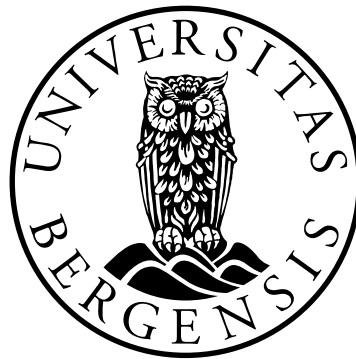


Tidligere kriminalitet som straffutmålingsmoment

*En kritisk gjennomgang av begrunnelsen for at
tidligere kriminalitet ofte tillegges vekt i
skjerpende retning ved straffutmålingen*

Kandidatnummer: 128

Antall ord: 14 962



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2019

Innholdsfortegnelse

INNHOLDSFORTEGNELSE	1
1 INNLEDNING	2
1.1 AVHANDLINGENS TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	2
1.2 METODE.....	4
1.3 AVGRENSNINGER	6
1.4 VIDERE FREMSTILLING.....	7
2 TIDLIGERE KRIMINALITET SOM SKJERPENDE STRAFFUTMÅLINGSMOMENT.....	8
2.1 GJENTAKELSESREGLENE.....	8
2.1.1 <i>Straffeloven § 77 bokstav k</i>	8
2.1.2 <i>Straffeloven § 79 bokstav b</i>	9
2.2 ULIKHETENE MELLOM STRAFFELOVEN § 79 BOKSTAV B OG § 77 BOKSTAV K.....	12
2.2.1 <i>Innledning</i>	12
2.2.2 <i>Tidsbegrensning</i>	12
2.2.3 <i>Aldersbegrensning</i>	16
2.3 NÅR TIDLIGERE KRIMINALITET IKKE BLIR TILLAGT VEKT I SKJERPENDE RETNING VED STRAFFUTMÅLINGEN	21
3 PRINSIPPET OM AT DOMFELTE HAR GJORT OPP FOR SEG NÅR STRAFFEN ER SONET	27
3.1 INNLEDNING.....	27
3.2 PRINSIPPET OM AT DOMFELTE HAR GJORT OPP FOR SEG I LYS AV TIDLIGERE KRIMINALITET SOM SKJERPENDE MOMENT.....	28
4 ET BLIKK UTENFOR NORGE	32
4.1 INNLEDNING.....	32
4.2 TIDLIGERE KRIMINALITET I USA	32
4.3 TIDLIGERE KRIMINALITET I DANMARK	35
5 FORELDELSE.....	38
5.1 INNLEDNING.....	38
5.2 PARAGRAF 77 BOKSTAV K SETT I LYS AV FORELDELSE AV STRAFFANSVAR	38
6 AVSLUTNING.....	43
LITTERATURLISTE.....	46

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstillinger

Denne oppgaven omhandler tidligere kriminalitet som skjerpende straffutmålingsmoment samt enkelte sentrale problemstillinger som reises rundt de hensyn som ligger bak. Hovedproblemstillingen er om *tidligere kriminalitet som skjerpende straffutmålingsmoment er godt nok begrunnet ut ifra individualpreventive og allmennpreventive hensyn*. Det er langvarig og fast praksis for at tidligere kriminalitet tillegges vekt i skjerpende retning dersom man på nytt begår et lovbrudd av samme karakter. I straffeloven¹ finnes lovfestede utslag av dette i § 79 første ledd bokstav b² og § 77 bokstav k. Paragraf 79 bokstav b åpner for en forhøyelse av den øvre strafferammen i straffebudet, mens § 77 bokstav k innebærer en skjerpelse av normalstraffen. Dette resulterer i at de to bestemmelsene har ulike virkeområder.

Inspirasjonen bak problemstillingen er en dom jeg reagerte på da vi hadde strafferett på universitetet; jeg syntes dommen virket streng.³ Av den grunn begynte jeg å grave, og innså at tematikken er langt større enn først antatt. Etter hvert som jeg har arbeidet med stoffet har jeg innsett at det er mange faktorer som spiller inn og det er en grunn til at rettsreglene er slik de er – i hovedsak for å sikre et godt samfunnsvern. Samtidig kan det reises spørsmål ved om rettsreglene er så godt begrunnet som de burde være. Tankene mine rundt dommen har endret seg siden jeg leste den første gang, men likevel illustrerer den godt avhandlingens tema. Domfelte hadde nok en gang begått tyveri, noe som ut ifra samfunnsmessige hensyn selvsagt burde tillegges skjerpende vekt ved straffutmålingen. Det forrige lovbruddet lå femten år tilbake i tid, og domfelte hadde tilsynelatende levd et lovlydig liv siden endt soning.⁴ Dommen fikk meg til å undre over hvor grensen går. Hvor lenge kan tidligere kriminalitet hefte ved lovbrøyteren og brukes som et straffeskjerpende moment?

¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

² Heretter § 79 bokstav b.

³ HR-2013-1892-A redegjøres grundig for i avhandlingens 3.2, men brukes flere steder.

⁴ HR-2013-1892-A avsnitt 19.

Tidligere kriminalitet er et særlig relevant moment ved straffutmålingen fordi det er et stort antall lovbrøyttere som på nytt begår kriminelle handlinger.⁵ Likevel kan det innvendes at momentet ofte kunne vært problematisert både bredere og grundigere av domstolene. Dette er trolig et utslag av at prinsippet i lang tid har vært fast og sikker rett: det er tilsynelatende ikke noe poeng å problematisere. Dette bærer også forarbeidene preg av. Det er ikke nødvendigvis tatt hensyn til at vi lever i et dynamisk samfunn med økt kunnskap. I dag vet vi at strengere fengselsstraff ikke nødvendigvis har den avskrekkende effekten vi ønsker at den skal ha, verken for de som begår kriminelle handlinger eller for de som lever et lovlydig liv.

Paragraf 79 bokstav b og § 77 bokstav k har flere likhetstrekk. Begge fastslår at tidligere kriminalitet er et relevant straffutmålingsmoment, dersom man på nytt har begått et lovbrudd av samme karakter. Det er likevel mye som skiller de to bestemmelsene. Paragraf 79 bokstav b andre ledd første punktum har et absolutt forbud mot å bruke kriminalitet begått da man var under 18 år som et skjerpene moment, mens et av hensynene bak § 77 bokstav k er å ramme nettopp denne gruppen.⁶ Paragraf 79 bokstav b andre ledd andre og tredje punktum oppstiller en seksårsfrist for forbrytelser med en strafferamme på mer enn 1 år, og en tidsfrist på 2 år for forbrytelser med en strafferamme på 1 år eller mindre. Paragraf 77 bokstav k har imidlertid ingen eksplisitt tidsfrist for hvor lenge et tidligere lovbrudd kan brukes som straffeskjerpene moment. Disse forskjellene skyldes i stor grad at man risikerer en strengere skjerpelse etter § 79 bokstav b fordi bestemmelsen åpner for en forhøyelse av den øvre strafferammen. Det kan likevel stilles spørsmål ved om forskjellene mellom de to bestemmelsene er godt nok begrunnet.

Det er også av interesse å se tidligere kriminalitet i sammenheng med en av de fem grunnprinsippene i kriminalomsorgen, nærmere bestemt prinsippet om at domfelte har gjort opp for seg når straffen er ferdig sonet.⁷ Kriminalomsorgen sitt prinsipp kan virke inkonsekvent sammenlignet med prinsippet om at tidligere kriminalitet skal være et skjerpene moment ved straffutmålingen.

⁵ Statistikk over en femårsperiode viser at det er 43 prosent som på nytt begår lovbrudd (SSB 2019). SSB bruker absolutte tall. Jeg har regnet om til prosent fordi det er lettere å forholde seg til: $(31\,316 \text{ siktede personer med tilbakefall} / 72\,878 \text{ siktede personer i tilbakefallsstatistikken}) * 100 \text{ prosent} = 42,97 \text{ prosent} \approx 43 \text{ prosent}$.

⁶ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) *Bokstav k* s. 272.

⁷ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 19.

De nevnte problemstillingene vil naturlig foranledige spørsmålet om det er hensiktsmessig å bruke tidligere kriminalitet som straffeskjerpene moment. Dette er noe jeg vil drøfte særskilt i kapittel 4. For et bredere perspektiv vil de norske rettsreglene bli sammenlignet med gjentaksreglene i USA og Danmark.

Til sist er det noen aktuelle sider mot foreldelse av straffansvar. Et av hovedhensynene bak foreldelse er at etter en viss tid er det ikke formålstjenlig, verken for samfunnet eller vedkommende, å ilegge straff.⁸ Et slikt hensyn er ikke tatt i betraktning ved utformingen av § 77 bokstav k, tvert imot er bestemmelsen ment å brukes i de tilfeller man er utenfor § 79 bokstav b sitt virkeområde. Dette gjør en sammenligning særlig interessant.

1.2 Metode

Tidligere kriminalitet som straffutmålingsmoment er et godt etablert prinsipp som ikke er særlig omdiskutert i teorien. Da jeg startet letingen etter andre rettskilder som problematiserte de problemene jeg mente forelå, fant jeg ingenting, ikke noe annet enn at det er et veletablert prinsipp vi har hatt i svært lang tid. Dette gjorde meg imidlertid enda mer interessert i å finne svar på de spørsmålene jeg satt med. For at avhandlingen skulle bli allsidig, har jeg vært innom en rekke ulike rettskilder. Jeg har tatt utgangspunkt i lovtekst, for deretter å se hva lovgiver har uttalt i forarbeidene. Forarbeidene har vært viktig for å forstå hvordan rettsreglene har utviklet seg gjennom tiden til i dag, og for å få innsikt i de hensyn som ligger bak rettsreglene.

For å få et innblikk i hvordan rettsreglene blir anvendt i praksis har jeg benyttet høyesterettsdommer.⁹ Forhøyelse av den øvre strafferammen ved gjentakelse har i ulike versjoner vært lovfestet i Norge siden før straffeloven 1902.¹⁰ Straffeskjerpelse innenfor strafferammen som følge av tidligere kriminalitet er utarbeidet gjennom høyesterettspraksis

⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 380.

⁹ Høyesterett dømmer i siste instans jf. Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grunnloven) § 88 første ledd første punktum.

¹⁰ Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven 1902); Straffelovkommissionen (1885) s. 109 *ad* § 61.

over lang tid. Det er Høyesterett med utgangspunkt i lovtekst og forarbeider som styrer utviklingen av straffnivået. De har siste ord for i hvilke tilfeller, og med hvor mye, straffen skal skjerpes som følge av de to bestemmelsene. Av denne grunn har høyesterettsdommer vært særlig viktig. I avhandlingen vil det bli brukt dommer hvor både straffeloven 1902 og straffeloven 2005 anvendes. Straffeloven § 79 bokstav b er en videreføring av straffeloven 1902 § 61.¹¹ Og straffeloven § 77 er en kodifisering av gjeldende rett: I dommer hvor skjerpelse skjer etter tradisjonelle straffutmålingsprinsipper tilsvarer dette skjerpelse etter § 77 bokstav k.¹²

Jeg har valgt å sammenligne tidligere kriminalitet med ett av kriminalomsorgens sentrale prinsipper, nemlig at domfelte har gjort opp for seg ved gjennomført straff. En slik sammenligning kan i et metodisk perspektiv virke betenkelig ved første øyekast. Kriminalomsorgen har fokus på hva som skjer under og etter soning, mens lovgiver har fokus på konsekvensene det får når man begår kriminelle handlinger. Det foreligger et interessant samspill her. Det er kriminalomsorgen sin oppgave å sørge for at straffen blir gjennomført i samsvar med straffens tilsiktede virkninger. En av disse virkningene er straffens evne til å påvirke lovbrøyteren til ikke å begå nye lovbrudd i fremtiden. Kriminalomsorgen og lovgiver har dermed et felles mål om at så få som mulig skal begå kriminelle handlinger på nytt.¹³ Dette uttrykkes imidlertid gjennom ulike prinsipper, og jeg ønsket derfor å se disse i lys av hverandre.

Jeg har videre valgt å bruke statistikk om tilbakefall for gjentatt kriminalitet fra Norge, USA og Danmark. Dette kan også virke betenkelig siden statistikk ikke er en kilde med rettskildevekt. Statistikk bidrar imidlertid til å synliggjøre aktualiteten av hovedproblemstillingen. Det ville vært vanskelig å si noe om hvilken virkning de ulike rettsreglene om gjentaksstraff i praksis har uten konkrete tall på hvor mange som på nytt begår kriminelle handlinger. Statistikk har derfor vært et viktig verktøy for å kunne sammenligne de ulike rettsreglene i de ulike landene.

¹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 469 og 470.

¹² Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 268 *Til både § 77 og § 78*.

¹³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78 og St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 7.

Avhandlingen er rettsdogmatisk fordi den redegjør for gjeldende rett. Det er innslag av de lege ferenda-drøftelser i den forstand at det reises spørsmål ved om rettsreglene er godt begrunnet, og et forslag til hvordan rettsreglene kanskje bør være. Som nevnt tidligere, er tema lite omdiskutert, og avhandlingen beror derfor på egne perspektiver ut ifra de angitte kildene.

1.3 Avgrensninger

Straffeloven § 79 bokstav b og § 77 bokstav k er generelle regler for gjentaksstraff, og det avgrenses til disse.¹⁴ Tidligere kriminalitet begått i riket eller i utlandet er likestilt som straffeskjerpene moment.¹⁵ Dette har vært lovfestet i norsk rett siden straffeloven 1902.¹⁶ Likevel har Høyesterett tidligere utvist en forsiktighet ved å anvende dommer fra utlandet. Dette har imidlertid endret seg etter det ble videreført i straffeloven § 79 bokstav b.¹⁷ Problemstillinger rundt tidligere kriminalitet fra utlandet vil derfor ikke bli nærmere omtalt.

Avhandlingen begrenses til fire forbrytelseskategorier. Ved lovendring av straffeloven 1902 § 61 uttalte departementet at formålet var å skjerpe straffen for gjentatte vinning-, volds- og seksualforbrytelser.¹⁸ Det er derfor naturlig å avgrense til disse. Narkotikaforbrytelser er også tatt med fordi det er en forbrytelseskategori som er særlig samfunnsskadelig.

Såkalte «gjengangere» faller på siden av avhandlingens tematikk. Avhandlingen omhandler ikke dem som til stadighet begår lovbrudd av samme karakter innenfor en relativt kort tidsperiode. Det er enighet i at det burde få verre konsekvenser. Det som er kjernen i avhandlingen er de som, påståelig, ikke har utvist et såkalt kriminelt gjengangermønster, men som likevel får skjerpet straffen for lovbrudd langt tilbake i tid.

¹⁴ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 76 og Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 268 *Til både § 77 og § 78.*

¹⁵ Jf. § 79 bokstav b og § 77 bokstav k jf. HR-2011-1773-A avsnitt 13 og HR-2013-1892-A avsnitt 19.

¹⁶ Straffelovkommissionen (1885) s. 109 *ad § 61* avsnitt 3.

¹⁷ Matningsdal (2015) s. 756 9.2.

¹⁸ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 94 *Til § 61.*

For forhold begått før dommen i en annen sak avsies, kan det avsies tilleggsdom når forholdene kunne vært pådømt samtidig.¹⁹ Dette vil i praksis si at hvis man begår to lovbrudd nærme nok i tid, vil ikke den første dommen tale for en skjerpelse av straffen, men resultere i en mildere dom. Avhandlingen omhandler, som nevnt ovenfor, de som får straffen skjerpet for lovbrudd langt tilbake i tid, og problemstillinger rundt temaet etterskuddsdom må derfor utelates.

Det er benyttet statistikk enkelte steder i avhandlingen, særlig i kapittel 4. Det er imidlertid ikke foretatt et dypdykk i undersøkelser på området. Det ville vært en avsporing til tiltak som kan forhindre tilbakefall til en kriminell løpebane. Avhandlingen omhandler hva som skjer når man på nytt begår en kriminell handling, ikke hva vi som samfunn gjør for å forhindre dette.

1.4 Videre fremstilling

I avhandlingens kapittel 2 blir det først redegjort for straffeloven § 77 bokstav k og deretter for § 79 bokstav b. Bestemmelsene er sentrale i avhandlingen, og det er derfor viktig å tidlig få oversikt over deres innhold. Videre i kapittel 2 blir de ulike begrensningene i de to bestemmelsene problematisert, etterfulgt av en drøftelse av tilfeller hvor tidligere kriminalitet ikke blir tillagt straffeskjerpene vekt. I kapittel 3 blir tidligere kriminalitet vurdert i lys av prinsippet om at domfelte har gjort opp for seg etter endt soning. På bakgrunn av de overstående drøftelsene vil det i kapittel 4 reises et spørsmål om det er hensiktsmessig å skjerpe straffen som følge av tidligere kriminalitet. I kapittel 5 foretas en sammenligning av de hensyn som ligger bak rettsreglene om foreldelse av straffansvar med de hensyn som ligger bak tidligere kriminalitet som skjerpene straffutmålingsmoment. Avslutningsvis foretas slutninger ut ifra de funn som er gjort.

¹⁹ Straffeloven § 82.

2 Tidligere kriminalitet som skjerpende straffutmålingsmoment

2.1 Gjentakelsesreglene

2.1.1 Straffeloven § 77 bokstav k

Tidligere kriminalitet som skjerpende straffutmålingsmoment innenfor strafferammen berodde tidligere på fast og langvarig praksis fra domstolene. Ved straffeloven 2005 ble skjerpende og formildende momenter ved straffutmålingen lovfestet i § 77 og § 78. Disse momentene er ikke uttømmende som følge av ordlydens «især». Hovedformålet bak lovfesting var å gjøre straffeloven mer informativ og tilgjengelig ved å ta inn forhold som skal tillegges vekt ved straffutmålingen.²⁰ Lovfestingen skaper med andre ord større forutberegnelighet.

Skjerpende momenter ved straffutmålingen finner vi i § 77. Etter bestemmelsens bokstav k er det lagt til grunn at det i skjerpende retning skal tas i betraktning at lovbruddet er begått av noen som «tidligere er ilagt en strafferettslig reaksjon for liknende handlinger». Lovens ordlyd viser i klartekst at lovgiver mener at dersom man på nytt begår en kriminell handling som er av liknende karakter som et tidligere lovbrudd, taler dette for en strengere reaksjon enn om det dreide seg om et førstegangsløvbrudd.

Unntaket følger av forarbeidene: Dersom det er gått svært lang tid og det dreier seg om et mindre alvorlig lovbrudd, kan tidligere strafferettslig reaksjon ses bort fra. Det er spesifisert at disse som hovedregel kan ses bort fra om de ligger 30 år tilbake i tid.²¹ I praksis ses det også bort fra om det ligger tettere opp i tid mot det nye forholdet.²²

²⁰ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 12.

²¹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 272 *Bokstav k*.

²² Matningsdal (2015) s. 700 *18*.

Dette ser vi et eksempel på i en dom fra 2008.²³ Domfelte hadde en tidligere domfellelse som lå tolv år tilbake i tid, og han var igjen domfelt for et lignende forhold. Spørsmålet var om den tidligere domfellelsen kunne ses bort fra selv om straffen i utgangspunktet kunne skjerpes etter tradisjonelle straffutmålingsprinsipper. Høyesterett uttalte at når det kun foreligger en tidligere domfellelse, og denne ligger så langt tilbake i tid som tolv år, åpner det lettere for unntak fra hovedregelen, enn i tilfeller hvor vedkommende har flere tidligere domfellelser. Bakgrunnen for uttalelsen var at prinsippet som ligger bak straffeloven 1902 § 61, om at straffeskjerpelse får mindre gjennomslagskraft etter hvert som tiden går, også måtte få betydning her.²⁴

Tidligere kriminalitet som straffeskjerpene moment beror i stor grad på skjønn. Til tross for Høyesterett sine uttalelser om en tolvårsfrist, åpner forarbeidene for at tidligere kriminalitet *kan* bli tillagt straffeskjerpene vekt i lengre tid. I den aktuelle dommen var det tale om annengangs promillekjøring, og det må derfor antas å være en tidsfrist utover tolv år for mer alvorlige tilfeller som volds-, vinnings- og seksualforbrytelser.

2.1.2 Straffeloven § 79 bokstav b

Straffeloven § 79 bokstav b er ment å brukes der samfunnsvernet ikke er godt nok ivaretatt ved bruk av de ordinære strafferammene i hvert enkelt straffebud.²⁵ Dersom man tidligere har begått en kriminell handling av «samme art», kan fengselsstraffen forhøyes inntil det dobbelte av strafferammen i det aktuelle straffebudet. På bakgrunn av de vide strafferammene i lovgivningen har dette i praksis liten betydning.²⁶ Det er sjelden man havner utenfor strafferammen ved gjentakelse, selv i de tilfeller straffen skjerpes betraktelig.

«Samme art» indikerer at det ikke er et krav om at det nye lovbruddet må gjelde samme straffebud som man tidligere er dømt for. Det er tilstrekkelig at det er lik karakter på de to forbrytelsene. Departementet har uttalt at vilkåret er oppfylt såfremt saken gjelder samme

²³ HR-2008-1659-A.

²⁴ HR-2008-1659-A avsnitt 9 til 11.

²⁵ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 95.

²⁶ Matningsdal (2015) s. 757 12.

straffalternativ eller straffebed. Det er også oppfylt når det er tale om gradsforbrytelser som tyveri og grovt tyveri, og i de tilfeller man tidligere er dømt for en sammensatt forbrytelse.²⁷ Et viktig moment ved vurderingen er om straffebedene verner de samme interessene.²⁸ For eksempel har Lise fra tidligere en dom på ran etter § 327, og hun er nå tiltalt for kroppskrenkelse etter § 271. Begge straffebedene har et voldsvilkår, og verner følgelig noen av de samme interessene. Straffen kan dermed skjerpes etter § 79 bokstav b: Lise risikerer at straffen forhøyes utover den øvre strafferammen i § 271 om kroppskrenkelse.

Hvor mye straffen skal skjerpes beror på en konkret vurdering av en rekke forhold. Den kan likevel aldri forhøyes med mer enn 6 år og aldri ut over 21 år etter første ledd. Man skal se på det enkelte lovbrudd og den enkelte lovbrøyer. Sentrale momenter er handlingens objektive grovhet, gjerningspersonen subjektive skyld og andre omstendigheter ved gjerningspersonen.²⁹ Gjennom en slik konkret vurdering skapes et skille mellom lovbrøyer. For eksempel vil rusmisbrukere som stjeler for å skaffe penger til narkotika, behandles mildere enn de som stjeler med profesjonelt tilsnitt med formål om å livnære seg av virksomheten. Dette er fordi straffen skal være rimelig og rettferdig sett ut fra det enkelte lovbrudd og den enkelte lovbrøyer.³⁰

I motsetning til § 77 bokstav k, har § 79 bokstav b flere vilkår som har betydning for når og hvor lenge bestemmelsen kan anvendes. Disse fremgår av bokstav b andre ledd. Etter andre ledd første punktum kommer ikke § 79 bokstav b til anvendelse dersom vedkommende ennå ikke hadde fylt 18 år på handlingstidspunktet, og handlingen er begått etter at straffen er helt eller delvis fullbyrdet. Dette innebærer at dersom man har begått et lovbrudd som mindreårig, kan ikke dette lovbruddet brukes for å skjerpe straffen for lovbrudd begått etter man har fylt 18 år. Dette forholder seg annerledes etter § 77 bokstav k, hvor Høyesterett har uttalt at et slikt forbud ikke gjelder.³¹

²⁷ En sammensatt forbrytelse er når gjerningsbeskrivelsen i et straffebed omfatter flere handlinger som også hver for seg er straffbare etter andre straffebed. For eksempel består ran etter § 327 av tyveri etter § 321 og kroppskrenkelse etter § 271 (Jusinfo u.å. avsnitt 7).

²⁸ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 94 *Til § 61*.

²⁹ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 94 *Til § 61*.

³⁰ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 74 nederst.

³¹ HR-2018-2096-A avsnitt 23; Se avhandlingens 2.3.3.

Det er videre et vilkår om at den tidligere straffereaksjonen må være helt eller delvis fullbyrdet før det nye straffbare forholdet er begått. Det er ikke tilstrekkelig at man har en tidligere dom, man må ha fullbyrdet straffen eller påbegynt fullbyrdingen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.³² Bakgrunnen for dette er at det skal være straffen, ikke den kriminelle handling eller dommen som sådan som skal endre tankesettet og handlemåten til lovbyteren.³³

Paragraf 79 bokstav b andre ledd andre og tredje punktum fastslår et skille for forbrytelser med en strafferamme på mer enn 1 år og 1 år eller mindre. For forbrytelser med en strafferamme på mer enn 1 år inntreer ikke gjentakelsesvirkningen hvis den nye handlingen er begått senere enn 6 år. For forbrytelser med en strafferamme på 1 år eller mindre, kan det ikke ha gått mer enn 2 år. Fristen begynner å løpe når straffen er fullbyrdet.

Bak de to tidsfristene ligger individualpreventive hensyn som taler for at straffeskjerpelse får mindre gjennomslagskraft jo lenger tilbake i tid det forrige lovbruddet ligger.³⁴ Det kan virke skremmende for den alminnelige borger at § 79 bokstav b ikke kan anvendes i de tilfeller noen på nytt, for eksempel syv år etter endt soning for drap, begår et nytt drap. Imidlertid vil § 77 bokstav k sørge for at det tidligere drapet er et straffeskjerpene moment, og det vil derfor uansett veie tungt i straffutmålingen. Dette gjør at § 77 bokstav k fremtrer som en sikkerhetsventil som brukes i de tilfeller man er utenfor § 79 bokstav b sitt virkeområde.

I forlengelsen av det som er omtalt i dette delkapitlet oppstår det et spørsmål om hvorfor § 77 bokstav k ikke har en tilsvarende lovfestet tidsfrist som § 79 bokstav b. Det oppstår også et spørsmål om hvorfor § 77 bokstav k har til hensikt å ramme de som har begått kriminalitet som mindreårig, når § 79 bokstav b har et absolutt forbud mot dette. Disse spørsmålene vil bli drøftet i det neste delkapitlet.

³² Matningsdal (2015) s. 754 8.3.

³³ Straffelovkommissionen (1885) s. 109 *ad* § 61 avsnitt 1.

³⁴ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 85.

2.2 Ulikhetene mellom straffeloven § 79 bokstav b og § 77 bokstav k

2.2.1 Innledning

Hensikten bak § 79 bokstav b og § 77 bokstav k er lik: Gjentakende kriminelle handlinger er uønsket og skal slås hardt ned på. Dette er uttrykt av lovgiver ved at det er skjerpene å begå et lovbrudd som er av «samme art» etter § 79 bokstav b, eller en «liknende handling» etter § 77 bokstav k, som det foregående lovbrudd. De to bestemmelserne har som nevnt ulike begrensninger med tanke på tidsfrister og aldersvilkår. Disse skal nå ses nærmere på.

2.2.2 Tidsbegrensning

Som tidligere nevnt i kapitlet, inntreer ikke gjentakelsesvirkningen etter § 79 bokstav b ved ny begått kriminalitet 2 år eller 6 år, avhengig av strafferammen, etter at straffen er fullbyrdet. Dette står i kontrast til § 77 bokstav k hvor det ikke er uttalt noen absolutt frist.³⁵

Problemstillingen i dette delkapitlet er hvorfor er det ulike tidsfrister i § 79 bokstav b og § 77 bokstav k, og er disse ulikhetene velbegrunnede.

Ulike versjoner av forhøyelse av den øvre strafferammen ved gjentakelse har, som nevnt i delkapittel 1.2, vært lovfestet i Norge siden før straffeloven 1902 trådte i kraft. Før denne ikrafttredelsen var den lovbestemte tidsfristen 10 år. Da straffeloven 1902 § 61 ble utarbeidet, gikk tidsfristen fra 10 år til 6 år. Bakgrunnen for dette var at man ikke kunne anses som «professionel Forbryder» når det forelå seks år mellom domfellelsene.³⁶ Ved lovendringen av § 61 i 2003 ble det bestemt at gjentakelsesreglene skulle skjerpes. I den anledning ble det langt ned grundig arbeid ved vurderingen av om en skjerpelse etter § 61 var nødvendig.³⁷ Seksårsfristen

³⁵ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 272 *Bokstav k*.

³⁶ Straffelovkommissionen (1885) s. 109 *ad § 61* avsnitt 2.

³⁷ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 73 til 86 og 94 til 95.

ble fastholdt på bakgrunn av det allerede omtalte hensynet om at tidligere kriminalitet får mindre gjennomslagskraft som straffeskjerpene moment etter hvert som tiden går.³⁸

Dette skiller seg fra utarbeidelsen av straffeloven § 77 bokstav k. Det ble konstatert en lovfestelse av det tradisjonelle straffutmålingsprinsippet om at tidligere kriminalitet er et straffeskjerpene moment. Det ble fastslått at momentet som hovedregel skal anvendes ved straffutmålingen. Avslutningsvis stilte departementet spørsmål om det egentlig var nødvendig å lovfeste tidligere kriminalitet som en skjerpene omstendighet etter § 77 fordi det var et så åpenbart moment.³⁹

Departementet sine uttalelser viser oss at hensynene blir vektlagt ulikt ved de to tilsynelatende like bestemmelsene. De individualpreventive og allmennpreventive hensyn som taler i retning for at man på et tidspunkt skal slippe å straffes hardere for gamle synder veier tungt ved § 79 bokstav b. De samme hensynene har mindre vekt etter § 77 bokstav k, fordi bestemmelsen har til hensikt å ramme de tilfellene hvor man er utenfor § 79 bokstav b sitt virkeområde.⁴⁰ Det tar med andre ord lengre tid før de samme hensynene gjelder for også § 77 bokstav k. Dette kan indikere at hensynene bak § 79 bokstav b ikke egentlig har den tyngden det gis uttrykk for.

Bakgrunnen for at hensynene gjelder i ulik styrke på ulike tidspunkter er at det er mer klander i å begå et nytt lovbrudd nært i tid etter endt soning. Jo nærere i tid, jo større klander. Det signaliserer at straffen ikke var avskrekkende nok første gang, og taler for at en strengere straff er nødvendig denne gang.⁴¹ Dette medfører at dersom man i løpet av de neste seks årene etter straffen er fullbyrdet på nytt begår et lovbrudd, kan en forhøyelse av strafferammen være hensiktsmessig. Etter hvert som tiden går, vil imidlertid graden av klander bli mindre, og behovet for å straffe like strengt for gjentagende kriminalitet vil svekkes. Likevel forsvinner ikke klander helt, man har tross alt vist at man ikke har lært noe av straffen. Av denne grunn

³⁸ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 85.

³⁹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 272 *Bokstav k*.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 272 *Bokstav k* og blant annet HR-2018-491-A avsnitt 23.

⁴¹ NU 1984: 2 s. 50 andre avsnitt.

er det hensiktsmessig at § 77 bokstav k fanger opp disse tilfellene. Det sikrer et tryggere samfunn for den alminnelige borger.

Likevel kan det stilles spørsmål ved hvor lenge det er hensiktsmessig at § 77 bokstav k fanger opp disse tilfellene. I en dom fra 2013, som også er inspirasjonen bak avhandlingen, hadde tiltalte begått fire tyverier på offentlig sted. En tidligere domfellelse ble tillagt skjerpene vekt ved straffutmålingen, til tross for at det var tolv år siden domfelte fullbyrde den tidligere straffen og femten år siden dommen ble avsagt.⁴² Domfelte hadde tilsynelatende vært lovlydig i mellomtiden, og det var andre forhold som alene kunne sørget for at straffen ble nødvendig skjerpene.⁴³ Lignende ser vi i en dom fra 2018 som omhandlet legemsfornærmelse. Den tidligere domfellelsen lå ti år tilbake i tid, og den ble tillagt en «ikke nevneverdig betydning for straffutmålingen».⁴⁴ Det er ikke uttalt i noen av de to dommene hvor mye straffen ble skjerpene som følge av deres tidligere dom. Likevel illustrerer dommene at tidligere kriminalitet som ligger både ti og femten år tilbake i tid, kan bli tillagt vekt ved straffutmålingen som følge av § 77 bokstav k.

I tillegg til dette ser vi også en uregelmessighet i hvor mye vekt tidligere dommer blir tillagt. For eksempel i en dom fra 2012 hadde domfelte uprovosert sparket en ukjent mann i hodet med stor kraft. Fra perioden 2004 til 2008 hadde mannen fire tidligere dommer for vold. Enkelte av disse var dermed innenfor seksårsfristen i straffeloven 1902 § 61 og bestemmelsen kunne følgelig brukes. Likevel ble straffen bare skjerpene med 1 til 2 måneder etter tradisjonelle straffutmålingsprinsipper.⁴⁵ Til sammenligning hadde domfelte i en dom fra 2013 begått seksuelle handlinger mot sin stedatter. Fra tidligere hadde han en dom fra 2005 for to tilfeller av seksuell omgang med hans daværende stedatter. De nye overgrepene startet allerede i 2009, og man var dermed innenfor seksårsfristen i straffeloven 1902 § 61. Straffen ble som følge av dette skjerpene med ytterligere seks måneder i fengsel.⁴⁶

⁴² HR-2013-1892-A avsnitt 19. Den foregående dommen var fengsel i tre år og lå tilbake i 1998. Det antas derfor at straffen var fullbyrde i 2001. De nye tyveriene ble begått fra desember 2012 til januar 2013 jf. avsnitt 8.

⁴³ HR-2013-1892-A avsnitt 19; Se avhandlingens 3.2.

⁴⁴ HR-2018-1660-A avsnitt 40.

⁴⁵ HR-2012-1338-A avsnitt 23 til 26.

⁴⁶ HR-2013-511-A avsnitt 26 til 27.

Det er ingen tvil om at det er riktig i begge tilfellene å skjerpe straffen. Personene utgjør en fare, og har vist gjentakende opptreden. Det som er interessant er at begge gjelder de forbrytelseskategoriene det er uttalt i forarbeidene at det skal slås særlig hardt ned på.⁴⁷ Likevel ser vi en klar forskjell i straffutmålingen. I voldsdommen hadde domfelte fire tidligere overtredelser hvor enkelte av dem var innenfor seksårsfristen. I seksuallovbrudd-dommen hadde domfelte en tidligere dom som var innenfor seksårsfristen. Likevel ble straffen kun skjerpet etter § 61 i seksuallovbrudd-dommen.

I forlengelsen av det som er omtalt er det en del som tyder på at dagens regler er litt for skjønnsmessige. Det foreligger variasjoner i hvor mye vekt tidligere kriminalitet blir tillagt, og dette kan medføre at det straffeskjerpene momentet kan virke noe vilkårlig i enkelte saker. Likhetsprinsippet er et ulovfestet prinsipp som står sentralt i strafferetten. Like tilfeller skal behandles likt.⁴⁸ Det er imidlertid sjeldent tilfeller er helt like. Enhver sak varierer, ut ifra hvem som er fornærmede, hva slags forbrytelse det er tale om, hvem som begår forbrytelsen og ikke minst forhistorien til lovbyteren. Det må derfor finnes rom for skjønn slik at rettsreglene fanger opp dem som begår gjentakende uønsket atferd. I enkelte saker er det klart nødvendig å kunne skjerpe straffen betraktelig, særlig når det er tale om alvorlige forbrytelser som for eksempel drap. Det er med på å skape en trygghetsfølelse hos den alminnelige borger. Man skal kunne ferdes i samfunnet uten frykt for å bli utsatt for kriminalitet. Departementet har uttalt at de som konsekvent viser at de ikke evner å respektere samfunnets grunnleggende normer, bør møtes med klart skarpere reaksjoner enn de som leilighetsvis foretar straffbare handlinger.⁴⁹ Likevel finnes det tilfeller hvor også de som av og til foretar straffbare handlinger, blir møtt med en strengere reaksjon. Slik vi så i de tidligere omtalte dommene, hvor tidligere kriminalitet som lå ti og femten år tilbake i tid ble tillagt straffeskjerpene vekt som følge av § 77 bokstav k.⁵⁰

Det er ulike tidsfrister i § 79 bokstav b og § 77 bokstav k, fordi § 79 bokstav b kan medføre en forhøyelse av strafferammen. Hensynene som ligger bak tidsfristene i § 79 bokstav b er velbegrunnet i forarbeidene. Imidlertid er det ikke spesifiserte tidsfrister for § 77 bokstav k. Det

⁴⁷ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 94 *Til § 61*.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 60.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 154.

⁵⁰ HR-2013-1892-A avsnitt 19 og HR-2018-1660-A avsnitt 40.

er en del som indikerer at klare, godt begrunnede tidsfrister også er nødvendig for § 77 bokstav k. Dette kan gi et resultat som er mer i samsvar med likhetsprinsippet, og det vil gjøre straffen mer forutsigbar for de som bryter loven, og for deres familie og venner.

2.2.3 Aldersbegrensning

Som tidligere nevnt i kapittel 2.1, er det oppstilt et forbud i straffeloven § 79 bokstav b andre ledd første punktum om at kriminalitet begått som mindreårig, ikke kan brukes som et skjerpende moment ved straffutmålingen for kriminalitet begått etter fylte 18 år. Samtidig er det uttalt i forarbeidene at et av formålene med § 77 bokstav k er å ramme nettopp denne gruppen lovbrøyttere.⁵¹

Problemstillingen for delkapitlet er hvorfor åpner § 77 bokstav k for at tidligere kriminalitet begått som mindreårig, kan brukes som skjerpende moment ved straffutmålingen for lovbrudd begått da man var over 18 år, når § 79 bokstav b andre ledd oppstiller et klart forbud mot dette.

Ulikheten kan også her delvis begrunnes i forskjellen på hvor inngripende de to bestemmelsene er. Det er selvsagt mer inngripende at man risikerer at strafferammen forhøyes for en kriminell handling man begikk da man var 16 år etter § 79 bokstav b, enn at straffen blir skjerpet utover normalstraffen som følge av § 77 bokstav k. Dette taler for at en viss forskjell er hensiktsmessig.

Etter § 78 bokstav i er det en formildende omstendighet at lovbrøytteren var under 18 år på handlingstidspunktet. Dette gir uttrykk for at mindreårige ikke skal straffes like strengt som voksne. Hensynet bak bestemmelsen er at barns modenhet og forståelse av rekkevidden av straffbare handlinger ikke er fullt utviklet før man er 18 år.⁵² Straffen skal bero på en helhetsvurdering av barnets individuelle behov, likhetshensyn, hensynet til samfunnsvern og allmennpreventive hensyn samt lovbruddets art og grovhet. Barn skal bedømmes mildere fordi

⁵¹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 272 *Bokstav k*.

⁵² Prop. 135 L (2010-2011) 14.10.

det må antas at de ikke har samme vurderingsevne som voksne, og straff vil virke mer belastende på dem.⁵³ Dette taler i retning av at kriminalitet begått før fylte 18 år, ikke skal brukes i skjerpene retning ved straffutmålingen for lovbrudd begått etter fylte 18 år.

Dersom man var under 18 år på handlingstidspunktet, kan man bare idømmes ubetinget fengselsstraff når det er «særlig påkrevd» etter § 33 første punktum. Det kan kun unntaksvis ilegges ubetinget fengselsstraff for førstegangsforbrytere under 18 år, og det er en forutsetning om en alvorlig straffbar handling.⁵⁴ Det er dermed en særlig høy terskel for å bli idømt ubetinget fengsel som mindreårig. Fengselsstraffen kan heller ikke overstige 15 år etter andre punktum. Dette er også slått fast i § 79 første ledd. Imidlertid er det ikke et krav om ubetinget fengselsstraff for at det tidligere lovbruddet skal kunne brukes som straffeskjerpene moment. Det holder at det nye lovbruddet er en «liknende handling» som det foregående etter § 77 bokstav k. Paragraf 33 illustrerer sammen med § 79 første ledd og bokstav b andre ledd at det er formildende at lovbrøyteren var mindreårig på handlingstidspunktet. Dette taler i retning av at lovbruddet i ettertid ikke skal kunne brukes som straffeskjerpene moment. Av denne grunn synes det merkverdig at det samme ikke gjelder etter § 77 bokstav k.

Hensikten bak § 77 bokstav k stemmer ikke overens med hensynene bak § 79, § 78 bokstav i og § 33. Det kan virke både forvirrende og dels uforståelig for den alminnelige borger at intensjonen bak § 77 bokstav k er å ramme nettopp den forbrytergruppen § 79 bokstav b har et absolutt forbud mot å ramme. Problemstillingen var nylig oppe i Høyesterett.

I HR-2018-2096-A var domfelte dømt for seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år da han var 20 år. Fra tidligere var han som femtenåring straffedømt for to tilfeller av samleie med barn under 14 år. Problemstillingen var om kriminalitet begått som mindreårig, kan tas i betraktning for kriminalitet begått etter fylte 18 år. De aktuelle spørsmålene var om det var

⁵³ Prop. 135 L (2010-2011) 9.6.2.4.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435 Til § 33.

adgang til å fremlegge bevis for domfellelser begått da siktede var barn, og om domfellelsene ved straffutmålingen kunne tillegges vekt i skjerpene retning.⁵⁵

Det første spørsmålet ble vurdert opp mot Barnekonvensjonens⁵⁶ artikkel 40, som gjør seg gjeldende som norsk lov.⁵⁷ Artikkel 40 inneholder minsterettigheter for barn som er anklaget for å ha begått et straffbart forhold. Det er i artikkelens nr. 2 bokstav b vii uttalt at barnets privatliv skal respekteres under hele saksgangen. Hvordan artikkelen skal tolkes må ses i lys av Barnekomiteens General Comment No. 10,⁵⁸ som gir generelle kommentarer til gjennomføringen av artikkelen. Vektleggingen av uttalelsene beror likevel på hvor godt forankret de er i konvensjonsteksten.⁵⁹

Avsnitt 66 og 67 i General Comment No. 10 ble anført av forsvareren. Etter avsnitt 66 heter det at kriminalitet begått da siktede var under 18 år, ikke skal brukes i en senere straffesak mot siktede når han er voksen. Høyesterett uttalte at dette må gjelde som en generell regel hvor det må tenkes unntak. Avsnitt 67 anfører at vandel for kriminalitet begått som mindreårig automatisk burde forsvinne når man blir myndig. Høyesterett fastslo at de to avsnittene måtte tolkes som anbefalinger for hvordan praksisen burde være, men at de ikke redegjør for det folkerettslige innholdet av Barnekonvensjonen artikkel 40. Dette skyldtes at avsnittene innledes med «recommends», og at det i avsnitt 67 er brukt «should». Det ble konkludert med at tidligere vandel burde slettes, men at det ikke er et absolutt krav.⁶⁰

Etter en totalvurdering ble det slått fast at Barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b vii ikke er til hinder for at det kan fremlegges bevis for domfellelser begått som mindreårig. Den

⁵⁵ HR-2018-2096-A avsnitt 10 og 11.

⁵⁶ FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (Barnekonvensjonen).

⁵⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 og § 3.

⁵⁸ General Comment No. 10 (2007): Children's rights in juvenile justice 2007.

⁵⁹ HR-2018-2096-A avsnitt 11 og 14.

⁶⁰ HR-2018-2096-A avsnitt 18 til 21.

inneholder heller ikke et forbud eller en begrensning mot at slike domfellelser kan tillegges vekt i skjerpene retning etter straffeloven § 77 bokstav k.⁶¹

Høyesterett tar et bevisst valg om å se bort fra anbefalingene i General Comment No. 10. Dette valget tas på grunnlag av at anbefalingene ikke er godt nok forankret i konvensjonsteksten. Dette synes merkverdig. Det er klart at General Comment No. 10 ikke er en norsk rettskilde, men det er retningslinjer for hvordan Barnekonvensjonen, en konvensjon som gjelder som norsk rett, skal tolkes. Den gjenspeiler hensikten bak de enkelte artikler i Barnekonvensjonen, og hensikten er klar: Det er ikke ønsket at kriminalitet begått som mindreårig skal brukes mot en i voksen alder. Dette er også i samsvar med forbudet i straffeloven § 79 bokstav b andre ledd. På den annen side er konklusjonen i samsvar med lovgivers hensikt for § 77 bokstav k, og lovgivers hensikt skal veie tungt.

Allmennpreventive hensyn taler i samme retning. Det er ønsket av samfunnet at gjentakende kriminalitet skal slås hardt ned på. Begår man flere lovbrudd av liknende karakter illustrerer det et kriminelt handlemønster som ikke er ønsket i det offentlige. Men på den annen side er det tale om barn som er en særlig sårbar gruppe. Dette ser vi utslag av i statistikken. Over en femårsperiode hadde 52 prosent av de mellom 15 til 17 år pådratt seg nye reaksjoner.⁶² Dette skiller seg fra den generelle tilbakefallsprosenten i Norge som ligger på 43 prosent.⁶³ Det er dermed en stor andel unge som på nytt begår lovbrudd. Man kan undres over om strengere fengselsstraff virkelig er løsningen for en så sårbar gruppe.

Til sammenligning har Danmark en klar mening om kriminalitet begått av mindreårige. Det ble foretatt en endring i de danske gjentakelsesreglene våren 2004.⁶⁴ Det ble vedtatt at også for forbrytelser begått før fylte 18 år, kan det tillegges gjentakelsesvirkning etter dansk straffelov⁶⁵

⁶¹ HR-2018-2096-A avsnitt 23.

⁶² SSB (2019) *Tabell 14*. SSB bruker absolutte tall. Jeg har regnet om til prosent: ((1049 personer med tilbakefall + 620 personer med tilbakefall + 382 personer med tilbakefall + 244 personer med tilbakefall + 96 personer med tilbakefall) / 4562 personer totalt i tilbakefallsstatistikken) * 100 prosent = 52,4 prosent ≈ 52 prosent.

⁶³ SSB (2019). Se utregning i fotnote 5.

⁶⁴ Rigsadvokatmeddelelse (2019) s. 6.

⁶⁵ Lov 20. september 2018 nr. 1156 Straffeloven (dansk straffelov).

§ 84 stk. 1, som er tilsvarende straffeloven § 79 bokstav b. Tidligere hadde Danmark et tilsvarende forbud som vi har i § 79 bokstav b andre ledd første punktum. Danmark har valgt å fjerne forbudet fordi de mener at det ikke burde foreligge et slikt skille ved fylte 18 år.⁶⁶ Det kan se ut som om de norske gjentaksreglene også er på vei dit.

Det er viktig å huske på at det dreier seg om unge mennesker som i utgangspunktet har hele livet foran seg. I dag vet vi hvor skadelig fengselsstraff er. Man risikerer å bli integrert i et kriminelt miljø, samtidig med at man mister kontakt med familie og venner. Veien tilbake til et lovlydig liv kan fort bli vanskelig.⁶⁷ På bakgrunn av dette har lovgiver lovfestet egne regler som tar hensyn til de tilfeller hvor lovbrøyteren var mindreårig på handlingstidspunktet. Det er en formildende omstendighet etter § 78 bokstav i. Det er en særlig høy terskel for fengselsstraff som følge av § 33. Og ikke minst et forbud mot å forhøye straffen etter § 79 bokstav b på grunn av slike lovbrudd. Dette har lovgiver likevel ikke tatt hensyn til ved § 77 bokstav k.

På bakgrunn av ovenstående drøftelse brukes kriminalitet begått som mindreårig, etter mitt syn, som et straffeskjerpene moment fordi det er ønsket av lovgiver, på tross av det lovfestede forbudet i § 79 bokstav b andre ledd. Dette medfører at § 77 bokstav k fungerer som unntaket til begrensningen i § 79 bokstav b andre ledd, et unntak hvor man «kun» risikerer å få skjerpet straffen utover normalstraffen.

Så langt i kapittel 2 har det stort sett vært tale om dommer hvor tidligere kriminalitet blir tillagt vekt som et skjerpene straffutmålingsmoment, men det finnes så klart tilfeller hvor tidligere kriminalitet ikke blir tillagt straffeskjerpene vekt. Dette skal ses nærmere på i påfølgende delkapittel.

⁶⁶ 2003/1 LSF 99 3.3.3.

⁶⁷ NU 1984: 2 s. 50 tredje avsnitt.

2.3 Når tidligere kriminalitet ikke blir tillagt vekt i skjerpende retning ved straffutmålingen

Straffen bør ikke skjerpes i alle saker der lovbrøyteren tidligere har begått lovbrudd av samme karakter. Det skal være opp til domstolen å finne det riktige straffenivået ved gjentakelse for hvert enkelt lovbrudd. Straffen må i ethvert tilfelle være rimelig og rettferdig.⁶⁸ Ut ifra de foregående dommene sitter man gjerne igjen med et inntrykk av at tidligere kriminalitet som oftest blir tillagt vekt ved straffutmålingen, også i de tilfeller man er utenfor § 79 bokstav b sitt virkeområde. Det er så klart ikke tilfelle, det finnes flere eksempler hvor tidligere kriminalitet ikke blir tillagt vekt som et skjerpende moment. Vi skal se på en av disse sakene.

Problemstillingen i dette delkapitlet er hvorfor tidligere kriminalitet i noen tilfeller ikke blir brukt som skjerpende straffutmålingsmoment til tross for at vilkårene i både straffeloven § 79 bokstav b og § 77 bokstav k er oppfylt.

Som nevnt i delkapittel 1.3, har straffeloven 1902 § 61 særlig til hensikt å gjelde ved gjentatte vinnings, volds- og seksualforbrytelser. Likevel er ikke gjentaksregelen begrenset til disse forbrytelseskategoriene. Straffen skal skjerpes i tilfeller hvor den ordinære strafferammen i det enkelte straffebed ikke ivaretar samfunnsvernet godt nok.⁶⁹ Et eksempel på dette kan være ved alvorlige narkotikaforbrytelser.

I HR-2018-1188-A (heretter narkotikadommen) var tiltalte dømt for grove narkotikaforbrytelser. Ved straffutmålingen anvendte tingretten § 79 bokstav b. Høyesterett kom imidlertid frem til at verken § 79 bokstav b eller § 77 bokstav k gjorde seg gjeldende.

Høyesterett uttaler i dommens avsnitt 17 at selv om tiltalte var straffedømt flere ganger tidligere var det i hovedsak for forhold av annen karakter. Dette til tross for en tidligere dom fra 2012

⁶⁸ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 74.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 94 og 95.

hvor han hadde innført *120 Pex-2 tabletter* som inneholdt det narkotiske virkestoffet alprazolam.⁷⁰ Den tidligere dommen lå dermed innenfor virkeområdet til § 79 bokstav b. Høyesterett slo kort fast at dommen omhandlet en mindre narkotikaovertrødelse som tingretten hadde vektlagt som en skjerpande omstendighet ved straffutmålingen for mer alvorlige forhold. Dessuten lå dommen relativt langt tilbake i tid, og tiltalte var bare 19 år på handlingstidspunktet. Dette resulterte i at verken § 79 bokstav b eller § 77 bokstav k ble anvendt.

Dette stemmer ikke overens med tidligere uttalelser man finner i høyesterettspraksis. En sammenligning med HR-2018-2096-A, som ble drøftet i delkapittel 2.3.3 ovenfor, vil derfor tilfører enkelte interessante perspektiver. Ulike forbrytelseskategorier verner ulike verdier i samfunnet, og straffen skal ikke nødvendigvis skjerpes likt. Dommen fra 2018 omhandler gjentagende seksuallovbrudd som det i utgangspunktet skal slås hardere ned på enn narkotikaforbrytelser.⁷¹

I narkotikadommen var det som nevnt tale om narkotikaforbrytelser. Ved narkotikaforbrytelser er lovbyrers hensikt og mengde narkotika viktige momenter ved straffutmålingen. Er det tale om besittelse av narkotika i små mengder som er forbundet med eget bruk, og som ikke tar sikte på videresalg, vil straffereaksjonen som regel være bot.⁷² Dette er fordi narkotika til eget bruk stort sett gjør mest skade mot brukeren selv, og ikke bidrar til økt tilgjengelighet av narkotika.⁷³ Det er imidlertid noe annet når det er tale om for eksempel ervervelse av store mengder narkotika. Ervervelse av store mengder narkotika er som oftest en handling begått med vinningshensikt og er svært samfunnsskadelig. Det bidrar til økt tilgjengelighet, og kan ødelegge mange liv: Skadeomfanget er stort. På bakgrunn av disse forskjellene er det ulike hensyn som gjelder ved straffutmålingen. Brukere får ofte andre reaksjonstyper til fordel for fengselsstraff fordi både individ og samfunn i lengden tjener på at vedkommende blir rusfri. På

⁷⁰ Alprazolam er tabletter som faller innunder Benzodiazepiner (RA-2014-2 V. *Straffereaksjoner*. 2 Forelegg). Benzodiazepiner har en dempende effekt som virker beroligende og muskelavslappende, og er svært avhengighetsskapende (NHI 2018).

⁷¹ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 94 *Til § 61*.

⁷² RA-2014-2 V. *Straffereaksjoner* 2. Forelegg.

⁷³ HR-2010-596-A avsnitt 11.

samme måte tjener samfunnet på at det blir ilagt strengere straffereaksjoner for de som bidrar med å øke tilgjengeligheten av narkotika.

Seksuallovbrudd straffes hovedsakelig som vern for den fornærmede og for å skape en trygghetsfølelse i samfunnet. I HR-2018-2096-A var det tidligere lovbruddet begått da domfelte var femten år, altså tilbake i 2011. De nye lovbruddene ble begått i 2016.⁷⁴ Det var dermed fem år mellom de to lovbruddene, og det tidligere lovbruddet ble følgelig tillagt straffeskjerpene vekt etter § 77 bokstav k. I narkotikadommen lå den tidligere dommen tilbake i 2012, og den nye kriminelle handling ble begått i 2017. Det gikk dermed fem år fra den foregående dommen til tiltalte igjen begikk en kriminell handling. Likevel ble ikke dommen tillagt straffeskjerpene vekt fordi den lå relativt langt tilbake i tid.⁷⁵ I begge dommene var det fem år mellom de aktuelle lovbruddene. Dette tidsforløpet fikk ikke betydning i HR-2018-2096-A, mens det i narkotikadommen var en av grunnene for at gjentaksreglene ikke ble anvendt. Sammenlignet med hverandre kan dette virke merkverdig, særlig for den alminnelige borger.

En annen grunn for at ingen av gjentaksreglene ble brukt i narkotikadommen var tiltaltes unge alder i den tidligere dommen. Han var 19 år på handlingstidspunktet.⁷⁶ Dette skiller seg fra HR-2018-2096-A hvor domfelte i den foregående dommen var 15 år på handlingstidspunktet. På grunn av domfeltes unge alder gjorde forbudet i § 79 bokstav b seg gjeldende. Den tidligere dommen ble likevel tillagt straffeskjerpene vekt etter § 77 bokstav k. Domfeltes unge alder var dermed av mindre betydning i HR-2018-2096-A.

Det var videre i HR-2018-2096-A tale om nærhet i utvikling mellom fornærmede og domfelte, og relasjonen bar preg av et kjærlighetsforhold. Dette er formildende omstendigheter ved den kriminelle handling, og det medførte en straffnedsettelse på to måneder for domfelte.⁷⁷ I kontrast til dette var det i narkotikadommen tale om ervervelse av 990 gram amfetamin hvor

⁷⁴ HR-2018-2096-A avsnitt 9 og 2.

⁷⁵ HR-2018-1188-A avsnitt 17 og 5.

⁷⁶ HR-2018-1188-A avsnitt 17.

⁷⁷ HR-2018-2096-A avsnitt 27 til 30 jf. Prop. 97 L (2009-2010) s. 28 siste avsnitt.

tiltalte handlet ut fra profittmotiv.⁷⁸ En så stor mengde amfetamin har et stort skadeomfang. På bakgrunn av ulikhetene mellom motiv og skadepotensialet ved de kriminelle handlingene er det merkelig at gjentaksreglene ble anvendt i HR-2018-2096-A og ikke i narkotikadommen.

Dersom man skal oppsummere dette, var man utenfor § 79 bokstav b sitt virkeområde i HR-2018-2096-A grunnet domfeltes unge alder, mens man i narkotikadommen var innenfor både med tanke på aldersvilkåret og tidsfristen. Likevel valgte Høyesterett å bruke § 77 bokstav k på førstnevnte, men ingen av de to gjentaksbestemmelsene i sistnevnte. Straffen skal, som nevnt innledningsvis i delkapitlet, ikke skjerpes i alle saker. Vurderingen skal bero på de konkrete forhold i den enkelte sak. Det fremstår klart at narkotikadommen ikke omhandler en som har ervervet brukerdoser til eget bruk. Dommen omhandler en som har ervervet en stor mengde amfetamin med profittmotiv. Dette taler for at straffen burde skjerpes etter gjentaksreglene.

Imidlertid ble domfelte idømt ni års fengsel. Det kan tenkes at det ville virket overflødig om straffen skulle blitt skjerpet ytterligere for et lovbrudd som lå relativt langt tilbake i tid. Dette var nemlig en av grunnene for ikke å skjerpe straffen med mer enn 1 til 2 måneder i en dom fra 2012. Domfelte hadde uprovosert sparket en ukjent mann i hodet med stor kraft. Fra tidligere var han domfelt fire ganger for vold. De tidligere dommene ble ikke tillagt skjerpende vekt etter straffeloven 1902 § 61, fordi strafferammen allerede var så høy at dette ble ansett som unødvendig. Straffen ble derfor skjerpet ut ifra tradisjonelle straffutmålingsprinsipper.⁷⁹ På den annen side ser vi at det i HR-2013-1892-A ikke utgjorde en forskjell at det forelå andre skjerpende omstendigheter som var tilstrekkelig for å skjerpe straffen nødvendig, selv uten den tidligere dommen.⁸⁰

På bakgrunn av dette oppstår et spørsmål om hvorfor Høyesterett ofte velger å skjerpe straffen etter straffeloven § 77 bokstav k, til tross for at vilkårene for forhøyelse av strafferammen etter § 79 bokstav b er oppfylt.

⁷⁸ HR-2018-1188-A avsnitt 12 og 15.

⁷⁹ HR-2012-1338-A avsnitt 23 til 26.

⁸⁰ Se avhandlingens 3.2.

Som vi ser i den omtalte voldsdommen, ble ikke straffen skjerpet etter straffeloven 1902 § 61 fordi det ble ikke ansett som nødvendig for at straffen skulle bli streng nok. Det kan virke som Høyesterett ofte unngår å bruke straffeloven § 79 bokstav b til fordel for § 77 bokstav k.

I en dom fra 2006 hadde domfelte fire tidligere voldsdommer fra perioden 1997 til mars 2000.⁸¹ Ved spørsmål om straffeloven 1902 § 61 kom til anvendelse ble det uttalt at domfelte i saken ikke var blant «de mest iherdige gjengangere». Dette var fordi fire tidligere straffereaksjoner for vold ikke ble ansett som mange, og at det var hele fire år mellom forrige voldsbrudd og det aktuelle. På bakgrunn av dette ble ikke straffen skjerpet etter § 61, og de tidligere domfellelsene ble tillagt vekt etter tradisjonelle straffutmålingsprinsipper.⁸² Det kan hevdes at for den alminnelige borger vil en som blir voldsdømt for femte gang over en niårsperiode, bli betraktet som en gjenganger det hadde vært naturlig å skjerpe straffen for etter § 61.

Det samme ser vi i en dom fra 2018 hvor domfelte hadde flere tidligere domfellelser.⁸³ I dommen som lå tilbake i 2015 ble den ubetingede delen av straffen ansett sonet ved utholdt varetekt. Imidlertid er ikke vilkåret om fullbyrdelse oppfylt ved dom som er ansett sonet ved utholdt varetekt,⁸⁴ og dommen var dermed utenfor straffeloven § 79 bokstav b sitt virkeområde. Den andre dommen var ferdig sonet i 2010 og det nye lovbruddet ble begått i 2016.⁸⁵ Dommen var således innenfor virkeområde. Etter en samlet vurdering ble det konkludert med at det fikk begrenset selvstendig betydning at vilkårene i § 79 bokstav b var oppfylt, fordi det ikke var tale om voldsutøvelse med gjentatt hyppighet. På bakgrunn av de tidligere dommene ble han derfor kun idømt et tillegg på fire måneder.⁸⁶

⁸¹ HR-2006-1483-A avsnitt 6.

⁸² HR-2006-1483-A avsnitt 10 til 12.

⁸³ HR-2018-491-A avsnitt 13 og 14.

⁸⁴ Matningsdal (2015) s. 755 8.3.

⁸⁵ HR-2018-491-A avsnitt 20 til 22.

⁸⁶ HR-2018-491-A avsnitt 26 til 27.

I likhet med den foregående dommen hevdes det også her at for den alminnelige borger vil dette ansees som voldslovbrudd med gjentatt hyppighet, som det er hensiktsmessig å skjerpe straffen betraktelig for: Det er blitt bevist for en domstol tre ganger, de siste seks årene, at domfelte har begått vold mot andre personer.

Ut ifra de omtalte dommene virker det som Høyesterett har en høy terskel for å skjerpe straffen etter § 79 bokstav b. Samtidig ser vi at § 77 bokstav k blir tillagt vekt i de fleste saker. Hva som kan være grunnen til at tidligere dommer i enkelte tilfeller blir tillagt mer vekt enn i andre kan man undres over. Det skyldes nok i stor grad at departementet har hatt vinnings-, volds- og seksualforbrytelser særlig for øyet.⁸⁷ Selv om vi også ser interne forskjeller i forbrytelseskategoriene.

I flere tilfeller er det treffende at tidligere kriminalitet ikke blir tillagt vekt som skjerpende straffutmålingsmoment, mens det i andre tilfeller er helt nødvendig. Derfor er det viktig at det er skjønn ved vurderingen av om gjentaksreglene kan anvendes. Likevel kan det i enkelte tilfeller virke vilkårlig om den tidligere dommen vil bli tillagt straffeskjerpende vekt eller ikke. Dette inntrykket forsterkes når vi ser tilfeller som narkotikadommen, som er vel så alvorlig som de nevnte forbrytelseskategorier, og straffen likevel ikke skjerpes. Det kan virke som domstolene utviser en forsiktighet ved å skjerpe straffen når man er utenfor de omtalte forbrytelseskategorier. Dette kan skape uforutsigbarhet for tiltalte, og for den alminnelige borger kan det gi inntrykk av at man alltid kan bli hjem søkt.

At tidligere kriminalitet kan følge en i lang tid som et straffeskjerpende moment, kan virke betenkelig. Et av prinsippene i kriminalomsorgen er at man har gjort opp for seg etter endt soning.⁸⁸ Men har man virkelig gjort opp for seg når lovbruddet i etterkant kan følge en i lang tid? Kriminalomsorgens prinsipp er derfor interessant å se i lys av tidligere kriminalitet som skjerpende straffutmålingsmoment.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 94 *Til § 61*.

⁸⁸ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 7.

3 Prinsippet om at domfelte har gjort opp for seg når straffen er sonet

3.1 Innledning

Et utgangspunkt i norsk kriminalomsorg er at straff skal gjennomføres slik at man ikke i senere tid begår nye lovbrudd etter soning. For å bekjempe kriminalitet og trygge samfunnet er det av denne grunn avgjørende at straff virker. Med dette i bakhånd bygger kriminalomsorgen på fem pilarer: 1) det som lovgiver har sagt er formålet med straffen, 2) et humanetisk menneskesyn, 3) prinsippet om rettssikkerhet og likbehandling, 4) prinsippet om at domfelte har gjort opp for seg når straffen er sonet og 5) normalitetsprinsippet.⁸⁹ Det er prinsippet om at domfelte har gjort opp for seg når straffen er ferdig sonet som særlig skal behandles, og det avgrenses mot de resterende fire da det ikke er nødvendig å redegjøre for dem i lys av den overordnede problemstillingen.

Prinsippet om at man har gjort opp for seg etter straffen er gjennomført omhandler at man får en mulighet til å starte på nytt. Man har gjort noe galt, gjennomført en straff bestemt av myndighetene, og står i utgangspunktet med blanke ark. Man får en mulighet til et nytt og bedre, lovlydig liv.⁹⁰ Den bestemte straffen skal ha individualpreventive og allmennpreventive virkninger. Den har som formål å uskadeliggjøre lovbrøyteren over en periode i form av en straffereaksjon, for eksempel ubetinget fengsel. Straffereaksjonen skal medføre at samfunnet føler at staten beskytter dem mot urett, samtidig skal lovbrøyteren endre tankesett.⁹¹ Straffen skal oppleves såpass negativ for den straffede at vedkommende i fremtiden vil avstå fra lignende handlinger. I tillegg skal straffen være avskrekkende nok til at andre avstår fra liknende handlinger av frykt for samme reaksjon.⁹²

⁸⁹ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 7.

⁹⁰ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 22.

⁹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 20.

⁹² St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 20.

De individualpreventive og allmennpreventive virkningene gjenspeiles i de fem pilarene. Ved å praktisere disse er hensikten at så få som mulig skal vende tilbake til et kriminelt handlingsmønster. Det er likevel et stort antall som på nytt begår kriminalitet etter endt soning,⁹³ og det ilegges gjerne strengere straff som følge av § 79 bokstav b eller § 77 bokstav k.

3.2 Prinsippet om at domfelte har gjort opp for seg i lys av tidligere kriminalitet som skjerpende moment

I denne avhandlingens perspektiv reiser det seg et spørsmål om tidligere kriminalitet som straffutmålingsmoment er i strid med det omtalte prinsippet om at man har gjort opp for etter endt soning.

Man har begått en forbrytelse, sonet straffen og blitt løslatt. Man har fått en ny sjanse. Dersom man begår en liknende forbrytelse igjen, viser man utad at man ikke har lært noe av straffen. Det indikerer at straffen ikke har hatt ønsket effekt. Vedkommende har nok en gang voldt noen ondt, og utgjør på mange måter en fare for samfunnet. Slik atferd burde slås hardt ned på. Samtidig viser forskning at strengere straff ved tilbakefall kan ha motsatt effekt. Tidligere domfelte opplever ofte at det er vanskelig å vende tilbake til en lovlydig hverdag på grunn av sosial stemping og utstøtning.⁹⁴ Dette gjør det problematisk å bruke tidligere kriminalitet som et skjerpende straffutmålingsmoment. Særlig i tilfeller hvor det ikke er tale om typiske gjengangere, og den tidligere dommen ligger langt tilbake i tid. En dom som illustrerer dette er HR-2013-1892-A, som er inspirasjonen bak avhandlingen og som allerede er nevnt tidligere.

Dommen omhandler tyverier av mobiltelefoner på offentlig sted. Tyveriene bar i stor grad preg av profesjonelle lommetyverier begått systematisk og med formål om å livnære seg av virksomheten. Dette skulle etter rettens syn som utgangspunkt medføre fengsel i 90 dager.⁹⁵ Imidlertid dreide det seg om fire slike tyverier og straffen ble således skjerpet etter straffeloven

⁹³ Det er 43 prosent som på nytt begår lovbrudd (SSB 2019). Se utregning i fotnote 5.

⁹⁴ NU 1984: 2 s. 50 tredje avsnitt.

⁹⁵ HR-2013-1892-A avsnitt 18.

1902 § 62 første ledd⁹⁶ som åpner for en dobling av strafferammen. For øvrig ble også en tidligere dom på tre års fengsel for tyveri vektlagt. Dommen lå tilbake i 1998. Den var således utenfor seksårsfristen i straffeloven 1902 § 61 andre ledd, og skjerpelsen skjedde etter tradisjonelle straffutmålingsprinsipper. Han ble idømt fengsel i åtte måneder.⁹⁷

I lys av hva som har kommet frem i dommen er det klart at dette er kriminalitet vi som samfunn ønsker å slå hardt ned på. Profesjonelt preg utgjør en samfunnsfare, og skal bli tillagt vekt.⁹⁸ At det dreide seg om flere tilfeller, ble også tillagt betydelig vekt. Spørsmålet er da om det egentlig var nødvendig at en dom som lå femten år tilbake i tid skulle skjerpe straffen ytterligere. Høyesterett nevner ikke hvor mye vekt den tidligere dommen ble tillagt. Det fremstår klart at det var antall tyverier og profesjonelt preg som var hovedgrunnen bak økningen fra 90 dager til åtte måneder. Den tidligere dommen ble tillagt *noe vekt*.⁹⁹ Hvor mange ekstra dager eller måneder dette utgjør er uvisst, men det er neppe veldig mange.

Likevel har domfelte tilsynelatende vært lovlydig i tolv år. Det kan heller ikke spekuleres i om han har begått liknende handlinger i denne perioden og bare ikke blitt tatt for dem på grunn av anklageprinsippet og det strenge beviskravet i straffesaker.¹⁰⁰ Under den forutsetning at vedkommende har vært lovlydig siden løslatelsen for tolv år siden, og andre skjerpene forhold allerede er tillagt betydelig vekt, kan det fremstå overflødig å tillegge den gamle dommen noe vekt. Særlig sett i lys av prinsippet om at man har gjort opp for seg etter endt soning.

Man har sonet straffen sin og levd lovlydig i tolv år. Så på et tidspunkt begynner man å stjele igjen, på en kalkulert måte som straffeloven har sørget for at vil bli tillagt vekt i skjerpene retning ved straffutmålingen. Han har tilsynelatende ikke fortsatt i et destruktivt kriminelt handlemønster siden endt soning. Tvert imot har han tilsynelatende vært lovlydig. Det kan

⁹⁶ Tilsvarende straffeloven § 79 bokstav a.

⁹⁷ HR-2013-1892-A avsnitt 19 og 21.

⁹⁸ Dette er i dag lovfestet i straffeloven § 77 bokstav e og § 79 bokstav c.

⁹⁹ HR-2013-1892-A avsnitt 19.

¹⁰⁰ Anklageprinsippet: Domstolene skal ikke ta noe initiativ til rettsforfølging jf. Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 63; Beviskravet: bevist utover enhver rimelig tvil.

stilles spørsmål ved om dette burde honoreres på et vis, eller ikke honoreres, de som klarer å opptre innenfor lovens rammer burde honoreres, ikke de som gjentagende havner utenfor disse. Men de som iblant havner utenfor bør ikke straffes like hardt som de som til stadighet gjør det.

Hele saken hadde selvsagt stilt seg annerledes om det fantes bevis på at vedkommende aldri sluttet å stjele, da hadde samfunnsfaren vært betraktelig større. I dette tilfellet er det likevel slik at vedkommende tilsynelatende har vært lovlydig i tolv år, og det er nok av andre momenter som kan brukes i skjerpende retning ved straffutmålingen. Hensynet bak seksårsfristen i § 79 bokstav b andre ledd er, som nevnt tidligere i kapittel 2, begrunnet i nettopp at jo lenger tilbake i tid det forrige lovbruddet ligger, jo mindre taler for at straffskjerpelse skal få gjennomslagskraft.¹⁰¹ Høyesterett har uttalt at dette også burde ha betydning når vi er utenfor bestemmelsens virkeområde.¹⁰²

Dette er særlig interessant sammenlignet med en dom hvor tiltalte hadde flere tidligere voldsdommer som var innenfor seksårsfristen, og straffen likevel ble skjerpet etter tradisjonelle straffutmålingsprinsipper fordi han ikke kunne sies å være en «iherdig gjenganger». Fire tidligere straffereaksjoner var nemlig ikke å anse som mange, og det var hele fire år mellom det forrige voldsbrudd og det nåværende.¹⁰³ Da synes det merkelig å tillegge *en* tidligere dom, som ligger *femten år* tilbake i tid, straffeskjerpende vekt. Særlig siden både voldsforbrytelser og vinningsforbrytelser er forbrytelser som skal bedømmes særlig strengt.¹⁰⁴

De som konsekvent viser at de ikke evner å respektere samfunnets grunnleggende normer bør møtes med klart skarpere reaksjoner, enn de som leilighetsvis foretar straffbare handlinger.¹⁰⁵ Å begå kriminelle handlinger med femten års mellomrom kan neppe kalles å «konsekvent vise at man ikke evner å respektere samfunnets grunnleggende normer». Femten år er lenge, det er

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 85.

¹⁰² HR-2008-1659-A avsnitt 11.

¹⁰³ HR-2006-1483-A avsnitt 10 til 12.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 94 *Til § 61*.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 154.

mye som kan skje over en slik periode. Dersom man virkelig har levd lovlydig i så lang tid, virker det overflødig å tillegge den tidligere dommen betydning.

Likevel må det avgjørende være at man har fått en ny sjanse etter endt soning, man stod med blanke ark, og man har likevel tatt et bevisst valg om å gå tilbake til kriminelle gjerninger. Å begå nye lovbrudd etter man allerede har sonet kan på et vis sies å annullere prinsippet, eller de momentene prinsippet er bygget opp av. I slike tilfeller må de allmennpreventive hensyn veie tyngst. Nok en gang utgjør man en fare for samfunnet og det må kunne slås hardt ned på. Selv om det i denne konkrete dommen trolig var overflødig å bruke den gamle dommen som straffeskjerpene moment.

Slik rettsreglene etter § 77 bokstav k er utformet fremstår de noe inkonsekvent til prinsippet om at man har gjort opp for seg etter endt soning. Klare frister for hvor lenge tidligere kriminalitet kan tale mot deg også etter § 77 bokstav k synes på flere måter nødvendig.

Tanken bak strengere reaksjoner ved gjentakelse er som nevnt at det skal ha en avskrekkende virkning. Imidlertid er det et høyt antall som på nytt begår lovbrudd. Dette tyder på at gjentaksreglene ikke har den avskrekkende virkningen vi ønsker at den skal ha.

4 Et blikk utenfor Norge

4.1 Innledning

På dette tidspunktet i avhandlingen velger jeg å heve blikket for å se hvordan andre rettskulturer reagerer på tidligere kriminalitet. Dette vil gi avhandlingen et bredere perspektiv. Jeg har valgt å sammenligne de norske rettsreglene med de danske og amerikanske. Danmark har i utgangspunktet en relativt lik rettskultur som Norge, men de slår hardere ned på gjengangere enn det vi gjør. Et land som har enda strengere gjentaksregler er USA.

Som nevnt tidligere i kapittel 3, skal straff ha en avskrekkende virkning. Det skal være avskrekkende å se at man risikerer å sone et betydelig tillegg av fengselsstraffen hvis man fortsetter den kriminelle løpebane.¹⁰⁶ Bak dette ligger også en rettferdighetsbetraktning: Det er mer klander når man, til tross for den advarsel som ligger i den tidligere reaksjonen, igjen begår en kriminell handling.¹⁰⁷ Likevel tilsier tilbakefallsstatistikken at den avskrekkende virkningen ikke er så avskrekkende som vi ønsker.

Den overordnede problemstillingen for dette kapitlet er om det er formålstjenlig å ilegge strengere straff på bakgrunn av tidligere kriminalitet, når et stort antall likevel begår kriminalitet etter endt soning, sett i lys av de amerikanske og danske rettsreglene.

4.2 Tidligere kriminalitet i USA

Flere stater i USA fører prinsippet «three strikes and you're out».¹⁰⁸ Dette innebærer at dersom man for tredje gang blir dømt for en kriminell handling, får man ekstra lang fengselsstraff. I noen stater er dette fra 15 år til livstid, i andre fra 25 år til livstid. Hensynet bak skjerpelsen er å holde gjengangere borte fra samfunnet. De typene kriminalitet som regnes som «en strike» er

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 95.

¹⁰⁷ NU 1984: 2 s. 50 andre avsnitt.

¹⁰⁸ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 69.

vinningskriminalitet, seksualforbrytelser, drap og så videre. Den tredje «striken» kan imidlertid være et mindre lovbrudd som da resulterer i en dom på livstid.¹⁰⁹ Dette skiller seg fra reguleringen i Norge hvor straffeloven § 79 bokstav b setter en grense på at straffen aldri kan forhøyes med mer enn 6 år eller ut over 21 år, og § 77 bokstav k kun gjelder skjerpelse innenfor strafferammen i straffebudet. Norge har heller ikke en grense på hvor mange ganger du kan begå lovbrudd av samme karakter, selv om det selvsagt blir ilagt en strengere reaksjon også i Norge hvis man har en rekke tidligere dommer.

Et eksempel på hvor skjebnesvanger «three strikes and you're out» kan være ser vi i *Lockyer v. Andrade* som fant sted i California. Andrade hadde stjålet videokassetter fra to ulike butikker til en verdi av 150 dollar. Fra tidligere var han straffedømt for transport av marihuana, innbrudd, tyveri og for å ha rømt fra fengsel. Dette innebar at tyveriene av videokassettenes talte som den tredje «striken». Han ble idømt to fengselsstraffer på 25 år til livstid. Dommen ble påklaget i flere omganger, og ble omsider hevet fordi den var «unreasonable». I California er det i dag et krav om at den tredje «striken» må være alvorlig eller voldelig for at «three strikes and you're out» skal få virkning.¹¹⁰ Dette har flere stater innført i ettertid.

Dommen illustrerer en tydelig forskjell mellom hvordan USA behandler gjengangere i forhold til Norge. Et tyveri på 150 dollar tilsvarer grovt sett 1500kr. Etter norsk lov er dette en «ubetydelig verdi» og straffes med bot etter straffeloven § 323 første ledd.¹¹¹ Det finnes ingen bestemmelse i norsk rett som medfører 21 års fengsel (livstid) for et tyveri som det er tale om i *Lockyer v. Andrade*. Likevel har vi et eksempel fra norsk rett hvor en mann ble idømt 90 dager fengsel for et mindre tyveri. Dette var fordi han var domfelt hele 30 ganger tidligere.¹¹² Selv om dette lyder strengt, er kontrasten likevel stor til Andrade som fikk 50 år til livstid for et lignende tyveri, med langt færre domfellelser bak seg.

¹⁰⁹ Randolph (u.å.).

¹¹⁰ Randolph (u.å.).

¹¹¹ Mindre tyveri er tyveri av «ubetydelig verdi». Dette er verdier under 2000kr jf. HR-2018-1660-A avsnitt 22.

¹¹² HR-2005-909-A avsnitt 9 og 15 til 19.

Sammenlignet med USA sine regler fremstår ikke de norske gjentaksbestemmelsene særlig belastende. Norge har som nevnt en tilbakefallsstatistikk på 43 prosent.¹¹³ Til sammenligning viser en undersøkelse gjennomført i 30 stater i USA, at over en femårsperiode ble 77 prosent på nytt arrestert.¹¹⁴ USA sin tilbakefallstatistikk er betraktelig høyere enn Norge sin. Dette kan tyde på at Norge sine gjentaksregler i større grad enn USA sine, påvirker lovbyteren til å ikke begå nye lovbrudd i fremtiden. USA er et stort land med langt flere innbyggere enn Norge. En begrunnelse bak den strenge praksisen kan derfor delvis være at kriminalitet er et større problem. Fokuset er rettet mot å holde lovbyterne unna offentligheten over lengre tid, istedenfor å se etter andre løsninger som muligens har bedre effekt. I dag vet vi at fengsel ofte har form av å være en kriminalitetsskole: man er omringet av andre kriminelle og risikerer derfor å lære nye måter man kan begå kriminelle handlinger på.

Gjentaksreglene i USA fremstår strenge og har liten faktisk effekt på hva lovbyteren vil gjøre etter endt soning. Tilbakefallsstatistikken illustrerer at fengselsstraff ikke egentlig har en avskrekkende virkning for de fleste lovbytere. Selv ikke når man vet man risikerer livstid i fengsel. I Norge gjelder de samme begrensingene uavhengig av hvor mange tidligere domfellelser man har bak seg. Selv om det selvsagt vil være mer skjerpene at det er ditt trettiende lovbrudd, slik vi så i den omtalte dommen fra 2005.¹¹⁵ Dette er fordi man da har vist at man utgjør en større samfunnsfare enn noen som «kun» har begått to tyverier. Tanken bak skjerpelsen er at det skal virke avskrekkende for lovbyteren å begå nytt lovbrudd siden man risikerer strengere straff enn sist.¹¹⁶ Samtidig skal det signalisere til samfunnet at dette er handlinger vi slår hardt ned på, og slik skape en trygghetsfølelse hos den alminnelige borger.

I forlengelsen av det som er omtalt i dette delkapitlet, kan det stilles spørsmål ved om rettsreglene egentlig har noe for seg. Det fremstår formålstjenlig å ilegge strengere sanksjoner på bakgrunn av tidligere kriminalitet i den forstand at man får lovbyterne unna offentligheten over lengre tid. Imidlertid er det mye som indikerer at fengselsstraff gjør det lettere å fortsette en kriminell løpebane. Vi ser at trusselen om lengre fengselsstraff har liten innflytelse på om

¹¹³ SSB (2019). Se utregning i fotnote 5.

¹¹⁴ Alper, Durose og Markman (2018) s. 4 *Table 2*.

¹¹⁵ HR-2005-909-A avsnitt 9 og 15 til 19.

¹¹⁶ NU 1984: 2 s. 50 andre avsnitt.

lovbryteren i fremtiden vil begå et nytt lovbrudd eller ikke. Dette kan tyde på det ikke er formålstjenlig, verken for samfunn eller individ, å straffe strengere på grunnlag av en tidligere dom. Særlig når det ikke er tale om faktiske gjengangere. Trolig vil fokus på andre reaksjoner ha mer for seg i de tilfeller det ikke er tale om en rekke tidligere domfellelser. Mer konkrete retningslinjer for bruken av særlig § 77 bokstav k synes nødvendig i lys av dette.

4.3 Tidligere kriminalitet i Danmark

Norge lå under dansk styre i over 400 år,¹¹⁷ og de to rettssystemene har dermed flere likhetstrekk. Danmark har likevel andre tidsfrister for hvor lenge tidligere kriminalitet kan brukes som et straffeskjerpene moment.

Dansk straffelov § 84 omhandler skjerpelse av straffen utover strafferammen, tilsvarende straffeloven § 79 bokstav b. Etter dansk straffelov § 84 stk. 3 opphører gjentakelsesvirkningen 10 år etter straffen ble gjennomført. Tidligere var fristen 5 år, men den ble endret i 2004.¹¹⁸ Bakgrunnen for skjerpelsen var dels for å bryte en persons kriminelle handlemønster, og dels for å understreke den økende straffverdigheten med gjentatt kriminalitet.¹¹⁹

Det er de samme hensynene som er bak seksårsfristen i straffeloven § 79 bokstav b. Omtrent på samme tid som skjerpelsen i Danmark fant sted, foretok også Norge en skjerpelse for gjengangerkriminalitet, som nevnt i delkapittel 2.2.2. Det ble også her uttalt at hensikten bak skjerpelsen var at gjengangere skulle avstå fra ytterligere kriminalitet.¹²⁰ Likevel ble ikke tidsfristen rørt ved endringen på grunn av individualpreventive hensyn som tilsier at straffeskjerpelse med tiden får mindre gjennomslagskraft.¹²¹

¹¹⁷ Eidsvoll 1814 (u.å.).

¹¹⁸ Rigsadvokatmeddelelse (2019) s. 6.

¹¹⁹ 2003/1 LSF 99 3.3.3.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 95.

¹²¹ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 85.

Det er interessant at til tross for likhetene mellom bestemmelsene og de bakenforliggende hensynene, har Norge og Danmark satt ulike tidsfrister. Norge bestemte at seksårsfristen er tilstrekkelig, samtidig hadde Danmark et klart behov for å doble sin frist.

Danmark har også en tilsvarende regel til straffeloven § 77 bokstav k. Etter dansk straffelov § 81 nr. 1 er det en skjerpene omstendighet at gjerningsmannen tidligere er straffet «af betydning for sagen». Også her er det tale om skjerpelse innenfor strafferammen. Om det skal tillegges skjerpene vekt, beror på en konkret vurdering av det tidligere lovbrudd og det foreliggende. Det er ikke oppstilt noen faste, tidsmessige betingelser for hvor lenge bestemmelsen kan anvendes. Men det er uttalt at det må antas at den kan brukes lenger tilbake i tid enn det som er fastslått i § 84 stk. 3.¹²² Dette vil si at det ikke foreligger noen absolutt grense i dansk strafferett for hvor lenge tidligere kriminalitet kan brukes som et skjerpene moment innenfor strafferammen. Det er heller ikke mulig å utlede en slik frist av rettspraksis, men det er klart at betydningen også i Danmark vil bli mindre etter hvert som tiden går.

Det er interessant å se at Danmark har en lengre tidsfrist ved forhøyelse av strafferammen enn det Norge har, og at de ikke har en konkret tidsfrist for skjerpelse innenfor strafferammen. For å kunne sammenligne om dette utgjør en forskjell i praksis må vi se på tilbakefallsstatistikken i Danmark. Danmark fører tilbakefallsstatistikk over en toårsperiode, det er derfor Norges tilbakefallstatistikk etter to år som er relevant å sammenligne med. Etter to år var det 32 prosent som igjen ble siktet i Norge.¹²³ Til sammenligning hadde Danmark 29 prosent med tilbakefall i perioden 2015 til 2017.¹²⁴ Dette innebærer at Norge har flere med tilbakefall enn det Danmark har. Likevel kan tre prosent neppe sies å være særlig mye i det store bildet. En slik forskjell indikerer at det ikke utgjør en reell forskjell om tidsfristen er 6 eller 10 år. Imidlertid står den norske og danske tilbakefallsprosenten i kontrast til USA sin hvor 60,1 prosent på nytt ble arrestert i løpet av to år.¹²⁵ Dette er dobbelt så høyt tilbakefall som både Norge og Danmark.

¹²² Rigsadvokatmeddelelse (2019) s. 7 og 2003/1 LSF 99 3.3.3.

¹²³ SSB (2019) *Tabell 14*. SSB bruker absolutte tall. Jeg har regnet om til prosent: $((15\ 159 \text{ siktete personer } 1 \text{ år tilbakefall} + 7954 \text{ siktete personer } 2 \text{ år tilbakefall}) / 72\ 878 \text{ siktete personer i tilbakefallsstatistikken}) * 100$ prosent = 31,71 prosent \approx 32 prosent.

¹²⁴ Christensen og Pedersen (2019) *Tilbakefald til kriminalitet 2015-2017*.

¹²⁵ Alper, Durose og Markman (2018) s. 4 *Table 2*.

En slik forskjell tyder på at en så streng praksis som USA fører, kan resultere i at et langt større antall går tilbake til kriminelle handlinger.

Til tross for at det er mye som tilsier at en tidsfrist på 6 eller 10 år har lite å si for om lovbrøteren på nytt vil begå kriminelle handlinger, indikerer tilbakefallsstatistikken i USA at straffskjerpelse ikke har en så avskrekkende effekt som vi ønsker at det skal ha. På bakgrunn av de vurderinger som er foretatt i dette kapitlet fremstår det derfor som lite formålstjenlig å ilegge strengere straff på bakgrunn av tidligere kriminalitet.

Som nevnt flere ganger tidligere, har ikke straffeloven § 77 bokstav k konkrete tidsfrister for hvor lenge den kan anvendes. Dette kan medføre en uforutsigbarhet for den enkelte borger. Til sammenligning har rettsreglene om foreldelse av straffansvar helt konkrete frister for hvor lenge man kan straffes for tidligere kriminalitet.

5 Foreldelse

5.1 Innledning

Hovedhensynet bak reglene om foreldelse er at behovet for å straffe med tiden reduseres. Har personen vært lovlydig i en årrekke har ikke samfunnet et særskilt behov for at vedkommende skal straffes.¹²⁶ Foreldelse har konkrete frister for hvor lenge tidligere kriminalitet kan sanksjoneres ut ifra strafferammen i det aktuelle straffebudet. En liknende frist finnes i § 79 bokstav b andre ledd andre og tredje punktum, som nevnt tidligere, skilles det mellom lovbrudd med en strafferamme på mer enn 1 år og 1 år eller mindre. En slik eksplisitt frist finnes ikke etter § 77 bokstav k. Det er i teorien irrelevant hva slags type lovbrudd det er tale om, såfremt det er en liknende handling som tidligere.

Rettsreglene om foreldelse finner man i straffeloven kapittel 15. Her deles foreldelse inn i to kategorier: regler om foreldelse av straffansvar og regler om bortfall av adgangen til å fullbyrde straff og andre strafferettslige reaksjoner.¹²⁷ Det avgrenses til førstnevnte kategori da den reiser noen interessante spørsmål ved tidligere kriminalitet særlig etter § 77 bokstav k. Paragraf 79 bokstav b er ikke like relevant ved vurderingen fordi den allerede har konkrete frister for hvor lenge den kan anvendes på lovbrudd med ulike strafferammer.

5.2 Paragraf 77 bokstav k sett i lys av foreldelse av straffansvar

Foreldelse av straffansvar er at det er en person som har begått en straffbar handling, men som ikke lenger kan ilegges noen strafferettslig reaksjon for handlingen.¹²⁸ Rettsreglene er hjemlet i straffeloven §§ 86 til 89 jf. § 85. Det er den høyeste straffesatsen i den aktuelle straffebestemmelsen som er avgjørende for foreldelsesfristens lengde.¹²⁹

¹²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 380.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 380.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 380.

¹²⁹ Rt. 1962 s. 494 avsnitt 5.

Foreldelsesfristen av straffansvar når den høyeste lovbestemte straffen er bot eller fengsel inntil 1 år, er 2 år etter § 86 første ledd bokstav a. Den samme fristen finner vi i § 79 bokstav b andre ledd tredje punktum. Det stilles derfor spørsmål ved hvorfor denne tidsfristen er 30 år for liknende lovbrudd etter § 77 bokstav k.

Hensynene bak rettsreglene om foreldelse er at etter en viss tid er det ikke nødvendig å ilegge straff. Det er imidlertid ikke fastslått noen konkrete hensyn bak § 77 bokstav k, kun at det er et så selvsagt moment i straffutmålingen at det ble stilt spørsmål ved om lovfestelse i det hele tatt var nødvendig.¹³⁰ Dette virker forunderlig.

Ved foreldelse tilsier hensynet til lovbrøyteren at adgangen for å stille vedkommende til ansvar på et tidspunkt burde bortfalle. Både av hensyn til vedkommende og familien fremstår det mindre rimelig å straffe lenge etter at handlingen ble foretatt.¹³¹ Dette synes ikke å gjelde på lik linje når det er tale om å utmåle straff ved nytt lovbrudd. I de tilfeller man er utenfor § 79 bokstav b sitt virkeområde, bør det som hovedregel vektlegges at vedkommende tidligere har blitt straffet for liknende handlinger etter § 77 bokstav k.¹³²

Som jeg var inne på under kapittel 2, har Høyesterett uttalt at for lovbrudd som ligger så langt tilbake i tid som tolv år må det være lettere å åpne for unntak fra hovedregelen.¹³³ Denne grensen må, som nevnt antas å være høyere når det er tale om lovbrudd av mer alvorlig art.

Slik rettsreglene fremstår, blir det som med prinsippet om at domfelte har gjort opp for seg etter endt soning: det man har bedrevet med siste tiden annulleres straks man begår en ny kriminell handling. Til en viss grad må det selvsagt være slik, man har igjen vist at man ikke respekterer

¹³⁰ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 272 *Bokstav k*.

¹³¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 380.

¹³² Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 272.

¹³³ HR-2008-1659-A avsnitt 11.

de normer og regler som er satt i samfunnet. Samtidig ser vi at denne fristen er lang. Tidligere kriminalitet fra langt tilbake i tid brukes som straffeskjerpene moment også i de tilfeller det kun er tale om en tidligere domfellelse. For eksempel da et tyveri begått for femten år siden ble tillagt skjerpene vekt ved straffutmålingen av nye tyverier.¹³⁴ Dette gjør at dagens rettstilstand virker diffus sammenlignet med rettsreglene om foreldelse.

La oss si at Karen begår en rekke tyverier over en fireårsperiode fra hun er 18 til 22 år. I første scenario blir hun ikke tatt for disse. Strafferammen for tyveri er «fengsel inntil 2 år» etter straffeloven § 321. Dermed er lovbruddene foreldet etter fem år som følge av § 86 første ledd bokstav b. Karen kan ikke lenger forfølges for tyveriene når hun er 28 år. Imidlertid begynner hun å stjele igjen når hun er 29 år, denne gangen blir hun tatt. Siden hun ikke er tidligere straffedømt vil ikke straffen bli skjerpet ved straffutmålingen.

I scenario nummer to blir Karen tatt for tyveriene hun begikk da hun var 18 til 22 år. Hun blir idømt fengselsstraff på la oss si 90 dager.¹³⁵ Dommen er ferdig sonet når hun er 23 år. Karen skaffer seg jobb, familie og lever et normalt, lovlydig liv. I en alder av 43 år har hun havnet i en situasjon hvor hun trenger penger raskt, hun har mistet jobben og er alene. I desperasjon stjeler hun en TV hun har tenkt å selge. Karen blir tatt for dette og i rettssaken brukes tyveriene hun begikk da hun var mellom 18 til 22 år som skjerpene moment ved straffutmålingen. De gamle tyveriene faller utenfor virkeområdet til § 79 bokstav b, men heldigvis fanger § 77 bokstav k opp tilfellet her slik at vi kan vise samfunnet at slik gjentagende, samfunnsfarlig kriminalitet slås hardt ned på.

Til en viss grad må det selvsagt være slik, både av hensyn til uskyldspresumsjonen og det strenge beviskravet i straffesaker. Uskyldspresumsjonen medfører at dersom det ikke kan bevises i retten at du har begått en kriminell handling, kan den selvsagt heller ikke brukes mot

¹³⁴ HR-2013-1892-A avsnitt 19; Se avhandlingens 3.2.

¹³⁵ Har belaget meg på straffutmålingen i HR-2013-1892-A avsnitt 18.

deg i etterkant.¹³⁶ Som følge av det strenge beviskravet i straffesaker, gjør tidsaspektet det vanskelig å bevise at det ble begått en kriminell handling for flere år siden. Etter hvert som tiden går, svekkes verdien av vitneprov og andre bevis. Faren for feil rettsavgjørelse blir større.¹³⁷ For å kunne straffes skal det være *bevist utover enhver rimelig tvil* at handlingen fant sted. Det kan bli problematisk å bevise at Karen i scenario en begikk en rekke tyverier for seks år siden. En annen side ved dette er rettsøkonomiske hensyn: Det koster samfunnet mye å etterforske og føre rettsaker. Dersom man ikke kan vinne frem, er det sløsing av ressurser som kunne gått til å bevise mer alvorlige tilfeller.

Det kan virke uforståelig for den alminnelige borger at det skal være en fordel å ha lurt seg unna systemet lenge nok til at man ikke kan idømmes straff. Særlig sett i lys av at § 77 bokstav k åpner for at hvis man hadde blitt dømt for overtredelsen, kan dommen brukes som skjerpene moment ved straffutmålingen av nye lovbrudd langt fram i tid.

En sak som har florert i media dette året kan belyse problemstillingen. Avhandlingen omhandler tidligere kriminalitet som skjerpene moment ved straffutmålingen. Imidlertid kan tidligere kriminalitet også tillegges vekt vedrørende skyldspørsmålet ut fra et resonnement om at «siden A har gjort dette tidligere, er det sannsynlig at A har gjort det igjen». I de fleste alvorlige saker vil tidligere dommer som kan få betydning for saken innhentes under etterforskningen. Dette ser vi i den såkalte «Wara-saken». I perioden høsten 2018 til mars 2019 skjedde en rekke trusselhendelser mot justisminister Tor Mikkel Wara. Per september 2019 sendte PST over sin innstilling om tiltale mot Wara sin samboer Laila Anita Bertheussen for disse hendelsene.¹³⁸ Om det resulterer i tiltale, gjenstår å se. Statsadvokat Marit Formo har per 30. oktober 2019 bedt PST gjøre nye undersøkelser i saken.¹³⁹

Bertheussen har tre tidligere domfellelser bak seg som er over 30 år gamle. Disse gamle dommene inngår i PST sitt etterforskningsmateriale. Hun ble i 1982 idømt en betinget dom for tyveri. I 1985 fikk hun 20 dager ubetinget fengsel for tyveri, bedrageri og falskneri. I 1989 fikk hun 120 dager betinget fengsel for bedrageri, dokumentfalsk og tyveri.¹⁴⁰ Hvis det blir rettsak og hun blir dømt, blir det interessant å se om domstolen tillegger de 30 år gamle dommene vekt ved straffutmålingen etter § 77 bokstav k. Dette er imidlertid lite sannsynlig, til tross for at forarbeidene åpner for det. Å skjerpe straffen på bakgrunn av de gamle dommene vil stride mot den faste og langvarige praksisen rundt § 77 bokstav k. Bertheussen er per i dag ikke tiltalt og langt fra dømt, og presumeres uskyldig som følge av uskyldspresumsjonen.¹⁴¹

¹³⁶ *Enhver er uskyldig til det motsatte er bevist* jf. Grunnloven § 96 andre ledd. Dette har også internasjonal forankring i Den europeiske menneskerettskonvensjonen 04. november 1950 (EMK) artikkel 6 nr. 2 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966 (SP) artikkel 14 nr. 2.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 380.

¹³⁸ Skille m.fl. (2019).

¹³⁹ Stolt-Nielsen og Torgersen (2019).

¹⁴⁰ Johansen (2019).

¹⁴¹ Grunnloven § 96 andre ledd jf. EMK artikkel 6 nr. 2 jf. SP artikkel 14 nr. 2

Hensynet om at behovet for å straffe reduseres med tiden, ligger bak rettsreglene om foreldelse av straffansvar¹⁴² og fristene i § 79 bokstav b.¹⁴³ Dette skiller seg fra § 77 bokstav k som i stor grad har til hensikt å ramme de tilfeller man er utenfor § 79 bokstav b sitt virkeområde. Dette kan virke forvirrende og skape uforutsigbarhet for den alminnelige borger. Her må likevel samfunnshensyn veie tyngst. Dersom man tidligere er straffet for en handling, for så å begå en liknende handling igjen, tilsier allmennpreventive hensyn at det skal ilegges en strengere reaksjon enn om det var første gangen. Har man derimot ikke blitt tatt for et lovbrudd, kan det selvsagt ikke brukes mot en i senere tid heller. En slik forskjell er derfor klart nødvendig. Det er, som nevnt i delkapittel 2.1.2, straffen som skal endre tankesettet og handlemåten til lovbrøyteren, ikke den kriminelle handling som sådan.¹⁴⁴ Det er derfor rimelig at det foreligger en forskjell mellom foreldelse av straffansvar og tidligere kriminalitet som skjerpene straffutmålingsmoment etter § 77 bokstav k. Fordi det er bare i ett av disse tilfellene, at staten har hatt mulighet for å gi en reaksjon som lovbrøyteren skal ha lært av.

¹⁴² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 380.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 85.

¹⁴⁴ Straffelovkommissionen (1885) s. 109 *ad* § 61 avsnitt 1.

6 Avslutning

Den overordnede problemstillingen har vært om *tidligere kriminalitet som skjerpende straffutmålingsmoment er godt nok begrunnet ut ifra individualpreventive og allmennpreventive hensyn*. Gjennom avhandlingen har det blitt gjennomgått en rekke ulike problemstillinger. Det er foretatt en sammenligning av de ulike begrensningene i straffeloven § 79 bokstav b og § 77 bokstav k. En gjennomgang av tilfeller hvor tidligere kriminalitet ikke tillegges vekt og hva som kan være bakgrunnen for dette. Tidligere kriminalitet som straffutmålingsmoment har blitt vurdert opp mot kriminalomsorgens prinsipp om at man har gjort opp for seg etter endt soning. Vi har også beveget oss over til USA og Danmark for å se hvordan gjentatt kriminalitet blir straffet der. Til sist har vi sett på foreldelse av straffansvar som bidrar med et spennende perspektiv til tidligere kriminalitet som straffutmålingsmoment.

På flere måter fremstår den eneste gode forklaringen på at § 79 bokstav b er så begrenset i forhold til § 77 bokstav k, at § 79 bokstav b innebærer en forhøyelse av strafferammen. Begrensningene i § 79 bokstav b synes rimelige og er velbegrunnet i forarbeidene. Dette kan ikke sies om § 77 bokstav k. Bestemmelsen er en sikkerhetsventil som ofte blir brukt når man er utenfor § 79 bokstav b sitt virkeområde. Hensynene bak virker å være hjemlet i gammel og fast praksis uten at det er tatt hensyn til at verden forandrer seg, og at vi i dag vet mer om de konsekvensene fengselsstraff kan medføre.

På den annen side har vi sett at Høyesterett enkelte ganger velger å se bort fra tidligere lovbrudd, selv om de er nærliggende i tid og av samme karakter. Det er store forskjeller mellom hvor mye de tidligere domfellelsene blir tillagt vekt. Dette indikerer at bestemmelsene ikke har klare nok begrensninger, noe som medfører at bruken kan virke vilkårlig i enkelte tilfeller. Det kan neppe sies å være i samsvar med likhetsprinsippet. Alvorlige og samfunnsskadelige forbrytelser begått med hensikt burde straffes likt.

Når det gjelder kriminalitet begått før fylte 18 år er det mye som taler i retning av at det burde være et forbud også etter § 77 bokstav k. Dette til tross for den nye høyesterettsavgjørelsen som

har motsatt konklusjon, og at Danmark nylig har hevet sitt forbud etter den danske straffeloven sin tilsvarende straffeloven § 79 bokstav b. Det burde være et forbud fordi det er tale om en handling man begikk før man var ferdig utviklet. Har man gjort en liknende handling igjen etter fylte 18 år, burde det være andre bestemmelser i loven som kan gi lovbrøteren den straff som er nødvendig for å sikre et godt samfunnsvern.

Danmark har nylig skjerpet sine gjentakelsesregler. De oppstiller nå en tiårsfrist etter tilsvarende straffeloven § 79 bokstav b. I Norge er det sjeldent at en ti år gammel dom blir brukt som straffeskjerpende moment selv etter § 77 bokstav k. En sammenligning mellom de to landene viser at det er liten forskjell på andelen som på nytt blir siktet. Dette indikerer at noen år fra eller til ikke utgjør noen reell forskjell på om man vil begå et nytt lovbrudd eller ikke. Imidlertid kan det å skjerpe straffen betraktelig ha motsatt effekt. USA sin tilbakefallsprosent etter to år er dobbelt så høy som Norge og Danmark sine. Dette indikerer at å straffe gjentagende kriminalitet hardere ikke nødvendigvis har den avskrekkende virkningen vi ønsker.

Seksårsfristen i § 79 bokstav b skaper forutberegnelighet for borgerne, og står i samsvar med prinsippet om at man har gjort opp for seg etter soning. Dette ser vi imidlertid i liten grad hos § 77 bokstav k. Den samme parallellen kan trekkes til hensynene bak reglene om foreldelse av straffansvar. Man burde på et tidspunkt kunne leve videre, uten at gamle handlinger skal kunne komme tilbake å hjemsøke deg lenge etterpå. Dette hensynet ligger også bak seksårsfristen i § 79 bokstav b. Det er derfor kritikkverdig at dette ikke er tatt hensyn til ved § 77 bokstav k.

Klare begrensninger og bedre begrunnelser for hensynene som ligger bak § 77 bokstav k synes nødvendig. Særlig med tanke på de tilfeller hvor det er tale om et stort tidsrom siden forrige lovbrudd. Klarere begrensninger vil ikke forhindre at typiske gjengangere får skjerpet straffen sin, men det vil medføre at de som ikke faller innenfor denne kategorien slipper å sone en strengere straff enn nødvendig. Det vil skape et mer forutsigbart rettssystem for den enkelte borger. Hvordan disse begrensningene skal utformes er vanskelig å si, men man kan ta inspirasjon fra foreldelse: Konkrete grenser for hvor lenge tidligere kriminalitet kan brukes ut

ifra strafferammen på det foregående lovbruddet. Det burde også være av betydning om det er ditt andre lovbrudd eller ett i rekken av mange.

På bakgrunn av de foretatte vurderingene i denne avhandlingen er tidligere kriminalitet som skjerpende straffutmålingsmoment etter § 79 bokstav b godt nok begrunnet ut ifra individualpreventive og allmennpreventive hensyn. Tidligere kriminalitet som skjerpende straffutmålingsmoment etter § 77 bokstav k er imidlertid ikke godt nok begrunnet ut ifra individualpreventive og allmennpreventive hensyn.

Som følge av vurderingene i avhandlingen, velger jeg å avslutte med et forslag til hvordan jeg mener § 77 bokstav k burde lyde. Jeg synes et forbud mot å bruke tidligere kriminalitet begått som mindreårig som straffeskjerpende moment burde være tilfelle. Jeg mener videre at en generell tidsfrist på ti år vil være tilstrekkelig, og at alt utover dette burde ha konkrete frister opptegnet i forarbeidene. Forslaget om ti år kan virke merkverdig med tanke på at Danmark har ti år etter tilsvarende § 79 bokstav b. Men ut ifra de foregående vurderingene mener jeg at det er en rimelig tidsfrist å forholde seg til. På et tidspunkt burde man kunne vite at man har gjort opp for seg. En lovfestet tidsfrist vil ikke hindre oss i å skjerpe straffen for dem som til stadighet begår kriminelle handlinger. Unntaket vil også medføre at alvorlige forbrytelser som drap og lignende fremdeles er straffeskjerpende selv etter ti år.

Mitt forslag til § 77 bokstav k:

«Ved straffutmålingen skal det i skjerpende retning især tas i betraktning at lovbruddet:

k) er begått av noen som tidligere er ilagt en strafferettslig reaksjon for liknende handlinger eller andre handlinger som er av betydning for saken.» Men ikke i de tilfeller hvor domfelte var under 18 år på handlingstidspunktet eller den nye straffbare handlingen ble begått senere enn 10 år etter fullbyrdelsen av den tidligere straffen. Dette gjelder likevel ikke i de tilfeller hvor handlingens alvor og grovhet taler for et kriminelt handlemønster som utgjør en fare for samfunnet.

Litteraturliste

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grunnloven).

Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven 1902).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjonen 04. november 1950 (EMK).

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter 16. desember 1966 (SP).

FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (Barnekonvensjonen).

General Comment No. 10 (2007): Children's rights in juvenile justice 2007.

Norske lovforarbeider og utredninger

Straffelovkommissionen (1885) Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. II: Motiver. Udarbejdet af den ved kgl. Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission, Kristiania 1896.

Ot.prp. nr. 62 (2002-2003)	Forskrift 11. april 2003 Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.).
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Forskrift 02. juli 2004 Om lov om straff (straffeloven).
Ot.prp. nr. 8 (2007-2008)	Forskrift 09. november 2007 Om lov om endringer i straffeloven 20.mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet).
Prop. 97 L (2009-2010)	Forskrift 26. mars 2010 Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerpning av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd).
Prop. 135 L (2010-2011)	Forskrift 24. juni 2011 Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff).
St.meld. nr. 37 (2007-2008)	Stortingsmelding 26. september 2008 Straff som virker – mindre kriminalitet – tryggere samfunn (kriminalomsorgsmelding).

Fellesnordisk lovforarbeider

NU 1984: 2 Nordisk utredningsserie 19. april 1983, Straffutmåling.

Rettspraksis

Rt. 1962 s. 494

HR-2005-909-A – Rt. 2005 s. 746

HR-2006-1483-A – Rt. 2006 s. 996

HR-2008-1659-A – Rt. 2008 s. 1210

HR-2010-596-A – Rt. 2010 s. 449

HR-2011-1773-A – Rt. 2011 s. 1210

HR-2012-1338-A – Rt. 2012 s. 1108

HR-2013-511-A – Rt. 2013 s. 287

HR-2013-1892-A – Rt. 2013 s. 1153

HR-2018-491-A

HR-2018-1188-A

HR-2018-1660-A

HR-2018-2096-A

Rettspraksis utland

Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003)

Danske kilder

Dansk lov

Lov 20. september 2018 nr. 1156 Straffeloven (dansk straffelov).

Dansk forskrift

2003/1 LSF 99

Forskrift 26. november 2003 af justisministeren om Forslag til Lov om ændring af straffeloven og retsplejeloven (Ændring af strafferammer og bestemmelser om straffastsættelse mv.).

Dansk riksgadvokatmeddelelse

Rigsadvokatmeddelelse (2019) Rigsadvokatmeddelelsen 01. januar 2019 om Strafadmåling (§§ 80 – 84): strafudmåling; strafsøkærpelse – nedsættelse og -bortfald;

Rundskriv

RA-2014-2 Riksadvokatens Rundskriv 26. juni 2014 nr. 2 om narkotikasaker.

Litteratur

- Alper, Durose og Markman (2018) Alper, Mariell, Matthew R. Durose og Joshua Markman, «2018 Update on Prisoner Recidivism: A 9-Year Follow-up Period (2005-2014)», *U.S. Department of Justice*, Mai 2018, <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/18upr9yfup0514.pdf> (Sist besøkt 09. desember 2019).
- Christensen og Pedersen (2019) Christensen, Isabell B. og Iben Pedersen, «Tilbagefald til kriminalitet 2015-2017: Unge mænd falder oftest tilbage til kriminalitet», *Danmarks statistik*, 3. oktober 2019 – Nr. 363, <https://www.dst.dk/da/Statistik/nyt/NytHtml?cid=29215> (Sist besøkt 09. desember 2019).
- Eidsvoll 1814 (u.å.) «Norge i union med Danmark», *Eidsvoll 1814*, u.å., <https://eidsvoll1814.no/union-med-danmark> (Sist besøkt 09. desember 2019).
- Johansen (2019) Johansen, Per A., «Waras samboer dømt til fengsel på 80-tallet. Gikk i terapi for å slutte med bedrageri», *Aftenposten*, 18. september 2019, <https://www.aftenposten.no/norge/i/e8mOqO/Waras-samboer-domt-til-fengsel-pa-80-tallet-Gikk-i-terapi-for-a-slutte-med-bedrageri> (Sist besøkt 09. desember 2019).

- Jusinfo (u.å.) «Ulikeartet idealkonkurrens», *Jusinfo: Presentert av Oslo Advokat RUV*, u.å., <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2087/2089> (Sist besøkt 09. desember 2019).
- Matningsdal (2015) Matningsdal, Magnus, *Straffeloven: Alminnelige bestemmelser: Kommentartutgave*, Oslo 2015.
- NHI (2018) «Benzodiazepiner», *NHI*, sist revidert 02. mai 2018, <https://nhi.no/sykdommer/psykisk-helse/legemidler/benzodiazepiner/> (Sist besøkt 09. desember 2019).
- Randolph (u.å.) Randolph, Mary, «Three Strikes Law», *Criminal Defense Lawyer*, NOLO, u.å., <https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/three-strikes-law.htm> (Sist besøkt 09. desember 2019).
- Skille m.fl. (2019) Skille, Øyvind B., Christine Svendsen, Olav Døvik, Runar H. Jørstad og Sverre Holm-Nilsen, «PST vil tiltalte samboeren til Wara for flere forhold», *NRK*, 23. september 2019, <https://www.nrk.no/norge/pst-vil-tiltale-samboeren-til-wara-for-flere-forhold-1.14702440> (Sist besøkt 09. desember 2019).
- SSB (2019) «Etterforskede lovbrudd», *Statistisk sentralbyrå*, 23. oktober 2019, <https://www.ssb.no/lovbrudde> (Sist besøkt 09. desember 2019).
- Stolt-Nielsen og Torgersen (2019) Stolt-Nielsen, Harald og Hans O. Torgersen, «Statsadvokaten ber PST gjøre nye undersøkelser i trusselsaken», *Aftenposten*, 30. oktober 2019, <https://www.aftenposten.no/norge/i/OpXraV/statsadvokaten-ber-pst-gjoere-nye-undersoekelser-i-trusselsaken> (Sist besøkt 09. desember 2019).