Morten Holmboe

# FENGSEL ELLER FRIHET

GYLDENDAL
JURIDISK

MORTEN HOLMBOE

# FENGSEL ELLER FRIHET

## OM TEORI OG PRAKSIS I NORSK STRAFFUTMÅLING, SÆRLIG I GRENSELANDET MELLOM FENGSEL OG MILDERE REAKSJONER

GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2016
1. utgave, 1. opplag 2016

ISBN 978-82-05-49458-9
Omslagsdesign: Gyldendal Juridisk
Layout: Laboremus Oslo AS
Sats: Laboremus Oslo AS
Brødtekst: Minion Pro 10,5/15 pkt.

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

# Forord

Denne boken er en bearbeidet versjon av min avhandling for ph.d.-graden, som ble levert 24. juni 2015 og forsvart 12. februar 2016 ved Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet. Bedømmelseskomiteen bestod av professor (em.) Jon T. Johnsen, Universitetet i Oslo (leder), professor Thomas Elholm, Syddansk Universitet (førsteopponent) og høyesterettsdommer (em.) Kirsti Coward, Høyesterett (annenopponent). Jeg vil takke komiteen for en grundig bedømmelse og en skarp og klar diskusjon under disputasen.

Videre vil jeg takke Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo for god praktisk hjelp med ferdigstilling av avhandlingen. I tillegg til dem som er nevnt i forordet til avhandlingen (sitert nedenfor), vil jeg takke Katrine Hoel Paulsen for god praktisk hjelp med det som måtte ordnes i forbindelse med prøveforelesning og disputas. Jeg vil også takke Politihøgskolens kjøkken, som tok ansvaret for doktormiddagen og gjennomførte den til min og gjestenes fulle tilfredshet.

I boken har jeg søkt å ta hensyn til kommentarer fra komiteen ved å klargjøre teksten på noen punkter. En oversikt over en del funn i avhandlingen er tatt inn i en artikkel i Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab.

Takk til Gyldendal ved forlagsredaktør Ida Kyhring for et godt samarbeid.

I forordet til disputasversjonen het det:

«Det krever en hel landsby å oppdra et barn, heter det, men det gjør det jammen også å få ferdig en avhandling. Noe av det mest gledelige ved å se tilbake på arbeidet med denne teksten er alle de vennlige hjelperne som har gjort denne perioden til en tid full av gode minner.

Veiledere har vært professor Tor-Geir Myhrer, Politihøgskolen, og professor Ulf Stridbeck, Universitetet i Oslo. Begge har gitt konstruktive kommentarer underveis og vært mer enn velvillig innstilt til å drøfte de små og store spørsmål som oppstår

i et slikt arbeid. De har også – vennlig – hjulpet til å dytte meg fremover når det har vært nødvendig. Begge har vært til mer hjelp enn de kanskje aner, og jeg kan bare si: tusen takk.

Professor Thomas Elholm var opponent ved midtveisevalueringen og stilte konstruktive spørsmål som hjalp meg til å finne veien videre i avhandlingsarbeidet. Jeg har mange ganger tenkt tilbake på hans gode spørsmål når jeg skulle spisse teksten. Også ved drøftelser i de nordiske workshoper i strafferett har han kommet med nyttige og oppmuntrende kommentarer som har vært gode å gripe til.

Det var daværende rektor ved Politihøgskolen, Hans Sverre Sjøvold, som ga meg ideen og muligheten til å sette i gang arbeidet. Håkon Skulstad var rektor i store deler av tiden jeg har arbeidet med denne avhandlingen. Nina Skarpenes har vært konstituert rektor både i 2010–2011 og siden 2014. De skal alle ha en stor takk for velvilje og forståelse for de utfordringene det kan innebære å skrive samtidig som man har noen andre oppgaver å passe.

Det er en glede å arbeide ved Politihøgskolen, som har et meget godt arbeidsmiljø i tillegg til å by på faglig dyktige kolleger. Noen nevnt, noen sikkert glemt, men jeg våger meg:

Politihøgskolens forskningsavdeling er et utmerket sted å arbeide. Avdelingsleder Haavard Reksten har gitt mye både menneskelig og administrativ hjelp og gitt en god ramme for arbeidet. Mange kunne vært nevnt, men Jon Strype, Gunnar Thomassen og Marit Egge må takkes for alle de gode samtalene som har hjulpet meg med å fokusere på de viktige spørsmålene.

Forskningsavdelingen administrerer også stipendiatgruppen, som er viktig både for miljøet og for å drøfte tverrfaglige spørsmål. Professorene Silje Bringsrud Fekjær, Helene Ingebrigtsen Gundhus og Inger Marie Sunde har byttet på å lede gruppen i min stipendiattid og har alle bidratt til å utvikle gruppen til et viktig forum for stipendiatene.

Sverre Flaatten har alltid vært velvillig innstilt til å diskutere strafferettslige og filosofiske spørsmål.

Nordisk workshop i strafferett har gitt gode muligheter til å drøfte vanskelige spørsmål. Jeg trekker her bare frem to, selv om mange hadde fortjent å bli nevnt: Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen og Ingun Fornes har på hver sine områder gitt meg verdifulle innspill.

Alle skulle ha slike bibliotekarer som vi har her ved Politihøgskolen. Det tok litt tid før jeg skjønte hvor mye disse flinke folkene kan skaffe, hvor raskt de gjør det, og hvor greie de er med distré forskere som slett ikke husker at bøker lånes ut for en viss tid. (Ja, jeg skal levere resten av bøkene nå.)

Jeg tror ikke noe på at «alt går galt» – det gjør det heldigvis ikke. Men uten våre flinke folk i IT-avdelingen hadde denne avhandlingen blitt skrevet med penn og blekk. Takk for hjelp når maskineriet har sviktet, og takk for alt dere gjør for at det ikke svikter ofte.

Som ekstern stipendiat ved Institutt for offentlig rett er jeg blitt tatt godt vare på både av instituttledelsen og av de andre stipendiatene. En særlig takk til Guro Frostestad og Øyvind Henden for gode praktiske rammer og til Mariken Solberg for utmerket arbeid med registre, korrektur av et tidligere utkast til avhandlingen og mye annen praktisk hjelp. Jeg har også fått være med på den såkalte «straffekaffen» ved instituttet, og det har vært hyggelig og lærerikt.

Gørill Arnesen har administrert ph.d.-programmet på en utmerket måte og gitt god hjelp til å få oversikt over hva som skal til for å få gjennomført opplæringsdelen.

Lovdatas flinke folk har vært behjelpelige både med å lære meg nyttige ting og med opplysninger jeg trengte om tidligere tiders datasystemer i domstolene.

I innspurten av dette arbeidet kom den triste beskjeden om at Nils Christie var gått bort. Jeg vet ikke om han ville vært enig i mine konklusjoner, men jeg håper han ville likt noen av spørsmålene. Jeg liker i hvert fall spørsmålene hans.

Så gjenstår det viktigste: å takke sine nærmeste.

Mine foreldre, Urd og Jon, har alltid vært der for meg og gitt meg praktisk hjelp, men først og fremst trygghet til å treffe mine egne valg. Det største privilegiet man kan ha, er å finne ut først i voksen alder at man er heldigere enn man ante som har slike foreldre. Jeg har mye å takke for.

Mine svigerforeldre, Ruth og Odd, har gitt god hjelp og støtte gjennom mange år. Tusen takk!

Hjemme har jeg mine kjære Anita og Haakon Andreas, som jeg er så glad i at jeg ikke klarer å skrive det her. Takk for alt dere er og gjør, og for at dere har holdt ut med en til tider distré ektemann og far som bruker tid på å tenke ut juridiske vinklinger på mange rare spørsmål. Jeg lovte å komme hjem når jeg var ferdig med denne teksten. Nå kommer jeg.»

Oslo/Jessheim, 24. juni 2015 / 18. mars 2016
Morten Holmboe

# Innhold


KAPITTEL 1 INNLEDNING OG BAKGRUNN ..... 19
1.1 Problemstilling ..... 19
1.2 Noen grunnleggende prinsipper i strafferettssystemet ..... 25
1.3 Nærmere om de spørsmålene som stilles i boken ..... 30
1.3.1 Hensyn på det overordnede plan ..... 30
1.3.2 Justerende hensyn ..... 31
1.3.3 Rettslige konsekvenser av reaksjonsvalget ..... 32
1.4 Gammel og ny straffelov ..... 33
1.5 Kort om de norske straffereaksjonene ..... 35

DEL I FORSKJELLIGE TYPER STRAFFETEORIER ..... 39

KAPITTEL 2 KLASSISKE TEORIER (GJENGJELDELSE) ..... 41

KAPITTEL 3 NYTTETEORIER (PREVENSJON) ..... 44
3.1 Allmennprevensjon ..... 47
3.1.1 Avskrekkende ..... 50
3.1.2 Bidra til den alminnelige lovlydighet ..... 50
3.1.3 Opprettholde den sosiale ro ..... 50
3.1.4 Allmennprevensjonen – oppsummering ..... 55
3.2 Individualprevensjon ..... 58
3.2.1 Individualprevensjonens offensive side: Vi straffer av hensyn til lovbryterens avskrekking og forbedring ..... 58
3.2.2 Individualprevensjonens defensive side: Vi avstår fra en bestemt straff av hensyn til lovbryterens rehabilitering ..... 60
3.3 Restorative justice (gjenopprettende prosess): En teori som prøver å komme inn i det gode selskap ..... 62

KAPITTEL 4 NYERE TEORI OM STRAFFENS FORMÅL ..... 66

KAPITTEL 5 STRAFFENS FORMÅL ETTER STRAFFELOVEN 2005 ..... 70
5.1 Bakgrunn: Kriminalmeldingen av 1978 ..... 70
5.2 Uttalelser i forbindelse med lovens alminnelige del ..... 72
5.2.1 Straffelovkommisjonen ..... 72
5.2.2 Proposisjoner ..... 74
5.2.3 Uttalelser fra Stortingets justiskomité ..... 74
5.3 Straffeloven 2005 som bærer av kontinuitet ..... 75
5.3.1 Begrunnelse for strafferetten ..... 75
5.3.2 Tilbakeholdenhet ved bruk av straff? ..... 76

KAPITTEL 6 STRAFFETEORIER PÅ FORSKJELLIGE NIVÅER AV SYSTEMET 78

KAPITTEL 7 NOE OM HVA STRAFFUTMÅLING ER ..... 83

KAPITTEL 8 NOE OM STRAFFUTMÅLINGENS NORMATIVE OG DESKRIPTIVE KARAKTER ..... 87

KAPITTEL 9 METODE ..... 89
9.1 Analyse av gjeldende straffutmålingspraksis ..... 89
9.2 Avgrensning ..... 90
9.2.1 Stortinget og Høyesterett, ikke underordnede domstoler ..... 90
9.3 Veien videre ..... 91

**DEL II LOVGIVERENS KONKRETE VALG** ..... 93

KAPITTEL 10 STRAFFELOVENS KONKRETE UTMÅLINGSBESTEMMELSER 95
10.1 Tilståelsesrabatten og straffens overordnede formål ..... 95
10.1.1 Saker der den mistenkte objektivt sett er skyldig ..... 99
10.1.2 Saker der den mistenkte objektivt sett ikke er skyldig ..... 102
10.1.3 Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging – et særspørsmål ..... 108
10.1.4 Tilståelsesrabatten og menneskerettighetene ..... 112
10.2 Lovbestemt fengselsstraff: Subsidiær fengselsstraff for bot og hvilke hensyn strafferettssystemet skal fremme ..... 113
10.2.1 Generelt ..... 113
10.2.2 To lovendringer som kan redusere, men ikke fjerne ulempene ..... 121
10.2.2.1 Endring i straffeprosessloven § 456 ..... 122
10.2.2.2 Bøtetjeneste ..... 123
10.2.3 Oppsummering: Bør bøter kreves inn under trussel om bøtetjeneste og fengselsstraff? ..... 124
10.3 Forskuttering av de skjerpende endringene i straffeloven 2005 før ikrafttredelsen ..... 126
10.4 Om analysen av de administrative og økonomiske konsekvenser ved straffskjerpingene i straffeloven 2005 ..... 130

**DEL III HØYESTERETTS PRAKSIS PÅ UTVALGTE RETTSOMRÅDER** ..... 141

KAPITTEL 11 STRAFFUTMÅLING I HØYESTERETT ..... 143
11.1 Innledning ..... 143
11.1.1 Generelt ..... 143
11.1.2 Målet med analysen ..... 145
11.1.3 Ikke analyse av den enkelte dommers vota, men av tekstene som kollektive produkter ..... 145
11.1.4 Utvalg ..... 145
11.1.5 Noe om Høyesteretts kompetanse ved anker over straffutmålingen 145
11.1.6 Betydningen av begrunnede ankenektelser av Høyesteretts ankeutvalg ..... 147
11.2 Om dommerskjønn og rammene for det ..... 149
11.2.1 Hvor fritt er det norske dommerskjønnet i praksis? ..... 149
11.2.2 Om normering i lovtekst, forarbeider og Høyesteretts praksis ..... 151
11.3 Hensyn ved straffutmålingen ..... 152
11.3.1 Den straffbare handling ..... 152
11.3.1.1 Det objektive resultat ..... 153
11.3.1.2 Straffutmåling på grunnlag av art, mengde, skade osv. ..... 153
11.3.2 Gjerningspersonens personlige forhold ..... 153
11.3.2.1 Gjentagelse ..... 154
11.3.2.2 Alder ..... 154
11.3.2.3 Spesielt om når gjerningspersonen er særlig hardt rammet av lovbruddet ..... 155
11.3.2.4 Gjerningspersonens ansvar for barn ..... 155
11.3.3 Fornærmede ..... 156
11.3.3.1 Skaden for fornærmede ..... 156
11.3.3.2 Har fornærmedes ønske om mild reaksjon noen betydning? ..... 157
11.3.4 Etterfølgende forhold ..... 160
11.3.4.1 Tilståelse ..... 160
11.3.4.2 Tidsforløp frem til dom ..... 161
11.3.4.3 Rehabilitering ..... 164

**DEL IV HØYESTERETTS PRAKSIS – NOEN RETTSOMRÅDER** ..... 165

KAPITTEL 12 VINNINGSLOVBRUDD – BEDRAGERIER MOT FELLESSKAPET 167
12.1 Trygde- og sosialbedragerier ..... 168
12.1.1 Før 1980 ..... 170
12.1.2 1980-tallet ..... 176
12.1.3 1990-tallet ..... 187
12.1.4 2000-tallet ..... 201
12.1.5 Det straffbare forholds karakter ..... 212
12.1.6 Kombinasjon med andre lovbrudd ..... 214
12.1.7 Forholdet til sammenlignbare formueslovbrudd ..... 217

12.1.8 Forhold ved lovbryteren ..... 219
12.1.9 Den senere betydningen av dissenser ..... 221
12.2 Forsikringsbedragerier ..... 231
12.3 Skatte- og avgiftsunndragelser ..... 238
12.4 Oppsummering. Sammenligning mellom lovbruddstypene ..... 241

KAPITTEL 13 VOLD ..... 243
13.1 Vold, ran og trusler ..... 243
13.1.1 Legemskrenkelser ..... 243
13.1.1.1 Kroppskrenkelse (straffeloven 2005 § 271 og § 272) ..... 243
13.1.1.2 Kroppsskade (straffeloven 2005 § 273) ..... 244
13.1.1.3 Unge lovbrytere ..... 245
13.1.2 Trusler ..... 246
13.1.3 Ran ..... 246
13.1.4 Vold og trusler mot offentlig tjenestemann, motarbeiding av rettsvesenet m.v. ..... 247
13.1.4.1 Vold og trusler mot offentlig tjenestemann ..... 247
13.1.4.2 Motarbeiding av rettsvesenet ..... 248
13.1.4.3 Sammenligning av reglene ..... 248

KAPITTEL 14 SEKSUALLOVBRUDD MOT MINDREÅRIGE ..... 251
14.1 Det straffbare forholds karakter ..... 251
14.2 Strafferammer ..... 251
14.3 Jevnbyrdighet i alder og utvikling ..... 253
14.3.1 Rettspraksis ..... 254
14.3.1.1 1960-tallet til 1980-tallet ..... 254
14.3.1.2 1990-tallet ..... 256
14.3.1.3 2000-tallet ..... 259
14.3.1.4 2010-tallet ..... 263
14.3.1.5 Oppsummering av rettspraksis ..... 264
14.3.2 Fordeler og ulemper ved en domstolskapt grense for straffbortfall 264
14.3.3 Forholdet til straffeteoriene ..... 265

KAPITTEL 15 NARKOTIKALOVBRUDD ..... 267
15.1 Utgangspunkt for grensen mellom ubetinget fengsel og mildere reaksjoner ..... 268
15.2 Unntak: rehabilitering ..... 269
15.3 Oppsummering ..... 277

KAPITTEL 16 TRAFIKK ..... 278
16.1 Fartsovertredelser ..... 278
16.1.1 Voksne lovbrytere ..... 279
16.1.2 Fart: den subjektive side ..... 290
16.1.3 Unge lovbrytere ..... 292

16.2 Promillekjøring (vegtrafikkloven § 22) ..... 293
16.2.1 Den objektive side ..... 293
16.2.2 Promillekjøring: Den subjektive side ..... 295
16.2.3 Unge lovbrytere ..... 296
16.3 Uaktsom kjøring med personskade som følge ..... 297
16.3.1 Uaktsom kroppsskade ..... 297
16.3.2 Uaktsom forvoldelse av en annens død ..... 297
16.3.3 Særlig om tilfeller der førerens nærstående er rammet ..... 299

KAPITTEL 17 NOE RETTSPRAKSIS OM BETYDNINGEN AV GJERNINGSPERSONENS ANSVAR FOR BARN ..... 302

KAPITTEL 18 SÆRLIG OM LEGDOMMERSKJØNNETS BETYDNING VED STRAFFUTMÅLING ..... 307
18.1 Innledning ..... 307
18.2 En sammenligning mellom Høyesteretts og de underordnede domstolers rolle ved straffutmåling ..... 314
18.3 Betydningen av meddommernes vota – noen undersøkelser ..... 318
18.3.1 Høyesterettsdommer om straffutmåling der det er anført hensynet til den alminnelige rettsfølelse ..... 318
18.3.2 En gjennomgang av dissensavgjørelser om straffutmåling i Høyesterett i årene 2010–2013 ..... 325
18.4 Hvilken betydning ville det ha om Høyesterett la større vekt på meddommernes vota i tvilsomme saker? ..... 326

**DEL V RETTSLIGE KONSEKVENSER AV REAKSJONSVALGET** ..... 329

KAPITTEL 19 INNLEDNING ..... 331

KAPITTEL 20 STRAFFERETTSLIGE OG REGISTERMESSIGE KONSEKVENSER AV REAKSJONSVALGET ..... 334
20.1 Foreldelse av idømt straff ..... 334
20.1.1 Samfunnsstraff ..... 334
20.1.2 Ungdomsstraff ..... 337
20.2 Politiattester ..... 339
20.2.1 Betydningen av politiattester ..... 340
20.2.1.1 Mottagerens behandling av opplysningene ..... 340
20.2.1.2 Mottagerens tilgang til annen informasjon ..... 341
20.2.2 Sanksjoner som er straff etter EMK, men ikke etter norsk intern rett ..... 342
20.2.3 Typer politiattester ..... 342
20.2.3.1 Ordinær attest (politiregisterloven § 40) ..... 343
20.2.3.2 Uttømmende politiattest ..... 352
20.2.4 Oppsummering ..... 363

KAPITTEL 21 LOVBESTEMTE KONSEKVENSER AV REAKSJONSVALGET ... 365
21.1 Lovforbud mot stillinger der man kan få kontakt med mindreårige ..... 365
21.2 Tap av førerett..... 367
21.3 Tap av arverett og forsikringsytelser som følge av en straffbar handling.... 370
21.3.1 Tap av arverett etter barn som er unnfanget ved seksuallovbrudd.. 370
21.3.2 Fradømmelse av arverett på grunn av straffbar handling som gjør at arvelateren mister livet..... 379
21.3.3 Tap av rett til forsikringsytelserpå grunn av straffbar handling som fører til død eller invaliditet..... 384

**DEL VI OPPSUMMERING OG KONKLUSJON**..... 387

KAPITTEL 22 OPPSUMMERING AV FUNNENE I BOKEN ..... 389
22.1 Hensyn på det overordnede plan..... 389
22.2 Justerende hensyn..... 391
22.3 Rettslige konsekvenser av reaksjonsvalget ..... 396
22.4 Ideal og realitet..... 396

KAPITTEL 23 AVSLUTNING..... 399

LITTERATUR..... 401

LOVER, FORSKRIFTER, OFFENTLIGE DOKUMENTER M.M..... 421
Lover og forskrifter..... 421
Gjeldende lover ..... 428
Opphevede lover og lovbestemmelser ..... 430
Gjeldende forskrifter..... 430
Endringsforskrifter ..... 431
Utenlandske lover ..... 431
Traktater ..... 431
Lovforarbeider og andre offentlige dokumenter ..... 431
Offentlige utredninger ..... 431
Proposisjoner ..... 432
Innstillinger..... 434
Andre offentlige dokumenter ..... 436
Brev..... 437
Rettspraksis m.v. ..... 438

STIKKORD..... 443

# Figurer


Figur 1: Synkende kriminalitet ved stigende straffenivå ..... 56
Figur 2: Avtagende effekt av stigende straffenivå ..... 56
Figur 3: Negativ effekt av stigende straffenivå..... 58
Figur 4: Trygdebedragerier, 1980-tallet. Bedratt beløp og straffereaksjon ..... 183
Figur 5: Trygdebedragerier, 1980-tallet. Bedratt beløp og lengde på den ubetingede fengselsstraffen..... 185
Figur 6: Trygdebedragerier,1990-tallet. Reaksjon ..... 200
Figur 7: Trygdebedragerier. Grunnbeløp og grense for fengsel 2002–2013..... 205
Figur 8: Trygdebedragerier. Grense for fengsel med utgangspunkt i Rt. 2002 s. 1403..... 205
Figur 9: Trygdebedragerier (forsettlige) i forhold til grunnbeløpet på gjerningstiden. Betinget fengsel eller samfunnstjeneste 1978–2002. Frekvensfordeling..... 207
Figur 10: Trygdebedragerier opp til 2,5 G. Ubetinget fengsel 1974–2013. Frekvensfordeling..... 208
Figur 11: Fartsovertredelser. Samfunnsstraff og ubetinget fengsel i forskjellige fartssoner. Prosent over fartsgrensen ..... 285
Figur 12: Fartsovertredelser. Grensen for tap av førerett i forskjellige fartssoner. Prosent over fartsgrensen..... 287
Figur 13: Fartsovertredelser. Ubetinget fengsel sammenlignet med grensen for tap av førerett i forskjellige fartssoner. Prosent over grensen for tap av førerett ..... 288
Figur 14: Ung lovbryter. Politiattest ved forskjellige reaksjoner ..... 351

# Tabeller


Tabell 1: Straffens forebyggende virkning (etter Myhrer, 2011) ..... 47
Tabell 2: Skjerpende og formildende omstendigheter etter straffeloven 2005 80
Tabell 3: Fordeler og ulemper ved å tilstå ..... 106
Tabell 4: Trygdebedragerier. Beløp og lengde på fengselsstraffen ..... 184
Tabell 5: Forhold mellom grunnbeløp på gjerningstiden og straff ..... 204
Tabell 6: Seksuallovbrudd mot mindreårige. Jevnbyrdighet i alder og utvikling. Mulige utfall ..... 254
Tabell 7: Fartsovertredelser. Høyesterettspraksis om grensen mellom betinget og ubetinget fengsel før 2004 ..... 279
Tabell 8: Fartsovertredelser. Høyesterettspraksis om grensen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel etter 2004 ..... 281
Tabell 9: Fartsovertredelser. Riksadvokatens påtaledirektiv om grensen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel ..... 281
Tabell 10: Fartsovertredelser. Samfunnsstraff og ubetinget fengsel i forskjellige fartssoner. Km/t over fartsgrensen ..... 284
Tabell 11: Fartsovertredelser. Samfunnsstraff og ubetinget fengsel i forskjellige fartssoner. Prosent over fartsgrensen ..... 285
Tabell 12: Fartsovertredelser. Grensen for tap av førerett i forskjellige fartssoner. Prosent over fartsgrensen ..... 286
Tabell 13: Fartsovertredelser. Ubetinget fengsel sammenlignet med grensen for tap av førerett i forskjellige fartssoner. Prosent over grensen for tap av førerett ..... 287
Tabell 14: Straffutmåling. Styrker og svakheter ved forskjellige instanser ..... 315
Tabell 15: Ideal og realitet i lovgivning og rettspraksis ..... 397

KAPITTEL 1

# Innledning og bakgrunn

## 1.1 Problemstilling

«Hvorfor straffer vi?» er et grunnleggende spørsmål vi aldri blir ferdige med. I den praktiske hverdag kan det være viktigere å spørre «hvordan straffer vi?». Som Johs. Andenæs har uttrykt det: «Tiltaltes skjebne avhenger ikke bare av svaret på skyldspørsmålet; vel så viktig kan det være hva slags straff som utmåles innenfor et bredt spekter av valgmuligheter, f.eks. 14 dager betinget eller seks år ubetinget fengsel.»[1]

Hvilke hensyn man bruker for å begrunne straff generelt, kan likevel påvirke hvordan man fastsetter konkrete regler om straff, og hvordan domstolene utmåler straff i den enkelte sak.

Lovgiveren har ved vedtagelsen av straffeloven 2005 tatt stilling på prinsipielt plan til hvilke hensyn som skal legges til grunn i strafferettspleien, både når det gis lover og når domstolene dømmer i enkeltsaker. Et spørsmål som er verd å undersøke, er hvordan lovgiverens generelle idealer står seg når lovgiveren selv skal fastsette enkeltregler.

Lovgiverens signaler om hvilke straffeteorier man skal bygge på, er også grunnlaget for domstolenes straffutmåling i den enkelte sak. Den praktiske hverdag i strafferettspleien kan likevel ofte bli preget av å kalibrere straffutmålingen til den eksisterende praksis. Professor Alvar Nelson forteller en historie om sin forgjenger, professor Ivar Strahl, som av og til spurte studentene hvordan man skulle bestemme riktig straffereaksjon. Ble studenten «svarslös», sa Strahl: «Fråga en äldre kollega!»[2]

---

1 Andenæs (2004, s. 456).

2 Nelson (1990, s. 73).

Det er likevel ikke helt sjelden at Høyesterett må ta stilling til hvilken vekt de allmennpreventive hensyn skal ha ved straffutmålingen. Også de individualpreventive hensyn har stor betydning i praksis. Samtidig skal domstolene ivareta hensynet til proporsjonalitet mellom gjerning og straff.

Mye av diskusjonen om straffeteoriene har dreid seg om hvorfor vi skal straffe de mest alvorlige lovbruddene. Om man begrunner straffen med nytte eller rettferdighet, blir svaret uansett at det må en langvarig straff til. Og straffer man ikke slike lovbrudd, kan man heller ikke straffe andre borgere som går til privat avstraffelse av gjerningspersonen. Kalliris sier det slik: «In fact, leaving punishment in the hands of the state secures not only social order but some of our rights as well: the impartial authority of the state can protect us from vindictive victims or menacing offenders seated across the table.»[3]

I tillegg til at fengselsstraff kan være nødvendig i de mest alvorlige sakene, tilsier hensynet til inkapasitering av lovbryteren at rettssamfunnet må ha et effektivt middel til disposisjon.

For de farligste lovbryterne har man hjemmel for forvaring,[4] som avløste den tidligere formen sikring. Ved valget mellom ubetinget fengsel og forvaring vil hensynet til samfunnstryggheten – og altså behovet for å sikre inkapasitering – stå sentralt.[5] Men når man velger ubetinget fengsel som reaksjon i den konkrete saken, kan hensynet til inkapasitering neppe avgjøre lengden på fengselsstraffen.[6]

Temaet for dette arbeidet er å utforske straff i teori og praksis i et annet sjikt enn grensen mot forvaring: i grenselandet mellom fengsel og mildere reaksjoner. I saker der domstolens valg står mellom ubetinget fengsel og mildere reaksjonsformer, vil den mulige fengselsstraff som oftest være forholdsvis kort.

I 2012 ble 3285 fengselsdømte innsatte løslatt innen det var gått 29 dager av soningen, mens 2020 ble løslatt innen 59 dager. Det utgjorde henholdsvis 39 og 24 % av det totale antall løslatte. Nær 2/3 av de fengselsdømte sonte altså mindre enn 60 dager.[7]

---

3 Kalliris (2013, s. 444).

4 Straffeloven 2005 kapittel 7 (jf. tidligere straffeloven 1902 § 39c).

5 Forvaring skal også ha et annet innhold enn straff i tradisjonell forstand: «Reaksjonen bør tilpasses de dømtes særlige behov, og ekspertise fra flere fagområder bør trekkes inn ved gjennomføringen av særreaksjonen.» (Ot.prp. nr. 87 (1993–94) s. 79.) Forvaringen er altså ment å legge forholdene ekstra godt til rette for den domfeltes rehabilitering. Men det viktigste særpreget ved reaksjonen er hensynet til samfunnsvernet.

6 Skeptisk til å kommunisere inkapasitering som en individualpreventiv strategi under straffegjennomføringen er Gröning (2013b, s. 180).

7 Statistisk Sentralbyrå (2015b), lesedato 29. februar 2016.

Her er det uansett vanskelig å se hensynet til inkapasitering ved innesperring som særlig tungtveiende.

Noen unntak kan likevel tenkes: I visse tilfeller kan varetektsfengsling, bl.a. på grunn av gjentakelsesfare, tenkes også der den straffbare handling ikke vil føre til noen særlig lang straff. Det generelle vilkåret for pågripelse og varetektsfengsling er at den straffbare handlingen kan straffes med høyere straff enn fengsel i seks måneder.[8] Dersom det etter rettspraksis ikke er aktuelt med ubetinget fengsel for lovbruddet, kan det imidlertid lett anses uforholdsmessig å varetektsfengsle den siktede.[9]

I saker mot lovbrytere under 18 år som har gjort seg skyldige i alvorlige straffbare forhold, kan likevel reaksjonsvalget i den enkelte sak stå mellom en forholdsvis lang ubetinget fengselsstraff og mildere reaksjoner. Se for eksempel Rt. 2010 s. 1313, der lagmannsretten satte straffen for ran til fengsel i to år og seks måneder, hvorav ett år ubetinget fengsel, mens Høyesterett satte straffen til samfunnsstraff i 417 timer. Et annet eksempel er Rt. 2013 s. 776, der Høyesteretts flertall fastsatte straffen for et voldtektsforsøk til fengsel i to år og ni måneder, hvorav ni måneder var ubetinget fengsel, mens mindretallet stemte for samfunnsstraff i 420 timer kombinert med 45 dager ubetinget fengsel. En slik kontrast kan man også se i enkelte saker mot voksne lovbrytere: I Rt. 2011 s. 1744 hadde lagmannsretten dømt en kvinne til fengsel i to år, hvorav femten måneder var ubetinget fengsel, for oppbevaring av ca. 95 kilo hasj.[10] Høyesteretts flertall satte straffen til samfunnsstraff i 390 timer på grunn av hennes omsorgsansvar for et barn og hennes samarbeid med politiet, mens mindretallet stemte for å forkaste anken.

«Inkapasitering» kan imidlertid også tolkes i en videre forstand: Dersom man fastsetter begrensninger i den domfeltes rettslige eller faktiske frihet basert på den straffbare handling, kan det begrense muligheten til å begå ny kriminalitet.

Noen eksempler: Promillekjøreren kan fratas føreretten, voldsutøveren kan ilegges kontaktforbud, seksuallovbryteren kan nektes adgang til bestemte stillinger eller verv der han kan komme i kontakt med potensielle ofre, osv.[11]

---

8 Straffeprosessloven § 171, jf. § 184.

9 Jf. Grunnloven § 94 og straffeprosessloven § 170a. Om betydningen av mulig oversoning for spørsmålet om den siktede (fortsatt) kan fengsles, se for eksempel Rt. 1998 s. 1068 U, Rt. 1998 s. 1616 U og Rt. 2012 s. 274 U. Jf. Bjerke m.fl. (2011a, s. 611). – Høyesterett kan som kjent treffe avgjørelser i *ankeutvalget* (tidligere kalt *kjæremålsutvalget*) med tre dommere, i *avdeling* med fem dommere, i *storkammer* med elleve dommere eller i *plenum*. I dette arbeidet markeres ikke avgjørelsene avsagt i avdeling siden dette er de fleste. Derimot markeres avgjørelser av ankeutvalget (kjæremålsutvalget), storkammeret og plenum med henholdsvis U, S og P. Fra 2016 kommer Norsk Retstidende ikke lenger ut i papirform, og referansene til avgjørelsene vil fremover være Høyesteretts saksnummer, der det fremgår hva slags avgjørelse saken dreier seg om.

10 Straffeloven 1902 § 162 tredje ledd første punktum, jf. femte ledd. Jf. nå straffeloven 2005 § 232 annet ledd første punktum.

11 Bjørgo (2015, s. 13).