger den rettslige optimaliseringens grenser	308
3.2.3.2	Reduseringsnorm som skjæringspunkt	309
3.2.3.3	Plikten til å vurdere mindre inngripende tiltak gjelder i alle saker	311
3.2.3.4	Kausjonsplikt når unndragelsesrisiko er den eneste som gjenstår.....	316
3.2.3.5	Varetektsforbud i noen saker?	319
3.2.3.5.1	– ut fra situasjoner eller personer	319
3.2.3.5.2	– der den siktede er barn og gjentakelsesrisikoen er den eneste?	319
3.2.3.5.3	– der det straffbare forholdet er av mindre alvorlig art i gjentakelsestilfellene?.....	320
3.2.3.5.4	Konklusjon: Varetektsforbud i noen saker.....	323
3.3	Oppsummering av proporsjonalitetstestens minstemiddelkrav	323
4	Varetekt – som siste utvei	324
4.1	Varetektsfengsling av barn	324
4.2	En trappestigenorm til barnets beste	325
4.3	Oppsummering.....	327
12.	Proporsjonalitetsmodellen oppsummert	328
1	Proporsjonalitetsmodellen for typetilfellet varetekt	328
2	Ankeutvalget – spor av proporsjonalitet?	328
3	Proporsjonalitetsprinsippet som gjeldende struktureringsverktøy..	335
3.1	Avveiingen skjer etter proporsjonalitetsprinsippetets struktur .	335
3.2	Proporsjonalitetsmodellens innhold.....	336
3.3	Proporsjonalitetsmodellen illustrert	338
3.4	Proporsjonalitetstestens ende	340
DEL IV.	Avsluttende refleksjoner.....	341
13.	Proporsjonalitetsprinsippetets betydning og fremtid.....	343
1	Proporsjonalitetsprinsippet som brobygger	343
1.1	– mellom norsk rett og et europeisk menneskerettsvern	343
1.2	– mellom siktedes rettigheter og fellesskapets behov.....	349
2	Proporsjonalitetsprinsippetets betydning	350
2.1	– for rettsikkerheten	350
2.2	– for rettsvitenskapen.....	351

INNHOLD

VEDLEGG	355
Vedlegg 1	357
Vedlegg 2	358
Vedlegg 3	359
Vedlegg 4	360
REGISTRE	361
Norske lover, forskrifter, forarbeider mv.	363
Norske lover	363
Norske forskrifter	364
Forarbeider til lover og andre offentlige dokumenter	364
Annet	365
Internasjonal og utenlandsk rett.....	366
Internasjonale konvensjoner	366
Internasjonale rapporter, anbefalinger mv.....	366
Internasjonale rapporter, anbefalinger mv. fra Europarådet	366
Internasjonale rapporter, anbefalinger mv. fra FN.....	366
Norske rettsavgjørelser.....	367
Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).....	372
Avgjørelser fra FN's menneskerettskomite.....	375
Litteratur mm	376
Bøker	376
Annet.....	381
Stikkord	382