



NORGES HØYESTERETT

Den 8. juni 2004 avsa Høyesterett dom i

HR-2004-00997-A, (sak nr. 2003/1640), straffesak, anke,

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (assisterende riksadvokat Hans-Petter Jahre)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Lund**: Saken gjelder spørsmålet om en straffesak skal avvises fordi tiltalte med hjemmel i straffgjennomføringsloven § 42 femte ledd er nektet prøveløslatelse fra soning av en tidligere dom under henvisning til tiltalebeslutningen, jf. protokoll 7 artikkel 4 nr.1 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – EMK. Saken gjelder også straffutmåling for falsk anklage og falsk forklaring.
- (2) Gulating lagmannsrett avsa 7. november 2003 straffedom som for A hadde denne domsslutning:

"2. A, f. 00.00.1964, dømmes for forbrytelse mot strl. § 168 første str. alt. og forbrytelse mot strl. § 166 første ledd, jf. strl. § 62 første ledd, til en straff av fengsel i 6 – seks – måneder, som særskilt dom i forhold til Bergen tingretts dom 8. februar 2002, jfr. strl. § 64."
- (3) Dommen ble avsagt etter domfeltes og påtalemyndighetens anker over Bergen tingretts dom av 27. februar 2003 der A ble dømt til fengsel i 90 dager. Ved tingrettens dom ble A ikke funnet skyldig i falsk anklage, jf. straffeloven § 168 og tiltalebeslutningen for lagmannsretten post 1 b, da dette forholdet av tingretten ble bedømt som falsk forklaring og henført under straffeloven § 163 første ledd. Domfeltes anke over tingrettens dom gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og straffutmålingen; påtalemyndighetens anke gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for så vidt A ikke var funnet skyldig i overtredelse av straffeloven § 168.
- (4) A har anket lagmannsrettens straffutmåling til Høyesterett. Under ankeforberedelsen har A gjort gjeldende at straffesaken mot ham må avvises da de forhold som omfattes av

tiltalebeslutningen, har ført til at han er nektet prøveløslatelse fra soning av en tidligere dom, og at strafforfølgningen derfor er i strid med EMKs forbud mot gjentatt strafforfølgning, jf. protokoll 7 artikkel 4 og menneskerettsloven av 1999 § 2 nr. 1 bokstav d og § 3.

- (5) Saken er i Høyesterett behandlet sammen med sakene 2004/44, 2004/102 og 2004/395, som reiser tilsvarende spørsmål om avvisning etter nektelse av prøveløslatelse.
- (6) *Spørsmålet om avvisning av straffesaken.*
- (7) A ble ved Bergen tingretts dom av 8. februar 2002 dømt til fengsel i tre år for narkotikakriminalitet. Han ble 5. mars 2002 satt inn i Bergen landsfengsel til soning av dommen. I september 2002 søkte A om prøveløslatelse 17. november samme år da soning av to tredjedeler av straffen ville være fullbyrdet. Straffen var for en stor del avsonet ved varetektsfengsel. I vedtak av 2. oktober 2002 ble søknaden avslått av fengselsdirektøren. Vedtaket lyder slik:

"Det vises til søknad om løslatelse på prøve etter Strgjfl. § 42 den 17.11.02.

I medhold av Strgjfl. § 42, 1. ledd kan en innsatt som er dømt til fengselsstraff løslates på prøve når han, medregnet mulig varetektsopphold, har utholdt 2/3 av straffetiden, dog minst 2 måneder. I følge Strgjfl. § 42 femte ledd skal imidlertid prøveløslatelse ikke tilstås hvis omstendighetene etter en totalvurdering gjør løslatelse utilrådelig.

Søknaden innvilges ikke.

Det er ved avgjørelsen lagt vekt på at du er under forføyning for nye straffbare forhold, og at sak er berammet til 17.02.03.

Man finner det således ikke tilrådelig med løslatelse før denne saken er avgjort.

Ny vurdering skal etter lovens forskrift § 3–41 gjøres fortløpende, og senest innen 3 måneder etter at løslatelse i medhold av Strgjfl. § 42, 1. ledd ellers skulle ha funnet sted.

Ny vurdering av spørsmålet om løslatelse på prøve vil bli gjort om 2 måneder.

Vedtaket kan påklages til Kriminalomsorgen region Vest. Klagefristen er 7 dager fra underretningen om vedtaket er mottatt, jfr. Strgjfl. § 7 bokstav e. Eventuell klage sendes om inspektøren/direktøren.

Du gjøres oppmerksom på at du har rett til å se sakens dokumenter i den utstrekning dette følger av Fvl. §§ 18 og 19, jfr Strgjfl. § 7 bokstav c. Du kan videre be om veiledning i sakens anledning, jfr Fvl. § 11."

- (8) Saken ble behandlet på nytt av fengselsdirektøren 4. desember 2002. Søknaden ble da avslått med tilsvarende begrunnelse.
- (9) For de nye straffbare forhold det er vist til i vedtakene, var tiltalebeslutning uttatt 9. juli 2002. Forholdene er pådømt ved Bergen tingretts dom av 27. februar 2003 og Gulating lagmannsretts dom av 7. november 2003, som ankebehandlingen i Høyesterett gjelder.
- (10) A ble prøveløslatt 13. mars 2003 med en resttid på 249 dager. I forhold til prøveløslatelse etter to tredjedels soning er soningen forlenget med 117 dager.
- (11) A har i korthet gjort gjeldende:

- (12) Etter EMK protokoll 7 artikkel 4 nr.1 kan ingen stilles for retten eller straffes på ny for en straffbar handling han allerede er endelig frikjent eller domfelt for. Slik denne bestemmelsen er å forstå, er A gjennom vedtakene om å nekte prøveløslatelse endelig dømt for de straffbare handlinger tiltalebeslutningen gjelder. Nektelsen er en pønål reaksjon i form av forlenget fengselsstraff på i alt 117 dager begrunnet i disse handlingene.
- (13) Prøveløslatelse etter to tredjedels soning var etter praksis i tilknytning til fengselsloven av 1958 § 35 en rettighet for den innsatte. Ved straffegjennomføringsloven av 2001 § 42 er det i realiteten ikke foretatt noen endring. Prøveløslatelse etter to tredjedels soning er fremdeles hovedregelen. Alle får ved innsettelse i fengsel tildelt en orientering om løslatelsestidspunktet beregnet etter to tredjedels straffetid. A hadde under enhver omstendighet en berettiget forventning om prøveløslatelse. Og det fremgår av EMD's avgjørelse i saken Campbell og Fell mot Storbritannia at det er irrelevant om det er tale om en rettighet eller bare en berettiget forventning.
- (14) Det er klart at nektelsen av prøveløslatelse under henvisning til tiltalebeslutningen er strafforfølgning etter EMK artikkel 6. Dette følger av Høyesteretts og EMD's anvendelse av to av de alternative Engel-kriteriene: den overtrådte bestemmelses formål og karakter og sanksjonens innhold og alvor. Dette er også forutsatt i Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) side 113 for så vidt prøveløslatelse nektes på grunnlag av straffbare handlinger som ikke er rettskraftig pådømt. Det følger videre av Høyesteretts og EMD's praksis at straffebegrepene i EMK artikkel 6 og protokoll 7 artikkel 4 nr.1 er sammenfallende.
- (15) I denne saken er det ikke fengselsmessige forhold som begrunner vedtaket. Når tiltalebeslutningen er begrunnelsen, er formålet å straffe. Alternativet er å se det som surrogat for varetektsfengsel, men uten de rettssikkerhetsgarantier som oppstilles i EMK artikkel 5, er vedtaket da i strid med denne bestemmelsen. En konsekvens av ordningen er at den innsatte risikerer å bli berøvet friheten ved et administrativt vedtak for forhold han senere blir frifunnet for.
- (16) Forbudet mot gjentatt strafforfølgning gjelder bare ny forfølgning for samme straffbare forhold. Det må dreie seg om samme straffbare handling, og det må ikke være noen vesentlig forskjell på straffbarhetsvilkårene i de straffebudene det er tale om å anvende. Her er det klart at handlingene – de faktiske grunnlag i tiltalebeslutningen – er de samme. Det er straffeelementene i straffebudene som må sammenlignes, her straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd, forskrift til lov om straffegjennomføring § 3-41, jf. retningslinjene for skjønnsutøvelsen punkt c, og de aktuelle straffebud i straffeloven § 166 og § 168. Straffeelementene skiller seg ikke fra hverandre på vesentlige punkter.
- (17) Vedtakene om å nekte prøveløslatelse er endelige. De ble rettskraftige tre uker etter at de var meddelt A uten å være påklaget. Det følger av EMD's praksis at forbudet i protokoll 7 artikkel 4 nr.1 gjelder ny forfølgning der det ikke er truffet avgjørelse om sanksjon i første instans før de sperrende vedtakene ble rettskraftige. Her er det ikke tale om parallell forfølgning.

(18) Når nektelse av prøveløslatelse leder til at saken må avvises, er dette en konsekvens av at den norske ordningen er konvensjonsstridig. I dette tilfellet er det heller ikke urimelig, fordi A gjennom nektelsen i realiteten har sonet den straff han ble idømt i lagmannsretten.

(19) A har nedlagt slik påstand:

"Prinsipalt: Gulating lagmannsretts og Bergen tingretts dom oppheves, og saken avvises fra domstolene

Subsidiært: Den utmålte straff anses utholdt ved frihetsberøvelse i anledning saken (117 dager)

Atter subsidiært: Tilleggsstraffen nedsettes til fengsel i 60 dager, som gjøres betinget med en prøvetid på 2 år"

(20) *Påtalemyndigheten* har i korthet anført:

(21) Retningslinjene for prøveløslatelse ble strammet inn i 1999, og reglene er nå endret ved straffegjennomføringsloven. Den innsatte har ikke lenger en rett til eller berettiget forventning om prøveløslatelse. Prøveløslatelse etter § 42 med tilhørende regelverk skjer etter individuell vurdering, som en integrert del av fullbyrdelsen. Det er intet vilkår for å nekte prøveløslatelse at den innsatte har begått en straffbar handling. Vedtak om å nekte prøveløslatelse treffes etter en helhetsvurdering i tilknytning til et utilrådelighetskriterium, og det sentrale spørsmålet er om den innsatte kan antas å oppfylle grunnvilkåret for prøveløslatelse – å avstå fra ny kriminalitet i prøvetiden. Tidligere domfellelser og nye straffbare forhold er indikasjoner på om prøven vil bli bestått. Spørsmålet skal, dersom prøveløslatelse nektes, revurderes minst hver tredje måned ved fengselsstraffer på under 5 år; ved strengere straffer skal ny vurdering skje etter 6 måneder, eller etter ett år for de strengeste straffene på over 12 års fengsel.

(22) Engel-kriteriene, som Den europeiske menneskerettighetsdomstol – EMD – har utviklet, og som Høyesterett har vurdert i en rekke avgjørelser, gir ikke grunnlag for å se avslaget på søknaden om prøveløslatelse som strafforfølgning etter EMK artikkel 6. Nektelsen er ikke straff etter norsk rett. Straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd er av en annen karakter enn strafferegler; den har et avvergende, ikke pønalt, formål. Reaksjonens innhold skiller seg også fra straff.

(23) Selv om vurderingstemaet etter EMK artikkel 6 og protokoll 7 artikkel 4 nr.1 er det samme, tilsier bestemmelsenes ulike formål at resultatet kan falle forskjellig ut, jf. især Høyesteretts avgjørelse i Greenpeace-saken, Rt. 2002 side 1271. Det må ellers foretas en totalvurdering der det tillegges vekt at ingen kan ha forventning om å være ferdig med et nytt straffbart forhold ved å være nektet prøveløslatelse på grunn av dette, eller ved å være innrømmet prøveløslatelse etter en nærmere vurdering av forholdet.

(24) Det er heller ikke tale om ny forfølgning for samme straffbare forhold. De aktuelle sanksjonsbestemmelsene skal sammenlignes, deres formål og den objektive gjerningsbeskrivelsen, det er ikke tilstrekkelig at de underliggende straffbare handlinger er de samme. Sanksjonsbestemmelsene er vesensforskjellige. Det gjelder den personkrets og de handlinger som omfattes, bestemmelsenes formål og beviskrav. Avgjørelser etter § 42 femte ledd er, i motsetning til straffelovens regler, fakultative og skal som oftest revurderes senest hver tredje måned.

- (25) Vedtaket om å nekte prøveløslatelse er heller ingen endelig domfellelse for de forhold tiltalen gjelder.
- (26) Konsekvensene av å anse nektelse av prøveløslatelse som en endelig avgjørelse av en straffanklage, vil være at den innsatte slipper tiltale for endog de mest alvorlige forbrytelser, og ville ha sluppet tiltale også om saksbehandlingen var endt med at prøveløslatelse var blitt innvilget. En omlegging av systemet som innebærer at det ikke kan legges avgjørende vekt på nye straffbare forhold i vurderingen av om grunnvilkåret for prøveløslatelse foreligger, er uakseptabelt.
- (27) Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:
- "Anken forkastes."**
- (28) *Mitt syn på avvisningsspørsmålet.*
- (29) Jeg er kommet til at avvisningskravet ikke fører frem.
- (30) Protokoll 7 artikkel 4 nr.1 har vært behandlet av Høyesterett i en rekke saker senere år. En oversikt over sakene er gitt i Rt. 2003 side 1221. Etter denne avgjørelsen, som gjaldt spørsmålet om konkursskarantene stenger for senere straffesak, er det truffet avgjørelser om barnevernsinngrep stenger for senere straffesak, jf. HR-2003-00735-A og om konvertering av sikring til forvaring er i strid med forbudet, jf HR-2004-00375-A. I sakene er det tatt stilling til så vel generelle tolkingsprinsipper som til den konkrete tolkingen av de relevante bestemmelser i EMK og protokoll 7 artikkel 4 nr.1.
- (31) I flere av avgjørelsene er det lagt til grunn at den senere reaksjon har vært ilagt i strid med protokoll 7 artikkel 4 nr.1. I de saker avgjørelsene gjelder, innebærer dette at lovbryteren slipper denne reaksjonen. Avgjørelsene har dessuten betydelige konsekvenser for norsk sanksjonspraksis, først og fremst ved at sanksjonsmyndighet som etter norsk rettstradisjon er av administrativ karakter, må overføres til domstolene og bare kan utøves i sammenheng med pådømmelsen av det straffbare forhold.
- (32) De sakene som Høyesterett nå behandler i sammenheng, reiser spørsmål om holdbarheten av de prøveløslatelsesregler som ble gitt ved straffegjennomføringsloven av 2001, etter en lovgivningsprosess der lovgiver var oppmerksom på forholdet til EMK. En konstatering av brudd på protokoll 7 artikkel 4 nr.1 vil medføre at straffesakene, som til dels gjelder meget alvorlige straffbare handlinger, må avvises fra domstolene. Det er tankevekkende at resultatet kanskje måtte ha blitt det samme hvis søknadene om prøveløslatelse ikke var blitt avslått etter en saksbehandling der de straffbare forhold var et sentralt element i vurderingen. De videre konsekvensene av brudd vil være at det norske prøveløslatelsessystem må omlegges, og det er neppe gitt at en omlegging bare vil omfatte innsatte som er tiltalt for nye straffbare handlinger. En gjeninnføring av ordningen med automatisk prøveløslatelse etter to tredjedels tid, som i mange tilfelle innebar løslatelse til ny kriminalitet i prøvetiden, ville neppe kunne tenkes. Og det er ikke uten videre innlysende at andre løsninger som kunne tenkes etablert, ville være til fordel for de innsatte.

- (33) Det er begrenset hvilken relevans disse betraktningene har ved forståelsen av protokoll 7 artikkel 4 nr.1. De danner imidlertid et samfunnsmessig bakteppe som Høyesterett vanskelig kan unngå å ha for øye ved sine vurderinger.
- (34) Bestemmelsen i protokoll 7 artikkel 4 nr.1 lyder slik i norsk oversettelse:
- ”Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.”**
- (35) Spørsmålet i denne saken er om A, ved å være nektet prøveløslatelse utelukkende under henvisning til den nye tiltalebeslutningen, er endelig straffedømt etter EMK protokoll 7 artikkel 4 nr.1 for samme forhold som tiltalebeslutningen gjelder. Av spørsmålet følger følgende tre problemstillinger:
- (36) 1. Er nektelsen av å prøveløslate A på grunnlag av tiltalebeslutningen en strafforfølgning etter EMK artikkel 6 og protokoll 7 artikkel 4 nr.1?
- (37) 2. Er i så fall straffesaken med grunnlag i tiltalebeslutningen en gjentatt strafforfølgning for samme straffbare forhold?
- (38) 3. Er det i så fall et straffbart forhold han er endelig domfelt for etter protokoll 7 artikkel 4 nr.1?
- (39) *Til spørsmål 1: Er nektelsen av prøveløslatelse på grunnlag av tiltalebeslutningen strafforfølgning etter artikkel 6 og protokoll 7 artikkel 4 nr.1?*
- (40) Spørsmålet om det foreligger strafforfølgning etter artikkel 6, avgjøres på grunnlag av de såkalte Engel-kriteriene, jf. EMDs dom av 8. juni 1976 i saken Engel mfl. mot Nederland: Hvorledes forholdet klassifiseres etter nasjonal rett, karakteren av og formålet med den lovregel som anvendes eller innholdet og alvoret i den sanksjon det er tale om. For ordens skyld nevner jeg først at nektelse av prøveløslatelse ikke er straff etter norsk rett.
- (41) I utgangspunktet vil det neppe kunne innebære strafforfølgning etter artikkel 6 eller protokoll 7 artikkel 4 nr.1 å bli nektet prøveløslatelse så lenge løslatelse på prøve ikke er noe annet enn et gode som tilstår etter individuell vurdering. Såfremt praksis med hensyn til prøveløslatelse gir den innsatte en berettiget forventning om å bli løslatt før full tid, følger det imidlertid av EMDs dom av 28. juni 1984 i saken Campbell og Fell mot Storbritannia, at en disiplinærreaksjon for alvorlige forhold, som kunne medføre vesentlig lengre soning, må bedømmes som straff i forhold til EMK artikkel 6.
- (42) På denne bakgrunn er det først nødvendig å si noen ord om hovedtrekkene i det norske system for prøveløslatelse. Etter fengselsloven av 1958 § 35 første, jf. fjerde ledd, kunne en innsatt løslates på prøve etter å ha utholdt to tredjedeler av straffen med mindre ”omstendighetene gjør løslatelse utilrådelig, eller den innsattes forhold under frihetsberøvelsen taler mot det”. I praksis ble tilnærmet alle løslatt på prøve etter å ha sonet to tredjedeler av straffen hvis ikke soningen gjaldt en dom på mindre enn 74 dager eller en ny dom av en viss lengde måtte ventes å bli avsagt før utløpet av full tid, jf. St. meld. nr. 27 (1997-98) side 41. I meldingen ble det lagt opp til en innstramming, jf. side 42. Departementet ga uttrykk for at tilnærmet automatisk prøveløslatelse etter to

tredjedels tid var uheldig. Selv om løslatelse etter to tredjedels soning fremdeles skulle være hovedregelen, måtte prøveløslatelse være en integrert del av fullbyrdelsen og, som en konsekvens av dette, bare skje etter individuell vurdering, samtidig som prøvetiden skulle være reell. Departementet fremhevet at løslatelse på prøve ikke burde finne sted hvis den innsatte var anmeldt for nye straffbare forhold eller ville representere en stor sikkerhetsrisiko ved løslatelse. Departementets standpunkter fikk tilslutning fra et flertall i Stortinget. Nye retningslinjer om skjønnsutøvelsen ved løslatelse på prøve ble gitt i rundskriv Fst 4/99.

- (43) Ved straffegjennomføringsloven av 18. mai 2001 er det gitt nye regler om løslatelse på prøve, jf. loven § 42. Løslatelse kan besluttes når to tredjedeler av straffen er sonet, jf. første ledd. Prøveløslatelse skal imidlertid ikke besluttes hvis omstendighetene etter en totalvurdering gjør løslatelse utilrådelig, jf. femte ledd som også fastslår at det i utilrådelighetsvurderingen særlig skal legges vekt på atferden under soningen, og om det er grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare handlinger i prøvetiden.
- (44) I forarbeidene til loven gjentas ikke uttalelsen om at løslatelse etter to tredjedels tid skal være hovedregelen. I Innst. O. nr. 60 (2000–2001) understreker flertallet i Stortingets justiskomite
- ”at prøveløslatelse skal skje etter en individuell vurdering, og at ingen har rett eller krav på løslatelse før tiden. De sikkerhetsmessige hensyn skal være overordnet, slik at prøveløslatelse ikke skal skje dersom det er tvil om den innsatte vil begå nye lovbrudd under prøveløslatelsen. Prøveløslatelse bør heller ikke finne sted dersom det strider mot den allmenne rettsfølelsen.”**
- (45) Ved forskrift 2002-02-22-183 til straffegjennomføringsloven er det i § 3-41 med tilknyttede retningslinjer gitt nye bestemmelser om skjønnsutøvelsen ved prøveløslatelse. Når det gjelder utilrådelighetsvurderingen etter loven § 42 femte ledd, gis det her anvisning på at fengselsmyndighetene må foreta en konkret, individuell helhetsvurdering i henhold til nærmere angitte punkter som ikke er uttømmende.
- (46) Prøveløslatelse etter disse punktene skal blant annet ikke finne sted hvis domfeltes atferd under gjennomføringen av straffen taler mot det, eller hvis det er grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare handlinger i prøvetiden. Av særlig betydning i denne saken er at prøveløslatelse kan nektes hvis domfelte er anmeldt for straffbare forhold som har resultert i ny tiltalebeslutning eller begjæring om tilståelsesdom, og som har høyere strafferamme enn ett års fengsel og normalt ikke ligger lenger tilbake i tid enn to år før to tredjedel av straffetiden er gjennomført, jf. retningslinjene for nektelse av prøveløslatelse punkt c.
- (47) Det fremgår også av forskriften og retningslinjene at det skal foretas fortløpende vurdering av løslatelsesspørsmålet minst hver tredje måned, eventuelt med 6 måneders eller ett års mellomrom ved de særlig lange fengselsstraffer.
- (48) Det system straffegjennomføringsloven etablerer, gir åpenbart ikke domfelte noe rettskrav på prøveløslatelse. At det heller ikke i praksis lenger er noen automatikk i at den innsatte løslates på prøve, bekreftes av det statistiske materialet som er fremlagt i saken. Dette viser at antall nektelser av prøveløslatelse etter to tredjedels tid var mellom 20 og 24 prosent i årene 2001–2003, og at det er atskillig variasjon mellom fengselsregionene og mellom de enkelte fengsler innenfor en region.

- (49) En forventning om å bli løslatt vil være betinget av at den innsatte ikke faller inn under de punkter i retningslinjene som fastslår at løslatelse ikke skal skje eller kan nektes. På denne bakgrunn virker det fremmed å konstatere at en person som begår alvorlige disiplinærforseelser eller straffbare handlinger, vel vitende om konsekvensene for muligheten av prøveløslatelse, likevel har en berettiget forventning om å bli løslatt etter to tredjedels tid. Og det er vanskelig å forstå at det kan spille noen rolle at man ved innsettelse i fengsel her i landet blir gitt en oversikt over tidspunktene for soning etter full tid og to tredjedels tid – for så vidt også tidspunktet for halv tid da løslatelse kan skje hvis særlige grunner tilsier det. Likevel kan det synes som EMD i Campbell og Fell-saken nettopp bygget på en slik forutsetning da domstolen fant at det alvorlige lovbrudd Campbell hadde gjort seg skyldig i under soningen – deltakelse i fengselsopprør med voldsbruk – og den disiplinærreaksjon han risikerte og fikk – nektelse av prøveløslatelse over lengre tid – innebar en straffanklage i henhold til de to Engel-kriteriene; lovregelens formål og karakter og sanksjonens innhold og alvor, jf. dommen avsnitt 72 og 73.
- (50) Det sentrale vurderingstema i straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd er om domfelte vil klare prøven: å avholde seg fra ny kriminalitet i prøvetiden. Formålet er avvergende, å ikke utsette samfunnet for lovbrutere som fullbyrder straff utenfor murene samtidig som de utgjør en gjentakelsesfare. Regelen gir anvisning på en helhetsvurdering av om løslatelse er utilrådelig, en vurdering som skal foretas minst hver tredje måned. Så vel formålet med som karakteren av lovbudet atskiller seg således vesentlig fra strafferegler. Dette må gjelde også om § 42 femte ledd ses i sammenheng med forskriften § 3-41 og retningslinjene for nektelse av prøveløslatelse punkt c, selv om det kanskje ikke kan utelukkes at reglene etter EMD's praksis, jf. Campbell og Fell-dommen, avsnitt 72, kan oppfattes slik at de har "en viss fargelegging" som ikke fullt ut samsvarer med ikke-strafferettslige normer.
- (51) Når jeg likevel er tilbøyelig til å mene at nektelsen må anses som straff etter EMK artikkel 6, er det på grunn av sanksjonens innhold og alvor. Det er den maksimale reaksjon som er utgangspunktet for vurderingen. A, som sonet en dom på tre år, risikerte altså ett år, men sonet som nevnt 117 dager utover to tredjedels tid.
- (52) Det er muligvis korrekt, slik aktor har gjort gjeldende, at det britiske system som ble vurdert i Campbell og Fell-saken var mer på linje med det systemet vi hadde i Norge før innstramningen mot slutten av 1990-årene og som er forlatt i straffegjennomføringsloven. Likevel har jeg noe vanskelig for å se at dette kan være avgjørende, jf. hva jeg tidligere har sagt om at EMD konstaterte at praksis ga Campbell en berettiget forventning om å bli løslatt på tross av reglenes klare tilkjennegivende av at alvorlige lovbrudd ville kunne medføre konsekvenser for prøveløslatelse. Det kan da antakelig heller ikke spille noen avgjørende rolle at A allerede da han ble innsatt til soning, var klar over at han hadde et nytt alvorlig forhold under oppseiling og at regelverket derved kunne forhindre prøveløslatelse. Jeg viser for øvrig til Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) side 113 der nektelse på grunnlag av tiltale om nye straffbare forhold, som ikke er rettskraftig avgjort, antas å kunne falle inn under artikkel 6 som en strafferettslig sanksjon. I proposisjonen antas det imidlertid at kravene i artikkel 6 er oppfylt ved at nektelsen kan bringes inn for domstolene.
- (53) Aktor har især fremhevet at formålet med sanksjonen må spille en avgjørende rolle, og har vist til at tvangsanbringelse i institusjon med hjemmel i lov om psykisk helsevern ikke

er straff etter artikkel 6. Jeg er enig i at formålet med nektelsen er avvergende, ikke pønalt, og at grunnlaget – tiltalebeslutningen – etter regelverket må ses som en indikasjon på gjentakelsesfare. Så lenge det er tale om en sanksjon under straffullbyrdelse, som utelukkende og direkte er knyttet til en tiltale for nye straffbare forhold, kan jeg likevel ikke se at dette formålet kan tillegges avgjørende vekt ved bedømmelsen av sanksjonens innhold og alvor.

- (54) Konklusjonen er altså at nektelsen er straff etter artikkel 6. Spørsmålet er da om den samtidig vil være straff etter protokoll 7 artikkel 4 nr.1, med andre ord om straffebegrepene i de to bestemmelsene er identiske. Aktor har anført at selv om Engel-kriteriene er utgangspunktet for vurderingen etter begge bestemmelsene, kan avveiningen av kriteriene falle forskjellig ut, i første rekke fordi reglene har ulikt formål. Etter min oppfatning har dette synspunkt atskillig for seg. Det er også forutsatt av Høyesterett i flere avgjørelser, jf. Rt. 2002 side 557 og Rt. 2002 side 1216. Dertil kommer at Høyesterett i kjennelsen i Rt. 2002 side 1271 bygget sin avgjørelse på at straffebegrepene ikke er fullstendig sammenfallende, jf. side 1280 og 1282. I senere avgjørelser har imidlertid Høyesterett lagt til grunn at det nettopp er tale om identiske begreper, jf. Rt. 2003 side 1100, avsnitt 46 og 47, og kjennelse av 22. desember 2003, HR-2003-00735-A, avsnitt 63. For min del vil jeg mene at Høyesterett nå vanskelig kan fravike den rettsoppfatning som er lagt til grunn i de siste avgjørelsene.
- (55) *Til spørsmål 2: Er straffesaken på grunnlag av tiltalebeslutningen en gjentatt strafforfølgning for samme straffbare forhold?*
- (56) A har gjort gjeldende at spørsmålet om det dreier seg om samme straffbare forhold, utelukkende skal vurderes ut fra de konkrete straffbare handlinger som er grunnlaget for anvendelsen av straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd og straffeloven §§ 168 og 166. Jeg kan imidlertid ikke se det slik. At det dreier seg om samme straffbare handlinger, er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for at det skal dreie seg om samme straffbare forhold. Etter min oppfatning må man, som Høyesterett med referanse til EMDs praksis har lagt til grunn i en rekke avgjørelser, i tillegg vurdere de sanksjonsbestemmelser det er tale om å anvende, om de objektive vilkår for å anvende reglene skiller seg fra hverandre på vesentlige punkter.
- (57) Det er klart at sanksjonsbestemmelsen i straffeloven § 42 femte ledd er vesensforskjellig fra bestemmelsene i straffeloven § 168 og § 166. Etter § 42 femte ledd skal det foretas en totalvurdering av om prøveløslatelse er utilrådelig med utgangspunkt blant annet i faren for ny kriminalitet i prøvetiden. Bestemmelsen retter seg bare mot innsatte, ikke som § 168 og § 166 mot enhver. At det foreligger en tiltalebeslutning for nye straffbare forhold, er etter § 42 femte ledd, jf. forskriften til loven § 3-41 og de supplerende retningslinjer for nektelse av prøveløslatelse, hverken et nødvendig eller tilstrekkelig vilkår, men bare ett blant flere grunnlag som kan begrunne nektelse.
- (58) Når § 42 femte ledd også sammenholdes med forskriften § 3-41 og retningslinjene punkt c, er det den sentrale forskjell at den tiltalebeslutning som kan føre til nektelse, refererer seg til enhver straffbar handling med en strafferamme på mer enn ett års fengsel. Den sanksjon det er tale om, er fakultativ, utmåles ikke etter prinsippene for fastsettelse av straff, og spørsmålet skal oftest revurderes senest hver tredje måned. Ulikhetene er en følge av at formålene med bestemmelsene er forskjellige. Nektelse under henvisning til tiltale for ny kriminalitet er ikke begrunnet i straffeformål, men i det overordnede

hensynet til å unngå ny kriminalitet i prøvetiden – som nye straffbare forhold ses som en indikasjon på. Jeg viser ellers til Rt. 2003 side 1100, avsnitt 57, der Høyesterett la til grunn at en disiplinærreaksjon etter straffegjennomføringsloven § 40 på grunnlag av besittelse av narkotika ikke gjaldt samme straffbare forhold som strafforfølgning etter straffeloven § 162 for samme faktiske forhold.

- (59) Det synes på denne bakgrunn nærliggende å anta at det ikke er tale om samme straffbare forhold. Likevel utelukker jeg ikke at det innenfor EMKs system kan argumenteres for det motsatte syn når nektelsen av prøveløslatelse utelukkende er begrunnet i tiltalebeslutningen for overtredelse av straffeloven §§ 168 og 166. Etter min oppfatning følger det imidlertid under enhver omstendighet av løsningen på det tredje spørsmål jeg stilte innledningsvis at protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 ikke er til hinder for at straffesaken pådømmes.
- (60) *Til spørsmål 3: Er A ved nektelsen av prøveløslatelse endelig domfelt for de forhold tiltalebeslutningen gjelder?*
- (61) Nektelsen av prøveløslatelse er avgjort for tiden frem til nektelsesspørsmålet etter regelverket skal vurderes på nytt. Spørsmålet er om A derved er endelig domfelt i bestemmelsens forstand for de forhold som omfattes av tiltalebeslutningen. Rekkevidden av spørsmålet illustreres ved at sperrevirkningen i så fall kanskje også ville inntrådt hvis nektelsen, om den var blitt påklaget, var blitt omgjort i klageinstansen.
- (62) I Høyesteretts kjennelse i Rt. 2003 side 1221 ble det avgjort at illeggelse av konkursskarantene ikke var en endelig domfellelse for de underliggende straffbare forhold, og det ble lagt avgjørende vekt på at avgjørelsen – i forhold til domfellelse for et straffekrav – stilte andre beviskrav, som ikke innebar en skyldkonstatering, var begrunnet i andre formål og basert på andre saksbehandlingsregler som gjorde den uegnet for å fastslå hvilke forhold som skulle være endelig pådømt.
- (63) Dommen har retningsgivende betydning i denne sak. Formålet med nektelse av prøveløslatelse er avvergende, ikke pønalt. Fengselsmyndighetene tar ikke selvstendig stilling til skyldspørsmålet. Det er utelukkende tale om henvisning til en tiltalebeslutning som tilkjennegir at tiltalte står foran et oppgjør med strafferettsapparatet. Saksbehandlingen forutsetter en skjønnsmessig vurdering som oftest må gjentas minst hver tredje måned. I vår sak kommer dessuten det til at prøveløslatelse etter det norske systemet ikke er noen rettighet eller noe domfelte uten videre kan regne med. Ikke minst i et slikt system er det vanskelig å se at nektelse under henvisning til ny tiltalebeslutning kan ses som endelig domfellelse. Noen forventning om å være ferdig med endog alvorlige tiltaleposter gjennom en nektelse som kan innebære en forholdsvis ubetydelig forlengelse av soningstiden, foreligger ikke. Det ville være paradoksalt om nektelse av prøveløslatelse under henvisning til en tiltalebeslutning skulle gjøre tiltalebeslutningen uvirksom som grunnlag for straffesak.
- (64) På denne bakgrunn må konklusjonen bli at prøveløslatelse ikke kan ses som en endelig domfellelse for de underliggende forhold.
- (65) Etter min mening kan det i og for seg være nærliggende å se nektelsen mer som en foreløpig avgjørelse, på linje med varetekt begrunnet i gjentakelsesfare. I hvert fall kan parallellen med varetektsfengsel i noen grad tjene til støtte for det standpunkt at forlenget

soning i et tilfelle som det foreliggende, må tillegges vekt ved straffutmålingen såfremt tiltalte finnes skyldig etter tiltalebeslutningen.

- (66) *Straffutmålingen.*
- (67) Ved lagmannsrettens dom er A funnet skyldig i å ha fremsatt falsk anklage mot B og derved søkt å pådra ham siktelse/straff for narkotikaforbrytelse. A er også funnet skyldig i falsk forklaring for retten ved å ha å ha gitt C alibi for drapet på D den 20. juni 1999.
- (68) Lagmannsretten gir følgende beskrivelse av de straffbare forholdene og bakgrunnen for dem:
- (69) C, A og B ble i juli 1999 siktet for drapet på D. Saken mot B ble henlagt i august samme år. Saken mot A ble henlagt i februar 2000. C ble av Nordhordland herredsrett og senere av Gulating lagmannsrett dømt for overlagt drap på D. Lagmannsretten satte straffen til fengsel i 18 år.
- (70) Både som siktet og under herredsrettens behandling fastholdt C at han på tidspunktet for drapet, som ble begått i X i Lindås, hadde vært i Y i Åsane der han senere møtte A og B. Dette ble bekreftet av A i Nordhordland herredsrett 13. juni 2000. A forklarte da at han hadde møtt B i Z om kvelden 20. juni 1999 og kjørt sammen med ham til Bergen, der A møtte C.
- (71) Etter herredsrettens dom engasjerte Cs familie privatetterforsker Ola Thune, som etter undersøkelser ba om at C og A ble avhørt på nytt. A ble avhørt av politiet 14. mai 2001 og anklaget da B for å ha vært sammen med ham om en narkotikaforbrytelse som omfattet befatning, herunder overlevering, av ca. 50 gram heroin den kvelden drapet fant sted. A gjentok forklaringen i Gulating lagmannsrett 30. mai 2001.
- (72) For ordens skyld nevner jeg at C er dømt etter straffeloven § 168 for å ha anklaget B både for drapet og for narkotikakriminalitet i samarbeid med A. Ved Høyesteretts dom av 27. februar 2004, HR-2004-00418-A, ble straffen satt til fengsel i to år, nedsatt fra et utgangspunkt på fire år under hensyn til samlet soningstid.
- (73) Ved straffutmålingen for A må det tas utgangspunkt i at den falske anklagen gjaldt befatning med 50 gram heroin, en alvorlig narkotikaforbrytelse som etter straffutmålingspraksis antakelig vil kunne føre til nærmere tre års ubetinget fengsel. Anklagen var ikke underbygget bortsett fra at A også inkriminerte seg selv, og politiet festet ikke på noe tidspunkt lit til den. Utover det som er gjengitt fra lagmannsrettens beskrivelse, er den falske forklaringen, som tilsiktet å gi C alibi for drapstidspunktet, ikke nærmere kommentert i rettens straffutmålingspremisser. Men også dette er et alvorlig forhold.
- (74) Normalt ville de forhold A domfelles for, medføre en ikke ubetydelig ubetinget fengselsstraff. Ved utmålingen av straffen har lagmannsrettens i formildende retning lagt vekt på at det var gått lang tid siden de straffbare forhold. Videre er det vist til at disse ble begått før 8. februar 2002, da A ble dømt til tre års fengsel for overtredelse av straffeloven § 162 annet ledd mv., jf. straffeloven §§ 62 og 64.

- (75) Jeg finner etter omstendighetene at den straff A ble ilagt ved lagmannsrettens dom, kan gjøres betinget. I tillegg til den tid som er gått siden de straffbare handlingene, ca. tre år, legger jeg vekt på at A i mellomtiden har sonet dommen av 8. februar 2002 og at han ble nektet prøveløslatelse i 117 dager med grunnlag i tiltalebeslutningen.
- (76) Jeg stemmer for denne

D O M :

I lagmannsrettens dom gjøres den endring at fullbyrdelsen av straffen utsettes etter reglene i straffeloven §§ 52-54 med en prøvetid på 2 – to – år.

- (77) Dommer **Rieber-Mohn**: Jeg er enig med førstvoterende i at protokoll 7, artikkel 4 nr. 1, til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) ikke kan lede til avvisning av saken. Etter min mening kan dette resultatet også begrunnes med at nektelsen av prøveløslatelse i foreliggende sak neppe kan anses som en "sanksjon" som må anses som "straff" etter EMK artikkel 6 nr. 1, og derved heller ikke i P 7-4's forstand. Jeg viser til førstvoterendes beskrivelse av den gjeldende norske ordning med prøveløslatelse, som jeg finner dekkende. Etter straffegjennomføringslovens § 42 femte ledd kan prøveløslatelse nektes når løslatelse etter en totalvurdering anses "utilrådelig". Deretter heter det: "Kriminalomsorgen skal særlig legge vekt på domfeltes atferd under gjennomføring av straffen, og om det er grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare handlinger i prøvetiden." Det fremgår av forarbeidene – i førstvoterendes sitat fra Innst. O.nr. 60 (2000–2001) – at sikkerhetsmessige hensyn skal være overordnet ved den individuelle vurdering av om prøveløslatelse skal nektes. Det mest sentrale kriterium synes å være tilbakefallsfaren, idet forarbeidene viser til at prøveløslatelse "skal" nektes dersom det er tvil om domfelte vil begå nye lovbrudd under prøveløslatelsen. I forskriftenes § 3-41 er det presisert at prøveløslatelse "kan" nektes når det foreligger tiltalebeslutning for nye straffbare forhold som er av en viss alvorlighetsgrad og ikke for gamle.
- (78) I denne sak er prøveløslatelse nektet under henvisning til at domfelte var under forfølgning for "nye straffbare forhold". Det dreier seg om handlinger forøvet før de narkotikaforbrytelser som ga grunnlag for den tre års straff som nektelsen av prøveløslatelse knytter seg til.
- (79) Når det på denne bakgrunn heter i nektelsen at det er "lagt vekt på" de nye forhold, kan jeg vanskelig se det annerledes enn at kriminalomsorgen har funnet en viss fare for gjentakelse av straffbare handlinger. Nektelse av prøveløslatelse på dette grunnlag og i et system hvor ingen har krav på slik løslatelse, gjør det mindre treffende å se nektelse som en "reaksjon" på de nye forholdene, og jeg kan ikke se at EMD's dom i saken Campbell og Fell får noen utslagsgivende betydning for bedømmelsen av vår sak. Den engelske saken gjaldt nye forbrytelser som anstiftelse av et fangeopprør og grov vold mot en fengselsbetjent, med andre ord alvorlige forbrytelser under soningen. Etter det engelske system var denne type alvorlige disiplinærbrudd spesielt nevnt i fengselsreglene som grunnlag for å nekte prøveløslatelse, som en av flere mulige disiplinærreaksjoner, se dommens avsnitt 27 og 28.
- (80) Etter dette har jeg forståelse for at den engelske disiplinære prosess med nektelse av prøveløslatelse ble bedømt som en strafforfølgning etter EMK artikkel 6 nr. 1.

Bakgrunnen for og formålet med nektelsen av prøveløslatelse var etter min mening vesentlig annerledes enn i vår sak. Jeg tilføyer at i den utstrekning nye straffbare forhold under soningen begrunner en nektelse av prøveløslatelse, vil likheten med saken Campbell og Fell øke tilsvarende og eventuelt lede til en endret vurdering av spørsmålet.

(81) Dommer **Støle:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Lund.

(82) Dommer **Bruzelius:** Likeså.

(83) Dommer **Aasland:** Likeså.

(84) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

I lagmannsrettens dom gjøres den endring at fullbyrdelsen av straffen utsettes etter reglene i straffeloven §§ 52-54 med en prøvetid på 2 – to – år.