

## ESSAY

# Varetekt som risikoøvelse

Av THOMAS HORN<sup>1</sup>

E-post: thomas.horn@jus.uio.no

*Avgjørelser om varetektsfengsling og isolasjon er fremtidsrettede vurderinger knyttet til risiko og fare. Essayet prøver å utforske hvordan varetektssaker kan preges av ubevisste tenkesett og perspektiver. Økt bevissthet om dette kan danne grunnlag for bedre avgjørelser og bedre lovregler. Aksept av usikkerhet synes å være en grunnleggende forutsetning for balanserte avgjørelser, der fareperspektivet ikke blir overstyrende. Det er et problem at risikovurderinger ofte skjer på et helt abstrakt plan. Konkretisering av objektiv risiko er derfor vesentlig for å motvirke at dominerende perspektiver og tilvante tenkesett i praksis får stilling som sannheter a priori. Fokus bør heller ikke bare rettes mot risiko, men også på om det er nødvendig å reagere på risikoen. Det konkrete behovet for inngrepet bør derfor være en integret og likestilt del av vurderingen.*

### FREMTID, TVIL OG USIKKERHET

Varetektsfengsling bygger på risikovurdering. Varetektsfengsling brukes *ikke* som en reaksjon mot et fortidig forhold, men som et middel til å unngå en fryktet *fremtidig* hendelse, jf. vilkårene i strpl. § 171 nr. 1–3: Foreligger fare for gjentagelse? Vil siktede unndra seg straffeforfølgning dersom han løslates? Vil siktede forsøke å ødelegge fysiske bevis eller påvirke vitner? Ved isolasjon etter strpl. § 186a er spørsmålet om faren for bevisforspillelse er så stor at siktede ikke bare må fengsles, men også isoleres fra andre innsatte. Ved vare-

---

<sup>1</sup> Thomas Horn (f. 1973) er stipendiat ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, UiO. Dessuten advokat (H) og ass.partner i adv.fa. Schjødt. Tema for avhandlingen er isolasjon ved varetektsfengsling. Essayet er skrevet på bakgrunn av et internasjonalt seminar, «New landscapes of justice and security», avholdt i Oslo 14.–15. juni 2010. Jeg skylder deltakerne, og særlig arrangørene Heidi Mork Lomell og Synnøve Ugelvik, en stor takk. Takk også til innspill fra forskergruppen for samfunnskontroll og rettssikkerhet ved juridisk fakultet UiO.

tekstfengsling avgjør man altså *ikke* hva som har skjedd. Man prøver i stedet å si noe om hva som kan komme til å skje i fremtiden. Det er dermed *risikoen* som er tema når man diskuterer varetekt.

Den som har sittet som dommer i en straffesak, vet at det ofte kan være vanskelig nok å ta stilling til hva som *har* skjedd. Hvilken versjon av virkeligheten er den riktige – aktors eller tiltaltes versjon av historien? Hva sier de tekniske bevis? Hvordan skal vi vurdere vitnebevisene? Hva sier de sakkyndige? Når det gjelder straffedommer, er vi meget bevisst om *tvilen*: Har vi tilstrekkelig sikkert grunnlag til å domfelle? Er vår kunnskap om de faktiske forhold hevet over rimelig tvil?

Slike bevisvurderinger er vanskelige. Men enda mer problematisk er det som regel å spå om *fremtidige* forhold. Fremtiden unndrar seg bevis. Satt på spissen snakker man da ikke om fakta, men om en form for fiksjon der vi må se for oss et bredt spekter av mulige fremtidige hendelser. Ved vurderinger av fremtiden kan derfor menneskelig fantasi og emosjoner ofte spille inn som viktige faktorer. Risikovurderinger blir i praksis ikke bare kjølig analyse.

## ET FAREPERSPEKTIV?

Gjennom alle tider har mennesket måttet spørre seg selv hva som må gjøres i dag for å unngå en fare i morgen. Kanskje er det også slik at det har vært den forsiktige som overlever. Det er vanskelig å være uenig i holdninger som «*bedre føre var enn etter snar*». Ordtak og munnhell er ofte destillater av generasjoners erfaringer, og fremstår som uttrykk for vår forståelseshorisont. Stilt overfor fremtidige farer vil mange av oss naturlig henfalle til en *sikkerhetstankegang*. Uttrykket «for sikkerhets skyld» er derfor ingen tom frase, men en hard realitet, et tankemessig sikkerhetsregime.<sup>2</sup> Uansett om vi er «født sånn eller blitt sånn», er det nærliggende å spørre seg om det ligger forankret i menneskets natur – eller i hvert fall vår kollektive bevissthet – å vurdere fremtiden i et *fareperspektiv*?<sup>3</sup>

Kristin Åtland har vist hvordan sikkerhetsbegrepet er historisk forankret i hvert fall tilbake til antikken.<sup>4</sup> I senere tid har det vært atskillig fokus på

2 Jf. Lucia Zedners begrep «logic of security», jf. Lucia Zedner *Security* (London 2009) s. 7 og s. 144.

3 Jeg bruker i dette essayet dels begrepet «fare» og dels begrepet «risiko». Farebegrepet fremstår for meg som mer emosjonelt ladet. Farebegrepet vil dessuten lettere, bevisst eller ubevisst, også kunne innbefatte *subjektivt* opplevd fare. Begrepet «risiko» er etter min mening mindre emosjonelt ladet, og henspiller i større grad på en vurdering basert på objektiv analyse. Det er dermed mindre naturlig å bruke begrepet «risiko» om en psykologisk opplevelse av «fare» som har svak støtte i faktiske kjensgjerninger. Selv om begrepene langt på vei er overlappende, vil jeg derfor generelt sett foretrekke å bruke begrepet «risiko» når det gjelder de *rettslige* vurderinger av fremtiden som må gjøres i forbindelse med varetektsfengsling.

4 Jf. Kristin Åtland, «Hva er sikkerhet? En drøfting av sikkerhetsbegrepets innhold og utvikling fra Antikken til det 21. århundre», i *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift* 2008 s. 108.

fremveksten av et «risikosamfunn».<sup>5</sup> Ofte vises det til mentalitetsendringer i forbindelse med skjellsettende hendelser som «9/11». På strafferettens område kjenner man «risikosamfunnet» fra diskusjonen knyttet til inntoget av en mer preaktiv strafferett.<sup>6</sup> Selv med slike klare tendenser er det verdt å ha i mente at risiko og sikkerhetstankegang ikke er noe helt nytt. Janne Flyghed har understreket dette: «Risiko har alltid funnits», og «ett samhälle präglad av risktänkande är [inte] något nytt». Flyghed påpeker imidlertid «att det idag i större utsträckning än förr handlar om mer diffusa risker och hot mot vår säkerhet». Videre sier han: «At hoten är diffusare innebär inte att de uppfattas som mindre allvarliga. Att de är svåra att precisera, och därmed belägga, utgör nämligen ett tecken på deras farlighet.»<sup>7</sup>

### SIKKERHET SOM GRUNNLEGGENDE MENNESKELIG RETTIGHET

Alejandro V. Salas har fremført en bitende kritikk av denne sikkerhetstankegangen.<sup>8</sup> Gjennom parallellen til slogans fra Orwells «Ministry of Truth» – slike som «*war is peace*», «*freedom is slavery*», «*ignorance is strength*» – blir formuleringen «*security is liberty*» parkert som fullstendig paradoks og meningsløs. Men er virkelig motsetningen mellom «*security*» og «*liberty*» absolutt?

Det er i hvert fall delvis en falsk motsetning mellom begrepene «*security*» og «*justice*». Motsetningen blir bare riktig dersom både begrepene «*security*» og «*justice*» forstås i en snever forstand. Men selv da er uttrykket «*security is liberty*» riktig i sin ytterste konsekvens: Uten «*security*», ingen «*justice*». Grunnleggende sikkerhet danner det rom som «*justice*» må ha for å gi mening.<sup>9</sup> Frihet fra frykt er faktisk så viktig at det i fortalen til FNs menneskerettighetserklæring heter at «*freedom from fear [...] has been proclaimed as the highest aspiration for the common people*».

### ALDRI SÅ GODT AT DET IKKE ER GALT FOR NOE

Dermed har vi fått etablert det vi alle kan være enige i: Frihet fra frykt er et grunnleggende gode. Men det er ikke poenget her. Det sentrale er at man må

5 Jeg har her ingen ambisjon om å begi meg inn i den omfattende diskusjonen om «risikosamfunnet» som blant andre sosiologen Ulrich Beck har reist (se Ulrich Beck, *Risksamhället – På väg mot en annan modernitet*, Göteborg 1998, originalens tittel: *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986).

6 Se f.eks Jørn RT Jacobsens grundige analyse i doktoravhandlingen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Bergen 2009.

7 Janne Flyghed, «Kriminalitetskontroll eller mänskliga rättigheter?», i *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter* 2005, s. 391.

8 Jf. Alejandro V. Salas' innlegg på seminaret «New landscapes of justice and security», Oslo 14.–15.06.10.

9 Jf. bl.a. Barbara Hudson, *Justice in the Risk Society* (London 2003) s. 40 f., og s. 75 med henvisning til bl.a. Dworkin. Se også Zedner, *Security*, s. 155 f.

spørre seg hvor langt denne ambisjonen rekker?<sup>10</sup> Bør frihet fra frykt også inkludere frihet fra enhver subjektiv eller kollektiv engstelse? – Uavhengig av de *objektive holdepunkter* for frykt? Og uavhengig av hva vi må oppgi i vår streben etter sikkerhet? Selvsagt ikke. Hvorfor stiller jeg likevel et slikt spørsmål?

#### DET SÅRBARE MENNESKET OG «THE FEAR FACTOR»

Her skal jeg begynne å forsøke å nøste trådene tilbake til min innledning. Poenget er at *vi må erkjenne vårt ståsted*. Skal vi gjøre relevante vurderinger av fremtiden, må vi først erkjenne våre forutsetninger. Vi må ta inn over oss slike mekanismer som typisk påvirker våre vurderinger.

Her har Peter Burgess flere sentrale poenger.<sup>11</sup> Mennesket er sårbart og lever i usikkerhet. Dette skaper en iboende søken etter sikkerhet. Frykt og usikkerhet knyttet til fremtiden er imidlertid ikke bare en faktisk tilstand, men også en *psykisk* tilstand.<sup>12</sup> Den psykiske tilstanden preges av en grunnleggende kjensgjerning – at fremtiden er *usikker*. Vurderingen av fremtidige farer etterlater mennesket i en situasjon der man er «*forced to only imagine the threat*». Som nevnt innledningsvis, skillet mellom fiksjon og kalde fakta er ikke alltid enkelt å trekke – «*insecurity is always partly imagined*». Stilt overfor en fremtidig fare som vi ikke helt kan klare å fatte, økes vår streben etter sikkerhet.<sup>13</sup> For Burgess er det imidlertid sentralt at vi i dette usikkerhetsregimet – «*the regime of the unknown*» – må kvitte oss med vår tilbøyelighet til stadig og kompromissløs søken etter sikkerhet. Det er en illusjon at man kan fjerne usikkerheten. Det eneste som er sikkert, er døden. For øvrig må vi akseptere at usikkerhet om fremtiden alltid vil eksistere.

*Vi må altså akseptere usikkerhet*. Hvorfor? Jo, fordi streben etter sikkerhet ellers vil kunne forrykke den rasjonelle balanse som vi etterstreber mellom mål og middel. Usikkerheten tar så å si makten over tanken. Det blir usikkerheten som helliger middelet – ikke målet.<sup>14</sup>

10 Op.cit., s. 40: «But how much liberty should be traded for what level of security? This is the key question for liberal theories and practices of justice.»

11 Jf. Peter Burgess' innlegg under seminaret «New landscapes of justice and security», Oslo 14.–15.06.10. Burgess henviser bl.a. til Judith Butlers «theory of vulnerability».

12 Åtland (2008) viser hvordan man allerede i antikken hadde et begrepsmessig skille mellom subjektivt opplevd sikkerhet (psykisk sikkerhet) og sikkerhet som objektivt fenomen, op.cit. s. 110.

13 Ericsson & Haggerty, *Policing the risk society*, s. 8: «The police is knowledge workers who join other major social institutions in believing that the world can be made more secure by even more perfect knowledge of risk. This belief leads them to search incessantly for whatever rules, formats, and technologies will allow them to feel that they are closer to perfection.»

14 Se Zedner 2009, s. 144–145 om kraften i sikkerhetstankegangen. Zedner mener sikkerhet ikke ukritisk bør aksepteres som et trumfkort. I stedet fremhever hun at: «*Considering the costs entailed is an essential task of accounting when security is offered as the justification for public policy or private venture.*»

## DEN USIKRE FREMTIDEN OG VARETEKTSFENGSLING

Hvor bringer så dette oss i forhold til varetektsfengsling? I prinsippet er det alltid en fare for at du eller jeg skal komme til å begå straffbare handlinger. Og i prinsippet er det også alltid en fare for at siktede skal begå nye straffbare handlinger. Men dette er altså en usikkerhet som vi – dessverre, men også heldigvis – bare må leve med. Alle kan ikke holdes innesperret bare for å fjerne muligheten for at noen i fremtiden skal begå straffbare handlinger. Ei heller kan enhver som har begått en straffbar handling, holdes varetektsfengslet for å motvirke faren for nye forbrytelser. Slik er da heller ikke loven: Varetektsfengsling på grunn av gjentagelse kan bare skje dersom det er «*påkrevd*», jf. strpl. § 171 første ledd nr. 3.<sup>15</sup>

Men hva betyr «*påkrevd*»? Er vi alle enige om innholdet i dette begrepet? Når frykten for fremtiden legges i vektskålen, er det da bare den kalde og analytiske fremtidsvurdering som får spillerom? Eller får også andre faktorer spille inn?

I et rent sikkerhetsregime vil man ta utgangspunkt i at enhver fare krever handling. Foreligger det en fare, er det altså «*påkrevd*» å handle. Men hvis vi først aksepterer at fremtiden alltid vil være full av usikkerhet, en usikkerhet vi må lære å leve med, blir terskelen en ganske annen. Begrepet «*påkrevd*» får da et innhold mer likt EMDs mantra om at inngrep i borgernes rettigheter må være «*necessary in a democratic society*». Perspektivet har da skiftet fra det endimensjonale utgangspunktet om at «det må reageres mot fare», til et *utgangspunkt om proporsjonalitet* mellom faren og det avvergende tiltaket (fengslingen).

Selve *perspektivet* er altså vesensforskjellig. Jeg tillater meg derfor å reise spørsmålet om fengslingsbeslutninger i for stor grad skjer ut fra fareperspektivet, og i for liten grad bygger på en forutsetning om at usikkerhet må aksepteres. Jeg tror erkjennelse av usikkerhet vil legge til rette for en mer rasjonell analyse – en analyse som i større grad bygger på en objektiv avveining mellom nødvendigheten av å reagere mot faren, holdt opp mot hvor inngripende fengsling vil være.

La meg straks presisere at det ikke er min mening å hevde at fengslingsbeslutninger er helt irrasjonelle. Jeg stiller først og fremst spørsmål ved om *perspektivet* – selve utgangspunktet for vurderingen – er det aller beste. Vi står her overfor et gradsspørsmål: Fører fareperspektivet til at sikkerhetshensyn mer eller mindre ubevisst blir tillagt større vekt enn det er grunnlag for etter en mer nyansert og objektivt fundert analyse?<sup>16</sup>

15 Babara Hudson peker imidlertid på klare tendenser til «preventiv fengsling», særlig i USA, jf. Hudson 2003, s. 45 f. På s. 67 sier Hudson: «*Removing those ho may do us harm is thought so all-important that adherence to the idea that punishment should only follow conviction under a 'beyond reasonable doubt' standard greatly reduced.*»

## ISOLASJON SOM TILTAK MOT DEN ABSTRAKTE FARE

Så langt har jeg brukt gjentakelsesfare som eksempel, mest fordi typen fare her er så lettfattelig. Men terskelen for å fengsle på grunnlag av gjentakelsesfare er høy – i hvert fall i teorien. Fengsling må være «påkrevd», og det må foreligge en «sterk grad av sannsynlighetsovervekt» for at siktede vil begå nye alvorlige forbrytelser.<sup>17</sup> Vurderingen må også være noenlunde konkret – en mer alminnelig fare for straffbare handlinger er ikke tilstrekkelig.<sup>18</sup>

Om fullstendig isolasjon – som vel må være blant de sterkeste inngrep rettsstaten utøver – sier loven bare at fullstendig isolasjon kan brukes dersom «det er nærliggende fare for at siktede vil forspille bevis i saken», jf. strpl. § 186a første ledd. Det må altså foreligge en fare, og det må være en viss sannsynlighet («nærliggende») for at faren vil realisere seg. Slik loven er formulert, er imidlertid tilstedeværelsen av en fare i seg selv nok til å reagere. I bestemmelsen i § 186a settes overhodet ikke fokus på *nødvendigheten* av å reagere på faren. Det står for eksempel ikke i loven at fullstendig isolasjon bare kan besluttes dersom det er «strengt nødvendig». Uten dette vilkåret er loven formulert i et fareperspektiv.

Det er etter min mening betimelig å spørre hvorfor loven ikke bruker et nødvendighetsvilkår. Både Justisdepartementet og Riksadvokaten har nemlig klart forutsatt at isolasjon bare skal brukes i de tilfeller der det er «strengt nødvendig».<sup>19</sup> Hvorfor er strpl. § 186a likevel laget slik at teksten i denne bestemmelsen bare reflekterer fareperspektivet? Ville ikke dommerens utgangspunkt ha blitt et ganske annet hvis han skulle ta *utgangspunkt* i et vilkår om at bruk av isolasjon må være «strengt nødvendig»?

Det står for eksempel ingenting i loven om at isolasjon må være «strengt nødvendig» fordi faren for bevisforspillelse gjelder bevis som er spesielt *viktige* for etterforskningen, eller fordi det akkurat i denne saken er særlig sterke holdepunkter for at denne konkrete siktede faktisk vil komme til å forspille bevis.

Etter mitt syn gir altså lovens ordlyd et helt annet perspektiv enn om det faktisk hadde stått i loven at isolasjon bare skal brukes der det er «strengt nødvendig». Å gjengi denne forutsetningen i lovteksten ville gitt et svært viktig

---

16 Poenget i dette essayet er altså ikke å hevde at hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse har blitt tillagt for stor vekt, og at hensynet til den innsatte har blitt tillagt for liten vekt. Som nevnt innledningsvis er sikkerhet en grunnleggende menneskerettighet, og hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse er utvilsomt et svært tungt samfunnshensyn. Fokus i dette essayet ligger imidlertid på nivået over den konkrete interesseavveining, og retter seg mer mot *måten* interessene avveies på – bevisst eller ubevisst. Poenget er å spørre om ubevisste faktorer kan tenkes å påvirke lovgiver og rettsanvender. I så fall risikerer man at valgene – den konkrete interesseavveiningen – ikke blir fattet på et så objektivt og rasjonelt vis som man ideelt sett kunne ønske.

17 Se f.eks. Rt. 2000 s. 1277.

18 Se Rt. 1996 s. 93.

19 Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) pkt. 4.6.5.3, Justisdepartementets Rundskriv G-16/02 og Riksadvokatens Rundskriv 4/2006.

*signal* til den praktiske rettsanvenderen. I varetektssaker er denne signalverdien kanskje spesielt viktig, fordi avgjørelsene som regel tas raskt og fordi kravet til kjennelsesgrunner er meget lempelig. I praksis er kjennelsen ofte sterkt knyttet til en gjengivelse av lovens vilkår, med mer eller mindre begrenset omfang av vurderinger ut over vilkårene. Det er derfor rimelig å anta at dersom loven hadde kommunisert et *vilkår* om at isolasjon må være «strengt nødvendig», så hadde det ført til et større fokus på *behovet* for isolasjon i den konkrete sak.

Regelen i § 186a må riktignok leses i lys av den generelle *sikkerhetsventilen* i strpl. § 170a. Men denne sikkerhetsventilen i strpl. § 170a er etter min mening ikke tilstrekkelig til å rette opp det ubalanserte perspektivet som formuleringen av hovedregelen i strpl. § 186a gir uttrykk for.

Selve behovsvilkåret i strpl. § 170a er bare formulert som et krav om at det må foreligge «*tilstrekkelig grunn*» for å foreta et straffeprosessuelt tvangsmiddel. Dette er jo noe ganske annet enn «*strengt nødvendig*». Slik sett er faktisk bestemmelsen i strpl. § 170a mer egnet til forvirring enn oppklaring. Det er da også sjelden fengslingskjennelser reflekterer særlig dypt over vilkåret «*tilstrekkelig grunn*».

I praksis er nok forbeholdet for «*uforholdsmessige inngrep*» viktigere. Men dette forbeholdet gir ikke uttrykk for et perspektiv bygget på en balansert vurdering av nødvendigheten av inngrepet holdt opp mot ulempene ved inngrepet. I stedet fungerer strpl. § 170a bare som en *sikkerhetsventil* for tilfeller der balansen mellom pro og contra blir så skjev at inngrepet er «*uforholdsmessig*». Som andre sikkerhetsventiler danner altså ikke § 170a *utgangspunktet* for vurderingen – det grunnleggende *perspektivet* er derfor i alle tilfelle det fareperspektiv som hovedregelen i § 186a bygger på.<sup>20</sup>

Lovteksten retter altså ikke tilstrekkelig fokus mot behovet for isolasjon, til tross for Justisdepartementets og Riksadvokatens forutsetninger om at isolasjon bare skal skje der det er «*strengt nødvendig*». I det hele tatt har det vært lite fokus rettet mot selve *faren* for bevisforspillelse. Vi har rett og slett forbløffende lite kunnskap om den fare som man vil reagere mot, og som man bruker et så sterkt virkemiddel som isolasjon for å motvirke.

I praksis forholder man seg som regel til faren på et meget abstrakt nivå. Etter lovendring i 2001 kreves riktignok at retten i sin kjennelse skal «angi på hvilken måte etterforskningen vil bli skadelidende» om den fengslede ikke isoleres, jf. § 186a siste ledd jf. § 186 tredje ledd. Denne lovendringen gir uttrykk for et lite skritt i riktig retning, der man i hvert fall i teoretisk juss setter sterkere kritisk fokus på den påståtte fare. I rettspraksis har kravet til konkretisering ofte vært praktisert svært lempelig. Faren har følgelig vært akseptert

---

<sup>20</sup> En sammenligning med forholdet mellom NL 5-1-2 og avtaleloven § 36 er fjern, men kan i hvert fall tjene til å sette problemet på spissen: I avtaleretten er det grunnleggende perspektivet at avtaler skal holdes. Ved isolasjon er perspektivet at fullstendig isolasjon er hjemlet hvis det foreligger en nærliggende fare. Sikkerhetsventilen slår bare til i tilfeller der avtalen er «urimelig», eller der isolasjon er «uforholdsmessig».

på et meget abstrakt nivå. Dermed aksepteres også et behov for at «det må handles» mot en abstrakt fare.

Rt. 2010 s. 729 kan tjene som ett eksempel. Her ble følgende beskrivelse av faren ansett tilstrekkelig: «Saken er i en helt innledende fase, og selv om politiet ennå ikke har kartlagt alle potensielle vitner i saken, er det etter lagmannsrettens syn stor fare for at siktede vil søke å påvirke vitner eller fjerne spor om han løslates nå. Selv om ingen andre enn siktede og fornærmede har sett selve hendelsesforløpet, vil andre personer, som har hatt kontakt med dem, kunne ha opplysninger som det er viktig at politiet får for å kunne oppklare saken. Selv om siktede sitter fengslet uten restriksjoner, vil hans mulighet for påvirkning likevel være mindre ved fengsling enn om han er løslatt med mulighet for å oppsøke aktuelle personer.» Faren beskrives her på en helt abstrakt måte, uten konkrete holdepunkter for at faren for bevisforspillelse var spesielt stor i akkurat denne siktedes tilfelle. Den risiko som forelå, var en abstrakt risiko som svært ofte, eller kanskje så godt som alltid, vil foreligge i sakens innledende fase.

I etterkant av lovendringen i 2001 gjennomførte Riksadvokaten en interessant undersøkelse av *praksis*. Spørsmålet var om behovet for isolasjon var tilstrekkelig konkret angitt i de tilfeller der påtalemyndigheten fremmet begjæring om isolasjon.<sup>21</sup> Riksadvokatens undersøkelse viste imidlertid en betydelig avstand mellom «law in books and law in practice». Riksadvokaten konkluderte med at bare 17 % av påtalemyndighetens begjæringer om varetektsfengsling med isolasjon oppfylte selv det milde krav til konkretisering som følger av gjeldende rett.<sup>22</sup> Riksadvokaten påpekte også at «*standardiserte formuleringer [...] kan indikere at påtalemyndigheten ikke foretar en slik konkret vurdering av behovet som direktivet forutsetter*».<sup>23</sup> Riksadvokatens undersøkelse tilsier altså at isolasjon i stor grad benyttes på grunnlag av en svært generell og abstrakt vurdering av behovet for å bruke isolasjon.

I en fersk undersøkelse foretatt av Politihøgskolen i 2009 (Bakke og Myhrer) bekrefte dette inntrykket.<sup>24</sup> Bakke og Myhrer stiller imidlertid spørsmål ved om ikke kravet til konkretisering er urealistisk eller uhensiktsmessig. En slik tilnærming indikerer et standpunkt om at abstrakt fare for bevisforspill-

21 Undersøkelsen ble gjennomført på oppfordring fra Europarådets «torturkomité» CPT – en oppfordring som igjen hadde grunnlag i en rekke inspeksjoner som CPT hadde gjennomført i norske fengsler, og som hadde dannet grunnlag for kritikk mot norsk isolasjonspraksis. Kritikken førte til at Riksadvokaten først utformet et direktiv der kravet til konkretisering ble innskjerpet. Tema for undersøkelsen var om direktivet ble fulgt opp i praksis.

22 Riksadvokatens publikasjoner nr. 1/2003: «Restriksjoner ved varetekt – undersøkelse av praksis første halvår 2002», s. 18.

23 Riksadvokaten 1/2003 s. 11.

24 Jostein Bakke og Tor-Geir Myhrer, *Begjæring om varetekt med restriksjoner – en undersøkelse av praksis*, (Oslo 2009), s. 28 f.



lelse bør være tilstrekkelig for isolasjon. I så fall går man langt i å ville fjerne den usikkerhet som alltid eksisterer om fremtiden. Bakke og Myhrers kritikk synes å bygge på et synspunkt om at dersom siktelsen gjelder et alvorlig forhold, så er isolasjon «*i realiteten*» berettiget for å motvirke selv en abstrakt fare for bevisforspillelse:

«Men i hvor stor grad det er adgang til å begrense siktedes adgang til å komme i kontakt med utenverdenen bestemmes i realiteten av om sakens alvor 'bærer' den aktuelle restriksjonen.»<sup>25</sup>

I et slikt perspektiv erkjennes riktignok usikkerheten, men konsekvensen av usikkerhet blir behov for handling. Faren konstateres på et abstrakt plan, og den abstrakte faren anses i seg selv som tilstrekkelig grunn for reaksjon – «det må reageres mot fare». Har man først kommet så langt, er det bare sikkerhetsventilen «uforholdsmessig inngrep» som danner en rettslig skranke mot å reagere på en abstrakt bevisforspillelsesfare med et tiltak som isolasjon.

I den grad Bakke og Myhrer her bare beskriver *fengslingspraksis*, tror jeg beskrivelsen meget vel kan ha mye for seg. Men dersom beskrivelsen gir uttrykk for hvordan regelen *bør* være, vil jeg mene at fareperspektivet har blitt for dominerende – på bekostning av et perspektiv der man starter med å vurdere *behovet* for inngrepet i det konkrete tilfellet.

En av Høyesteretts avgjørelser i den såkalte terrorsaken, Rt. 2010 s. 989, viser at i hvert fall en rent abstrakt fare ikke aksepteres som grunnlag for isolasjon. Avgjørelsen sier imidlertid lite om *hvor abstrakt* begrunnelsen for isolasjon kan være.<sup>26</sup> Lagmannsretten hadde nemlig uriktig vurdert bevisforspillelsesfaren ut fra siktedes mulighet til å tilpasse egen forklaring. Tilpasning av egen forklaring anses imidlertid ikke som bevisforspillelse. Ettersom lagmannsretten dermed ikke hadde gitt uttrykk for relevante holdepunkter for bevisforspillelsesfare, ble kjennelsen opphevet. Siktete David Jakobsen ble deretter løslatt fordi det ikke forelå fare for bevisforspillelse. Saken viser uansett at isolasjonsspørsmålet – selv i alvorlige saker som terrorsaker – ikke bare kan være begrenset til å vurdere «*om sakens alvor 'bærer' den aktuelle restriksjonen*».<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Bakke/Myhrer 2009, s. 30.

<sup>26</sup> I avgjørelsen vises det riktignok til tidligere praksis, men også denne praksis sier lite: Både i Rt. 2006 s. 1726 og i Rt. 2008 s. 109 var lagmannsrettens vurdering fullstendig abstrakt. Lagmannsretten hadde bare sagt at isolasjon ble ansett «nødvendig». I Rt. 2008 s. 111 anvendte lagmannsretten «standardformuleringen» om «nærliggende fare for at siktete vil kontakte andre impliserte dersom restriksjonene nå oppheves». Men lagmannsretten hadde ikke reflektert over at tingretten hadde funnet at bevisforspillelsesfare *ikke* forelå; det eneste som gjenstod av etterforskningskritt, var tekniske undersøkelser som siktete uansett ikke hadde noen mulighet til å forspille.

<sup>27</sup> Jf. det siterte fra Bakke/Myhrer 2009, s. 30.

## ET TRUSSELBILDE?

Det er fristende å spørre seg om ikke fareperspektivet – både når det gjelder lovens utforming og ikke minst den måten loven har vært praktisert på – har dype kulturelle røtter i de nordiske land. Peter Scharff Smith har i hvert fall påpekt at det i Norden eksisterer en særskilt kultur for isolasjonsfengsling.<sup>28</sup> Vår tradisjonelle *tenkemåte* kan derfor kanskje være noe av forklaringen på at de nordiske land utsettes for vedvarende og politisk ubehagelig kritikk fra både Europarådets torturkommisjon CPT og FNs Committee Against Torture (CAT).

Som nevnt har vi forbløffende lite kunnskap om i hvilken grad bevisforspillelse faktisk vil komme til å skje dersom siktede ikke isoleres. Hvis en tilvendt tenkemåte kombineres med aksept av en abstrakt fare, så er det kanskje en viss rimelighet i å spørre om isolasjonsavgjørelser i hvert fall delvis kan være påvirket av det som kan omtales som et «trusselbilde». Begrepet «hotbilde» er brukt av Flyghed til å fremheve skillet mellom faktiske og potensielle trusler: «Det är också skillnad mellan faktiska och potentiella hot; det vill säga konkreta, direkt överhängande hot och möjliga sådana. Utifrån olika typer av hot, potentiella eller faktiska, skapas hotbilder. *Hotbilder* är konstruktioner av möjliga framtida hot.» For Flyghed er det sentralt at slike «hotbilder» fører til at vi «lever i en värld fylld av överskattade hot och risker».<sup>29</sup>

## «JUST IN CASE» – FOR OSS ELLER «DE ANDRE»?

Her er det naturlig å vende tilbake til uttrykket «*for sikkerhets skyld*», som ble nevnt innledningsvis. Ofte slenger man også på et «*det kan ikke skade*». Men det er jo poenget – det kan skade.<sup>30</sup> Som påpekt av Andreas L. Pap er det et grunnleggende problem i et sikkerhetsregime at «*security does not get sufficient scrutiny*».<sup>31</sup>

28 Jf. Peter Scharff Smith, «Varetægtsfengsling i isolation – en besynderlig Skandinavisk tradisjon?», i *Social Kritik* 2005, s. 4 (også inntatt i *Kriminalomsorgen, Kvalitet i varetektsarbeidet* del 3, «Noen perspektiver på varetekt»). Samme synspunkt er også hevdet av Rod Morgan i «Moderate Psychological pressure – the Scandinavian Way», i *Kritisk Juss* 1999 s. 201. Se også Evans & Morgan, *Preventing Torture*, 1998, s. 247–249.

29 Flyghed 2005, s. 395–396.

30 Skadelige effekter av isolasjon er relativt godt dokumentert, jf. f.eks. «The Istanbul statement on the use and effects of solitary confinement» med videre henvisninger (<http://www.solitary-confinement.org/istanbul>). Se også henvisninger i Sharon Shalev, *A sourcebook on solitary confinement*, Mannheim Centre for Criminology 2008. Skadevirkninger er også erkjent av norske myndigheter, bl.a. i forbindelse med norske svar til CPT og i Justisdepartementets Rundskriv G-16/02.

31 Andreas L. Pap under seminaret «New landscapes of justice and society», Oslo 14.–15.06.10. Tilsvarende Zedner 2009, s. 144. Pap peker på at begrepet «security» har en «elusive and subjective nature». Dette medfører at preventive tiltak ofte mangler «objective verification» med hensyn til behovet for og nytten av sikkerhetstiltakene. Zedner sier på s. 157 at: «The ends and the goals of the security measures need to be specified in such a way as to ensure that the means by which they are sought are consistent with the ends sought.»

Pap viser særlig hvordan en hendelse som «9/11» har skapt rom for et sikkerhetsregime basert på «constitutional exceptionalism». Det er likevel nærliggende å tro at det samme sikkerhetsregimet alltid har hatt sin plass i vår tenkning knyttet til innsatte i et fengsel. I et fengsel er sikkerheten tankemessig plassert i førersetet, noe som illustreres alene av måten straffegjennomføringsloven er utformet på. Loven har riktignok et mål om behandling av innsatte basert på «normalitet». Realiteten er vel snarere at innsatte, i forhold til samfunnet ellers, regnes som en spesiell gruppe. For Barbara Hudson er det da sentralt at det forekommer en tendens til rettslig eksklusjon ved at man utdefineres fra samfunnets «legitime subjekter» («the otherness»). Hun bruker begreper som «*deserving and non-deserving persons*» og sier at: «*The rights most often denied by governments are those of people outside rights-bearing categories.*»<sup>32</sup> Som eksempel nevner hun nettopp innsatte. Gruppen innsatte risikerer dermed å bli oppfattet som et samfunn utenfor samfunnet, der det allerede i utgangspunktet ligger til rette for en «exceptionalism» – uten at det trengs noe «9/11» for å etablere en slik tilstand.<sup>33</sup>

Et viktig aspekt ved Paps poeng om at «*security does not get sufficient scrutiny*», er at sikkerhetstiltak iverksettes «*just in case*» – for sikkerhets skyld.

Også når det gjelder varetektsfengsel, gjør «for sikkerhets skyld»-tanken seg gjeldende. Hva skjer dersom politiet løslater en siktet, og den siktede så begår en ny forbrytelse? Politiet vil da raskt bli utsatt for sterk kritikk – «dette burde vært unngått». Det sikreste og mest komfortable for politiet vil derfor ofte være å begjære vedkommende fengslet. For retten vil situasjonen lett bli den samme. Hvis påtalemyndigheten mener at det er fare for gjentagelse, og retten likevel velger å løslate, ja da kan saken fort nå media dersom siktede likevel begår ny alvorlig kriminalitet. Men hva skjer dersom siktede fengsles?

32 Barbera Hudson 2003, s. 219. Se også s. 75. Tilsvarende sier Flyghed i forbindelse med begrepet «hotbilder»: «En betydelsefull konsekvens av de konstruerte hotbilderna är formerandet av 'Vi och Dom'-relationer. Hoten externaliseras, det är alltid 'dom andra' som tillskrivs hotfulla egenskaper eller onda intentioner. Vi är subjekten, de andra blir objekt. Relationen till ett objekt inbegriper distans, medan subjektrelationer bygger på närhet. [...] Repressiva åtgärder är lättare att rikta mot grupper som betraktas som objekt.» Flyghed 2005, s. 396.

33 Hudson påpeker også at innenfor et sikkerhetsregime står alminnelige rettsikkerhetsgarantier i fare for å bli udefinert som brysomme hindre. Som eksempel nevner hun at prinsippet om at skyld skal bevises «beyond reasonable doubt» blir ansett som «obstacle to punishment of the guilty, with the result that once suspected, people tend to be presumed guilty», jf. Hudson 2003, s. 67–68. I dette ligger det et viktig poeng: Også varetektsfanger har krav på å bli behandlet som uskyldige inntil det motsatte er bevist. **Det er derfor problematisk å utsette siktede varetektsfanger for inngripende tiltak som isolasjon ut fra et udefinert og abstrakt sikkerhetsbehov.** Det norske svaret på kritikken fra Europarådets «torturkomite» CPT i 1997 er i så måte tankevekkende. Kritikken gikk blant annet på at isolasjon kan misbrukes som pressmiddel for å fremkalle tilståelser. Norske myndigheter forsvarte seg da bl.a. med at: «But this is a situation that often has been brought on by the accused's own action and dealings prior to arrest.» (Norges svar til CPT 1997 s. 10–11).

Da vil faren være unngått, og vi får aldri vite om han virkelig hadde begått ny kriminalitet dersom han hadde blitt løslatt.<sup>34</sup> For domstolen ligger den enkleste vei derfor i fengsling – ikke i løslatelse. Dommeren løslater ikke «for sikkerhets skyld». For dommeren er «for sikkerhets skyld» synonymt med fengsling. Dette gjenspeiles også av praksis: En kjennelse om løslatelse må i praksis være langt bedre begrunnet enn en kjennelse om fengsling – i motsatt fall vil man raskt bli overprøvd av overordnet domstol.

### «NOE MÅ GJØRES»

En annen faktor er tanken om at «noe må gjøres». Stilt overfor risiko krever vi handling. Vi aksepterer ikke å leve med usikkerhet – altså i motsetning til det Burgess så sterkt anbefaler. Som Burgess påpeker, avdekket «9/11» vår grunnleggende sårbarhet. Kravet om reaksjon lot ikke vente på seg – selv om man kan spørre seg hvor rasjonelle tiltakene har vært dersom målet har vært å fremme reell sikkerhet. Både for Burgess og Pap er det imidlertid et poeng at det kan forkludre vår rasjonalitet at sikkerhet ikke er et utelukkende objektivt fenomen – *følelsen* av sikkerhet er ofte vel så viktig. Derfor forlanges handling, uansett hva som objektivt vil være mest rasjonelt i en gitt situasjon. Handling *oppleves* som sikrere enn det å vende det andre kinn til.

Innledningsvis nevnte jeg at varetekt er et tiltak mot risiko. Men det er faktisk ikke hele sannheten. Etter strpl. § 172 kreves nemlig ingen risiko. Fengsling etter strpl. § 172 benyttes ikke for å hindre en fremtidig hendelse. Slik sett kan varetekt være et «sikkerhetstiltak» uten tilstedeværelse av risiko. I stedet brukes varetekt etter strpl. § 172 nettopp som et middel for å vise at «noe gjøres» – for å tilfredsstille «den allmenne rettsfølelsen» og for å verne mot «utrygghet», jf. bestemmelsens ordlyd. Bestemmelsen retter seg mot tilfeller av spesielt alvorlig kriminalitet,<sup>35</sup> som nærmest danner grunnlag for en i varetektsammenheng «constitutional exceptionalism». Det må være tale om forhold som er så opprørende for den allmenne rettsfølelse at vi krever handling i form av fengsling selv uten at vi trenger å konstatere noen risiko.<sup>36</sup> Dette er selvsagt ikke ubetenkelig i forhold til uskyldspresumsjonen, selv om dette

34 Jf. Barbara Hudsons poeng knyttet til «false positives», Hudson 2003, s. 48.

35 Rettsåndhevelsesarrest etter strpl. § 172 forutsetter en strafferamme på 10 år eller mer, eventuelt at det er tale om spesielt alvorlige voldsforbrytelser.

36 Et annet eksempel på tilbøyelighet til «constitutional exceptionalism» innenfor feltet varetektsfengsling er NOKAS-saken. Det nærmest militært pregede og voldelige ranet sjokkerte oss alle. Ikke minst politi og påtalemyndighet følte seg direkte angrepet på en måte som med all mulig tydelighet viste hvor sårbart selv politiet kan være. Dette førte nok til at en form for «unntakstilstand» ble oppfattet som berettiget. Eksemplene her er mange, og førte til at CPT reiste konkrete spørsmål knyttet til denne saken. At saken ble opplevd som «exceptional», illustreres imidlertid godt av at det bl.a. ble anmodet om at fengslingsmøter skulle avholdes i fengselet, og ikke i retten.

i hvert fall delvis motvirkes ved et krav om særlig sterk mistanke.<sup>37</sup> Men poenget her er at rettshåndhevelsesarrest etter strpl. § 172 illustrerer noe av det tankemessige sikkerhetsregime og det behovet for «å gjøre noe» som lett gjør seg gjeldende når det gjelder varetektsfengsling – og som vi i hvert fall bør være oss bevisst.

## SLUTTSATSER

Beslutninger om varetektsfengsling gjelder vurdering av risiko. Slike vurderinger bør skje etter en grundig vurdering av faren i det konkrete tilfellet – og dermed av behovet for å handle. Vurderingen bør ikke skje ut fra et rent fareperspektiv, der handling er den eneste logiske konsekvens.

Ved vurderingen må man akseptere usikkerhet. Man bør tørre å løslate selv uten sikkerhet for at den siktede ikke vil gjenta sine forbrytelser. Vi må også i praksis tørre å la være å bruke isolasjon selv om det alltid finnes en abstrakt mulighet for at siktede vil forsøke å forspille bevis.<sup>38</sup> Tvert om burde loven eksplisitt uttale prinsippet om at isolasjon bare skal brukes der det er «strengt nødvendig». Man burde dessuten vurdere om ikke påtalemyndigheten skal ha bevisbyrden – at det bør være opp til påtalemyndigheten å påvise at det i den aktuelle saken foreligger konkrete omstendigheter som gjør at man bør gå til et såpass inngripende tiltak som fullstendig isolasjon. Dette ville være i samsvar med Zedners forslag om en «*presumption against threat*» og et krav om «*adequate proof*».<sup>39</sup> Slik ville fokus også i praksis rettes mot behovet og nødvendigheten for å bruke isolasjon. Perspektivet for vurderingen blir i så fall mer balansert enn det rene fareperspektiv kan make, og det blir klart at isolasjon i realiteten ikke bare er et spørsmål om sakens alvor «bærer» et inngrep som isolasjon.

---

37 Jf. ordlyden «... såfremt det foreligger tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken».

38 Vi må ikke komme dit at «*anxiety is leading the legislative process*», slik Hennig Koch har satt det på spissen, jf. Koch 2010.

39 Jf. Zedner 2009, s. 171–172.