



NORGES HØYESTERETT

Den 16. april 2010 avsa Høyesterett dom i

HR-2010-00630-A, (sak nr. 2010/99), straffesak, anke over dom,

Den offentlige påtalemyndighet (kst. statsadvokat Hans A. Vikheim)

mot

A (advokat John Christian Elden)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder spørsmålet om benzodiazepinet fenazepam er å anse som narkotika etter den såkalte derivatregelen i forskrift 30. juni 1978 nr. 8 om narkotika mv. (narkotikalistene) § 2 annet ledd.
- (2) A bestilte i perioden vinteren 2007 – vinteren 2008 cirka to kilo pulverstoff som inneholdt fenazepam fra Kina. Stoffet ble levert poste restante i Järpen i Sverige. Sammen med vennen B hentet han stoffet til Norge. Her ble en del av stoffet omgjort til tabletter og solgt eller forsøkt solgt.
- (3) Den 8. desember 2008 ble det tatt ut tiltale mot A og B etter straffeloven § 162 første ledd og tredje ledd første punktum jf. femte ledd og § 162 første ledd og annet ledd. Stjør- og Verdal tingrett avsa dom 28. april 2009 med slik domsslutning:

”1. B, f. 02.02.85, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 1.ledd jf 3. ledd 1. pkt og § 162 2.ledd, sammenholdt med § 62, til en straff av fengsel i 3 – tre –

år og 3 – tre – måneder, hvorav 32 – trettito – dager kommer til fradrag for utholdt varetekt.

2. B dømmes til å tåle inndragning av kr. 40.000 – kronerførtitusen – jf straffeloven § 34.
3. A, f. 01.04.74, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 1.ledd jf 3.ledd 1. pkt og § 162 2.ledd, sammenholdt med § 62, til en straff av fengsel i 4 – fire – år, hvorav 35 – trettifem – dager kommer til fradrag for utholdt varetekt.
4. A dømmes til å tåle inndragning av kr. 40.000 – kronerførtitusen – jf straffeloven § 34.”

- (4) A anket over lovanvendelsen og bevisvurderingen under skyldspørsmålet. Statsadvokatene i Trøndelag anket over straffutmålingen for både A og B. B innga ikke selvstendig anke. Frostating lagmannsrett henviste As anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og påtalemyndighetens anke over straffutmålingen til ankebehandling. Senere trakk påtalemyndigheten anken over straffutmålingen. Saken for lagmannsretten gjaldt da bare As anke over skyldspørsmålet.
- (5) Lagmannsretten avsa dom 2. desember 2009 hvor A ble frifunnet. Bakgrunnen for frifinnelsen var at rettens leder i sin rettsbelæring la til grunn at fenazepam ikke faller inn under derivatbestemmelsen i narkotikalistens § 2 annet ledd og dermed ikke er et narkotisk stoff.
- (6) Statsadvokatene i Trøndelag har – etter ordre fra riksadvokaten – anket til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen under skyldspørsmålet. Påtalemyndigheten anfører at rettsbelæringen bygger på en uriktig lovforståelse, når det legges til grunn at derivatbestemmelsen bare kommer til anvendelse der det er praktisk mulig å omdanne eller tilbakeføre fenazepam til et stoff på narkotikalistens.
- (7) For Høyesterett er det oppnevnt to sakkyndige, sivilingeniør kjemi Tormod Bønes, seniorrådgiver ved Kripos, og professor Asbjørg S. Christophersen, avdelingsdirektør ved Folkehelseinstituttet. De sakkyndige – som også var oppnevnt som sakkyndige for lagmannsretten – har avgitt hver sin erklæring og har også forklart seg i Høyesterett.
- (8) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (9) Utgangspunktet for vurderingen av hjemmelsspørsmålet er straffeloven § 162 første ledd:

”Den som ulovlig tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff som etter regler med hjemmel i lov er ansett som narkotika, straffes for narkotikaforbrytelse (...).”
- (10) I henhold til legemiddeloven § 22 kan Kongen fastsette hvilke preparater som skal regnes som narkotika i legemiddelovens forstand.
- (11) Etter narkotikalistens § 2 første ledd regnes de stoffene som er oppført på listen etter forskriften § 3, som narkotika. Etter § 2 annet ledd kan også andre stoffer omfattes:

”Som narkotika m.v. regnes også salter og derivater av de oppførte stoffer eller droger og mulige isomere, estere og etere av stoffene eller deres salter.”
- (12) Det er Statens legemiddelverk som fastsetter narkotikalistens, jf. forskriften § 3 første ledd.

- (13) Stoffet fenazepam var ikke oppført på narkotikalistene da A og B innførte og oppbevarte stoffet, men ble det ved endringsforskrift av 24. mars 2010. Spørsmålet i saken er derfor om fenazepam er å anse som narkotika etter forskriften § 2 annet ledd. De sakkyndige, aktor og forsvarer er enige om at fenazepam ikke kan betegnes som salt, isomer, ester eller eter av stoffer på narkotikalistene, slik at det er det mer overgripende begrepet derivat som eventuelt er hjemmelsgrunnlag.
- (14) Fenazepam tilhører en gruppe stoffer som kalles 1,4-benzodiazepiner. Flere av disse er på narkotikalistene og er også registrert som medikamenter i Norge, for eksempel diazepam (som er virkestoffet i blant annet Valium og Vival), oksazepam (Sobril og Alopam), nitrazepam (Mogadon og Apodorm) og klonazepam (Rivotril). Fenazepam er ikke brukt i legemidler registrert i Norge eller andre vesteuropeiske land, men har vært registrert i Russland og tidligere sovjetstater i over 20 år.
- (15) De benzodiazepiner som har vært trukket frem i saken, har i hovedsak en felles grunnstruktur, forskjellen mellom stoffene er ulike atomer eller atomgrupper som er koblet til grunnstrukturen. Den kjemiske strukturen i fenazepam er for eksempel meget lik klonazepam, som er et benzodiazepin som er oppført på narkotikalistene.
- (16) Felles for alle benzodiazepiner er at de virker beroligende, avslappende, angstdempende, søvnfremkallende og anti-epileptiske. Ved inntak av høyere doser – det vil si over terapeutisk nivå – vil benzodiazepiner kunne gi en ruseffekt som minner om alkohol. Bruk av denne stoffgruppen over lengre tid – 2 til 4 uker – kan føre til avhengighet og toleranseutvikling. Alle disse virkningene gjelder også fenazepam.
- (17) Det er lite rettskildemateriale om forståelsen av begrepet derivat i forskriften § 2 annet ledd. Det er ikke forarbeider til forskriftsbestemmelsen. I Rt. 2009 side 780 har Høyesterett drøftet hva som ligger i derivatregelen og har angitt et generelt utgangspunkt i avsnitt 29:
- ”Ved tolkingen av derivatregelen må man ta utgangspunkt i den kjemiske derivatdefinisjonen. Bestemmelsen må imidlertid også undergis en formålsbegrensning. På denne bakgrunn må det være en forutsetning for at en forbindelse skal anses som ’derivat’ i forhold til narkotikaforskriften § 2 andre ledd, at forbindelsen ved ombytting av atomer eller atomgrupper kan avledes fra et stoff som står på narkotikalistene. Dessuten må forbindelsen ha en lignende rusvirkning som det stoff det ble avledet fra, eller lett kunne tilbakeføres eller omdannes til et stoff som står på listen.”**
- (18) Imidlertid var det en annen problemstilling som var aktuell i 2009-saken, slik at vårt spørsmål ikke løses ved dette generelle utgangspunktet.
- (19) For ordens skyld presiserer jeg at det ytterligere vilkåret som er oppstilt i Rt. 2009 side 780, nemlig at forbindelsen *enten* må ha en lignende rusvirkning som det stoff det ble avledet fra, *eller* lett kunne tilbakeføres eller omdannes til et stoff som står på listen, er oppfylt i dette tilfellet. Som nevnt har fenazepam samme narkotiske virkning som benzodiazepiner som er på narkotikalistene.
- (20) Som angitt i Rt. 2009 side 780, må man ta utgangspunkt i den kjemiske derivatdefinisjon. Det fremgår imidlertid av de sakkyndiges forklaringer at begrepet derivat brukes på forskjellige måter innen kjemien. Dels brukes derivat for å gi uttrykk for likhet mellom stoffer – eksemplifisert ved begrepet benzodiazepinderivat, som omfatter alle stoffer som

tilhører gruppen benzodiazepiner – herunder fenazepam. Det er på denne måten Statens legemiddelverk har benyttet begrepet. Dels brukes begrepet om et stoff som er laget, eller avledet, av et annet stoff. De sakkyndige for Høyesterett er uenige om hvilken betydning begrepet må anses å ha i forskriften § 2 annet ledd. Jeg bemerker at denne uenigheten om den kjemiske derivatdefinisjonen, ikke var tema i saken i Rt 2009 side 780.

- (21) Formålet med bestemmelsen, nemlig å fange opp nye, tidligere ukjente, kjemiske forbindelser av stoffer som står på narkotikalistene og som har tilsvarende narkotiske egenskaper som stoffet som er oppført på listen, jf Rt. 2009 side 780 avsnitt 24, kan tilsi at man legger den første definisjonen til grunn. Det vil si at et derivat i § 2 annet ledd forstand er et stoff som er i det vesentlige kjemisk likt med et stoff på narkotikalistene. Ordlyden henviser imidlertid ikke bare til at stoffet skal være et derivat, men at det skal være derivat *av* et stoff på narkotikalistene. Dette ”av” trekker i retning av at stoffet må være avledet eller laget av et stoff på narkotikalistene.
- (22) Tolkningen er ikke opplagt. Listen benyttes ikke bare for å fastsette hvilke stoffer som anses som narkotika etter straffeloven § 162, men også i forbindelse med legemiddeloven. For straffesaker gjelder det et ganske strengt lovkrav, jf. EMK artikkel 7. Som straffehjemmel kreves det større grad av klarhet for hvilke stoff som faller inn under ordlyden, enn det som ellers fordres.
- (23) I rettsbelæringen til lagretten har rettens leder oppsummert lovkravet slik:

”Derivatalternativet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd er en straffebestemmelse. Som fremgår bl.a. av Rt. 2009 side 780 avsnitt (20) må bestemmelsen tolkes på bakgrunn av det krav til lovhemmel som følger av EMK-artikkel 7. Det følger videre av denne dommen at artikkel 7 også stiller krav om at lovbrudd må være klart definert ved rettsregler som er tilgjengelige for allmennheten, og forbyr at straffebestemmelse blir tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte. For at hjemmelskravet som følger av EMK-artikkel 7, skal være tilfredsstillt, må det fremgå av straffebestemmelsens ordlyd, eventuelt supplert med de presiseringer som måtte følge av rettspraksis, hvilke handlinger eller unnlater som rammes. I EMDs praksis er det fremholdt at generelle lovbestemmelser ikke alltid kan være like presise, og at det – for at rettsreglene skal kunne tilpasses samfunnsutviklingen – ofte også er nødvendig og benytte formuleringer som i større eller mindre grad er vage, og hvor det vil oppstå grensespørsmål. For at hjemmelskravet etter EMK artikkel 7 skal være oppfylt, må imidlertid beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen.”

- (24) Denne rettsforståelsen er jeg enig i. I rettsbelæringen oppsummeres problemstillingen saken reiser, på følgende måte:

”Ingen av de sakkyndige hadde kjennskap til at fenazepam noen ganger rent faktisk og praktisk er dannet [av] klonazepam eller andre benzodiazepiner. (...)

Basert på de sakkyndiges forklaring, må det legges til grunn at det i de ulike fagmiljøer – herunder i kjemien – er ulike oppfatninger i forhold til innholdet i begrepet derivat.

EMK artikkel 7 forutsetter som nevnt at lovbrudd må være klart definert ved rettsregler som er tilgjengelige for allmennheten, og forbyr at straffebestemmelse blir tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte. Det må som nevnt fremgå av ordlyden i en straffebestemmelse supplert med de presiseringer som måtte følge av rettspraksis, hvilke handlinger som rammes som straffbare. For at dette hjemmelskravet skal være oppfylt, må beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av straffebestemmelsen.

Basert på den gjennomgang jeg nå har foretatt, og med særlig henvisning til Høyesteretts fortolkning av derivatbegrepet i Rt. 2009 side 780 sammenholdt med de sakkyndiges redegjørelser, kan det ikke fastslås at fenazepam skal anses som narkotika på bakgrunn av en tolkning av derivatalternativet i narkotikaforskriften § 2 annet ledd.”

- (25) Selv om avgjørelsen i Rt. 2009 side 780 etter mitt syn gir begrenset veiledning for vår sak, kan jeg ikke se at rettsbelæringen gir uttrykk for en uriktig forståelse av EMK artikkel 7s betydning for anvendelsen av narkotikalistens § 2 annet ledd på fenazepam. Stoffet kan – på bakgrunn av de sakkyndiges forklaringer – ikke anses som narkotika hvis § 2 annet ledd tolkes slik at det kreves at fenazepam kan avledes av et stoff på narkotikalistens, ettersom en slik omdanning vil være meget krevende i praksis. Derimot ville fenazepam være narkotika i forskriftens forstand hvis begrepet derivat bare stiller krav om likhet mellom fenazepam og et stoff som er oppført på narkotikalistens. Denne siste tolkningen har ikke tilstrekkelig støtte i forskriften – slik denne er formulert – til at den her kan legges til grunn i strafferettslig sammenheng, jf. EMK artikkel 7. Jeg er derfor, i likhet med lagmannsretten, kommet til at det ikke er tilstrekkelig klar hjemmel til å ilegge straff.
- (26) Anken blir da å forkaste.
- (27) B er i tingretten rettskraftig dømt for de samme forholdene som A er frifunnet for. Aktor og forsvarer er enige om at hvis påtalemyndighetens anke blir forkastet, bør Høyesterett avsi frifinnende dom også for B, jf. straffeprosessloven § 342 siste ledd annet punktum. Dette er jeg enig i. Den samme feilen som forelå ved tingrettens dom i forhold til A foreligger også i forhold til B. B blir dermed å frifinne.
- (28) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. B, født 2. februar 1985, frifinnes.
- (29) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (30) Dommer **Bruzelius:** Likeså.
- (31) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (32) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(33) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. B, født 2. februar 1985, frifinnes.

Riktig utskrift bekreftes: