



NORGES HØYESTERETT

Den 1. desember 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-02259-A, (sak nr. 2009/1169), straffesak, anke over dom,

I.

A

(advokat Erling O. Lyngtveit)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Svein Holden)

II.

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Svein Holden)

mot

A

(advokat Eling O. Lyngtveit)

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

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder anke over lagmannsrettens saksbehandling og straffutmåling i sak om to forsøk på overlagt drap.
- (2) Den 23. mars 2007 ble det gjennomført et planlagt drapsforsøk mot B og C på X i Y. B og C hadde akkurat forlatt leiligheten hvor B bor, for å dra på fotballtrening. Utenfor leiligheten kom gjerningsmannen mot dem, tok frem et skytevåpen og avfyrte fem eller seks skudd fra kort hold. Gjerningsmannen forlot stedet raskt og ble plukket opp av en ventende bil.
- (3) C ble skutt gjennom munnen med skuddkanal nedover halsen til høyre krageben. Han fikk skader i tungen og tre tenner ble ødelagt. Skadene medførte et sykehusopphold på fem dager. Tungen hans har blitt kortere, og han har nedsatt førlighet. Kjeven er fortsatt nummen og han plages med nedsatt konsentrasjon.

- (4) B ble først truffet i armen, som han hadde løftet mot ansiktet for å verge seg. Han ble deretter truffet i mage og lyske da han flyktet fra gjerningsmannen. B var innlagt på sykehus i seks dager og har fått nedsatt førlighet i underarmen og hånden. Skyteepisoden har også gjort ham redd.
- (5) Lagmannsretten har lagt til grunn at drapsforsøkene var et ledd i rivaliseringen mellom to kriminelle miljøer i Yområdet, "Z", som A tilhører, og "Æ" som B tilhører. Skuddene mot B og C ble av lagmannsretten ansett å være en hevnaksjon etter at A ble skutt i bena på Ø i 2006. Et medlem av "Æ", D, er dømt til syv års fengsel for dette drapsforsøket.
- (6) Det ble tatt ut tiltale mot A og E i forbindelse med drapsforsøkene mot B og C. Oslo tingrett frifant dem ved dom 30. april 2008. De ble også frifunnet for oppreisningskravene fra de fornærmede.
- (7) Påtalemyndigheten anket over frifinnelsene.
- (8) Ved starten av ankeforhandlingen tok As forsvarer opp spørsmålet om ekstraordinær lagdommer Rolf Nielsens habilitet. Borgarting lagmannsrett avsa kjennelse 5. mai 2009 om at Nielsen var habil.
- (9) Under ankeforhandlingene tilbød aktor bevis i form av avspilling av to lydopptak gjort i Y fengsel 18. september og 24. oktober 2008 av møter mellom domfelte og D, hvor også en fengselsprest var til stede. D hadde gjort opptakene på en MP3-spiller og verken A eller presten var klar over at opptakene ble gjort. Fra forsvarernes side ble opptakene begjært avskåret som bevis. Lagmannsretten avsa kjennelse 18. mai 2009 om at bevisene kunne føres.
- (10) Lagmannsretten avsa dom 3. juni 2009 med slik domsslutning:
- "1. E, født 28. november 1979, frifinnes for forholdene i tiltalebeslutningens post I a, I b og II.**
 - 2. A, født 27. februar 1979, dømmes for to overtredelser av straffeloven § 233 første og annet ledd jf. § 49 jf. § 62 første ledd til en straff av fengsel i 11 – elleve – år. Til fradrag i straffen kommer 35 – trettifem – dager for utholdt varetekt.**
 - 3. E og A dømmes in solidum til å betale oppreisning til B med 100 000 – etthundretusen – kroner innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.**
 - 4. E og A dømmes in solidum til å betale oppreisning til C med 125 000 – etthundreogtjuefemtusen – kroner innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen."**
- (11) A har anket til Høyesterett over saksbehandlingen og straffutmålingen. E anket over det sivile kravet. Påtalemyndigheten har anket over straffutmålingen for A.
- (12) Ved Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse 10. juli 2009 ble Es anke avvist. As anke ble tillatt fremmet, med unntak av en anførsel om at statsadvokat Holden er inhabil i saken. Også påtalemyndighetens anke ble tillatt fremmet.

- (13) *Jeg er kommet til at påtalemyndighetens anke over straffutmålingen fører frem, mens As anke må forkastes.*
- (14) *Ekstraordinær lagdommer Rolf Nielsens habilitet*
- (15) Forsvareren har anført at lagmannsrettens dom med forhandlinger må oppheves fordi ekstraordinær lagdommer Rolf Nielsen var inhabil, jf. domstolloven § 108 om at en dommer er inhabil når det foreligger særegne omstendigheter som er skikket til å svekke tillitten til hans uhildethet. Det skal tas særlig hensyn til om en part påberoper inhabilitet.
- (16) Bakgrunnen for anførselen er at Nielsen også var dommer i den nevnte Ø-saken mot D, der A var fornærmet. Fra denne saken kunne Nielsen ha dannet seg et ufordelaktig bilde av A, særlig fordi det i dommen ble lagt til grunn at A tilhørte "Z", noe A bestrider.
- (17) Lagmannsretten har i sin kjennelse lagt til grunn at det har betydning for Nielsens habilitet at skyldspørsmålet blir avgjort av lagretten, og at Nielsen ikke har innflytelse på rettens leders foredrag for lagretten. Dette kan etter min mening ikke tillegges vekt. Det fremgår av Rt. 2008 side 1466 avsnitt 29, der det vises til EMDs dom Ekeberg mfl. mot Norge 31. juli 2007 (EMD 2004-11106), at habilitetsvurderingen ikke er avhengig av dommerens konkrete rolle ved pådømmelsen. Det er dessuten slik at hvis det er rimelig tvil om skyld, har fagdommerne plikt til å sette til side lagrettens kjennelse om at tiltalte er skyldig, jf. Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2009 side 750 avsnitt 66.
- (18) Utgangspunktet er at en dommer ikke blir inhabil selv om han har behandlet en annen sak innenfor samme sakskompleks tidligere, se for eksempel Rt. 1998 side 1467. Det kan tenkes unntak fra dette hvis dommeren har tatt stilling til forhold som er av sentral betydning for utfallet i den nye saken, jf. Rt. 2008 side 1466 avsnitt 28 til 32. Jeg kan ikke se at det er tilfellet her. Det inntrykket Nielsen måtte ha fått av A i forbindelse med Ø-saken, har neppe vært sentralt for hans vurdering av utfallet i denne saken. Dommere, særlig ved mindre domstoler, vil ikke sjelden ha et inntrykk av tiltalte fra før, og hovedregelen er at dette ikke utgjør en inhabilitetsgrunn.
- (19) Min konklusjon er derfor at det ikke utgjør en saksbehandlingsfeil at ekstraordinær lagdommer Rolf Nielsen gjorde tjeneste som dommer i ankesaken.
- (20) *Avspilling av lydopptak fra samtalen mellom A, D og fengselspresten*
- (21) Jeg går så over til spørsmålet om det er en saksbehandlingsfeil at lydopptakene av samtalen mellom presten, A og D ble avspilt for lagmannsretten.
- (22) Fengselspresten hadde tatt initiativ til at A og D skulle møtes for å snakke om de to skyteepisodene. Samtalen var et ledd i et mer omfattende forsøk på å forsone både de to og de kriminelle miljøene de to var medlemmer av. D sonet på det aktuelle tidspunktet straffen for Ø-saken, og samtaler fant sted i et av fengselets besøksrom. Det følger av fengselsreglementet at D ikke var berettiget til å ha MP3-spiller på cella. Det er også klart at forutsetningen for samtalen var at den skulle være konfidensiell. Samtalen som ble tatt opp, foregikk i det vesentlige mellom A og D. Fengselspresten bidro i liten grad, men var til stede hele tiden.

- (23) Forsvareren har anført at det er i strid med straffeprosessloven § 119 at opptakene ble avspilt i lagmannsretten. Den relevante delen av bestemmelsens første ledd lyder:

”Uten samtykke av den som har krav på hemmelighold, må retten ikke ta imot forklaring av prester (...) om noe som er betrodd dem i deres stilling.”

- (24) Forbudet i § 119 innebærer også at bevis om slike betrodde forhold heller ikke kan føres på annen måte, for eksempel ved at det blir fremlagt notater fra en slik samtale. Ellers ville bevisforbudet lett kunne bli uthulet, se for eksempel Rt. 2004 side 1668, som gjelder tvistemålsloven. Problemstillingen er tilsvarende i straffeprosessen.
- (25) Hvis samtalene i dette tilfellet hadde funnet sted bare mellom presten og A, er jeg enig i at presten ville hatt forbud mot å forklare seg om innholdet i samtalene. Tilsvarende ville det ikke vært adgang til å avspille opptak av samtalene.
- (26) Straffeprosessloven § 119 første ledd pålegger imidlertid bare presten taushetsplikt. D har ikke taushetsplikt etter denne bestemmelsen. Partene er enige om at D var berettiget til å avgi vitneforklaring om samtalene. Når A betror seg til både presten og D, vil det med andre ord gjelde to forskjellige regler for deres rett til å videreformidle innholdet i betroelsene. Jeg kan ikke se at prestens taushetsplikt etter § 119 ”smitter” over på D. Dermed er det heller ikke i strid med bestemmelsen at D legger frem lydopptak fra samtalen.
- (27) Derimot er det grunn til å stille spørsmål om lydopptakene burde vært nektet avspilt fordi de er fremskaffet på utilbørlig måte. Som nevnt gjorde D opptakene under det som var forutsatt å være en konfidensiell samtale med prest til stede, og uten at A og presten var klar over at samtalen ble tatt opp.
- (28) Det har gjennom rettspraksis utviklet seg regler for bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisene er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak. I Rt. 1991 side 616 ble et videoopptak avskåret fordi det var fremskaffet på ulovlig måte. Det er ikke omtvistet at opptaket D gjorde, ikke er ulovlig i den forstand at det er straffbart. Straffeloven § 145 a rammer bare opptak av samtaler man ikke selv deltar i. Av Rt. 1997 side 795 følger det imidlertid at adgangen til å avskjære bevis også gjelder der beviset er skaffet på en lovlig, men likevel utilbørlig måte.
- (29) I tvisteloven er reglene som er utviklet gjennom rettspraksis, kodifisert i § 22-7. Bestemmelsen lyder:

”Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.”

- (30) Om et utilbørlig frembrakt bevis skal avskjæres, beror på en avveining av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse, jf. NOU 2001:32 ”Rett på sak” side 961.
- (31) I vår sak er det ikke tvilsomt at opptakene er fremskaffet på en utilbørlig måte, og at de dermed kan avskjæres. I avveining av om opptakene likevel skal føres som bevis, vil jeg peke på at det er illojalt å gjøre bruk av opptak fra en samtale som var forutsatt å være

konfidensiell. Det at presten var til stede og selv understreket at samtalen var underlagt taushetsplikt, forsterket preget av fortrolighet, slik at selv om forholdet ikke rammes av straffeprosessloven § 119, har hensynene bak bestemmelsen innvirkning på avveiningen. Videre kan den som gjør opptaket, styre samtalen for sine formål, slik at opptaket ikke gir et riktig inntrykk av realiteten. Det er dessuten mulig å forfalske/manipulere opptakene, noe som gjør det betenkelig å akseptere avspilling av slike hemmelige opptak.

- (32) På den annen side står vi overfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende. Jeg vil også peke på at betydningen av prestens tilstedeværelse ikke kan tillegges stor vekt i denne saken, ettersom de primære samtalepartene var A og D. På denne bakgrunn er jeg kommet til at det ikke er en saksbehandlingsfeil når lagmannsretten aksepterte at lydopptakene ble ført som bevis.
- (33) *Begrunnelsesplikt for bevisvurderingen*
- (34) I dom av 13. november 2009, HR-2009-02153-A, (sak nr. 2009/841), la Høyesterett til grunn at det følger av plenumsdommen i Rt. 2009 side 750 at hensynet til etterprøvbarehet innebærer at springende punkter i bevisvurderingen under skyldspørsmålet må begrunnes selv om skyldspørsmålet er avgjort av en jury. Det heter i avsnitt 27 og 29:
- ”(...) Jeg kan ikke se at det følger av avsnitt 75 og 76 [i plenumsdommen] at lagmannsretten i sin alminnelighet skal begrunne bevisvurderingen i lagrettens fellende kjennelse i skyldspørsmålet. Men en begrunnelse for skyldvurderingen må gis i de tilfellene hvor dette er nødvendig for å gi den domfelte og allmennheten et tilstrekkelig grunnlag for å etterprøve hvorfor han eller hun er kjent skyldig.
- (...)
- Ofte vil det fremgå uttrykkelig eller av sammenhengen hvilke bevis domfellelsen bygger på, og som regel vil det da ikke være nødvendig med noen ytterligere redegjørelse. I en del tilfeller vil det heller ikke være mulig å gi en presis forklaring – vurderingen av et vitnes troverdighet vil for eksempel ofte baseres på et inntrykk som har festnet seg over tid, hvor det kan være vanskelig å peke på en enkelt faktor som utslagsgivende. Men unntaksvis finnes det ”et springende punkt” som kan beskrives og forklares, og etter min mening står vi overfor et slikt punkt i den foreliggende saken”
- (35) Det fremgår altså at det ikke er et generelt krav om begrunnelse for bevisvurderingen, men et krav om at springende punkter må begrunnes av lagmannsretten, dersom det er nødvendig for at domfellelsen skal kunne etterprøves.
- (36) Jeg kan ikke se at det foreligger slike punkter i vår sak. Leser man lagmannsrettens dom i sammenheng med tingrettens dom, fremkommer det at et sentralt forhold for utfallet av bevisvurderingen er at As alibi ikke holdt i lagmannsretten. Antakelig har også andre bevis, blant annet lydopptaket, hatt betydning for lagmannsrettens resultat. Disse bevisene er ikke drøftet i lagmannsrettsdommen. Likevel fremstår resultatet i lagmannsretten, sammenholdt med tingrettens dom, som etterprøvbart uten ytterligere begrunnelse, og dette er avgjørende for kravet til begrunnelse for bevisvurderingen.
- (37) Jeg er derfor kommet til at begrunnelse for bevisvurderingen under skyldspørsmålet i lagmannsrettens dom ikke lider av slike mangler at det er grunnlag for opphevelse.
- (38) *Straffutmålingen*

- (39) Som nevnt har både A og påtalemyndigheten anket over straffutmålingen, som lagmannsretten hadde satt til fengsel i 11 år.
- (40) Et relativt parallelt tilfelle til denne saken er Rt. 2002 side 1451 hvor en mann ble dømt til fengsel i syv år og seks måneder for forsøk på overlagt drap. Dommen omfattet også noen andre mindre alvorlige forhold, men det fremgår av Høyesteretts begrunnelse at drapsforsøket var det dominerende elementet i straffutmålingen. På samme måte som i vår sak hadde drapsforsøket preg av henrettelse.
- (41) Siden 2002 har det vært en gradvis skjerping i straffutmålingen for grov vold, se for eksempel Høyesteretts storkammeravgjørelse av 13. november 2009, HR-2009-02136-S, (sak nr. 2009/1035), hvor det i avsnitt 9 heter:

”Straffenivået både for drap og for alvorlige legemskrenkelser er blitt skjerpet i de senere år, og denne utviklingen bør fortsette.”

- (42) Jeg legger til grunn at det riktige utgangspunktet for ett forsøk på overlagt drap av denne karakter i dag er 8 år.
- (43) For A skal det utmåles straff for to forsøk på overlagt drap, og straffeloven § 62 første ledd kommer til anvendelse. Han er også straffedømt flere ganger tidligere blant annet for ran, trusler og vold. Dette skal tas i betraktning ved straffutmålingen jf. straffeloven § 61. For øvrig viser jeg til lagmannsrettens betraktninger om skjerpende og formildende omstendigheter, som jeg slutter meg til. Jeg har kommet til at straffen for A passende kan settes til fengsel i 12 år.
- (44) Jeg stemmer for denne

D O M :

I lagmannsrettens dom gjøres den endring at straffen for A settes til fengsel i 12 – tolv – år. Til fradrag i straffen kommer 216 – tohundreogseksten – dager i utholdt varetekt.

- | | | |
|------|------------------------------|--|
| (45) | Dommer Skoghøy: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (46) | Dommer Endresen: | Likeså. |
| (47) | Kst. dommer Sverdrup: | Likeså. |
| (48) | Dommer Gussgard: | Likeså. |

(49) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

I lagmannsrettens dom gjøres den endring at straffen for A settes til fengsel i 12 – tolv – år. Til fradrag i straffen kommer 216 – tohundreogseksten – dager i utholdt varetekt.

Riktig utskrift bekreftes: