



NORGES HØYESTERETT

Den 14. november 2011 avsa Høyesterett kjennelse og dom i

HR-2011-02105-A, (sak nr. 2011/964), straffesak, anke over dom,

I.

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Erik Thronæs)

mot

A (advokat John Christian Elden)

II.

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Erik Thronæs)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Skoghøy**: Ankene gjelder domfellelse for forsøk på overtredelse av straffeloven § 201 a, som retter seg mot etter forutgående avtale å møte et barn under 16 år med forsett om å begå seksuelt overgrep ("grooming"), og § 204 a, som blant annet retter seg mot produksjon, innførsel og besittelse av "barneporno". De sentrale spørsmål i saken er hva som kreves for domfellelse for forbrytelse mot § 201 a eller forsøk på det, hvorvidt den omstendighet at handlingen er fremkalt av noen som gir seg ut for å være fornærmede, skal lede til frifinnelse, og hvorvidt det var en saksbehandlingsfeil at tiltalen for overtredelse av § 204 a ble brakt inn for lagmannsretten som første instans.

- (2) A, født 8. juni 1951, ble ved tiltalebeslutning 13. juli 2010 av Nordland statsadvokatembeter satt under tiltale ved Rana tingrett for overtredelse av straffeloven § 201 a. Grunnlaget var beskrevet slik:

”Lørdag 27. februar 2010 om ettermiddagen i X, kjørte han etter forutgående avtale til X jernbanestasjon for å møte B, f. 08.12.1994, med forsett om å ha seksuell omgang med henne og/eller å foreta en seksuell handling med henne eller å forlede henne til å utvise seksuelt krenkende eller annen uanstendig adferd.”

- (3) Tingretten avsa 11. oktober 2010 dom med denne domsslutning:

”1. A, født 08.06.1951, dømmes for overtredelse av straffeloven § 201a første ledd til fengsel i 60 – seksti – dager.

Varetekt kommer til fradrag med 2 – to – dager, jf. straffeloven § 60.

2. A, født 08.06.1951, dømmes til å tåle inndragning av 1 bærbar HP Pavilion dv5-1145eo, jf. beslag nr. 2010/159 nr. 2, jf. straffeloven § 35.

3. A, født 06.06.1951, dømmes til å betale sakskostnader med kr. 12 000 – tolv tusen –.”

- (4) A anket til Hålogaland lagmannsrett over bevisbedømmelsen og lovanvendelsen under skyldspørsmålet. Lagmannsretten besluttet 27. oktober 2010 å henvide anken til ankeforhandling.

- (5) Den 11. november 2010 ble A av Nordland statsadvokatembeter satt under tiltale ved Rana tingrett for overtredelse av straffeloven § 204 a. I brev 27. januar 2011 til Nordland statsadvokatembeter samtykket tiltalte forsvarer på vegne av tiltalte i at tiltalen for overtredelse av § 204 a ble brakt direkte inn for Hålogaland lagmannsrett og behandlet sammen med tiltalen for overtredelse av § 201 a. Etter dette tok Nordland statsadvokatembeter 15. mars 2011 ut ny tiltale for Hålogaland lagmannsrett. Det forhold som tiltalen for tingretten omfattet, utgjorde i denne tiltalen post I, mens post II gjaldt overtredelse av straffeloven § 204 a første ledd bokstav a. Etter retting under ankeforhandlingen fikk grunnlaget for tiltalens post II dette innhold:

”Lørdag 27. april 2010 ca. kl. 2100 og/eller forut for dette på bopel i -----veien -- i X, hadde han til sammen 20 bilder i en bærbar HP Pavilion dv5-1145eo-pc, som viste barn i seksuell positur og barn i seksuell omgang med voksne.”

- (6) Hålogaland lagmannsrett, som i medhold av straffeprosessloven § 332 første ledd var satt med tre fagdommere og fire meddommere, kom i dom 15. april 2011 til at tiltalte bare kunne dømmes for forsøk på overtredelse av straffeloven § 201 a. For øvrig ble tiltalte dømt i samsvar med tiltalen. Lagmannsrettens dom har denne domsslutning:

”1. A, født 8. juni 1951, dømmes for én overtredelse av straffeloven § 201a jf. § 49 og én overtredelse av straffeloven § 204a første ledd bokstav a, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, til fengsel i 75 – syttifem – dager. Til fradrag går 2 – to – dager for utholdt varetekt.

2. I medhold av straffeloven § 35 dømmes A til å tåle inndragning av 1 – en – bærbar HP Pavilion dv5 – 1145eo – PC, med unntak av innhold (data) som ikke knytter seg til tiltalen.”

- (7) Det var ved straffutmålingen dissens i lagmannsretten. Mindretallet, som bestod av tre meddommere, stemte for at straffen ble satt til fengsel i 120 dager.
- (8) Påtalemyndigheten har anket til Høyesterett over lovanvendelsen under skyldspørsmålet for så vidt gjelder domfellelsen etter tiltalens post I. Påtalemyndigheten har anført at tiltalte må dømmes for fullbyrdet forbrytelse mot straffeloven § 201 a.
- (9) Tiltalte har anket over domfellelsen for begge tiltalepostene. For domfellelsen etter tiltalens post I retter anken seg først og fremst mot lagmannsrettens lovanvendelse. Tiltalte har gjort gjeldende at handlingen er fremprovosert av fornærmedes mor og derfor ikke rettsstridig. For det tilfellet at lagmannsrettens domsgrunner ikke finnes tilstrekkelige til å prøve dette spørsmålet, er også lagmannsrettens saksbehandling angrepet. Da § 201 a ikke krever forsett med hensyn til fornærmedes alder, har tiltalte hevdet at han ikke kan dømmes for forsøk på overtredelse av bestemmelsen. For så vidt gjelder domfellelsen etter tiltalens post II, retter anken seg mot lagmannsrettens bevisbedømmelse, lovanvendelse og saksbehandling. Bevisbedømmelses- og saksbehandlingsanken er begrunnet med at tiltalte etter Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 5 har krav på å få bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet overprøvd av overordnet domstol. Lovanvendelsesanken er begrunnet med at lagmannsrettens bevisresultat ikke tilfredsstillende besittelsesvilkåret i straffeloven § 204 a første ledd bokstav a. For begge tiltalepostene har tiltalte også anket over straffutmålingen.
- (10) *Mitt syn på saken*
- (11) Jeg er kommet til at påtalemyndighetens anke må forkastes, mens domfeltes anke delvis må tas til følge.
- (12) Jeg behandler først ankene over *domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 201 a, jf. § 49 – tiltalens post I.*
- (13) Denne domfellelsen gjelder følgende forhold:
- (14) Tiltalte, A, opprettet i februar 2010 en profil på nettstedet Nettby. Han registrerte seg som C med "-----" som "nickname". Fornærmede, B, født 8. desember 1994, var da registrert på nettstedet. Hun hadde registrert seg som D med "-----" som "nickname". Tallene 58 og 15 skal angi vedkommendes alder.
- (15) Onsdag 24. februar 2010 kl. 18.29 tok tiltalte kontakt med fornærmede på Nettby. Fornærmede hadde i sin profil skrevet noe om at hun skulle til Y, som er et hotell i sentrum av X. Tiltalte gav i melding til fornærmede uttrykk for at han gjerne ville dra til Y når hun skulle dit. Fornærmede spurte tiltalte hvem han var. Tiltalte svarte med å spørre hvem fornærmede var. Etter dette varslet fornærmede sin mor, E, om at en eldre mann ønsket å møte henne. Fra kl. 18.36 overtok moren utvekslingen av meldinger med tiltalte. Moren benyttet fornærmedes profil, og tiltalte trodde derfor at det var fornærmede han hadde kontakt med.
- (16) Straks fornærmedes mor hadde overtatt kontakten, bad hun om å få ringe tiltalte. Tiltalte torde imidlertid ikke oppgi sitt telefonnummer. I melding kl. 18.44 spurte tiltalte fornærmede hva hun hadde lyst til, og om hun hadde lyst til å møte ham. Til dette svarte

fornærmedes mor kl. 18.45 ”det samme som deg, er det ikke det du har lyst te å treffe meg”. I melding kl. 18.48 skrev tiltalte ”men du er jo litt forr ung da”. Han fikk umiddelbart til svar ”men I du ikke ha en ung jente”.

- (17) I løpet av meldingsutvekslingen bad fornærmedes mor flere ganger om å få ringe tiltalte, men tiltalte ville fortsatt ikke oppgi sitt telefonnummer. Tiltalte spurte i melding kl. 18.53 hvor de kunne møtes, og fikk til svar ”kanskje hjemme te deg du bestemmer”. Det ble imidlertid ikke inngått noen nærmere avtale, og de ble enige om på nytt å ta kontakt med hverandre rundt kl. 23.00 samme kveld.
- (18) Onsdag 24. februar 2010 kl. 22.49 gjenopptok fornærmedes mor kontakten med tiltalte. På spørsmål fra tiltalte om hun var 16, svarte fornærmedes mor ”ja”. Etter å ha utvekslet noen meldinger avtalte de å møtes foran inngangsdøren til jernbanestasjonen i X lørdag 27. februar 2010 ca. kl. 17.00–17.15. Deretter skulle de dra hjem til tiltalte. I løpet av denne meldingssekvensen spurte tiltalte om fornærmede hadde ”[v]ært sammen med noen gutter før”. Han fikk til svar ”nei du blir den første er litt redd, men eg kommer”. Tiltalte spurte også fornærmede om hun brukte piller. Fornærmedes mor svarte ”nei, håper det går bra”.
- (19) Fredag 26. februar 2010 hadde tiltalte og fornærmedes mor ny kontakt over Nettby fra kl. 17.17 til kl. 19.03. I løpet av denne kontakten avtalte de nærmere detaljer om møtestedet og hvordan de skulle kjenne hverandre igjen. I tillegg kom samtalen inn på at de skulle ha seksuell omgang. Kl. 18.47 skrev tiltalte blant annet at han ikke hadde ”erfaring med så ung jente som du fra før ... men har vært en drøm da”. Etter at fornærmedes mor hadde skrevet at hun var redd for å bli gravid, uttalte tiltalte ”ok trenger ikke sprute inni deg da ...”, ”vil slikke deg og kose med deg på andre måter også”. På spørsmål fra fornærmedes mor om det ikke er ”vondt første gang”, svarte tiltalte ”kan være det, men vi skal være forsiktig da ... kose med hverandre ... ta på hverandre ... bruker hendene ... fingrene”.
- (20) Mellom de to meldingssekvensene onsdag 24. februar 2010 ringte fornærmedes mor til politiet for å melde fra om at en eldre mann ønsket å møte hennes datter. Hun fikk beskjed om at hun ville bli kontaktet av politiet dagen etter. Torsdag 25. februar 2010 ble fornærmedes mor kontaktet av politioverbetjent G. I møte på X politistasjon gikk de sammen inn på fornærmedes profil på Nettby. Da de fikk problemer med å få tatt utskrift av loggen fra samtale med tiltalte, kontaktet G KRIPOS, som tok utskrift av loggen og oversendte den til G.
- (21) Politiet klarte å spore opp hvem ”----- 58” var. Gjennom samtalen med fornærmedes mor og loggutskriften ble politiet kjent med at tiltalte hadde avtalt å møte fornærmede utenfor jernbanestasjonen i X lørdag 27. februar 2010 ca. kl. 17.00–17.15. Da tiltalte kjørte forbi jernbanestasjonen like før kl. 17.00, satt politibetjent F i sivile klær på en benk ved inngangen til jernbanestasjonen. I tillegg var det satt ut tre observasjonsposter like ved. Noe etter kl. 17.00 kom tiltalte kjørende tilbake og stanset ca. 10–15 meter fra inngangen til jernbanestasjonen. Politibetjent F gikk da bort til tiltalte og spurte om han var A. Etter at han hadde bekreftet at han ”vel” var det, ble han pågrepet og avhørt. Han ble løslatt senere samme kveld.
- (22) Straffeloven § 201 a bestemmer:

”Med bøter eller fengsel inntil 1 år straffes den som har avtalt et møte med et barn under 16 år, og som med forsett om å begå en handling som nevnt i §§ 195, 196 eller § 200 annet ledd har kommet frem til møtestedet eller et sted hvor møtestedet kan iakttas.

Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld, med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte.

Straff etter denne bestemmelsen kan falle bort dersom de som har avtalt å møtes, er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.”

- (23) For at det skal foreligge en fullbyrdet overtredelse av bestemmelsen, må det for det første være inngått avtale med et barn om å møtes på et nærmere angitt sted. For det andre må gjerningspersonen ha kommet frem til det avtalte møtested eller et sted hvor møtestedet kan iakttas. For det tredje må gjerningspersonens oppmøte ha skjedd med forsett om å begå handling som nevnt i §§ 195, 196 eller § 200 andre ledd.
- (24) Aktor har anført at det etter lovbestemmelsens ordlyd ikke er noe vilkår at avtalen er inngått med barnet; det er tilstrekkelig at det er ”avtalt et møte med et barn under 16 år”. Etter min oppfatning ligger det imidlertid i § 201 a en underforstått forutsetning om at avtalen må være inngått av eller på vegne av barnet. Dette synes også forutsatt i lovforarbeidene, se Ot.prp. nr. 18 (2006–2007) om lov om endringer i straffeloven 1902 mv. (straffebud om å møte et barn med forsett om å begå seksuelt overgrep mv.), side 30, jf. side 18. Bestemmelsen må etter dette forstås slik at avtalen må være inngått med barnet eller av noen som opptrer på vegne av dette.
- (25) Som det fremgår av den beskrivelse jeg har gitt av den handling domfellelsen gjelder, gav tiltalte allerede før fornærmedes mor overtok korrespondansen, uttrykk for at han gjerne ville møte fornærmede. Det ble imidlertid på dette tidspunkt ikke inngått noen møteavtale. Avtalen om at tiltalte skulle møte fornærmede, ble inngått mellom tiltalte og fornærmedes mor. Ved avtaleinngåelsen gav hun seg ut for å være fornærmede, men opptrådte ikke på vegne av henne. På dette grunnlag finner jeg det klart at det ikke foreligger noen fullbyrdet overtredelse av straffeloven § 201 a. Spørsmålet blir derfor om tiltalte kan dømmes for forsøk på overtredelse av bestemmelsen.
- (26) Hva som kreves for at det skal foreligge straffbart forsøk, fremgår av straffeloven § 49 første ledd:
- ”Straffbart Forsøk foreligger, naar en Forbrydelse ei er fuldbyrdet, men der er foretaget Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt.”**
- (27) Det følger av denne bestemmelse at det er to vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge straffbart forsøk. For det første må tiltalte ha hatt som forsett å fullbyrde en forbrytelse. Denne må inneholde de kjennemerker som er angitt i vedkommende straffebud. For det andre må tiltalte ha foretatt noe som viser at han er i ferd med å skulle påbegynne realiseringen av forsettet, se Rt. 2008 side 867 avsnitt 19 med videre henvisninger. Eller som det heter i straffeloven av 2005 § 16 første ledd: Det tiltalte har foretatt, må være ment å lede ”direkte til utføringen”. Straffeloven av 2005 er ikke satt i kraft ennå, men bestemmelsen tar sikte på å videreføre gjeldende rettsstilstand, se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) om lov om straff (straffeloven), side 413 ff.

- (28) Hvilke krav som skal stilles til den handling tiltalte må ha foretatt, er nærmere behandlet i Rt. 2008 side 867 avsnitt 20. Høyesterett uttaler her:

”Hvorvidt den handling som tiltalte har foretatt, viser at han er i ferd med å skulle påbegynne realiseringen av forsettet, beror på en sammensatt vurdering. Ved denne vurderingen må det blant annet legges vekt på den tidsmessige nærhet mellom det som er gjort, og det som gjenstår, handlingenes karakter og den psykologiske forskjell mellom dem, se nærmere Andenæs, Alminnelig strafferett, 5. utgave 2004, side 346 ff. og Husabø, Straffansvarets periferi, 1999, side 285 ff. med videre henvisninger til rettspraksis.”

- (29) Forsvareren har anført at siden straffeloven § 49 krever fullbyrdelsesforsett, er det et vilkår for at noen skal kunne straffes for forsøk, at straffebudet krever forsett. Paragraf 201 a krever som utgangspunkt forsett, men når det gjelder fornærmedes alder, er det tilstrekkelig med uaktsomhet. Etter forsvarerens oppfatning kan man da ikke straffes for forsøk på overtredelse av bestemmelsen.
- (30) Denne anførsel kan åpenbart ikke føre frem. Det er riktig at § 49 blir forstått slik at bestemmelsen ikke rammer forsøk på uaktsom forbrytelse, jf. Rt. 1999 side 874. Dette har vært begrunnet med at det er et vilkår for forsøksstraff at det foreligger fullbyrdelsesforsett. Det finnes imidlertid flere straffebud som i utgangspunktet krever forsett, men som for enkelte momenter nøyer seg med en lavere skyldgrad. Den omstendighet at et straffebud inneholder straffbarhetsmomenter som ikke krever forsett, kan klart ikke være til hinder for forsøksstraff, se for eksempel Rt. 1939 side 890, 1985 side 67 og 2008 side 867. Det er tilstrekkelig for at forsøk skal kunne straffes, at straffebudet som utgangspunkt krever forsett.
- (31) For overtredelse av § 201 a kreves ikke forsett med hensyn til fornærmedes alder, se § 201 a andre ledd. For øvrig er det imidlertid et vilkår for straffbarhet at handlingen er forsettlig, se § 40. Forsøk på overtredelse av bestemmelsen kan da straffes. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til § 201 a. I Ot.prp. nr. 18 (2006–2007), blir det således uttalt:

”Departementet legger til grunn at det alminnelige forsøksansvaret etter straffeloven § 49 vil gjelde også for det nye straffebudet i straffeloven § 201 a. Det betyr at straffansvar kan inntre også før gjerningspersonen har kommet frem til møtestedet eller et sted hvor møtestedet kan iakttas, såfremt vilkårene i straffeloven § 49 er oppfylt. Etter omstendighetene kan forsøksansvar inntre allerede på tidspunktet for kontaktetablering, slik riksadvokaten og KRIPPOS tar til ordet for. Et grunnvilkår for forsøksstraff er at man finner bevist at tiltalte ønsket å gjennomføre handlingen som straffebudet retter seg mot. I dette tilfellet må tiltalte på forsøksstadiet ha forsett om å møte opp til avtalt tid og sted for å treffe barnet og forsett om å begå en handling som nevnt i straffeloven §§ 195, 196 og § 200 annet ledd. Så lenge tiltalte ikke er kommet frem til møtestedet, eller et sted der møtestedet kan iakttas, kan straffansvaret bortfalle dersom vedkommende av egen fri vilje bestemmer seg for å la være å møte opp, jf. straffeloven § 50.”

- (32) Som tidligere nevnt, gav tiltalte allerede før fornærmedes mor overtok kontakten med tiltalte, uttrykk for ønske om å møte fornærmede. Det ble imidlertid ikke avtalt noe møte, og det finnes heller ingen holdepunkter i lagmannsrettens dom for at tiltalte på dette tidspunkt hadde forsett om å ha seksuell omgang eller foreta seksuell handling med fornærmede. På denne bakgrunn finner jeg det klart at tiltalte på det tidspunkt fornærmedes mor overtok kontakten, ikke hadde overskredet den nedre grense for straffbart forsøk.

- (33) Etter at fornærmedes mor overtok korrespondansen med tiltalte, inngikk tiltalte avtale med henne om å møte fornærmede utenfor jernbanestasjonen i X lørdag 27. februar 2010 ca. kl. 17.00–17.15. Han møtte også frem til det avtalte møtested med forsett om å ha seksuell omgang med fornærmede. Etter det lagmannsretten har lagt til grunn, opptrådte tiltalte ”ikke bare uaktsomt, men grovt uaktsomt på grensen til forsett med hensyn til B’ alder”. Under forutsetning av at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunn, må dette anses som utjenlig forsøk på overtredelse av straffeloven § 201 a.
- (34) Forsvareren har som straffrihetsgrunner påberopt at politiet har overtrådt grensene for etterforskning med provokasjonstilsnitt, og at fornærmedes mor aktivt har tilskyndet til handlingen. Jeg behandler først hvorvidt politiet har overskredet grensene for etterforskning med provokasjonstilsnitt.
- (35) Grensene for etterforskning med provokasjonstilsnitt er utviklet i rettspraksis. Det er et grunnvilkår for å tillate slik etterforskning at politiet ikke aktivt fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. I tillegg kreves at de metoder som blir benyttet, på bakgrunn av forholdets alvor og grad av mistanke fremstår som proporsjonale, og at etterforskningsskrittene blir besluttet og gjennomført på en forsvarlig og dokumenterbar måte, se Rt. 1984 side 1076, 1992 side 1088, 1994 side 319, 1998 side 407, 2000 side 1223, 2000 side 1482 og 2008 side 1659.
- (36) Begrensninger i adgangen til etterforskning med provokasjonstilsnitt er også innfortolket i kravet om rettferdig rettergang i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1, se Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 3. utgave, København 2010, side 466–467 med videre henvisninger til praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). De vilkår som er oppstilt i norsk rettspraksis, tilfredsstillende de krav som følger av EMK, og det er da ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på EMD-praksis.
- (37) Dersom politiet aktivt har fremkalt handlingen, er det begått feil ved rettergangen, men dette er en rettergangsfeil som griper inn i skyldspørsmålet, og som etter rettspraksis skal lede til frifinnelse. Også i tilfeller hvor det er begått andre feil ved bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt, kan resultatet bli frifinnelse fordi de beviser som er fremskaffet på denne måte, ikke kan benyttes som grunnlag for domfellelse, men dette avhenger av hvilke andre beviser som foreligger.
- (38) Etter sikker rettspraksis skal spørsmålet om grensene for bruk av etterforskning med provokasjonstilsnitt er overskredet, ved anke til Høyesterett behandles som anke over feil ved saksbehandlingen. Dette innebærer at Høyesterett ikke bare kan prøve lovanvendelsen, men også bevisvurderingen, se Rt. 2008 side 1659 avsnitt 16.
- (39) Ved avgjørelsen av om politiet har fremkalt handlingen, må rimelig tvil komme tiltalte til gode, jf. Rt. 2008 side 1659. Hvorvidt etterforskningsskrittene er proporsjonale og er besluttet og gjennomført på en forsvarlig og dokumenterbar måte, må derimot avgjøres på grunnlag av alminnelig sannsynlighetsovervekt.
- (40) Som jeg tidligere har redegjort for, tok fornærmedes mor allerede onsdag 24. februar 2010 kontakt med politiet. Etter bevisførselen for Høyesterett finner jeg det imidlertid bevist utover rimelig tvil at fornærmedes mor i sin kontakt med tiltalte handlet på egen

hånd uten instruksjoner fra politiet. Det er på det rene at politiet ikke gav noen instruksjoner i telefonsamtalen onsdag 24. februar 2010, og da fornærmedes mor torsdag 25. februar 2010 hadde møte med politioverbetjent G, hadde hun inngått møteavtalen med tiltalte. Også i fortsettelsen opptrådte fornærmedes mor på egen hånd. Politiet har således ikke aktivt bidratt til å forlede tiltalte til å begå en handling han ellers ikke ville ha begått. Det eneste politiet påtok seg, var å være til stede på det møtested som tiltalte hadde avtalt med fornærmedes mor.

- (41) Lagmannsretten har kritisert politiet for ikke å ha sørget for at politiets rolle er blitt bedre dokumentert. Denne kritikken er jeg enig i. Jeg kan likevel ikke se at de beviser som er fremskaffet, av den grunn kan nektes brukt som grunnlag for domfellelse. De sentrale bevisene er meldingene mellom tiltalte og fornærmedes mor, og denne meldingsutvekslingen har politiet ikke vært involvert i.
- (42) Dette bringer meg over til om tiltalte må frifinnes fordi handlingen er blitt fremprovosert av fornærmedes mor.
- (43) I motsetning til det som gjelder for etterforskning med provokasjonstilsnitt, kan privat provokasjon vanskelig behandles som feil ved saksbehandlingen. Spørsmålet må derfor ikke bare ved behandlingen for lagmannsretten, men også ved anke til Høyesterett høre under skyldspørsmålet. Dette innebærer at Høyesterett som utgangspunkt ikke kan overprøve lagmannsrettens bevisbedømmelse, se straffeprosessloven § 306 andre ledd. Fra dette utgangspunktet må det gjøres unntak for tilfeller hvor bevisbedømmelsen strider mot vitterlige kjensgjerninger eller klare og uomtvistelige faktiske forhold, eller at retten har misforstått bevis. Etter rettspraksis blir slike tilfeller behandlet som saksbehandlingsfeil, se Rt. 2009 side 801 avsnitt 17, Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 18. oktober 2011 (HR-2011-01948-U) avsnitt 19 og Høyesteretts dom 31. oktober 2011 (HR-2011-2011-A) avsnitt 20.
- (44) Det følger av EMDs avvisningsavgjørelse 6. april 2004 i saken Shannon mot Storbritannia at domfellelse på grunn av handlingsprovokasjon fra private etter omstendighetene kan være i strid med retten til rettfærdig rettergang, jf. Kjølbros, op.cit. side 467–468. Terskelen for frifinnelse på dette grunnlag må imidlertid være høy. Det normale er at den som tilskynder til en straffbar handling, kan bli dømt som medvirker, men at tilskyndelsen ikke fritar gjerningspersonen for straffansvar. For at tiltalte skal kunne frifinnes på grunn av tilskyndelse fra private, må tiltalte ikke bare være blitt forledet til en handling som han ellers ikke ville ha begått, men det må også kreves at det etter en totalvurdering vil virke støtende og i strid med den alminnelige rettsfølelse å straffedømme den som er blitt lurt. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet dersom den som har tilskyndet til handlingen, er fornærmede selv eller en person som har gitt seg ut for å være fornærmede, eller som har utført handlingen for å ivareta fornærmedes interesser. Ved vurderingen må det blant annet legges vekt på hvilket rettsgode som er beskyttet, tiltaltes handlemåte og hvor sterk grad av tilskyndelse som foreligger. Dersom det ved avgjørelsen av om vilkårene for frifinnelse på grunn av privat provokasjon er oppfylt, er rimelig tvil om faktum, må tvilen – som ellers ved avgjørelsen av skyldspørsmålet – komme tiltalte til gode, jf. EMK artikkel 6 nr. 2.
- (45) Kontakten mellom tiltalte og fornærmedes mor er fullt dokumentert ved at logg over meldingene er fremlagt for domstolene. Lagmannsretten har på grunnlag av denne loggen funnet det bevist at det var tiltalte som var ”den pågående” for å få til et møte, mens

fornærmedes mor var ”mer passiv og avventende”. Fornærmedes mor har etter min oppfatning opptrådt noe mer aktivt enn det lagmannsretten her har gitt uttrykk for. Etter at hun først gjentatte ganger hadde gitt uttrykk for ønske om å ringe, og tiltalte hadde spurt om hun var interessert i å treffes, foreslo hun at de skulle møtes hjemme hos tiltalte. Kontakten mellom de to pågikk over lang tid, og ved sine meldinger bidro hun til å styrke tiltaltes forsett. Jeg kan likevel ikke se at det i dette tilfellet vil være støtende å dømme tiltalte. Det var han som opprinnelig tok kontakt med fornærmede, og det var også han som først gav uttrykk for ønske om å møte henne. Dette skjedde før fornærmedes mor overtok kontakten. Når fornærmedes mor fulgte opp henvendelsen fra tiltalte og ønsket å komme i kontakt med ham, var det for å få ham identifisert. Tiltalte kunne i løpet av den perioden kontakten varte, når som helst ha trukket seg fra avtalen og avbrutt kontakten. Straffeloven § 201 a tar sikte på å beskytte barn under 16 år uavhengig av hva barnet selv måtte ønske. Selv om fornærmedes mor har opptrådt noe mer aktivt enn det lagmannsretten har gitt uttrykk for, er jeg derfor enig med lagmannsretten i at det ikke er grunnlag for å frifinne på grunnlag av privat provokasjon.

- (46) Jeg er på dette grunnlag kommet til at ikke bare påtalemyndighetens lovanvendelsesanke, men også domfeltes anke over lovanvendelsen og saksbehandlingen for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 201 a, må forkastes.
- (47) Jeg går så over til å behandle tiltaltes anke over *domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 204 a – tiltalens post II*.
- (48) Denne domfellelse gjelder følgende forhold:
- (49) Etter at tiltalte var blitt pågrepet lørdag 27. februar 2010, ble hans bærbare PC beslaglagt. Ved undersøkelse av PC-en ble det funnet miniatyrbilder av barnepornografisk materiale lagret i ”tumbcache”-filer. Dette er filer som ikke er tilgjengelige for brukere uten spesialfiler. ”Tumbcache”-filene viser at bildene en gang har vært lagret på datamaskinen.
- (50) Etter retting under ankeforhandlingen for lagmannsretten gikk tiltalen ut på at tiltalte var i besittelse av til sammen 20 bilder med barnepornografisk materiale. Lagmannsretten fant det ”utvilsomt at tiltalte i tiden forut for 27. februar 2010 forsettlig hadde lagret barnepornografiske bilder på en slik måte at han hadde disse i sin besittelse”. Tre av bildene ble ikke funnet å være av pornografisk karakter, og på denne bakgrunn ble tiltalte dømt for besittelse av 17 barnepornografiske bilder.
- (51) Tiltalen for overtredelse av straffeloven § 204 a ble i medhold av straffeprosessloven § 331 andre ledd med samtykke fra tiltalte brakt inn direkte for lagmannsretten. Under henvisning til retten etter SP artikkel 14 nr. 5 til å få skyldspørsmålet overprøvd ved høyere rettsinstans, og at Norge ikke har tatt forbehold for tilfeller hvor et straffbart forhold blir pådømt av lagmannsretten som første instans, har domfelte prinsipielt anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Subsidiært har han anket over lovanvendelsen og saksbehandlingen.
- (52) SP artikkel 14 nr. 5 bestemmer:

”Enhver som er domfelt for en forbrytelse skal ha rett til å få domfellelsen og straffutmålingen overprøvet av en høyere instans i overensstemmelse med lov.”

- (53) Siden 2. juni 1995 har Norge i forhold til denne bestemmelse for domfellelse i en ankeinstans hatt følgende forbehold:
- ”In cases where the defendant has been acquitted in the first instance, but convicted by an appellate court, the conviction may not be appealed on grounds of error in the assessment of evidence in relation to the issue of guilt. If the appellate court convicting the defendant is the Supreme Court, the conviction may not be appealed whatsoever.”**
- (54) Det følger av straffeprosessloven § 306 andre ledd at anke til Høyesterett ikke kan grunnes på feil ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Saksbehandlingen for Høyesterett er heller ikke organisert med sikte på dette. Jeg finner det på denne bakgrunn klart at anken over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet må avvises.
- (55) Det neste spørsmål blir om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten tillot tiltalens post II fremmet direkte for lagmannsretten.
- (56) Det forbehold Norge har tatt i forhold til SP artikkel 14 nr. 5, dekker ikke tilfeller hvor tiltale for et straffbart forhold blir brakt inn for lagmannsretten som første instans. Dette innebærer at i den utstrekning tiltalte ikke gyldig har gitt avkall på retten til toinstansbehandling av skyldspørsmålet, kan tiltale ikke fremmes for lagmannsretten som første instans.
- (57) Ved tolkingen av EMK har EMD lagt til grunn at siktede i et visst omfang kan gi avkall på de rettergangsgarantier som følger av EMK artikkel 6. Det må imidlertid i så fall kreves et klart og informert samtykke, se Kjølbros, op.cit. side 384, 416, 440, 443, 446, 450, 459, 524, 526, 529 og 540. På samme måte må rettergangsgarantiene i SP artikkel 14 forstås.
- (58) Overtredelse av straffeloven § 204 a har en strafferamme på fengsel i tre år. Ved vurderingen av om tiltalte gyldig skal kunne gi avkall på å få bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet overprøvd ved høyere rettsinstans, må det imidlertid også legges vekt på hvilken straff som kan være aktuell i det konkrete tilfellet.
- (59) Lagmannsretten har lagt til grunn at overtredelsen av § 204 a isolert tilsier ”en kortere fengselsstraff, men likevel i grenselandet mellom betinget og ubetinget”. Selv om strafferammen for overtredelse av § 204 a er fengsel i tre år, taler dette for at tiltalte i dette tilfellet gyldig kunne gi avkall på å få bevisbedømmelsen overprøvd ved høyere rettsinstans. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å ta endelig stilling til dette, da tiltalte i den foreliggende sak under enhver omstendighet ikke kan ses å ha gitt et gyldig avkall på retten til å få skyldspørsmålet overprøvd for høyere rettsinstans.
- (60) I motsetning til det som gjelder etter EMK, kan tiltalte etter norsk rett som hovedregel ikke identifiseres med sin forsvarer, jf. Rt. 2011 side 93 avsnitt 28.
- (61) Retten til å få skyldspørsmålet i straffesaker overprøvd ved høyere rettsinstans er en viktig menneskerett, og med de forbehold som er nevnt i Norges deklarasjon 2. juni 1995, følger denne retten også av norsk lovgivning. Jeg finner det på denne bakgrunn ikke tvilsomt at siktede ved avgjørelsen av om det foreligger gyldig avkall på retten til overprøving, ikke kan identifiseres med sin forsvarer.

- (62) Det fremgår av brev 27. januar 2011 fra advokat John Christian Elden til Nordland statsadvokatembeter at det var han som i egenskap av tiltaltes forsvarer som tok initiativ til at tiltalen for overtredelse av § 204 a ble brakt direkte inn for lagmannsretten, og i brevet gav advokat Elden på vegne av tiltalte et uttrykkelig samtykke til dette. Etter det som er opplyst, ble imidlertid tiltalte ikke informert av sin forsvarer om at dette innebar at han gav avkall på retten til å få bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet overprøvd ved høyere rettsinstans. Dette ble tiltalte heller ikke foreholdt av lagmannsretten. På denne bakgrunn finner jeg at det samtykke som tiltalte har gitt til at tiltalens post II ble brakt inn direkte for lagmannsretten, ikke er tilstrekkelig informert til at det kan anses som et gyldig avkall på retten til å få bevisbedømmelsen overprøvd ved høyere rettsinstans.
- (63) Lagmannsrettens dom må etter dette oppheves for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 204 a. Opphevelsen må også omfatte ankeforhandlingen for dette forholdet, jf. straffeprosessloven § 347 første ledd.
- (64) Dersom påtalemyndigheten tar ut ny tiltale for overtredelse av straffeloven § 204 a, må dette skje for tingretten, da retten til overprøving etter SP artikkel 14 nr. 5 gjelder for "høyere instans". Ny behandling for lagmannsretten vil derfor ikke tilfredsstillende konvensjonens krav, jf. Ot.prp. nr. 78 (1992–93) om lov om endringer i straffeprosessloven m v (to-instansbehandling, anke og juryordning), side 67.
- (65) Da lagmannsrettens domfellelse for forsøk på overtredelse av straffeloven § 201 a blir stående, må det utmåles straff for dette forholdet, jf. straffeprosessloven § 348 andre ledd.
- (66) Strafferammen for overtredelse av straffeloven § 201 a er fengsel i ett år. Bestemmelsen rammer både avtale om seksuell omgang og avtale om seksuell handling. Den foreliggende sak gjelder forsøk på å overtre bestemmelsen ved avtale om seksuell omgang.
- (67) Etter straffeloven § 51 skal forsøk straffes mildere enn fullbyrdet forbrytelse. Som fremholdt av lagmannsretten, må det ved straffutmålingen tillegges vekt at fornærmede ikke var i fare, og at det var fornærmedes mor som inngikk avtalen med tiltalte. Selv om den aktivitet fornærmedes mor har utvist, ikke kan lede til at tiltalte må frifinnes, må hennes aktive medvirkning tillegges vesentlig vekt i formildende retning. På denne bakgrunn er jeg kommet til at straffen passende kan settes til fengsel i 30 dager. Til fradrag går to dager for frihetsberøvelse i anledning saken, jf. straffeloven § 60.
- (68) Jeg stemmer for denne

KJENNELSE OG DOM:

1. Domfeltes anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 204 a, avvises.
2. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 204 a.
3. Ankene over lovanvendelsen og saksbehandlingen for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 201 a, jf. § 49, forkastes.

4. Straffen for overtredelsen av straffeloven § 201 a, jf. § 49 settes til fengsel i 30 – tretti – dager. Til fradrag går 2 – to – dager for frihetsberøvelse i anledning saken.
- (69) Dommer **Noer**: Jeg har kommet til et annet resultat enn førstvoterende i spørsmålet om det er grunn til å oppheve domfellelsen for besittelse av barnepornografi. Når det gjelder ”grooming”-delen av saken, kan jeg slutte meg til førstvoterende.
- (70) Som førstvoterende tar jeg utgangspunkt i at SP artikkel 14 nr. 5 gir rett til to-instansbehandling av skyldspørsmålet, og at det forbehold Norge har tatt ikke dekker situasjonen i vår sak. Men jeg mener at *siktede her kunne samtykke til at skyldspørsmålet bare behandles i en instans, og at tiltalte har gitt et tilstrekkelig klart samtykke til dette.*
- (71) Etter straffeprosessloven § 331 andre ledd første punktum er det anledning til å pådømme nye forhold i lagmannsretten når siktede samtykker eller har gitt en uforbeholden tilståelse:
- ”Utvidelse av tiltalen kan skje dersom siktede samtykker eller gir en uforbeholden tilståelse som styrkes ved de øvrige opplysninger.”**
- (72) Bestemmelsen kom inn i loven ved vedtagelsen av to-instansordningen i 1993. Utvalget som foreslo regelen, gjorde i utredningen greie for de krav som følger av SP artikkel 14 nr. 5, jf. NOU 1992: 28 to-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker side 183 flg. Utvalget kom til at siktede burde ha rett til å få behandlet nye tiltaleposter for lagmannsretten, selv om dette betydde unntak fra hovedregelen om to-instansbehandling av skyldspørsmålet, jf. utredningen side 63:
- ”Straffeprosesslovkomitéen drøftet om en utvidelse av tiltalen ved fornyet behandling måtte anses betenkelig ut fra hensynet til to-instansbehandling av skyldspørsmålet, men viste til at lovutkastet bygget på prinsippet om bevisbedømmelse i én instans når det gjaldt skyldspørsmålet (SKI s 320). Under en mer konsekvent to-instansordning må imidlertid utgangspunktet være at lagmannsretten ikke kan ta straffbare forhold opp til behandling som første instans. På den annen side kan det både av prosessøkonomiske og kriminalpolitiske grunner være sterkt ønskelig at siktede, når han skal møte for lagmannsretten, får pådømt under ett samtlige forhold som er ferdig etterforsket og hvor tiltale er utferdiget.**
- Utvalget anses det klart at det bør være adgang til å få pådømt nye forhold for lagmannsretten når siktede samtykker.”**
- (73) Ingen av høringsinstansene gikk imot forslaget, og departementet var enig i at siktede skulle gis anledning til å få behandlet en ny tiltalepost i lagmannsretten når han ønsket det, jf. Ot.prp. nr. 78 (1992–93) side 35. Lovgiver har med andre ord lagt til grunn at det ikke er konvensjonsstridig å gi siktede rett til å få behandlet nye forhold i lagmannsretten, selv om dette innebærer at bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet ikke kan overprøves.
- (74) Det følger av praksis fra EMD at en siktet på visse vilkår kan gi avkall på konvensjonsrettigheter som følger av EMK artikkel 6 om retten til en rettfærdig rettergang, jf. blant annet EMDs dom av 28. september 2010, omtalt i Rt. 2011 side 93 avsnitt 29.

- (75) Også Kjølbro, som er sitert tidligere, legger til grunn at siktede kan frafalle konvensjonsbestemte rettigheter på nærmere vilkår, jf. side 384–385:

”Det er – i et vist omfang – mulig at give afkald på retten til domstolsprøvelse. I civile sager kan parterne f. eks. give afkald på retten til en domstolsprøvelse ved i en kontrakt at aftale voldgift i tilfælde af tvist, og i straffesager kan et sådant afkald f.eks. gives derved, at den tiltalte vedtager et udenretligt bødeforlæg. Sådanne afkald vil som utgangspunkt blive respekteret med den virkning, at manglende adgang til domstolsprøvelse ikke er i strid med artikel 6. På grund af den særlige betydning, som retten til en domstolsprøvelse spiller i et demokratisk samfund, stilles der imidlertid forholdsvis store krav for at anse det for godtgjort, at der er givet afkald, og det er en betingelse, at klager ikke har været udsat for nogen form for tvang i forbindelse med et sådant direkte eller indirekte afkald på retten til en domstolsprøvelse.”

- (76) Selv om Kjølbro's uttalelser gjelder retten til domstolsprøving og ikke retten til overprøving av en avgjørelse, og knytter seg til EMK, er det grunn til å anta at dette vil være relevante synspunkter også ved vurderingen etter Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.
- (77) Etter mitt syn må det legges til grunn at bestemmelsen i straffeprosessloven § 331 andre ledd som gir siktede rett til å samtykke til førsteinstansbehandling i lagmannsretten, ikke er i strid med SP artikkel 14 nr. 5. Det kan ofte være gunstig for siktede å få behandlet alle tiltaleposter under ett, slik § 331 åpner for. Jeg kan ikke se at tungtveiende hensyn taler mot å gi siktede muligheten for å velge dette, i alle fall for mindre alvorlige tiltaleposter.
- (78) Jeg tilføyer at tiltalen her gjaldt besittelse av 20 bilder med barnepornografisk materiale som var funnet på siktetes PC, og som ifølge lagmannsretten tilsa en kortere ubetinget fengselsstraff, men ”likevel i grenselandet mellom betinget og ubetinget”. Samtykket til at denne posten ble behandlet av lagmannsretten som førsteinstans, innebar at bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet ikke kunne overprøves. Men saksbehandling, lovanvendelse og straffutmåling har Høyesterett kompetanse til å overprøve.
- (79) Det neste spørsmålet er *om tiltalte har gitt et tilstrekkelig klart og informert samtykke i denne saken*. Retten til overprøving av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet er en viktig rettighet, og tiltaltes syn må ha fremkommet på en betryggende måte og med tilstrekkelig notoritet, jf. Jørgen Aall, Waiver of Human Rights, Nordic Journal of Human Rights no 3-4:2010 side 300 flg.
- (80) Samtykket ble gitt ved at tiltaltes forsvarer i brev til Nordland statsadvokatembeter av 27. januar 2011 ba om at begge tiltaleposter ble behandlet samlet for lagmannsretten, og at saken således kunne trekkes fra Rana tingrett:

”Jeg noterer meg at du har tatt ut tilleggstiltalebeslutning for Rana tingrett etter strl § 204a på bakgrunn av dokumenter som allerede lå i straffesaken da den ble behandlet der i fjor etter strl § 201 a, og som ble brukt som bevis i den saken. (...) I medhold av strpl § 331 annet ledd meddeles at det samtykkes i at begge tiltaler behandles samlet for Hålogaland lagmannsrett 14. april 2011. Saken kan således trekkes fra Rana tingrett, der jeg har forstått at 15. april er avsatt til mulig hovedforhandling.”

- (81) Lagmannsretten ga tillatelse til utvidelsen av saken i brev av 1. mars 2011, som ble sendt alle parter.

- (82) Det kan ikke være tvil om at forsvarer var klar over at samtykket innebar at tiltalte ville miste retten til overprøving av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for det nye forholdet. At lagmannsretten er siste instans for vurderingen av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, er grunnleggende i norsk straffeprosess, jf. straffeprosessloven § 306 andre ledd.
- (83) I utgangspunktet må anmodninger fra forsvarers side også være bindende for hans klient. Det er riktignok i norsk straffeprosess lagt til grunn at den tiltalte som hovedregel ikke identifiseres med sin forsvarer, jf. Rt. 2011 side 93 avsnitt 28. Men kjernen i dette er at feil og forsømmelser fra forsvarer som hovedregel ikke skal gå ut over klienten. Saken i Rt. 2011 side 93 er et eksempel på det. Der hadde forsvareren unnlatt å kreve nye dommeravhør av de fornærmede, selv om det var mangler ved de første avhørene. I vår sak har ikke forsvareren handlet feil eller utvist klanderverdig passivitet. Han har tvert imot tatt et initiativ som i forhold til klientens interesser må anses helt rasjonelt, og som trolig har vært motivert av et ønske om å bli ferdig med samtlige tiltaleposter ved behandlingen i lagmannsretten.
- (84) Når forsvareren skriftlig ber om en spesiell behandlingsmåte, og tiltalte møter i retten og forklarer seg i tråd med dette, må det i utgangspunktet kunne legges til grunn at tiltalte har samtykket til denne behandlingsmåten og blitt informert om hva den innebærer. Nettopp det at tiltalte var representert ved forsvarer, som var vel kjent med konsekvensene av det valget som ble tatt, skulle være en garanti for at samtykket ble gitt på forsvarlig grunnlag.
- (85) For at det skal være aktuelt med opphevelse i slike situasjoner må det etter mitt syn i det minste foreligge konkrete holdepunkter for at tiltalte ikke var informert om forsvarers initiativ og hva det betydde. Det kan jeg ikke se at det er i denne saken. På denne bakgrunn må tiltalte her anses for å ha avgitt et tilstrekkelig betryggende og informert samtykke til en-instansbehandling av tiltaleposten for besittelse av barneporno, og det er ikke grunnlag for opphevelse av dommen.
- (86) Da jeg er i mindretall, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på de øvrige spørsmål i saken som er reist fra forsvarers side.
- (87) Dommer **Indreberg:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Skoghøy.
- (88) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (89) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(90) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E O G D O M :

1. Domfeltes anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 204 a, avvises.
2. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 204 a.
3. Ankene over lovanvendelsen og saksbehandlingen for så vidt gjelder domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 201 a, jf. § 49, forkastes.
4. Straffen for overtredelsen av straffeloven § 201 a, jf. § 49 settes til fengsel i 30 – tretti – dager. Til fradrag går 2 – to – dager for frihetsberøvelse i anledning saken.

Riktig utskrift bekreftes: