



NORGES HØYESTERETT

Den 1. desember 2008 avsa Høyesterett dom i

**HR-2008-02063-A, (sak nr. 2008/1092 og sak nr. 2008/1093), straffesaker,
anker over dom,**

sak nr. 2008/1092, straffesak, anke over dom:

A (advokat Aasmund O. Sandland – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Bjørn Soknes)

sak nr. 2008/1093, straffesak, anke over dom:

B (advokat Mass Anders Hus – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Bjørn Soknes)

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

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder beviskravet ved spørsmål om straffrihet fordi politiet har fremprovosert den handling tiltalen gjelder.
- (2) Statsadvokatene i Møre og Romsdal, Sogn og Fjordane satte 21. april 2005 A, B og fire andre under tiltale for overtredelser av straffeloven § 162 første og annet ledd, jf. femte ledd. Rettet tiltale for As og Bs del gjelder innførsel eller medvirkning til innførsel av to partier amfetamin på henholdsvis ca. fem kilo og ca. 300 gram, samt 1 500 tabletter

ecstasy fra Nederland til Norge, oppbevaring av til sammen ca. tre kilo amfetamin, samt overdragelse av til sammen ca. ett kilo amfetamin og minst 770 tabletter ecstasy. Gjerningstiden er perioden fra slutten av mai til slutten av juli 2004.

- (3) Ved Nordmøre tingretts dom 7. oktober 2005 ble de tiltalte funnet skyldig i henhold til tiltalen.
- (4) Etter tingrettens dom kom det frem nye opplysninger fra en av de medtiltalte – C – om kontakt mellom ham og politiet under etterforskningen. Det ble reist spørsmål om det forelå provokasjon fra politiets side av betydning for skyldspørsmålet for så vidt gjaldt innførselen av partiet på ca. fem kilo amfetamin, jf. tiltalens post I a) – i saken omtalt som tur nr. 2.
- (5) Påtalemyndigheten anket på denne bakgrunn til gunst for samtlige domfelte. Det ble vist til at kontakten mellom politiet og C kunne ha vært av en slik karakter at tingretten ville ha måttet ta stilling til om politiets handlemåte var akseptabel, eller om grensen for etterforskning med provokasjonstilsnitt var overskredet. Etter skriftlig behandling opphevet Frostating lagmannsrett ved kjennelse 25. september 2006 den fellende tingrettsdommen for alle de seks domfelte.
- (6) Spesialenheten for politisaker besluttet 27. september 2006 å henlegge saken mot de aktuelle polititjenestemennene etter straffeloven § 325 første ledd nr. 1, som intet straffbart forhold.
- (7) Ved den nye behandlingen etter opphevelsen fant Nordmøre tingrett at det ikke forelå forhold som kunne anses som ulovlig politiprovokasjon. Ved tingrettens dom 3. juli 2007 ble straffen for A satt til fengsel i fire år og ni måneder, hvorav fire måneder ble gjort betinget. Han måtte også tåle inndragning av godt og vel 54 000 kroner. Straffen for B ble satt til fengsel i to år og ni måneder, hvorav fire måneder ble gjort betinget. B måtte tåle inndragning av ca. 53 000 kroner. Jeg nevner at C ble frifunnet for den tiltaleposten en eventuell handlingsprovokasjon direkte knyttet seg til. Tingretten la til grunn at han manglet forsett, under henvisning til den kontakt tingretten fant at det hadde vært mellom ham og politiet forut for innførselen.
- (8) Etter de domfeltes anker, avsa Frostating lagmannsrett dom 17. april 2008 som for A og B har slik domsslutning med hensyn til straffekravet:

”1. A, f. 28. november 1970, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første og annet ledd, jf femte ledd, alt sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd til fengsel i 4 – fire – år og 6 – seks – måneder, hvorav 1 – ett – år gjøres betinget med en prøvetid på 2 – to – år.

Varetekt kommer til fradrag med 235 – tohundreogtrettifem – dager.

...

3. B, f. 6. januar 1986, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første og annet ledd, jf femte ledd, alt sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og § 64 til fengsel i 3 – tre – år, hvorav 1 – ett – år gjøres betinget med en prøvetid på 2 – to – år. Straffen er fellesstraff med Romsdal tingretts dommer av 23. august 2006 og 12. desember 2007 samt Stavanger tingretts dom av 13. februar 2008.

Varetekt kommer til fradrag med 120 – etthundreogtyve – dager.

...”

- (9) Lagmannsretten var satt med lagrette, og de svar som ble gitt på skyldspørsmålet må innebære at lagretten ikke fant grunnlag for å frifinne på grunn av provokasjon fra politiets side. Lagmannsretten bygget også på dette i forbindelse med straffutmålingen, idet den uttalte:
- ”Lagretten har svart ja på skyldspørsmålene som berører tur to for alle de tre tiltaltes vedkommende. Det legges derfor til grunn at den etterforskning som foran er skissert ikke er funnet å være av en slik art at den er til hinder for å straffedømme de nevnte tiltalte for befatning med det stoff som ble innført fra Amsterdam ved tur nr. 2.”**
- (10) A og B anket over lovanvendelsen og straffutmålingen til Høyesterett. Ankene er fremmet for så vidt gjelder om lagmannsretten har lagt til grunn et riktig beviskrav med hensyn til spørsmålet om det hadde funnet sted ulovlig provokasjon fra politiets side.
- (11) Det er fra de ankende parter spesielt vist til at den protokollerte rettsbelæringen gir uttrykk for at man skal se bort fra provokasjon der det foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt for at slik ikke har funnet sted. Etter de domfeltes syn skal all rimelig og forstandig tvil komme tiltalte til gode også her. Aktor har for Høyesterett sagt seg enig i at rettsbelæringen gir uttrykk for en uriktig rettsoppfatning for så vidt gjelder beviskravet, men har gjort gjeldende at dommen likevel bør bli stående.
- (12) *Jeg er kommet til at ankene fører frem.*
- (13) Etterforskning med provokasjonstilsnitt reiser ulike spørsmål – blant annet om politiet har adgang til å benytte den aktuelle etterforskningsmetode, om det er anledning til å legge frem bevis som er ervervet på denne måten, og om handlinger som er fremprovosert ved slike etterforskningssteg, kan straffes. Spørsmålet i saken angår sistnevnte problemstilling, nærmere bestemt hvilket beviskrav som gjelder med hensyn til om det fra politiets side foreligger en provokasjon til en straffbar handling – handlingsprovokasjon.
- (14) Dersom politiet har overtrådt grensene for etterforskning med provokasjonstilsnitt ved å fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått, vil dette lede til frifinnelse på ulovfestet grunnlag. Jeg viser særlig til Rt. 1992 side 1088, hvor førstvoterende fremhever at det ville virke støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet å anvende straff i slike tilfeller. Senere praksis fra Høyesterett bygger konsekvent på samme rettsoppfatning, jf. blant annet Rt. 1998 side 407, Rt. 2000 side 1223 og Rt. 2000 side 1482. I Rt. 1998 side 407 og Rt. 2000 side 1223 er det for øvrig lagt til grunn at frifinnelse også blir resultatet der etterforskningen ellers er beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter at den ikke kan godtas som grunnlag for en domfellelse.
- (15) Ettersom det her er tale om materielle frifinnelsesgrunnlag, hører avgjørelsen under skyldspørsmålet, jf. særlig Rt. 1992 side 1088 på side 1091, Rt. 1998 side 407 på side 410 og også Rt. 2000 side 1223. Der lagmannsretten er satt med lagrette er det derfor lagretten som – i forbindelse med besvarelsen av spørsmål om tiltalte er skyldig – avgjør om det har funnet sted handlingsprovokasjon fra politiets side som må lede til at skyldspørsmålet besvares med nei.

- (16) Jeg nevner at Høyesterett i Rt. 2000 side 1482 la til grunn at selv om det her er tale om et materielt frifinnelsesgrunnlag, må spørsmålet om grensene for bruk av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt er overskredet, ved anke til Høyesterett håndteres som et spørsmål om feil ved politiets saksbehandling – med den følge at Høyesterett også kan prøve bevisbedømmelsen. Det er på side 1484 vist til at bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder reiser viktige rettssikkerhetsmessige spørsmål, og at det derfor er av stor betydning at Høyesterett har adgang til å kunne prøve fullt ut om vilkårene for bruk av slike metoder har vært overholdt. Avgjørelsen i Rt. 2000 side 1482 har vært lagt til grunn for senere praksis, jf. Rt. 2006 side 120 og Rt. 2007 side 268. Ankene i vår sak er begrenset til lovanvendelsen med hensyn til beviskravet. Jeg går derfor ikke inn på hvordan faktum må klarlegges for Høyesterett i tilfeller der skyldspørsmålet er avgjort av en lagrette.
- (17) Norsk straffeprosess bygger på at all rimelig og forstandig tvil skal komme den tiltalte til gode. Det faktiske grunnlaget for avgjørelsen av skyldspørsmålet er kjerneområdet for denne alminnelige regel, som etter sikker og langvarig praksis dekker alle straffbarhetsvilkårene – også de lovfestede og ulovfestede straffrihetsgrunnene.
- (18) Høyesteretts praksis om frifinnelse på grunn av handlingsprovokasjon fra politiets side bygger på at det alminnelige, strafferettslige beviskravet også gjelder for denne frifinnelsesgrunnen.
- (19) Jeg nevner først Rt. 1992 side 1088 hvor det i rettsbelæringen var gitt uttrykk for at det for ja-svar var en forutsetning at det ikke forelå ”rimelig tvil” med hensyn til om den straffbare handling hadde kommet til gjennomføring uten politiets medvirkning. Det ble spesielt understreket at alminnelig sannsynlighetsovervekt ikke ville være tilstrekkelig. Høyesterett fant at rettsbelæringen ikke ga uttrykk for en uriktig rettsanvendelse. Det samme var situasjonen i Rt. 2000 side 1223, hvor det i rettsbelæringen var sagt at påtalemyndigheten hadde bevisbyrden for at det ikke forelå en ulovlig handlingsprovokasjon ”på samme måte som når det gjelder beviset for at handlingene er utført og at tiltalte har utvist straffeskyld”.
- (20) Endelig fremhever jeg Rt. 1997 side 1659. Her anførte forsvaren som en feil ved rettsbelæringen at den ikke inneholdt noe om bevisbyrden i forhold til spørsmålet om de straffbare forhold var fremprovosert av politiet. Til dette bemerket førstvoterende:
- ”Når det spesielt gjelder anførselen vedrørende bevisbyrderegelen, peker jeg på at det beviskrav det er tale om, er utslag av den alminnelige bevisbyrderegel i straffeprosessen. En omtale av denne er et standardelement i enhver rettsbelæring, og det har formodningen mot seg at dette standardelement har vært utelatt fra rettsbelæringen i denne saken. At bevisbyrderegelen ikke er gjentatt i tilknytning til de omstendigheter som er spesielt omtalt i den protokollerte del av rettsbelæringen, kan på bakgrunn av det jeg allerede har sagt, ikke anses som en feil.”**
- (21) Helt sentralt i det siterte er formuleringen om at det beviskrav det er tale om ”er utslag av den alminnelige bevisbyrderegel i straffeprosessen”.
- (22) At det her er det alminnelige beviskravet som gjelder, er også lagt til grunn i litteraturen, jf. i første rekke Strandbakken, Uskyldspresumsjonen side 508:

”Ved bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder, kan for eksempel siktede anføre at påtalemyndigheten har fremprovosert en handling som ellers ikke ville blitt begått. En slik innsigelse vil knytte seg til skyldspørsmålet. Hensynene bak uskyldspresumsjonen tilsier derfor et strengt beviskrav ved en slik påstand. I rettspraksis er det lagt til grunn at negasjonen: ”Det er ikke fremprovosert en handling som ellers ikke ville blitt begått”, må være bevist ut over rimelig tvil, jfr. for eksempel Rt. 1992 side 1088 (s. 1090).”

- (23) Jeg går da over til den rettsoppfatning med hensyn til beviskravet som ligger til grunn for Frostating lagmannsrettes fellende dom. I den protokollerte del av rettsbelæringen heter det:

”Det er reist tvil om hvorvidt det var polititjenestemennene eller C som bragte på bane spørsmålet om utlån av Cs bil. Forsvarer har hevdet at dette er tilfelle, og at det for å se bort fra denne mulighet må anses bevist utenfor enhver rimelig tvil at det ikke var politiet som foreslo utlån av bilen. Det er reist spørsmål om bevisbyrden med hensyn til dette. Jeg er enig med aktor i at der det påstås at en polititjenestemann har begått en handling i tjenesten som kan medføre straff eller tjenestemessig konsekvenser for ham at det ikke det vanlige beviskrav i straffesaker som gjelder, men et krav om vanlig sannsynlighetsovervekt. Det er altså nok at påtalemyndigheten sannsynliggjør at tjenestemennene ikke har forholdt seg på en slik måte, jf. Rt. 1994 side 1139 og Strandbakken: Uskyldspresumsjonen s. 507. Mao. behøver det ikke være bevist utenfor enhver rimelig tvil at tjenestemennene ikke har foreslått for C at han skulle låne bort bilen; det er nok at dette er sannsynliggjort.”

- (24) Det følger av det jeg har sagt tidligere, at rettsbelæringen – når den bygger på at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt – gir uttrykk for en uriktig oppfatning av hvilket beviskrav som gjelder. Jeg skyter inn at de kilder det vises til avslutningsvis i det jeg nettopp siterte fra rettsbelæringen, gjelder andre problemstillinger enn den foreliggende.
- (25) Aktor har anført at den uriktige redegjørelsen for beviskravet i rettsbelæringen ikke bør gis den virkning at dommen oppheves for de ankende parter. Det er hevdet at deres beslutning om innførsel av det aktuelle partiet amfetamin forelå uavhengig av en eventuell provokasjon i forhold til C. Hadde lagretten – basert på en riktig redegjørelse for beviskravet – frifunnet de ankende parter, ville dette etter aktors syn bygget på sviktende grunnlag.
- (26) Det er i sin alminnelighet ikke aktuelt for Høyesterett å gå inn på hva lagretten ville eller burde ha svart, dersom rettsbelæringen hadde vært korrekt. Jeg er i og for seg enig med aktor i at en dom i helt spesielle tilfeller kan bli stående til tross for at rettsbelæringen gir uttrykk for en uriktig rettsoppfatning til skade for domfelte. Siden lagretten plikter å bygge på den rettsoppfatning som kommer til uttrykk i rettsbelæringen, må det være en forutsetning at det aktuelle tema overhode ikke var relevant for avgjørelsen av skyldspørsmålet, og slik sett var uegnet til å virke inn på lagrettens svar. For at Høyesterett skal kunne fastslå at så har vært tilfelle, må saken fremstå som oversiktlig i så vel faktisk som rettslig henseende.
- (27) Slik jeg ser det, ligger vår sak ikke slik an at dommen kan bli stående.
- (28) Det var først i skranken for Høyesterett at påtalemyndigheten gjorde gjeldende at en eventuell handlingsprovokasjon bare kan ha betydning for C. Det er på det rene at lagretten ikke ble presentert for dette skillet mellom ham og de ankende parter. De deler

av rettsbelæringen som jeg tidligere har sitert, hadde altså direkte adresse også til de ankende parter, og jeg må legge til grunn at også lagretten har oppfattet det slik.

- (29) Spørsmålet om handlingsprovokasjon stod sentralt i saken, helt fra aktor – etter instruks fra Riksadvokaten – på dette grunnlaget anket den første tingrettsdommen til gunst for alle de seks domfelte, med opphevelse som resultat. Av det jeg tidligere siterte fra rettsbelæringen fremgår at partene hadde ulikt syn på de faktiske forhold som eventuelt utgjorde frifinnelsesgrunnlaget på dette punktet. Vurderingene omkring frifinnelse på grunn av handlingsprovokasjon er sammensatte, og må bero på overveielser forankret i det konkrete saksforhold som finnes bevist. Og det var altså nettopp i forhold til spørsmålet om beviskravet at rettsbelæringen ga uttrykk for en uriktig rettsoppfatning.
- (30) Lagmannsrettens dom med ankeforhandling må etter dette oppheves for de ankende parter. Ut fra de konkrete forhold i saken finner jeg – i tråd med partenes syn – at opphevelsen bør gjelde hele dommen for deres vedkommende.
- (31) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for A og B.

- (32) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (33) Dommer **Stang Lund:** Likeså.
- (34) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (35) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (36) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for A og B.

Riktig utskrift bekreftes: