



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 25. juni 2020 av Høyesterett i avdeling med

dommer Erik Møse
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Ingvald Falch
dommer Espen Bergh
dommer Kine Steinsvik

HR-2020-1333-A, (sak nr. 20-043611STR-HRET)
Anke over Kristiansand tingretts dom 20. januar 2020

A (advokat Svein Kjetil Stallemo – til prøve)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Kristin Natasha Røhne)

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

(1) Dommer **Steinsvik:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder habilitet og reiser spørsmål om en tingrettsdommer som ledd i domstolskontrollen med narkotikaprogram kan behandle en sak om fullbyrdelse av straffen ved vilkårsbrudd.
- (3) A ble ved Oslo tingretts dom 2. november 2018 dømt til fengsel i to år, hvorav ett år ble gjort betinget på særvilkår om gjennomføring av narkotikaprogram med domstolskontroll. Prøvetiden ble satt til tre år. Domfellelsen gjaldt narkotikaovertrедelser, overtrедelser av våpenlovgivningen og vegtrafikkforhold.
- (4) Straffen var en fellesstraff med Gjøvik tingretts dom 2. februar 2017, der A ble dømt til 420 timer samfunnsstraff med en subsidiær fengselsstraff på ett år og ti måneder. Også denne dommen gjaldt en rekke narkotikalovbrudd. Idømmelsen av samfunnsstraff var begrunnet i at domfelte på dette tidspunktet var «i en klar rehabiliteringssituasjon».
- (5) Narkotikaprogrammet med domstolskontroll (ND) ble iverksatt av kriminalomsorgen ved Agder friomsorgskontor 8. januar 2019. A samtykket i at domstolskontrollen kunne gjennomføres ved Kristiansand tingrett, og tingretten avholdt startmøte 21. januar 2019 med tingrettsdommer Lillian Skranefjell som ND-dommer. Etter begjæring fra kriminalomsorgen avsa tingretten 23. april 2019 kjennelse om faseovergang. Det ble deretter avholdt statusmøter i august og november. Jeg kommer nærmere tilbake til tingrettens rolle.
- (6) Kriminalomsorgen fremsatte 11. desember 2019 begjæring om fullbyrdelse av straffen i medhold av straffeloven § 39 andre ledd. Begjæringen var begrunnet i «gjentatte og alvorlige brudd på forutsetningene for deltagelse i narkotikaprogrammet». Det ble vist til at A over tid hadde levert positive rusprøver, samt at han hadde brutt vilkåret om ikke å begå nye straffbare forhold i gjennomføringstiden. I tillegg ble det opplyst at A for tiden var varetektsfengslet med grunnlag i siktelse for blant annet grov narkotikaovertrедelse, jf. straffeloven § 232 første ledd, jf. § 231 første ledd.
- (7) Under rettsmøtet til behandlingen av begjæringen om strafffullbyrdelse reiste A habilitetsinnsigelse mot tingrettsdommer Skranefjell. Grunnlaget var hennes befatning med saken som ND-dommer.
- (8) Kristiansand tingrett ved sorenskriveren avsa 17. januar 2020 kjennelse med slik slutning:
- «Tingrettsdommer Lillian Skranefjell viker ikke sete i sak 19-187387.»
- (9) Tingretten la til grunn at dommer Skranefjells rolle som ND-dommer ikke medførte inhabilitet etter domstolloven § 108. Det ble særlig trukket frem at lovens ordning er at samme dommer skal følge domfelte gjennom hele programmet og også ta stilling til reaksjoner på eventuelle vilkårsbrudd.

- (10) Med dommer Skranefjell som enedommer avsa tingretten deretter 20. januar 2020 dom med slik slutning:
- «Den betingede delen av Oslo tingretts dom av 02.11.18 mot A, født 00.00.81, fullbyrdes med fengsel i 9 – ni – måneder. Den resterende fengselsstraffen på 3 – tre – måneder bortfaller.»
- (11) A anket dommen og søkte samtidig om samtykke til å bringe anken direkte inn for Høyesterett, jf. straffeprosessloven § 8, jf. § 323. Anken gjelder saksbehandlingen og lovanvendelsen. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 3. april 2020 ble samtykke til direkte anke gitt, og anken ble tillatt fremmet.
- (12) Høyesterett har behandlet saken ved fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Mitt syn på saken

Innledning

- (13) Anken over saksbehandlingen er begrunnet i at tingrettsdommeren var inhabil til å avgjøre begjæringen om fullbyrdelse av straffen etter straffeloven § 39 andre ledd. Før jeg går nærmere inn på habilitetsspørsmålet, vil jeg redegjøre for hovedtrekkene i ND-programmet og domstolenes rolle ved gjennomføringen.
- (14) Den subsidiære anken over lovanvendelsen gjelder spørsmålet om terskelen for straffullbyrdelse i § 39 andre ledd er overskredet, samt hvilket fradrag A i tilfelle skal ha for den delen av ND-programmet han har gjennomført.

Narkotikaprogram med domstolskontroll

Hjemmelsgrunnlaget og hovedtrekkene i programmet

- (15) Det følger av straffeloven § 34 første ledd at retten i dom på fengselsstraff kan bestemme at fullbyrdelsen skal utsettes helt eller delvis i en prøvetid. Slik utsettelse gis på det grunnvilkår at den domfelte ikke begår en ny straffbar handling i prøvetiden. I tillegg kan retten fastsette særvilkår etter reglene i §§ 35 til 37, jf. § 34 tredje ledd.
- (16) I medhold av straffeloven § 37 første ledd bokstav f kan retten som særvilkår for fullbyrdingsutsettelse pålegge den domfelte å «gjennomføre narkotikaprogram med domstolskontroll».
- (17) Særvilkår om narkotikaprogram forutsetter samtykke fra den domfelte.
- (18) Nærmere regler om innholdet i og gjennomføringen av programmet er gitt i forskrift 20. oktober 2017 nr. 1650 om narkotikaprogram med domstolskontroll – ND-forskriften. Formålet med ND-program er etter § 1 å «forebygge ny kriminalitet, fremme rehabilitering og bidra til å styrke og samordne praktiske hjelpe- og behandlingstilbud for domfelte som er avhengige av narkotika, og som omfattes av ordningen». Samordningsansvaret er lagt til

kriminalomsorgen, som etter § 4 skal «tilrettelegge og gjennomføre narkotikaprogram med domstolskontroll i samarbeid med andre offentlige instanser».

- (19) ND-forskriften § 7 første ledd slår fast at programmet skal gjennomføres i fire faser som «fastsettes etter en individuell vurdering og under hensyn til en realistisk progresjon». I hver fase settes det vilkår som den domfelte må overholde. Forslag til vilkår for *iverksettingsfasen* utarbeides som ledd i personundersøkelsen, som alltid skal foreligge der det er aktuelt å idømme narkotikaprogram med domstolskontroll, før saken fremmes for retten, jf. § 5 andre ledd. For de øvrige fasene – *stabiliseringsfasen*, *ansvarsfasen* og *videreføringsfasen* – følger det av § 7 andre ledd at kriminalomsorgen kan be retten fastsette vilkår for og innhold i fasene, basert på forslag som kriminalomsorgen legger fram. Når kriminalomsorgen har bedt om det og domfeltes forhold gir grunn til det, kan retten avsi kjennelse om at den domfelte skal gå videre til neste fase i programmet, jf. § 7 tredje ledd. Bestemmelser om reaksjoner på vilkårsbrudd er gitt i § 13.

Nærmere om domstolens rolle

- (20) Domstolens rolle i ND-programmet var et omdiskutert tema ved innføringen av ordningen. Før jeg går inn på de enkelte elementene av domstolskontrollen og på ND-dommerens rolle ved gjennomføringen, vil jeg derfor først se nærmere på bakgrunnen for den løsningen som ble valgt.
- (21) Narkotikaprogram med domstolskontroll ble opprinnelig innført som en prøveordning ved lov 17. juni 2005 nr. 92. Lovforslaget bygde på en rapport, avgitt i 2004, fra en arbeidsgruppe nedsatt som ledd i regjeringens Handlingsplan mot rusmiddelproblemer 2003–2005. Arbeidsgruppens mandat var å utrede mulighetene for såkalte «Drug Courts» i Norge, etter inspirasjon fra andre land.
- (22) I rapporten ble det innledningsvis trukket frem som et særpreg ved denne straffereaksjonen «at domstolen har en annen rolle enn den tradisjonelle», og at et fellestrekk ved ordningen i alle land var «inkluderingen av domstolen og dommerens sentrale plass i gjennomføring av straffen». Arbeidsgruppen foreslo at en Drug Court-modell tilpasset norske forhold burde prøves ut gjennom et pilotprosjekt med såkalt «Dommerledet narkotikaprogram».
- (23) Om dommerens rolle i det foreslåtte programmet heter det i rapporten punkt 7.2:
- «DN-dommeren vil ha flere roller i pilotprosjektet. Dommeren deltar i den lokale styringsgruppen, og han/hun innehar sammen med DN-koordinatoren en kontinuerlig rolle i planleggingen, kunnskapsformidlingen og strategiarbeidet for DN. Dommeren vil dessuten ha en rolle som representant for pilotprosjektet i ulike sammenhenger, nasjonalt og internasjonalt. Dommerens viktigste oppgave vil imidlertid være å følge opp den enkelte DN-deltakeren gjennom at han/hun leder rettsmøtene. Dommeren skal i disse møtene fatte selvstendige beslutninger knyttet til oppfølgingen av dommen samt formidle beslutninger fattet av DN-teamet knyttet til alle sider av DN-programmet.»
- (24) I kapittel 8 er blant annet domstolens rolle i programmet nærmere drøftet. Arbeidsgruppen la i punkt 8.1.1 til grunn at «domstolens og dommerens rolle er av avgjørende betydning dersom Dommerledet narkotikaprogram skal iverksettes i Norge». Oppfølgingen i retten ville etter arbeidsgruppens syn understreke programmets betydning som en form for

straffegjennomføring, og innebære at programmet virket «mer forpliktende både på deltakerne og forvaltningssamarbeidet». Arbeidsgruppen la til grunn at dommeren ville ha «en betydelig rolle i oppfølgingen av den domfelte, både når det gjelder straffegjennomføringen og rehabiliteringen».

- (25) Arbeidsgruppen bemerket at den tette oppfølgingen kunne reise spørsmål om dommerens habilitet etter domstoloven § 108, «eksempelvis dersom deltakeren under programmet blir tiltalt for nye straffbare forhold», men la til grunn at habiliteten måtte vurderes konkret. Om domstolenes uavhengighet mer generelt heter det i rapportens punkt 8.1.1:

«En ordning med Dommerledet narkotikaprogram der dommeren leder et team med en tilsvarende funksjon som i de ulike DC-modellene vi har sett på, vil etter arbeidsgruppens vurdering ikke berøre dommerens konstitusjonelle uavhengighet. Dommeren skal også i DN bare representere den dømmende myndighet.

Selv om dommeren får en rolle som ‘overvåker’ av straffegjennomføringen og rehabiliteringen, skal vedkommende ikke kunne instruere de øvrig aktørene. Dommerens rolle er først og fremst å følge opp at vilkårene i dommen følges. Overfor den domfelte er det viktig at dommeren framstår med autoritet og at han/hun ikke oppfattes som en del av behandlingsapparatet. Dommerens autoritet er med på å understreke alvorlighetsgraden og forpliktelsen i deltakelse i programmet og skal bidra til at deltakeren følger opp og gjennomfører sitt program i henhold til de vilkår som er satt.»

- (26) Under høringsrunden i 2004 ble det, blant annet fra justitiarius i Høyesterett og Dommerforeningen, reist prinsipielle innvendinger mot den aktive rollen domstolene var tiltenkt i gjennomføringen av ND-programmet. Innvendingene gikk ut på at modellen ville innebære en involvering av domstolene og dommeren i straffegjennomføringen som lå langt fra den tradisjonelle dommerrollen, samt at forslaget lå nær ved å gripe inn i selve prinsippet om dommernes uavhengighet av forvaltningen.

- (27) I Ot.prp. nr. 81 (2004–2005) side 5 gikk departementet inn for å prøve ut ordningen, men justerte modellen som følge av de innvendingene som var reist, slik at ordningen ikke skulle komme «i konflikt med norsk rettstradisjon om domstolenes uavhengighet til forvaltningen». På side 5–6 beskrives den justerte modellen som departementet gikk inn for:

«Departementet går derfor inn for en modell der dommeren som utgangspunkt, ikke får andre roller enn de som i dag tilligger domstolen. Dommeren får straffesaken til behandling etter de alminnelige reglene om saksfordeling, og fastsetter eventuelt narkotikaprogram som vilkår i den betingede dommen. Dommeren skal ikke delta i teamet og teamets oppfølging av den domfelte. Under straffegjennomføringen tar dommeren kun beslutning om endring av vilkår dersom kriminalomsorgen fremsetter begjæring om dette. Etersom domstolen inntar en mindre aktiv rolle enn det som er realiteten i arbeidsgruppens forslag, foreslår departementet å endre navnet på ordningen til narkotikaprogram med domstolskontroll (ND).»

- (28) Til tross for justeringene ble likevel viktigheten av domstolenes rolle i programmet fremholdt. På side 27 i proposisjonen heter det:

«Det er likevel viktig å understreke domstolens betydning for den enkelte deltakers oppfølging av programmet i prøveprosjektet. Dette er nettopp et av de vesentlige momentene i ordningen med narkotikaprogram som skiller det fra andre ordinære

behandlings- og rehabiliteringsopplegg for rusmiddelmissbrukere. Engasjementet fra domstolens side vil styrke autoriteten som er nødvendig for å kunne gjennomføre programmet på en vellykket måte. Det er derfor meningen at domstolen på begjæring fra kriminalomsorgen tar del i gjennomføringen av programmet når det er behov for rettens avgjørelse etter straffeloven § 54 nr. 1 og 2. Departementet oppfatter ikke at dette bryter med den tradisjonelle dommerrollen.»

- (29) I Innst. O. nr. 120 (2004–2005) side 8 sluttet justiskomiteen seg til forslaget. Komiteen uttalte at den var «tilfreds med at Regjeringen tydelig markerer domstolenes uavhengighet i forhold til forvaltningen» og sa seg enig i at «dommerrollen i den norske prøveordningen med narkotikaprogram er annerledes enn den som er valgt internasjonalt». Komiteen understreket imidlertid at

«domstolenes rolle ved å følge opp den domfelte er det vesentlige skillet mellom narkotikaprogrammet og ordinær behandling og rehabiliteringsopplegg for rusmiddelmissbrukere. Særegent vil det også være at en endring av vilkår forutsettes i løpet av programmet og at dette skjer i rettsmøter etter begjæring fra kriminalomsorgen.»

- (30) Prøveordningen ble på denne bakgrunn iverksatt i kommunene Oslo og Bergen med virkning fra 1. januar 2006. Ordningen er senere forlenget, og ved lov 16. desember 2016 nr. 98 ble den gjort permanent og landsomfattende. Det ble ikke gjort innholdsmessige endringer av betydning for domstolenes rolle i programmet i denne forbindelse, jf. Prop. 105 L (2015–2016) side 39.

- (31) Under høringen av ny forskrift i 2016 sluttet Dommerforeningen seg til at rettens oppgaver i programmet skulle begrenses slik departementet hadde foreslått. De prinsipielle innvendingene til det opprinnelige forslaget til modell fra 2004 ble ikke gjentatt. I tilknytning til spørsmålet om oppfølgingen av programmet burde legges til et begrenset antall domstoler, uttalte Dommerforeningen:

«I forlengelsen av dette vil utvalget peke på at det nettopp er et poeng med forslaget at dommeren ikke får en annen rolle enn den som ordinært ligger til domstolen, jf. høringsnotatet side 2/12. Etter forslaget skal dommeren således ikke delta i forvaltningssamarbeidet eller i den daglige oppfølgingen av den domfelte. Retten skal, etter begjæring fra Kriminalomsorgen, treffe avgjørelser etter straffeloven § 39 om å endre vilkår, forlenge prøvetiden mv., og avgjøre om det er grunnlag for å overføre domfelte fra en fase i programmet til en annen. Fagutvalget er enig i at rettens oppgaver i programmet begrenses slik, men dette er etter utvalgets syn et argument for at *alle* tingrettene bør kunne treffe slike avgjørelser. Innholdsmessig skiller disse avgjørelsene seg ikke vesentlig fra andre avgjørelser som domstolene treffer i straffeprosessen.

I høringsnotatet nevnes mulige habilitetsproblemer som et moment som tilsier sentralisering til utvalgte domstoler. Fagutvalget er ikke enig i [at] habilitetsreglene vil skape vansker av betydning. Generelt skal det svært mye til for at en dommer blir inhabil fordi hun eller han tidligere har hatt saker mot samme tiltalte til behandling. Og dersom inhabilitet unntaksvis skulle oppstå, må dette uansett kunne løses i disse sakene på samme måte som i andre saker.»

(32) Domstolskontrollen er i *gjeldende ND-forskrift § 10* regulert slik:

«Retten treffer avgjørelser etter straffeloven § 39 og forskriften § 7. Regiondirektøren eller den vedkommende gir fullmakt fremmer begjæring om rettens avgjørelse etter straffeloven § 39 første og annet ledd og forskriften § 7.

Retten skal ved sine avgjørelser særlig legge vekt på domfeltes progresjon under straffegjennomføringen, om programmet gjennomføres etter forutsetningene og om fastsatte vilkår overholdes.

Retten kan bestemme at det skal avholdes saksforberedende møter, som startmøter, statusmøter og sluttmøter.»

(33) I særmerknadene til bestemmelsen i statsrådsforedraget, PRE-2017-10-20-1650, fremgår det at ND-dommeren skal «kontrollere gjennomføringen» av narkotikaprogrammet når det gjelder fremdrift og om vilkår overholdes, og at denne kontrollen skal utøves «ved jevnlig møter i retten (statusamtaler)». Videre er domstolens oppgaver oppsummert slik:

«Retten kan endre og oppheve vilkår, fastsette nye vilkår eller forlenge prøvetiden. I tillegg kan retten bestemme at domfelte skal overføres fra en fase til en annen i programmet. Dersom domfelte alvorlig eller gjentatt bryter fastsatte vilkår, kan retten bestemme at straffen helt eller delvis skal fullbyrdes.»

(34) Jeg nevner også at Kriminalomsorgsdirektoratet i et internt rundskriv til ND-forskriften (KDI-2018-9001) har gitt retningslinjer for samarbeidet med domstolen, herunder praktiske forhold som hyppigheten av og gjennomføringen av rettsmøter mv. I rundskrivet er det i merknadene til § 10 blant annet uttalt at dommeren under rettsmøtene kan «gi signaler og uttrykke forventninger som kriminalomsorgen må se hen til i vurderingen av om domfelte skal gå videre i programmet, eller om det skal anmodes om statusmøte eller begjæres omgjøring».

Oppsummering – innholdet i domstolskontrollen ved gjennomføringen av ND-program

(35) Etter mitt syn viser gjennomgangen at domstolenes rolle ble grundig vurdert og avklart i forbindelse med innføringen av narkotikaprogram med domstolskontroll.

(36) Modellen som ble valgt, innebærer at ND-dommeren ikke er en del av det tverrfaglige forvaltningssamarbeidet rundt oppfølgingen av den domfelte, noe som blant annet ble fremholdt ved at man forlot det opprinnelige navnevalget «Dommerledet narkotikaprogram». Domstolens rolle er avgrenset til å *utøve kontroll* med straffegjennomføringen. Rammer for kontrollen er gitt gjennom bestemmelsene i straffeloven og forskriften, og kontrollen er etter ND-forskriften § 10 avgrenset til å treffe avgjørelser etter straffeloven § 39 i tilknytning til fastsatte vilkår, samt å treffe avgjørelser om gjennomføringsfasene i ND-programmet etter forskriften § 7.

(37) Domstolskontrollen utøves *gjennom rettsmøter*. Rettens avgjørelser underveis i straffegjennomføringen tas etter begjæring fra kriminalomsorgen og behandles i rettsmøter som også sikrer kontradiksjon. Også statusmøter under gjennomføringen holdes som rettsmøter i likhet med saksforberedende møter i andre saker, likevel slik at det holdes flere statusmøter som ledd i et ND-program.

- (38) Slik ordningen – og rammene for domstolskontrollen – er fastsatt i lov og forskrift, reiser den etter mitt syn ikke prinsipielle spørsmål knyttet til domstolens uavhengighet eller upartiskhet. Basert på det som er opplyst for Høyesterett, kan jeg heller ikke se at det er holdepunkter for at ordningen har blitt praktisert på en måte som stiller dette i noe annet lys.
- (39) Samtidig er den løpende domstolskontrollen med den domfeltes straffegjennomføring ment å være et viktig element i programmet, slik både departementet og stortingskomiteen fremhevet ved innføringen. Ordningen legger opp til at ND-dommeren skal følge den domfelte gjennom programmet og føre kontroll med progresjonen gjennom de avgjørelsene retten skal treffe i de ulike gjennomføringsfasene. Slik ordningen er lagt opp, inngår også avgjørelser om vilkårsbrudd etter straffeloven § 39 andre ledd – herunder avgjørelser om at straffen på nærmere vilkår helt eller delvis skal fullbyrdes – i domstolskontrollen.
- (40) Det ligger i et slikt system at ND-dommerens involvering vil variere fra sak til sak, og dommeren må etter mitt syn ha stor grad av fleksibilitet med hensyn til hvordan domstolskontrollen, innenfor rammene av lov og forskrift, skal utøves for å nå målsettingen om å fremme rehabilitering og forebygge ny kriminalitet hos den domfelte. De hensyn som ligger til grunn for domstolskontrollen, er – slik jeg ser det – godt forankret i de legitime formålene bak ordningen.
- (41) Med dette som bakgrunn går jeg over til den nærmere vurderingen av habilitetsspørsmålet som er reist i saken.

Habilitetsspørsmålet

Rettslige utgangspunkter

- (42) Habilitetsspørsmålet knytter seg konkret til ND-dommerens behandling av kriminalomsorgens begjæring om straffullbyrdelse etter straffeloven § 39 andre ledd. Begjæringen ble fremsatt om lag ett år etter at programmet var iverksatt.
- (43) Dommerhabiliteten reguleres av reglene i domstoloven. Noen særregulering av habilitetskrav for dommere som fører kontroll med gjennomføringen av et narkotikaprogram, er ikke gitt. Spørsmålet er da om dommer Skranefjell var inhabil etter domstoloven § 108, som lyder slik:
- «Dommer kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet. Navnlig gjelder dette, når en part av den grunn krever, at han skal vike sete.»
- (44) Bestemmelsen må forstås i lys av retten til en rettferdig rettergang ved en uavhengig og upartisk domstol etter Grunnloven § 95 første ledd, Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 1, jf. HR-2019-899-A avsnitt 13 med videre henvisninger. I HR-2018-451-A *Gassled* avsnitt 11 er kravene til dommerhabilitet i lys av disse overordnede rettsnormene oppsummert slik:

«Dette innebærer for det første at det ikke må foreligge omstendigheter som gjør at dommeren subjektivt sett ikke vil være i stand til å treffe en upartisk avgjørelse uten å skjule til irrelevante hensyn. For det andre må det ikke foreligge forhold som etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet, jf. HR-2016-681-A avsnitt 18.»

(45) Spørsmålet om en dommer er inhabil etter de kravene som her oppstilles, må avgjøres konkret. Rettspraksis har likevel – ut fra behov for klarhet om rettens sammensetning – angitt alminnelige utgangspunkter for noen vanlige typetilfeller, basert på hva som gjennomgående gir løsninger i tråd med hensynet bak habilitetsreglene, jf. Rt-2010-759 avsnitt 14 med henvisning til Rt-2009-1662 avsnitt 11.

(46) I lys av dette ser jeg først på om det er grunnlag for å oppstille som et alminnelig utgangspunkt at en dommer som har ført domstolskontrollen i ND-programmet, vil være inhabil til å avgjøre en begjæring om fullbyrdelse av straffen ved vilkårsbrudd.

Er ND-dommeren på generelt grunnlag inhabil til å avgjøre om straffen skal fullbyrdes ved vilkårsbrudd?

(47) Det alminnelige utgangspunktet i rettspraksis er at en dommers tidligere befatning med partene og sakskomplekset ikke medfører inhabilitet, jf. HR-2020-196-U avsnitt 17 med videre henvisninger.

(48) Ved vurderingen av om det skal gjøres unntak dette, tar jeg utgangspunkt i at en avgjørelse om straffullbyrdelse etter straffeloven § 39 andre ledd kan være svært inngripende for den domfelte. Narkotikaprogram med domstolskontroll som vilkår for betinget dom har et vidt anvendelsesområde, og selv om skyldspørsmålet er endelig avgjort, vil en avgjørelse om fullbyrdelse av straffen kunne innebære at den domfelte må sone en lang ubetinget fengselsstraff.

(49) Habilitetsreglene må utvilsomt praktiseres slik at både partene og allmenheten kan ha tillit til at en slik avgjørelse treffes uten at det kan reises tvil om dommerens nøytralitet og upartiskhet.

(50) Slik jeg ser det, er det ikke på generelt grunnlag noen rimelig og saklig grunn for å reise slik tvil alene ut fra at ND-dommeren har utøvd domstolskontrollen med programmet forut for begjæringen om straffullbyrdelse.

(51) Jeg legger da for det første vekt på de rammene for domstolskontrollen som fremgår av ND-forskriften § 10, og som jeg allerede har redegjort for. Særlig minner jeg om at innvendingene som ble reist mot det opprinnelige forslaget – hvor domstolene skulle spille en langt mer aktiv rolle – ble imøtekommet av lovgiver gjennom den løsningen som ble valgt.

(52) Videre legger jeg vekt på de legitime formålene bak ND-programmet og betydningen av domstolskontrollen som del av dette, samt lovgivers valg av løsning, der behandlingen av saker om vilkårsbrudd er forutsatt å inngå som en integrert del av domstolskontrollen. Dommerautoriteten er vurdert som et helt sentralt element i ordningen, slik den er lagt opp.

- (53) Slik straffeloven § 39 andre ledd er utformet, legger bestemmelsen opp til en skjønnsmessig vurdering ved behandlingen av en begjæring om straffullbyrdelse. Etter ordlyden «kan» retten bestemme at straffen skal fullbyrdes «helt eller delvis», men retten kan også velge å «sette en ny prøvetid og nye særvilkår». Skulle ND-dommeren på generelt grunnlag anses inhabil til å vurdere en begjæring om straffullbyrdelse, ville dette derfor måtte gjelde alle avgjørelser etter straffeloven § 39 andre ledd.
- (54) Valg av reaksjon ved vilkårsbrudd ligger etter mitt syn i kjernen av den individuelle tilpasningen av straffegjennomføringen som ND-programmet bygger på, og etter ND-forskriften § 10 andre ledd skal retten ved denne avgjørelsen legge særlig vekt på domfeltes progresjon og på om programmet gjennomføres etter forutsetningene. Ordningen bygger altså på at den kunnskapen ND-dommeren har fått gjennom den løpende domstolskontrollen, skal inngå i grunnlaget for rettens avgjørelse av konsekvensene ved vilkårsbrudd. Dette skiller situasjonen fra tilfeller der dommeren har kunnskap av betydning for saken på mer tilfeldig grunnlag.
- (55) Jeg kan ikke se at den løsningen lovgiver har valgt – objektivt sett – gir rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet. Uten at det har noen selvstendig vekt, nevner jeg også at ordningen har vært praktisert i samsvar med forutsetningene gjennom 14 år uten at det har vært reist prinsipielle innvendinger mot ordningen ut fra habilitetsbetraktninger.
- (56) I avgjørelsen i HR-2019-1269-U opphevet Høyesteretts ankeutvalg lagmannsrettens ankenektelse i en sak om straffullbyrdelse etter straffeloven § 39 andre ledd. Anken som ble nektet fremmet, gjaldt blant annet spørsmålet om ND-dommeren var inhabil i saken. Ankeutvalget tok ikke nærmere stilling til habilitetsspørsmålet, men opphevet beslutningen om å nekte anken fremmet fordi den reiste et prinsipielt rettsspørsmål. I avsnitt 22 i kjennelsen uttaler ankeutvalget at «dommeren som ledet programmet på mange måter også hadde status som vitne i den omgjøringssaken hun deretter skulle avgjøre». Uttalelsen er knyttet direkte til konkrete uttalelser i den omgjøringsdommen dommeren hadde avsagt, og ankeutvalget tok ikke – slik jeg leser kjennelsen – stilling til om den kunnskapen ND-dommeren hadde fått som ledd i den forutgående domstolskontrollen, kunne inngå i avgjørelsesgrunnlaget i omgjøringssaken.
- (57) Ankeutvalget kom også inn på kriminalomsorgens rundskriv til ND-forskriften § 10 og la ut fra dette til grunn at «en av oppgavene til ND-dommeren er å vurdere om det skal fremsettes forslag til kriminalomsorgen om å ‘begjære omgjøring’». Til dette bemerker jeg at verken straffeloven § 39 eller forskriften bygger på at ND-dommeren skal kunne fremsette slike forslag. Praktiseringen av habilitetskravene kan derfor ikke bygge på at en slik adgang til å fremsette forslag inngår i domstolskontrollen. Har dommeren i den konkrete saken likevel gjort det eller på annen måte uttalt seg klart i retning av at omgjøring bør begjæres, vil dette imidlertid måtte stå sentralt i den konkrete vurderingen av dommerens habilitet.
- (58) Jeg konkluderer på denne bakgrunn med at det ikke er grunnlag for å oppstille – som et generelt utgangspunkt – at ND-dommeren vil være inhabil til å behandle sak om straffullbyrdelse ved vilkårsbrudd etter straffeloven § 39 andre ledd.
- (59) Dette innebærer imidlertid ikke mer enn at habilitetsspørsmålet må avgjøres konkret. Det forhold at ND-dommeren har vært involvert i domfeltes straffegjennomføring gjennom

domstolskontrollen, gjør at det må foretas en grundig habilitetsvurdering når en begjæring om fullbyrdelse av straffen settes frem.

- (60) Ved at forskriften legger opp til at avgjørelsen inngår i domstolskontrollen, må habilitetsspørsmålet innledningsvis vurderes av ND-dommeren selv. Vedkommende må vurdere både den objektive og subjektive siden av habilitetsspørsmålet. Mener dommeren selv at han eller hun vil ha vanskeligheter med å ta en upartisk avgjørelse, vil dette være et sterkt moment for at det foreligger inhabilitet. Er dommeren i tvil, vil det på vanlig måte også være naturlig å forelegge spørsmålet for partene.

Den konkrete habilitetsvurderingen i vår sak

- (61) Ved den konkrete habilitetsvurderingen er det den objektive siden av habilitetsspørsmålet som står sentralt. Det er ikke holdepunkter for at dommer Skranefjell ikke kunne opptre upartisk etter en subjektiv bedømmelse.
- (62) Forsvareren har gjort gjeldende at selv om dommer Skranefjell ikke anses inhabil med grunnlag i rollen som ND-dommer, foreligger det særegne omstendigheter som gjør at hun var inhabil til å behandle saken om straffullbyrdelse. Det er særlig vist til en e-postutveksling mellom dommeren og saksbehandleren i kriminalomsorgen, som jeg kommer tilbake til.
- (63) I avgjørelsen HR-2020-196-U, som jeg tidligere har nevnt, er det i avsnitt 17 uttalt følgende om utgangspunktene for habilitetsvurderingen der en dommer tidligere har hatt befatning med partene eller sakskomplekset:

«Det alminnelige utgangspunktet er at en dommers tidligere befatning med partene og sakskomplekset i samme instans ikke medfører inhabilitet, jf. blant annet HR-2017-1476-U avsnitt 6. En dommer forutsettes normalt å kunne revurdere sin oppfatning av en sak på bakgrunn av nytt materiale, se Rt-2012-871 avsnitt 17. Utgangspunktet må likevel fravikes i enkelte tilfeller. Dette kan blant annet være hvis dommeren i en sak har tatt stilling til faktiske omstendigheter som er sentrale også i den etterfølgende saken, eller dersom dommeren har uttalt seg om en parts troverdighet eller karaktertrekk, se Rt-2013-409 avsnitt 36 med videre henvisninger.»

- (64) Jeg slutter meg til de utgangspunktene som her er angitt.
- (65) Som jeg har redegjort for, er det mitt syn at dommer Skranefjell ikke var inhabil på generelt grunnlag som følge av sin rolle som ND-dommer forut for begjæringen om straffullbyrdelse.
- (66) Domstolskontrollen besto i at det ble avholdt startmøte i tingretten ved oppstarten av narkotikaprogrammet i januar 2019. Etter begjæring fra kriminalomsorgen avsa tingretten kjennelse 23. april 2019 om overgang til fase 2. Det ble deretter berammet til sammen tre statusmøter i tingretten, ett i august og to i november 2019. I forkant av rettsmøtene mottok tingretten skriftlige statusoppdateringer fra kriminalomsorgen, med opplysninger om progresjonen i As straffegjennomføring. A deltok i møtet i august og avga forklaring. Han var imidlertid ikke til stede i det berammede statusmøtet 12. november og møtte heller ikke til det utsatte statusmøtet 27. november.

- (67) Protokollene fra de avholdte rettsmøtene inneholder ikke konkrete uttalelser av betydning for habilitetsspørsmålet, noe partene også er enige om.
- (68) Den 26. november 2019 mottok tingrettsdommer Skranefjell en e-post fra saksbehandleren ved Agder friomsorgskontor. I e-posten opplyste saksbehandleren at A var pågrepet og skulle fremstilles for varetektsfengsling påfølgende dag, og at han derfor ikke ville møte til statusmøtet.
- (69) Dommer Skranefjell skrev i sitt svar i e-post påfølgende dag blant annet følgende:
- «Det var dårlige nyheter! Nå har det vært en dårlig utvikling med flere pågripelser over flere måneder. I oppsummeringen står det at dere har bedt påtalemyndigheten legge ned påstand om fellesstraff og ny ND-dom. Dere vurderer vel forløpende om det er grunn til å opprettholde dette?»
- (70) Selv om uttalelsene i e-posten ikke gir direkte føringer for spørsmålet om fullbyrdelse av straffen i den betingede dommen eller på annen måte tar stilling til konsekvensene av vilkårsbruddene fra As side, er det etter mitt syn vanskelig å forstå e-posten på annen måte enn at dommeren stiller seg kritisk til en fortsatt gjennomføring av ND-programmet. Dette har en klar side mot fullbyrdelsesspørsmålet. Uttalelsene er videre fremsatt i e-postkorrespondanse med den ene parten og ikke under rettsmøte med begge partene til stede. E-posten omhandler dertil påtalemyndighetens straffepåstand i en pågående parallell straffesak mot A som ligger utenfor rammene av domstolskontrollen med narkotikaprogrammet etter ND-forskriften § 10.
- (71) Ved tvil om habilitetsspørsmålet har det betydning om habilitetsinnsigelse er reist av en part, jf. også domstolloven § 108 andre punktum. I et tilfelle der dommeren gjennom rollen som ND-dommer har utøvd kontroll med progresjonen i straffegjennomføringen, og gjennom dette har tilknytning til partene og saksforholdet, antar jeg at det etter omstendighetene kan være grunn til å legge noe større vekt på at habilitetsinnsigelse er reist.
- (72) Samlet finner jeg, også i lys av at habilitetsinnsigelse ble reist under rettsmøtet i tingretten, at uttalelsene i e-posten fra dommer Skranefjell var av en slik karakter at de objektivt sett var egnet til å svekke tilliten til hennes upartiskhet, og at hun derfor var inhabil til å behandle saken om straffullbyrdelse etter straffeloven § 39 andre ledd.
- (73) At domstolen ikke var lovlig besatt, er en ubetinget opphevelsesgrunn, jf. straffeprosessloven § 343 andre ledd nr. 3. Tingrettens dom med hovedforhandling må derfor oppheves.

Lovanvendelsesanken

- (74) Med det resultat jeg er kommet til, er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til lovanvendelsesanken. Jeg peker likevel på at tingretten ved den nye behandlingen av saken må vurdere nærmere hvilken betydning det skal tillegges ved vurderingen etter straffeloven § 39 andre ledd at A er siktet, eventuelt tiltalt, for nye straffbare forhold, når disse forholdene samtidig er gjenstand for separat strafferettslig forfølgning.

Konklusjon

- (75) Jeg stemmer for denne

D O M :

Tingrettens dom med hovedforhandling oppheves.

- (76) Dommer **Bergsjø**:

Særmerknad

- (77) Jeg er kommet til samme konklusjon som førstvoterende, men har et annet syn på det sentrale rettsspørsmålet i saken. Etter min mening vil ND-dommeren normalt være inhabil til å treffe avgjørelse om fullbyrdelse av straffen etter straffeloven § 39 andre ledd. I dette ligger at jeg er uenig med førstvoterende i at ordningen som sådan ikke reiser prinsipielle habilitetsspørsmål.
- (78) På samme måte som førstvoterende mener jeg at habilitetsspørsmålet må vurderes etter domstolloven § 108, og at det i denne saken er den objektive testen som er aktuell. Jeg kan også slutte meg til hennes redegjørelse for innholdet i denne testen. Også for meg blir dermed det avgjørende for habilitetsspørsmålet om forholdene i saken etter en objektiv målestokk gir partene og allmennheten rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet. Jeg viser til de avgjørelsene førstvoterende har trukket frem i denne sammenhengen. Som hun også påpeker, må spørsmålet om en dommer er inhabil, avgjøres konkret. Min tilnærming til problemstillingen gjør det likevel naturlig å rette oppmerksomheten mot de generelle aspektene ved ND-ordningen.
- (79) Mitt utgangspunkt for vurderingen er langt på vei det samme som det førstvoterende har tatt: En avgjørelse om fullbyrdelse av straffen etter straffeloven § 39 andre ledd kan være svært inngripende. HR-2019-1643-A er i så måte illustrerende. Straffen ble satt til fengsel i seks år, som i sin helhet ble gjort betinget på vilkår av gjennomføring av narkotikaprogram med domstolskontroll. En fullbyrdelse av straffen etter straffeloven § 39 andre ledd vil i et slikt tilfelle ramme domfelte hardt. Det er viktig at det ved avgjørelser av denne art ikke kan reises noen tvil om dommerens nøytralitet og upartiskhet.
- (80) Førstvoterende har gitt en grundig redegjørelse for innføringen av ordningen med narkotikaprogram med domstolskontroll og for domstolens rolle i denne. Som hun har vært inne på, ble det opprinnelige forslaget fra arbeidsgruppen møtt med kritikk. Jeg finner grunn til å fremheve høringsuttalelsen fra justitiarius i Høyesterett. Han påpekte at den foreslåtte ordningen ville reise flere habilitetsspørsmål. I denne sammenhengen uttalte han at ND-dommeren ville være inhabil til å dømme i en ny straffesak hvis deltakeren begikk nye straffbare forhold. Videre heter det i uttalelsen:

«Men dommerens tette bånd til den domfelte han følger opp, får videre ringvirkninger. Det kan reises spørsmål om ikke dommeren senere – når programmet er avsluttet – vil være inhabil til å behandle nye straffesaker mot domfelte, en mulighet som ikke er fjern når det gjelder tilbakefallsforbrytere med alvorlige narkotikaproblemer. En dommer som gjennom lang tid har vært i en posisjon nærmest som ‘behandlingsleder’

for den domfelte, har fått et så nært og verdiladet forhold til vedkommende at det lett vil svekke dommerens evne til å se uhildet på saken. Det er nærliggende her å trekke paralleller til rettsoppnevnte medisinsk sakkyndige. Det oppnevnes helst ikke personer som har hatt behandlingskontakt med siktede.»

- (81) Departementet justerte ordningen som følge av innvendingene, slik førstvoterende har redegjort for. I Ot.prp. nr. 81 (2004–2005) la departementet opp til at dommeren ikke skulle få «andre roller enn de som i dag tilligger domstolen», se side 27. Samme sted konkretiseres dette slik at domstolen «på begjæring fra kriminalomsorgen tar del i gjennomføringen av programmet når det er behov for rettens avgjørelse etter straffeloven § 54 nr. 1 og 2». De bestemmelsene det her vises til, tilsvarer straffeloven 2005 § 39 første og andre ledd. Jeg tolker dette slik at domstolenes involvering i ND-programmet skulle være temmelig begrenset.
- (82) Etter mitt syn har domstolene imidlertid fått en mer sentral rolle enn disse lovgiversignalerne skulle tilsi. Etter ND-forskriften § 7 er det retten som fastsetter vilkår for og innhold i de ulike fasene. Retten skal videre avsi kjennelse om at domfelte skal gå videre i neste fase når «domfeltes forhold gir grunn til det». Av § 10 tredje ledd fremgår dessuten at det er opp til ND-dommeren å avgjøre om det skal holdes saksforberedende møter, som startmøter, statusmøter og sluttmøter. Førstvoterende forutsetter på denne bakgrunn at dommeren må ha stor grad av fleksibilitet i utøvelsen av domstolkontrollen for å nå målsettingen om rehabilitering og forebygging av kriminalitet. Endelig har Kriminalomsorgsdirektoratet i et internt rundskriv i merknadene til bestemmelsen blant annet uttalt at dommeren under rettsmøtene kan «gi signaler og uttrykke forventninger som kriminalomsorgen må se hen til i vurderingen av om domfelte skal gå videre i programmet, eller om det skal anmodes om statusmøte eller begjæres omgjøring». Etter min mening er det på denne bakgrunn ikke fullt ut dekkende å si at domstolenes rolle er begrenset til å utøve kontroll.
- (83) Riktignok er det lagt opp til at dommeren skal utføre sine oppgaver innenfor rammen av rettsmøter, slik at det sikres kontradiksjon. En viss uformell kontakt med aktørene kan likevel vanskelig unngås, noe foreliggende sak gir eksempel på. Jeg antar at denne saken i så måte ikke skiller seg nevneverdig fra det store flertallet av ND-saker. Det legges videre opp til en relativt hyppig kontakt med domfelte over et lengre tidsrom. For å kunne fylle den viktige rollen domstolen er tillagt, kreves vilje og engasjement fra dommerens side. ND-dommeren vil lett kunne få et «nært og verdiladet forhold» til domfelte, slik høyesterettsjustitiarius var inne på i den nevnte høringsuttalelsen. Dette kan svekke dommerens evne til å se upartisk på saken. Og viktigere i denne sammenhengen: Det gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på upartiskheten.
- (84) Jeg er enig med førstvoterende i at befatning med en part og et sakskompleks i samme instans som hovedregel ikke medfører inhabilitet. Rettspraksis på dette området gjelder imidlertid tilfeller hvor dommeren tidligere har hatt kontakt med partene eller sakskomplekset gjennom å behandle enkeltsaker og treffe avgjørelser som ledd i utøvelsen av en tradisjonell dommerrolle. Dette er ikke situasjonen i ND-sakene, hvor dommeren har hatt en tilknytning til domfelte gjennom en sammenhengende prosess over en lengre tidsperiode. Jeg kan derfor ikke legge avgjørende vekt på de avgjørelsene som førstvoterende har vist til.
- (85) Etter mitt syn må den klare hovedregelen etter dette bli at ND-dommeren er inhabil til å treffe avgjørelse om fullbyrdelse etter straffeloven § 39 andre ledd. Jeg finner ikke grunn

til å vurdere om det samme må gjelde ved andre avgjørelser etter § 39. Når jeg omtaler dette som en hovedregel, innebærer det at jeg ikke kan utelukke at saken unntaksvis kan ligge slik an at ND-dommeren likevel ikke er inhabil. Det kan eksempelvis være tilfellet hvis begjæringen om fullbyrdelse kommer før programmet er kommet ordentlig i gang.

- (86) I hvilken utstrekning denne løsningen vil skape problemer for praktiseringen av en ordning som beskrives som en suksess, har begrenset interesse ved habilitetsvurderingen. Jeg bemerker likevel at det kan innebære en fordel om utgangspunktet er inhabilitet: ND-dommeren kan da – i visshet om at en annen dommer uansett skal ta stilling til en eventuell begjæring om fullbyrdelse – legge sitt fulle engasjement i prosjektet, uten å være redd for å inhabilisere seg. I og med at oppfølgingen av ND-programmene etter det opplyste er lagt til de større tingrettene, skulle det heller ikke by på problemer å overlate behandlingen av fullbyrdelsesbegjæringen til en annen dommer.
- (87) I likhet med førstvoterende stemmer jeg etter dette for at tingrettens dom med hovedforhandling oppheves, men med en annen begrunnelse enn henne.
- (88) Dommer **Bergh:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bergsjø.
- (89) Dommer **Falch:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Steinsvik.
- (90) Dommer **Møse:** Likeså.
- (91) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Tingrettens dom med hovedforhandling oppheves.