



NORGES HØYESTERETT

Den 15. januar 2019 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Indreberg og Noer og kst. dommer Sæbø i

HR-2019-55-U, (sak nr. 19-006011STR-HRET), **straffesak, anke over kjennelse:**

A (advokat Solveig Kristine Høgtun
v/advokatfullmektig Lo-Johan Dag Melinder)

mot

Påtalemyndigheten (politiadvokat Henrik Rådal)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder videre anke over varetektsfengsling av mindreårig.
- (2) A, født 00.00.2002, ble pågrepet 5. desember 2018. Han ble 1. november 2018 tiltalt for overtredelser av straffeloven § 274 første ledd, jf. § 273, § 155, § 231 første ledd, § 271 første ledd, § 181 første ledd, § 263, politiloven § 30 nr. 1, jf. § 5, politiloven § 30 nr. 4, jf. § 14, jf. Oslo kommunes politivedtekt § 5-1 nr. 4 og jernbaneloven § 22, jf. § 9 annet ledd bokstav b. I siktelse 6. desember 2018 er han siktet for overtredelse av straffeloven § 328 første ledd, jf. § 327, jf. § 15, og i siktelse 14. desember 2018 er han siktet for overtredelse av straffeloven § 271 første ledd, jf. § 15.
- (3) A ble første gang fengslet ved Nedre Romerike tingretts kjennelse 6. desember 2018. Fengslingen har siden blitt forlenget.
- (4) Oslo tingrett avsa 3. januar 2019 kjennelse med slik slutning:

"1. A, født 00.00.2002, kan holdes i varetektsfengsel inntil annet blir bestemt av påtalemyndigheten eller retten, men ikke ut over 17. januar 2019."
- (5) Varetektsfengslingen ble begrunnet i gjentakelsesfare, jf. straffeprosessloven § 171 nr. 3.

- (6) A anket til Borgarting lagmannsrett, som 8. januar 2019 avsa kjennelse med slik slutning:
- "Anken forkastes."**
- (7) A har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Han har i korte trekk gjort gjeldende:
- (8) Videre fengsling av A er uforholdsmessig og vil innebære brudd på barnekonvensjonen artikkel 3 og artikkel 37 bokstav b. A vil ikke bli idømt fengselsstraff og fengsling vil føre til oversoning. Lagmannsrettens begrunnelse er mangelfull. Det fremgår ikke hvordan lagmannsretten har kommet til at A kan holdes fengslet frem til hovedforhandling.
- (9) A har nedlagt slik påstand:
- "A løslates.**
- Subsidiært at lagmannsrettens kjennelse oppheves."**
- (10) *Påtalemyndigheten* har tatt til motmæle, og har i korte trekk gjort gjeldende:
- (11) Tingretten og lagmannsretten har gjort en grundig vurdering av saken og har kommet til riktig resultat. Det dreier seg om alvorlige voldslovbrudd og behovet for samfunnsvern er sterkt. Varetektsfengsling med et godt behandlingstilbud er også det beste for siktede selv i den situasjonen han er. Det er mange eksempler i rettspraksis på at mindreårige er idømt ubetinget fengsel.
- (12) *Påtalemyndigheten* har nedlagt slik påstand:
- "Anken forkastes."**
- (13) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at anken er en videre anke. Utvalgets kompetanse er dermed begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning. Når det gjelder forholdet til Den europeiske menneskerettskonvensjon og de øvrige konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, herunder barnekonvensjonen, kan utvalget også prøve den konkrete rettsanvendelsen, men ikke bevisbedømmelsen, jf. Rt. 2013 side 385 avsnitt 11.
- (14) Anken til lagmannsretten gjaldt spørsmålet om fortsatt fengsling er uforholdsmessig, jf. straffeprosessloven § 170 a, vurdert i lys av barnekonvensjonens krav om at frihetsberøvelse av barn bare skal benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom, jf. artikkel 37 bokstav b.
- (15) Lagmannsretten har pekt på at forholdsmessigheten må baseres på en bred skjønnsmessig vurdering hvor det er et viktig moment at siktede bare er 16 år. Forholdsmessigheten må vurderes både for den varetektsfengsling som nå er bestemt og frem til antatt hovedforhandling i mars heter det videre. Lagmannsretten peker på at et vesentlig moment ved vurderingen er faren for oversoning. Den samlede varetektsperioden frem til det tidspunkt som fengslingen gjelder – til 17. januar 2019 – vil være 42 dager. Lagmannsretten peker på de alvorlige straffbare forholdene i tiltalen og finner at det er høy grad av sannsynlighet for at siktede vil bli idømt en ubetinget fengselsstraff som er lengre enn dette. Det fremgår av lagmannsrettens sitat fra lagmannsrettens kjennelse 21. desember 2018 i samme sak at den er oppmerksom på bestemmelsen i straffeloven § 33 første punktum, som fastsetter at den som

var under 18 år på handlingstiden bare kan idømmes ubetinget fengselsstraff når det er særlig påkrevd.

- (16) Ankeutvalget har ikke innvendinger mot denne vurderingen.
- (17) Det følger av langvarig praksis at når det ut fra begrunnelsen for fengslingskjennelsen synes åpenbart at fengslingen vil bli begjært frem til hovedforhandlingen, må forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170 a foretas i dette perspektivet, se for eksempel HR-2018-2476-U avsnitt 12 med videre henvisning. Dette gjelder likevel bare hvor det er sannsynlig at fengslingsgrunnlaget vil stå i samme stilling i hele perioden, jf. HR-2016-965-U med videre henvisninger. Og dersom det ikke er tilstrekkelig avklart om påtalemyndigheten vil be om fengsling fram til hovedforhandling, vil det kunne være forsvarlig å vurdere forholdsmessigheten til en begrenset periode, jf. HR-2016-1760-U.
- (18) Lagmannsretten la i kjennelsen 18. desember 2018 i saken her til grunn at påtalemyndigheten tok sikte på å holde siktede fengslet fram til hovedforhandling, som antas å kunne berammes i mars 2019. Dette er senere bygget på av tingretten og lagmannsretten ved prøving av forholdsmessigheten av fortsatt varetektsfengsling i saken.
- (19) I kjennelsen 21. desember 2018 i saken her uttalte lagmannsretten at den fant fengsling av siktede helt fram til hovedforhandling i mars 2019 uforholdsmessig, men at det ikke var uforholdsmessig å forlenge fengslingen i 14 dager. Det heter videre: "Varetektstiden må tilpasses den lengde ubetinget reaksjon som anses mest sannsynlig, og retten må ved eventuelle fremtidige fengslinger forsikre seg om at det ikke er fare for oversoning."
- (20) Lagmannsretten i vår sak siterer dette. Den mener det er en klar mulighet for at en straff vil innebære ubetinget fengsel i fire måneder – som er hele tiden fram til antatt hovedforhandling. Den kommer tilbake til at forholdsmessighetsvurderingen beror på en bred avveining, trekker fram gjentakelsesfaren og mangel på alternativer til fengsling og viser til at man vil ha bedre mulighet for å vurdere siktedes situasjon og sannsynlig straff når personundersøkelsen foreligger. I lys av dette finner ikke lagmannsretten at fortsatt fengsling fram til 17. januar er uforholdsmessig.
- (21) I HR-2016-965-U hadde lagmannsretten kommet til at fengsling i hele perioden fram til avholdt hovedforhandling ville være et uforholdsmessig inngrep på grunn av faren for oversoning, men at det likevel ikke var uforholdsmessig med fortsatt fengsling i et nærmere bestemt tidsrom. Ankeutvalget opphevet kjennelsen. Når lagmannsretten mente det var fare for oversoning ved fengsling fram til hovedforhandling, skulle den ifølge utvalget også ha begrunnet hvorfor det til tross for dette var forhold som tilsa fortsatt varetektsfengsling i et nærmere begrenset tidsrom.
- (22) Ankeutvalget forstår lagmannsretten i vår sak slik at den i noen grad har holdt det åpent om det er fare for oversoning hvis tiltalte holdes varetektsfengslet fram til hovedforhandlingen. Bakgrunnen for dette er at personundersøkelsen i saken ikke er forventet ferdig før i januar. Den vil gi grunnlag for å vurdere sannsynligheten for at tiltalte kan dømmes til ungdomsstraff eller samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengsel. På denne bakgrunn har lagmannsretten vurdert faren for oversoning ved mulig fengsling fram til hovedforhandling, men ikke truffet noen endelig konklusjon med hensyn til dette. For den aktuelle fengslingsperioden – i 14 dager – fant lagmannsretten at det på grunn av gjentakelsesfaren ikke er uforholdsmessig med fengsling.

- (23) I begrunnelsen for dette viser lagmannsretten til tiltaltes alder. Men den konstaterer som nevnt også at det ikke er fare for oversoning ved varetektsfengsling fram til fengslingsfristens utløp 17. januar 2019, og viser til gjentakelsesfaren og til den vanskelige situasjonen at samfunnet ikke har noe annet effektivt tilbud eller opplegg. Slik denne saken ligger an, er *utvalgets flertall* – dommerne Indreberg og Noer – kommet til at dette er en tilstrekkelig begrunnelse. Skulle personundersøkelsen la vente på seg, må imidlertid retten ta stilling til hva som er sannsynlig straff uten undersøkelsen.
- (24) *Utvalgets mindretall* – konstituert dommer Sæbø – har kommet til at lagmannsrettens kjennelse bør oppheves på grunn av mangelfull begrunnelse. Når forholdsmessigheten av fengslingen skal vurderes med utgangspunkt i fengsling frem til antatt hovedforhandling i mars 2019, er det i forhold til faren for oversoning ikke tilstrekkelig – særlig ikke når siktede er barn – når lagmannsretten uttaler at den finner at det er en "klar mulighet for at en straff vil innebære ubetinget fengsel i fire måneder". Lagmannsretten må i sin vurdering på dette punkt ta stilling til hvilken reaksjon den anser som overveiende sannsynlig. Usikkerhet om reaksjon gir ikke grunn til å unnlate å foreta en vurdering av om fengsling frem til antatt hovedforhandling vil være uforholdsmessig.
- (25) Kjennelsen er avsagt under dissens.

S L U T N I N G :

Anken forkastes.

Ragnhild Noer
(sign.)

Hilde Indreberg
(sign.)

Rune Sæbø
(sign.)