



NORGES HØYESTERETT

Den 26. august 2015 avsa Høyesterett dom i

HR-2015-01757-A, (sak nr. 2014/2352), sivil sak, anke over dom,

A

(advokat John Christian Elden)

mot

Staten v/Justis- og
beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten v/advokat Hallvard
Gilje Aarseth – til prøve)

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

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder gyldigheten av vedtak om overføring av en innsatt fra et åpent fengsel til et lukket fengsel. Den reiser særlig spørsmål om hvilket beviskrav som gjelder ved overføring til et fengsel med høyere sikkerhetsnivå.
- (2) A soner to dommer for narkotikalovbrudd på fengsel i 5 år og 12 år. I juli 2011 ble han overført til det åpne fengslet på Bastøy. Om soningsforholdene på Bastøy heter det i tingrettens dom, som lagmannsretten viser til:

"De innsatte bor i grupper i forskjellige hus, hvorav et hus er en såkalt rusmestringsenhet. Soningen er særlig innrettet mot vellykkede løslatelser uten tilbakefall. Fengselet har en forholdsvis lav bemanning, og driften bygger i stor grad på at det må være et minimum av tillit mellom ansatte og innsatte. Det er plass til 115 innsatte, hvorav plass til 8 ved rusmestringsenheten. Til enhver tid er det om lag 60 til 70 innsatte som kommer fra et kriminelt miljø og er belastet med tidligere narkotikabruk. Fengselets drift er derfor avhengig av at det er et betydelig antall innsatte spredt rundt på boenhetene som ikke er avhengig av narkotika eller knyttet til

et tradisjonelt kriminelt miljø, og som derfor vil gripe inn overfor eller rapportere om rusmiddelbruk."

(3) Om As overføring til Bastøy heter det i tingrettens dom:

"Da saksøker ble overført til Bastøy var han i gang med studier, og arbeidet målrettet mot å forandre sin situasjon, og kvalifisere seg med tanke på et kriminalitetsfritt liv etter løslatelse. Han ble derfor ansett som en positiv ressurs. Han sa ja til å bo på rusmestringsenheten ut ifra at det var et behov for ham der."

(4) Etter permisjon i oktober 2011 testet A positivt for metamfetamin. Han ble likevel gitt en sjanse til å fortsette å sone på Bastøy.

(5) Ved utgangen av 2011 ble det rapportert om bruk av narkotika blant de innsatte på rusmestringsenheten. Etter en ransaking av huset ble det funnet syntetisk cannabinoid. A ble avhørt, men nektet å ha noe med funnet å gjøre.

(6) Den 4. januar 2012 fattet Bastøy fengsel vedtak om overføring av A til et fengsel med høyere sikkerhetsnivå. I vedtaket ble det vist til straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav d, som gir adgang til overføring dersom "overføring er nødvendig for å opprettholde ro, orden og sikkerhet i fengslet". Av vedtaket framgår at fengselsledelsen ikke festet lit til As forklaring om at han ikke hadde hatt befatning med stoffet.

(7) A påklaget vedtaket, som ble opprettholdt av Kriminalomsorgen region sør 25. april 2012. I vedtaket er det i tillegg til § 14 første ledd bokstav d også vist til bokstav a, som gir adgang til overføring dersom "det er sannsynlig at innsatte har begått eller vil begå en straffbar handling".

(8) Senere viste det seg at vedtaket, på grunn av straffens lengde, skulle ha vært truffet av Kriminalomsorg region sør som første instans. Vedtaket ble derfor klaget inn for Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (heretter KSF) – nå Kriminalomsorgsdirektoratet – som opprettholdt vedtaket 18. april 2013. Også dette vedtaket bygger på at både bokstavene a og d i straffegjennomføringsloven § 14 første ledd kommer til anvendelse. I begrunnelsen heter det:

"Ved vurderingen legges det vekt på at flere innsatte, uavhengig av hverandre og på forskjellige tidspunkter, har informert fengselstilsatte om at tre innsatte ved Bastøy fengsel, deriblant A, har innført, omsatt og/eller brukt syntetiske cannabinoider (SC). Grunnen til informasjonen er i hovedsak bekymring for tilgang av narkotika i fengselet som er en stor utfordring å motstå for disse og andre innsatte med rusavhengighet, og som ønsker behandling for det. Kildene til informasjonen er unntatt partsinnsyn i medhold av straffegjennomføringsloven § 7 bokstav d, jf § 7 bokstav c. Det har vært tatt spyttest av innsatte på fengselet som har testet positiv på SC. Videre ble det den 3.01.12, funnet SC på badet i rusmestringsenheten hvor A gjennomfører straff. Han ble utpekt som personen bak stoffet. KSF finner det etter dette overveiende sannsynlig at A forsettlig har omsatt narkotika i fengselet, eller medvirket til dette."

(9) A tok ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at KSFs vedtak var ugyldig. Ved Oslo tingretts dom 1. november 2013 ble staten v/Justis- og beredskapsdepartementet frifunnet. Retten var i tvil om avgjørelsen, og sakskostnader ble ikke tilkjent.

(10) A anket tingrettens dom direkte til Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-2. Direkte anke ble ikke tillatt ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 14. januar 2014.

- (11) Under saksforberedelsen for lagmannsretten oppsto det tvist om føring av to innsatte fra Bastøy fengsel som vitner for retten. De to hadde gitt opplysninger i saken til fengselsbetjenter. A ønsket å få kjennskap til deres navn for å kunne stevne dem som vitner. KSF viste til at dette var underlagt taushetsplikt. Det ble ikke gitt samtykke fra departementet til å gjøre unntak fra taushetsplikten. Borgarting lagmannsrett avsa 4. september 2014 kjennelse der vitnebeviset ikke ble tillatt ført, jf. tvisteloven § 22-3 tredje ledd. Kjennelsen ble anket til Høyesterett, som forkastet anken ved ankeutvalgets kjennelse 24. september 2014.
- (12) For lagmannsretten la A ned påstand om brudd på EMK art. 6 nr. 2 i tillegg til ugyldighetspåstanden.
- (13) Borgarting lagmannsrett avsa 10. november 2014 dom med slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. As krav om dom for at staten ved Kriminalomsorgens vedtak av 18. april 2013 ikke har overholdt sine forpliktelser etter EMK art 6 nr 2, avvises.**
 - 3. Sakskostnader idømmes ikke, verken for tingett eller lagmannsrett."**
- (14) Lagmannsretten kom til at det ved overføring til fengsel med høyere sikkerhetsnivå ikke stilles strengere krav til bevisene enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, og fant det sannsynliggjort at A var involvert i narkotikaomsetning på Bastøy, også som selger av stoffet. A hadde ikke rettslig interesse i å få særskilt dom for brudd på EMK artikkel 6 nr. 2, og kravet ble derfor avvist.
- (15) A anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken rettet seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse i gyldighetsspørsmålet og lagmannsrettens avvisning av kravet om særskilt dom for brudd på EMK artikkel 6 nr. 2. Videre gjaldt anken saksbehandlingen og rettsanvendelsen "så langt det er avskåret bevisstilbud knyttet til sakens faktiske side". Ankeutvalget traff 27. februar 2015 følgende beslutning om henvisning av saken:
- "Anken tillates fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om lagmannsretten har benyttet et for mildt beviskrav for å anvende straffegjennomføringsloven § 14 første ledd ved prøvingen av gyldigheten av Kriminalomsorgens vedtak 18. april 2013. Anketillatelsen omfatter også spørsmålet om det var rett av lagmannsretten å avvise påstanden om fastsettelsesdom for at staten ved dette vedtaket ikke har overholdt sine forpliktelser etter EMK art. 6 nr. 2. For øvrig tillates ikke anken fremmet."**
- (16) Den ankende part – A – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (17) Lagmannsrettens dom bygger på feil rettsanvendelse når det er lagt til grunn at det er tilstrekkelig for overføring til fengsel med strengere regime at det foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt for at A har begått en straffbar handling. Det må gjelde et skjerpet beviskrav for det faktum som vedtaket bygger på.
- (18) Prinsipalt anføres at vedtaket innebærer straff etter EMK artikkel 6 nr. 2, og at det strafferettslige beviskravet må gjelde. Dette må avgjøres ut fra de såkalte Engel-kriteriene.

- (19) For det første har overflyttingen et klart strafferettslig preg. Det dreier seg om en reaksjon knyttet til en antatt begått straffbar handling. I vedtaket foretas således en konkret skyldkonstatering ved at KSF har funnet det overveiende sannsynlig at A "forsettlig har omsatt narkotika i fengsel, eller medvirket til dette". En slik skyldkonstatering krever at det strafferettslige beviskravet er oppfylt.
- (20) Også sanksjonens innhold bærer preg av straff. Det er vesensforskjell på å sone i lukket og i åpent fengsel med hensyn til kontroll, bevegelsesfrihet og adgang til aktiviteter som bruk av data og telefon. Det kan også få betydning for adgangen til permisjoner. Sanksjonens inngripende karakter kan likestilles med tilfeller hvor prøveløslatelse nektes, jf. Campbell og Fell mot Storbritannia (EMD-1977-7819). Lovens system bygger da også på at sanksjoner etter straffegjennomføringsloven § 14 første ledd er mer inngripende enn refselsler og reaksjoner etter §§ 37 og 40.
- (21) I alle fall må en helhetsvurdering av Engel-kriteriene lede til at vi i dette tilfellet står overfor straff i EMKs forstand, og dermed et beviskrav som i strafferetten. Lagmannsrettens dom bygger derfor på feil rettsanvendelse.
- (22) Det samme beviskravet må i dag utledes av Grunnloven § 96 andre ledd, som har en tilsvarende bestemmelse om uskyldspresumsjonen som i EMK artikkel 6 nr. 2. Det følger av forarbeidene at den nærmere grensdraging av rekkevidden blant annet skal trekkes opp etter "internasjonal praksis på området", jf. Dokument 16 (2011–2012) side 130 og Innst. 186 S (2013–2014) side 24. Det må innebære at det er EMKs straffebegrep som gjelder.
- (23) Det vises også til Grunnloven § 98 om likhet for loven. De som er innsatt i fengsel, må ha den samme rettsbeskyttelsen som andre.
- (24) Subsidiært anføres at det etter tradisjonelle norske sivilprosessuelle prinsipper må kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt, siden vedtaket bygger på et belastende faktum. Det foreligger langvarig og sikker praksis for en slik bevisregel i norsk rett. At ordlyden i § 14 første ledd bokstav a indikerer at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt, er ikke avgjørende, da praksisen er av en slik karakter at den i dag må anses å ha grunnlovsrang som konstitusjonell sedvanerett.
- (25) Det er grunnlag for en gradering av det skjerpede beviskravet ut fra omstendighetene i den konkrete saken. I vårt tilfelle – hvor grunnlaget for vedtaket er en påstått straffbar handling av meget alvorlig art, og konsekvensen svært belastende for A – har sanksjonen klare likhetstrekk med tradisjonell straff. Dette tilsier at beviskravet ligger nært opp mot det strafferettslige beviskravet.
- (26) Lagmannsretten skulle ikke avvist påstanden om fastsettelsesdom for at staten har brutt sine forpliktelser etter EMK. Dette gjelder uavhengig av om EMK-spørsmålet blir behandlet i tilknytning til gyldighetsprøvingen av vedtaket, og uten hensyn til om Høyesterett skulle komme til at krenkelsen ikke har betydning for vedtakets gyldighet. Det EMK-stridige vedtaket kan også bli lagt til grunn i framtidige vedtak, jf. Rt. 2015 side 93 avsnitt 42.
- (27) A har lagt ned slik påstand:

"Prinsipalt:

1. **Kriminalomsorgens vedtak av 18.04.2013 kjennes ugyldig**
2. **Staten har ved Kriminalomsorgens vedtak av 18.04.2013 ikke overholdt sine forpliktelser etter EMK Art 6(2)**
3. **A tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og Høyesterett**

Subsidiært:

1. **Lagmannsrettens dom – domsslutningens punkt 1 – oppheves**
2. **Lagmannsrettens kjennelse – domsslutningens punkt 2 – oppheves og kravene fremmes for lagmannsretten**
3. **A tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett."**

- (28) Ankemotparten – *staten v/Justis- og beredskapsdepartementet* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (29) Lagmannsrettens dom bygger på en korrekt rettsanvendelse når den har lagt til grunn at det ikke gjelder et skjerpet beviskrav for faktum ved vedtak om overføring etter straffegjennomføringsloven § 14 første ledd bokstav a.
- (30) Av ordlyden i § 14 første ledd bokstav a følger et krav om at det er "sannsynlig" at den innsatte har begått eller vil begå en straffbar handling. Dette må forstås slik at loven ikke krever mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det samme må gjelde for alternativet i bokstav d.
- (31) Det kan ikke utledes et skjerpet beviskrav i disse tilfellene ut fra alminnelige sivilprosessuelle prinsipper. Den praksisen som foreligger, har ikke grunnlovs rang. Selv om det i andre sammenhenger vil gjelde et slikt krav når det bygges på at det er begått en straffbar handling, gjelder ikke det når loven uttrykkelig sier noe annet. Reelle hensyn taler heller ikke for et skjerpet krav. Overføringen er blant annet begrunnet i hensynet til de øvrige innsatte. Det er akseptert at det ikke opereres med et skjerpet beviskrav hvor hensynet til tredjemann gjør seg gjeldende, jf. Rt. 2014 side 1161 avsnitt 24.
- (32) Vedtak om overføring gjelder ikke ileggelse av straff, og EMK artikkel 6 nr. 2 kommer derfor ikke til anvendelse. Praksis fra EMD viser at det skal mye til for at disiplinærsanksjoner overfor innsatte i fengsler skal bli karakterisert som straff i konvensjonens forstand. Selv om overføringen er begrunnet i en straffbar handling, har handlingsnormen ikke straffekarakter. Formålet med overføringsbestemmelsen er å sikre ro, orden og sikkerhet i fengslene. Den skal dessuten gi Kriminalomsorgen mulighet til å organisere fengselsvesenet på en effektiv måte og dermed legge til rette for en hensiktsmessig plassering av innsatte.
- (33) Heller ikke innholdet og alvoret i vedtaket om overføring bringer forholdet inn under EMKs straffebegrep. I vår sak er det for eksempel ikke tale om overføring til særanstalt, men derimot et fengsel med ordinære soningsforhold som gjelder for de fleste innsatte. Det er heller ikke tale om en forlengelse av soningstiden. Verken praksis fra EMD eller intern norsk rettspraksis gir grunnlag for å karakterisere overføringen som straff, jf. Rt. 2003 side 1100.

- (34) Subsidiært anføres at selv om overføringen må karakteriseres som straff i EMKs forstand, betyr ikke det uten videre at det må gjelde et skjerpet beviskrav, jf. Lucky Dev mot Sverige (EMD-7356/10), hvor alminnelig sannsynlighetsovervekt ble akseptert. De spesielle forholdene ved sikkerheten i fengsler tilsier at det her må gjelde det samme.
- (35) Uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd kommer ikke til anvendelse. Det følger av forarbeidene, lest i sammenheng, at straffebegrepet i andre ledd skulle være det samme som i første ledd, med andre ord det tradisjonelle straffebegrepet etter norsk rett.
- (36) Lagmannsretten har korrekt avvist kravet om særskilt fastsettelsesdom for påstand om EMK-krenkelse. Hensynet til effektivt rettsmiddel i tilfelle konvensjonsbrudd blir tilstrekkelig ivarettatt ved at spørsmålet drøftes i forbindelse med gyldighetsprøvingen, jf. Rt. 2009 side 477. I Rt. 2015 side 93 forelå det spesielle forhold som begrunnet at det ble gitt særskilt dom. Slike forhold foreligger ikke i denne saken.
- (37) Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet har lagt ned slik påstand:

"Prinsipalt:

Anken forkastes.

Subsidiært:

1. Anken over lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 1 forkastes.
2. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet frifinnes for krav om særskilt fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 6 nr. 2 i form av bruk av et for mildt beviskrav i Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings vedtak av 18. april 2013."

- (38) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (39) Hovedspørsmålet i saken er hvilket beviskrav som gjelder for det faktiske forholdet som ligger til grunn for et vedtak om overføring av en innsatt til et fengsel med et strengere sikkerhetsregime. I vår sak er spørsmålet spesielt knyttet til vedtakets henvisning til straffegjennomføringsloven § 14 bokstav a, det vil si at det bygger på at det er begått en straffbar handling.
- (40) Straffegjennomføringsloven § 14 har overskriften "Overføring mellom gjennomføringsformer". I første ledd er det i bokstavene a til g angitt ulike kriterier som gir grunnlag for overflytting. Første ledd lyder:

"Kriminalomsorgen kan overføre innsatte til et annet fengsel dersom

- a) det er sannsynlig at innsatte har begått eller vil begå en straffbar handling,
- b) det er grunn til å anta at innsatte vil unndra seg gjennomføringen,
- c) det er nødvendig for å hindre at innsatte, til tross for at adferdssamtale er gjennomført, fortsetter å påvirke miljøet i fengslet på en særlig negativ måte,
- d) overføring er nødvendig for å opprettholde ro, orden og sikkerhet i fengslet,
- e) bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold eller plassmangel gjør det nødvendig,
- f) når særlige forhold foreligger som gjør overføring nødvendig av hensyn til en tilsatt eller vedkommendes tjenesteutøvelse eller omstendighetene for øvrig gjør det påkrevet, eller

g) **det er nødvendig for å unngå en uheldig sammensetning av innsatte."**

(41) I vedtaket fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning er beviskravet i bokstav a spesielt omtalt:

"KSF bemerker at både bokstav a) og d) i straffegjennomføringsloven § 14 første ledd, kommer til anvendelse i dette tilfellet. Det er tilstrekkelig for å kunne beslutte overføring, at vilkårene i ett av alternativene er oppfylt. For overføring etter bokstav a) kreves det alminnelig sannsynlighetsovervekt (mer enn 50 %) for at innsatte har begått en straffbar handling, jf. retningslinjene punkt 3.10. Det må foreligge konkrete og troverdige opplysninger eller omstendigheter som taler for at en straffbar handling er eller vil bli begått."

(42) KSF legger altså til grunn at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt ved overføring som begrunnes med at den innsatte har begått eller vil begå en straffbar handling. Som det framgår av det jeg innledningsvis har sitert fra vedtakets begrunnelse, fant KSF det "overveiende sannsynlig" at A forsettlig hadde omsatt narkotika i fengslet, eller medvirket til dette, jf. siste setning i sitatet. Partene er uenige om det i denne formuleringen ligger noe mer enn en alminnelig overvekt av sannsynlighet. Dette er ikke tema for Høyesterett. For Høyesterett er problemstillingen utelukkende om lagmannsretten har lagt til grunn en riktig rettsanvendelse når den konkluderer med at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

(43) I vedtaket viser KSF til retningslinjene til loven, jf. Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv (straffegjennomføringsloven) og til forskrift til loven, fastsatt av KSF 16. mai 2002 side 40. Det heter her at overføring etter første ledd bokstav a kan skje "når det er alminnelig sannsynlighetsovervekt for (mer enn 50 %) at han har begått en straffbar handling".

(44) Verken straffegjennomføringsloven § 14 eller proposisjonen gir noen generell anvisning om hvilket beviskrav som gjelder ved overføring mellom fengsler. Derimot følger det av lovteksten at alternativ a kan anvendes når det er "sannsynlig" at straffbar handling er eller vil bli begått.

(45) A anfører at ordlyden ikke avgjør hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge, og at denne må fastlegges ut fra det konkrete faktum. Etter min mening må ordlyden mest naturlig forstås som et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. Skoghøy, Tvisteløsning, 2. utgave side 890. Dette er også best i overensstemmelse med forarbeidene. I lovens § 40 er inntatt bestemmelse om reaksjon på brudd ved gjennomføring av fengselsstraff, forvaring og strafferettslige særreaksjoner. Bestemmelsen inneholder ingen angivelse av hvilket beviskrav som gjelder for at de ulike former for reaksjon kan iverksettes. Derimot heter det om dette i merknadene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) side 243:

"Forutsetningsvis kreves det at det er sannsynlig at det er begått en handling som kvalifiserer til en reaksjon (alminnelig sannsynlighetsovervekt) for at reaksjon kan ilegges. Tilfeller der påstand står mot påstand, og hvor ikke tilleggs momenter gjør den ene påstand mer sannsynlig enn den andre, skal ikke medføre reaksjon."

(46) Når "sannsynlig" betyr "alminnelig sannsynlighetsovervekt" i relasjon til lovens § 40, må ordet ha det samme språklige innholdet i § 14 første ledd bokstav a. Jeg konkluderer

derfor med at det etter loven er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for at den innsatte har begått en straffbar handling.

- (47) Spørsmålet er så om det er andre rettskilder som tilsier at lovens ordlyd ikke kan følges i et tilfelle som dette. A har i denne forbindelse vist til tre kilder – Grunnloven § 96 andre ledd, EMK artikkel 6 nr. 2 og prinsippet utviklet i rettspraksis om skjerpet krav til bevis ved vedtak som bygger på et belastende faktum. Selv om det kunne være mest naturlig å starte med Grunnloven, velger jeg å ta for meg EMK-anførselen først, siden argumentasjonen for Grunnlovens del bygger på at det er EMKs straffebegrep som er grunnlovsfestet.
- (48) Straffebegrepet i EMK artikkel 6 er autonomt og er vesentlig videre enn det straffebegrepet som legges til grunn i intern norsk rett. Blant annet vil administrative sanksjoner kunne falle inn under straffebegrepet. Det følger videre av EMDs praksis at straffebegrepet i EMK artikkel 6 er det samme som i tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 (P 7-4), som gjelder forbud mot dobbeltstraff. Dersom overføringen fra Bastøy til et fengsel med høyere sikkerhetsnivå er å anse som straff i EMKs forstand, kommer rettssikkerhetsgarantier som følger av artikkel 6 til anvendelse, hvilket igjen aktualiserer spørsmål om et skjerpet krav til bevisene.
- (49) Om en handling skal karakteriseres som straff i EMKs forstand må avgjøres ut fra de såkalte Engel-kriteriene, jf. sak Engel mfl. mot Nederland (EMD-1971-5100). I Rt. 2015 side 392 avsnitt 29 siteres sammenfatningen av kriteriene i Rt. 2012 side 921 avsnitt 19:
- "Ved vurderingen av om et forhold skal anses som straff skal det legges vekt på om sanksjonen er klassifisert som straff i nasjonal rett, normens karakter og sanksjonens innhold og alvor, jf. blant annet Rt. 2010 side 1121 avsnitt 32. Kriteriene er alternative, slik at det er tilstrekkelig at ett av dem er til stede for at sanksjonen skal anses som straff. Men et forhold kan bli å anse som straff også etter en helhetsvurdering av normens karakter og sanksjonens innhold og alvor."**
- (50) Det er etter min mening ikke noe som peker i retning av at straffgjennomføringsloven § 14 første ledd kan klassifiseres som en straffebestemmelse, slik bestemmelsen lyder. Som nevnt er bestemmelsen i overskriften angitt å gjelde "[o]verføring mellom gjennomføringsformer". Slik overføring er heller ikke angitt som disiplinærreaksjon i lovens § 40. Og selv om § 14 første ledd bokstav a gjelder der innsatte har begått en straffbar handling, er det tilstrekkelig for overføring at handlingen kan konstateres med alminnelig overvekt av sannsynlighet, noe som klart indikerer at overføringen i lovens forstand ikke er ment å være straff.
- (51) Jeg vurderer så om normens karakter tilsier at overføringen må karakteriseres som straff. Etter EMDs praksis skal det foretas en sammensatt vurdering der formålet med bestemmelsen og om den har strafferettslig preg vil stå sentralt, se Rt. 2015 side 392 avsnitt 33. Her henviser førstvoterende til Rt. 2012 side 1051 avsnitt 38, hvor det heter:

"Forutsetter normen en skyldkonstatering, vil det trekke i retning av at sanksjonen er straff. Også annen tilknytning til nasjonal strafferett vil kunne gi bestemmelsen et strafferettslig preg. Bestemmelsens historiske bakgrunn, hvilken prosessform som følges, og om regelen er generell eller bare kan anses som disiplinærreaksjon rettet mot en bestemt gruppe, er også forhold som kan ha betydning."

(52) At overføringen til et strengere fengselsregime er begrunnet i at A har begått en straffbar handling – omsetning av narkotika i fengslet – trekker isolert sett i retning av at overføringen har karakter av straff. Riktignok er det ikke tale om en skyldkonstatering i strafferettslig forstand i og med at det strafferettslige beviskravet ikke er lagt til grunn. Det kan likevel ikke være avgjørende, så lenge det er tale om et tiltak fra fengselsmyndigheten som begrunnes med at det er begått en straffbar handling.

(53) Når jeg likevel er kommet til at overføringen ikke har straffekarakter, har det sammenheng med formålet bak bestemmelsen. Et grunnleggende hensyn bak straffegjennomføringsloven er ivaretagelse av behovet for en effektiv organisering av fengselsvesenet med sikte på en hensiktsmessig plassering av innsatte, samtidig som kravet til sikkerhet opprettholdes. I Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) side 68–69 heter det om dette:

"Hovedformålet med en differensiert gjennomføring er å styrke den domfeltes evne og muligheter til å leve et lovlydig liv etter løslatelse. Mulighet til differensiering og overføring fra fengsler med høyt sikkerhetsnivå til gjennomføringsformer med lavere sikkerhetsnivå er etter departementets oppfatning den metoden som på sikt vil gi den største samfunnsmessige trygghet. Gjennomføring i fengsel med høyt sikkerhetsnivå kan nok rent kortsiktig gi allmennheten den tro at samfunnsbeskyttelsen er best ivarettatt, men en gradvis overgang til mer ansvarskrevende gjennomføringsformer vil i større grad gi domfelte mestringsevne og derved kunne bidra til at faren for tilbakefall til ny kriminalitet reduseres.

Flere høringsinstanser fremhever uttrykkelig at straffegjennomføringen må være sikkerhetsmessig betryggende og ikke være i strid med publikums alminnelige rettsfølelse. Departementet finner i denne sammenheng grunn til å presisere at samtlige beslutninger om innsettelse og senere overføringer mellom de forskjellige gjennomføringsformene alltid skal være betinget av at disse grunnleggende forutsetninger er oppfylt."

(54) Når karakteren av handlingsnormen skal fastlegges, må dette ses i sammenheng med det som her uttales. Hvor overføring skjer etter en straffbar handling, som for eksempel salg av narkotika til medfanger, foreligger det et klart tegn på at den innsatte ikke er kvalifisert for soning i et mildere sikkerhetsregime, slik som soningsforholdene er på Bastøy, og at vedkommende derfor bør sone et annet sted med høyere sikkerhetsnivå. Overføringen er således et ledd i en hensiktsmessig innretning av soningen foranlediget av den innsattes egen atferd, og er ikke iverksatt for å "straffe" den innsatte. Jeg er på denne bakgrunn kommet til at overføring etter straffegjennomføringsloven § 14 bokstav a, til tross for at bestemmelsen viser til en begått straffbar handling, ikke har straffekarakter, men må ses på som en administrativ bestemmelse som har til formål å tilpasse soningsforholdene til den enkelte innsatte.

(55) Også praksis fra EMD viser at det gjelder en stor grad av frihet for organisering av fengselsvirksomhet og innretning av soning for innsatte uten at forholdet får karakter av straff. Kommisjonsavgjørelsen X mot Østerrike (Application No 7034/75) gjaldt en overflytting fra arbeidsfengsel til et fengsel for farlige tilbakefallsforbrytere. Den innsatte anførte at den rettslige behandlingen var i strid med artikkel 6. Om dette uttaler kommisjonen:

"The Commission cannot follow the applicant's opinion that this procedure corners under Art. 6 of the Convention, as this Article is only applicable where the case concerns the determination of civil rights and obligations or of a criminal charge. The above proceedings, however, did not concern the applicant's civil rights and obligations, nor a

criminal charge against him, but only the question in which way a judgment which had already been pronounced should be carried out."

- (56) I storkammerdom Enea mot Italia (EMD-74912/01) uttaler EMD i avsnitt 97 generelt om forholdet til artikkel 6:

"The Court is of the view that Article 6 § 1 of the Convention is not applicable under its criminal head, as the proceedings concerning the prison system did not relate in principle to determination of a 'criminal charge'."

- (57) Når det spesielt gjelder regulering av soningsforhold, uttales i avsnitt 105 og 106:

"The Court is well aware that it is essential for States to retain a wide discretion with regard to the means of ensuring security and order in the difficult context of prison. However, it reiterates that 'justice cannot stop at the prison gate and there is ... no warrant for depriving inmates of the safeguards of Article 6' (see *Ezeh and Connors v. the United Kingdom [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, § 83, ECHR 2003-X*).

... By this means it is possible to achieve the fair balance which must be struck between the constraints facing the State in the prison context on the one hand and the protection of prisoners' rights on the other."

- (58) Jeg konkluderer med at handlingsnormen i dette tilfellet er i samsvar med det som av EMD har vært ansett å ligge utenfor EMKs straffebegrep.
- (59) Jeg ser så på om innholdet og alvoret av overføringen til et strengere fengselsregime er av en slik karakter at forholdet faller inn under EMKs straffebegrep.
- (60) Det er på det rene at de soningsforholdene A ble overført til, er mer belastende for ham enn forholdene på Bastøy. Dette gjelder blant annet forhold som kontroll, bevegelsesfrihet innenfor fengslet og adgang til goder som telefon og data. A er av den oppfatning at det også har betydning for adgang til permisjoner. I Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) side 75 heter det imidlertid at det stilles de samme krav og tidsgrenser for permisjoner, frigang eller andre utganger i fengsler med lavere sikkerhetsnivå som i fengsler med høyt sikkerhetsnivå.
- (61) Selv om soningsforholdene er mer belastende, kan jeg ikke se at de er av en slik karakter at de faller inn under EMKs straffebegrep. Det dreier seg ikke om soning i en særanstalt begrunnet i den handlingen som har forårsaket overflyttingen. Tvert imot dreier det seg om ordinære soningsforhold som vil være det normale utgangspunktet for en som begynner soningen, jf. straffegjennomføringsloven § 11 første ledd. Det er videre opplyst at to av tre innsatte soner i fengsel med høyt sikkerhetsnivå. Overføringen innebærer heller ingen forlenging av soningstiden, jf. EMD-dommene Campbell og Fell mot Storbritannia (EMD-1977-7819) og Ezech og Connors mot Storbritannia (EMD-1998-39665), og har som sådan ingen betydning for prøveløslatelse, jf. Rt. 2004 side 927. I Rt. 2003 side 1100, som gjaldt disiplinærforføyning etter straffegjennomføringsloven § 40, foretok førstvoterende en grundig analyse av praksis fra EMD, blant annet med gjennomgang av de nevnte sakene mot Storbritannia. I avsnitt 53 oppsummerer han rettstilstanden med følgende:

"Det er et viktig kjennetegn for disiplinærreaksjoner at de er rettet mot en begrenset personkrets med lydighetsplikt. Selv om disiplinærreaksjoner etter straffegjennomføringsloven § 40 har en allmenn- og individualpreventiv virkning, er

formålet ikke først og fremst av pønal karakter, men å opprettholde ro og orden innenfor fengselet. For at en disiplinærreaksjon med et slikt formål skal anses som straff i forhold til EMK, må de etter EMDs praksis være av en forholdsvis sterkt inngripende karakter, og – som førstvoterende i Høyesteretts plenumsavgjørelse i Rt. 2002 side 509 på side 520 bemerker – i praksis bestå i frihetsberøvelse."

- (62) Jeg kan ikke se at det siden denne dommen har vært truffet avgjørelse i EMD som stiller spørsmålet i en annen stilling. Etter dette må jeg konkludere med at heller ikke virkningen av overføringen er av en slik karakter at den må karakteriseres som straff i EMKs forstand.
- (63) Etter Engel-kriteriene skal det også foretas en helhetsvurdering av normens karakter og sanksjonens innhold og alvor. En samlet vurdering kan ikke tilsi en annen konklusjon. Det sentrale i vurderingen er at overflytting av innsatte mellom fengsler med ulik sikkerhetsgrad framstår som et virkemiddel i styringen av fengselsvirksomheten for å tilpasse soningsforholdene til den enkelte innsatte, samtidig som hensynet til de øvrige innsatte og sikkerhet, ro og orden i anstalten blir ivaretatt.
- (64) Jeg konkluderer derfor med at et skjerpet beviskrav ikke kan utledes av EMK artikkel 6 nr. 1.
- (65) Jeg ser så på om Grunnloven § 96 andre ledd får anvendelse i saken.
- (66) Ved Stortingets vedtak 13. mai 2014 fikk Grunnloven § 96 andre ledd følgende bestemmelse om uskyldspresumsjonen:
- "Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven."**
- (67) Grunnlovsvedtaket ble truffet vel ett år etter at vedtaket som er til prøving, ble truffet. Det kan derfor ikke få noen direkte virkning for vedtakets gyldighet. Spørsmålet om hvordan bestemmelsen er å forstå har imidlertid vært grundig prosedert fra begge sider. Jeg finner det derfor formålstjenlig å gi uttrykk for min oppfatning.
- (68) Spørsmålet er om andre ledd er begrenset til forhold som faller inn under det interne norske straffebegrepet, eller om det er EMKs straffebegrep som gjelder. Det er på det rene at første ledd, som sier at ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom, kun gjelder det internrettslige straffebegrepet.
- (69) At andre ledd har fått en utforming som ligger tett opp til den norske formuleringen i EMK artikkel 6 nr. 2, kan peke i retning av at det er tale om det samme straffebegrepet som i EMK. På den annen side kan plasseringen sammen med § 96 første ledd tilsi at det er det tradisjonelle norske straffebegrepet som gjelder.
- (70) A har spesielt vist til at det i innstillingen fra Lønningutvalget, Dokument 16 (2011–2012) på side 130 heter om bestemmelsen:
- "Den nærmere grensen for når uskyldspresumsjonen er overtrådt, må fortsatt trekkes opp på bakgrunn av nasjonal og internasjonal praksis på området".**
- (71) Samme formulering er inntatt i kontroll- og konstitusjonskomiteens innstilling, Innst. 186 S (2013–2014) på side 24.

- (72) På den annen side heter det samme sted i Dokument 16 (2011–2012) vedrørende spørsmålet om bestemmelsen heller burde ha vært plassert i tilknytning til § 95 om rettferdig rettergang:

"Det er riktignok en utvilsom sammenheng mellom retten til rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen, men retten til rettferdig rettergang gjelder for alle rettssaker, mens uskyldspresumsjonen kun kommer til anvendelse i straffesaker. De særlige strafferettslige forhold bør da samles i en utvidet § 96, mens de generelle reglene som gjelder for alle saker, bør omtales i ny § 95."

- (73) Siden § 96 første ledd som nevnt kun gjelder for det internrettslige straffebegrepet, kan det være naturlig å forstå utvalgets bruk av ordet "straffesaker" slik at begrepet skal avgrenses på samme måte. Det er grunn til å tro at Stortingets kontroll- og konstitusjonskomite har forstått innstillingen på denne måten. Dette følger av komiteens behandling av forslaget til grunnlovsbestemmelse om dobbeltstraff. Bestemmelsen var tenkt inntatt som tredje ledd i § 96. Da komiteen ble gjort oppmerksom på at Lønningutvalget hadde forutsatt at det var EMK og EMDs forståelse som skulle legges til grunn for dette leddets vedkommende, droppet komiteen forslaget med følgende begrunnelse:

"To ulike straffebegrep i samme bestemmelse kan skape usikkerhet, ikke minst hos domstolene. Det er også uryddig å legge opp til at det skal skje to ulike tolkninger av samme begrep."

- (74) Når ikke tilsvarende skjedde med forslaget til § 96 andre ledd, er det nærliggende å anta at komiteen har oppfattet forslaget til bestemmelse om uskyldspresumsjonen slik at det er det internrettslige straffebegrepet som skal anvendes. Tilsvarende er hevdet av Skoghøy i Jussens Venner 05/2014 på side 336.
- (75) I Rt. 2014 side 1292 avsnitt 14 uttales under henvisning til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2, at innholdet og rekkevidden av Grunnloven § 96 andre ledd må fastlegges i lys av disse internasjonale parallellene. I dommen er det vist til en uttalelse i Rt. 2014 side 1161 avsnitt 29. Jeg kan ikke se at verken Rt. 2014 side 1161 eller Rt. 2014 side 1292 drøfter den spesielle problemstillingen som gjelder innholdet av straffebegrepet i andre ledd sammenholdt med første ledd. Jeg finner derfor ikke å kunne legge avgjørende vekt på disse uttalelsene.
- (76) Etter dette er min konklusjon at et skjerpet beviskrav heller ikke kan utledes av Grunnloven § 96 andre ledd.
- (77) Det gjenstår å vurdere om et skjerpet beviskrav følger av alminnelige sivilprosessuelle prinsipper. De prinsipper det her er tale om, er nærmere beskrevet i NOU 2003: 15 Fra bot til bedring, side 185. I Rt. 2014 side 1161 avsnitt 21 er det gitt følgende generelle redegjørelse for praksis med skjerpet beviskrav i sivile saker, som jeg slutter meg til:

"Det alminnelige utgangspunktet i sivilretten er at retten skal legge til grunn det faktum som det er sannsynlighetsovervekt for. I rettspraksis er det imidlertid slått fast at beviskravet kan skjerpes for faktiske omstendigheter som er særlig belastende for en part. Et typetilfelle her er avslag på krav om forsikringsutbetaling fordi skaden hevdes fremkalt forsettlig, se Rt. 1990 side 1082 med henvisning til tidligere praksis. Beviskravet skjerpes også ved krav om oppreisningerstatning etter frifinnelse for alvorlige straffbare forhold, som for eksempel seksuelle overgrep, se Rt. 2005 side 1322 hvor også tidligere dommer på området gjennomgås. Jeg viser også til HR-2014-2324-A

avsnitt 44–48, som gjaldt erstatningsansvar for dødsfølge i forbindelse med straffbare handlinger."

- (78) I det tilfellet denne saken gjelder – overføring på grunn av begått straffbar handling – følger det av loven selv at skyldgraden skal være alminnelig sannsynlighetsovervekt. A har i den forbindelse anført at nevnte praksis er så langvarig og har en slik fasthet at det er tale om en sedvane med grunnlovs rang som derfor må gå foran loven. Han har imidlertid ikke påvist tilfelle der et skjerpet beviskrav er lagt til grunn til tross for at loven uttrykkelig fastslår at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Jeg kan heller ikke se at det er noe som tilsier at ikke lovgiver, til tross for at det utløsende faktum er sterkt belastende, må kunne holde seg til den alminnelige hovedregelen hvor forholdene tilsier det. Situasjoner hvor dette kan være aktuelt i avskjedssaker, er påpekt av førstvoterende i Rt. 2014 side 1161, hvor han i avsnitt 24 uttaler følgende:

"Jeg nevner at selv om avskjedssaker ofte vil være basert på sterkt belastende omstendigheter for arbeidstakeren, kan det tenkes at det i enkelte tilfeller foreligger forhold som gjør at det likevel vil være riktig å anvende det alminnelige beviskravet. Ett typetilfelle er saker hvor hensynet til tredjeparter veier tungt, for eksempel ved mistanke om at en ansatt har begått overgrep mot barn eller har opptrådt uforsvarlig overfor pasienter eller klienter. Dette er ikke situasjonen i vår sak, og jeg går derfor ikke inn på de spørsmål som her kan reises."

- (79) Selv om jeg ikke finner grunnlag for en praksis av konstitusjonell karakter, vil jeg ikke utelukke at forholdene i helt spesielle tilfelle kan ligge slik an at det kan gi grunnlag for et skjerpet beviskrav til tross for at den relevante loven opererer med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Slike forhold er det ikke tale om i vår sak. Tvert imot er det etter min mening gode grunner for at straffegjennomføringsloven ikke stiller strengere krav til bevisene. Som tidligere nevnt, er det en del av lovens målsetting å tilrettelegge for et liv i frihet uten kriminalitet. Spesielt gjelder dette for fengsler med lav sikkerhetsgrad. Skal denne målsettingen lykkes, må de innsatte vernes mot at det drives straffbar virksomhet innenfor institusjonen. Ikke minst gjelder dette bruk og omsetning av narkotika. Det er for så vidt illustrerende at det i begrunnelsen for overføringsvedtaket er vist til at innsatte som informerte om bruken og omsetningen av narkotika, oppga som grunn at de var bekymret for tilgang av narkotika, som vil være en stor utfordring å motstå for innsatte med rusavhengighet, og med ønske om behandling for dette. Jeg viser til det jeg tidligere har sitert fra begrunnelsen. I slike situasjoner er det gode grunner som taler for at fengselsmyndigheten må kunne gripe inn overfor innsatte når det er en overvekt av sannsynlighet for at de står bak den straffbare handlingen.
- (80) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsretten ikke har bygd på feil rettsanvendelse når den har kommet til at KSFs vedtak er gyldig. Anken må på dette punkt forkastes.
- (81) A har også anket over lagmannsrettens avvisning av hans krav om særskilt dom for brudd på EMK artikkel 6 nr. 2.
- (82) Om et slikt krav skal tas til behandling, beror på om kravet til rettslig interesse er oppfylt, jf. tvisteloven § 1-3. Det er ikke tvilsomt at vi her har å gjøre med et rettskrav som det potensielt kan avsies dom for, jf. Rt. 2011 side 1666 avsnitt 32, Rt. 2012 side 2039 avsnitt 66 og Rt. 2015 side 93 avsnitt 42. Men kravet til aktualitet i tvisteloven § 1-3 andre ledd må være oppfylt. Jeg kan ikke se at A har påvist noe reelt behov for å få særskilt dom her. Saken ligger dermed annerledes enn Rt. 2015 side 93, som A særlig har påberopt seg.

(83) Jeg er etter dette kommet til at det var rett av lagmannsretten å avvise påstanden om fastsettelsesdom for at staten ved vedtaket ikke hadde overholdt sine forpliktelser etter EMK artikkel 6 nr. 2.

(84) Staten har vunnet saken, men har ikke påstått sakskostnader for noen instans.

(85) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

(86) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(87) Dommer **Bergsjø:** Likeså.

(88) Dommer **Bull:** Likeså.

(89) Dommer **Stabel:** Likeså.

(90) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: