



NORGES HØYESTERETT

Den 14. november 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-02408-A, (sak nr. 2013/1236), straffesak, anke over dom,

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Kristian Jarland)

mot

A (advokat Marius O. Dietrichson)

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

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder om lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil ved at påtalemyndigheten ble avskåret fra å fremlegge to tidligere fellende straffedommer mot tiltalte før lagretten skulle avgjøre skyldspørsmålet.
- (2) A ble 27. september 2012, sammen med fire andre, tiltalt for to overtredelser av straffeloven § 162 annet ledd – grov narkotikaforbrytelse – og en overtredelse av straffeloven § 317 første ledd – heleri. Narkotikaforbrytelsene gjaldt innførsel og/eller oppbevaring av omlag 27 500 tabletter Rivotril 19. desember 2011 og oppbevaring av cirka 25 000 tabletter Rivotril og omlag 1,3 kilo hasj 20. desember 2011. Heleriet gjaldt oppbevaring av omlag 242 000 kroner 20. desember 2011.
- (3) Ved Oslo tingretts dom 20. november 2012 ble A, i tråd med aktors påstand, frifunnet for den ene tiltaleposten vedrørende straffeloven § 162 annet ledd. For øvrig ble han domfelt i samsvar med tiltalen. For så vidt gjaldt heleriet la tingretten til grunn at A medvirket til oppbevaring av penger som han visste stammet fra omsetning av narkotika. Tingretten fastsatte straffen til ubetinget fengsel i to år og tre måneder.
- (4) A og flere av de andre domfelte anket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett. Ankene gjaldt i det vesentlige bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Lagmannsretten var ved ankeforhandlingen satt med lagrette.

- (5) Under ankeforhandlingen i lagmannsretten ønsket aktor å dokumentere to tidligere straffedommer mot A, men retten tillot ikke dette.
- (6) Lagretten svarte ja på spørsmålet om A hadde oppbevart hasj og/eller tabletter, men nei på tillegsspørsmålet om denne handlingen var grov. Ved straffutmålingen la lagmannsretten til grunn at A var skyldig i oppbevaring av i underkant av 400 gram hasj. Lagretten frifant A for heleri. Ved lagmannsrettens dom 8. mai 2013 ble A idømt ubetinget fengsel i 120 dager for overtredelse av straffeloven § 162 første ledd.
- (7) Påtalemyndigheten har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett på grunn av saksbehandlingsfeil. Det gjøres gjeldende at As tidligere domfellelser skulle ha blitt tillatt dokumentert for lagretten.
- (8) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (9) Utgangspunktet etter norsk rett er at bevis som er for hånden ikke kan nektes ført, jf. straffeprosessloven § 292 annet ledd. I bokstav a) i denne bestemmelsen er det gjort unntak for "forhold som er uten betydning for dommens innhold". Adgangen til å legge frem tidligere dommer som en del av bevismaterialet mot tiltalte er imidlertid regulert i *spesialregelen i straffeprosessloven § 301 annet ledd annet punktum* som lyder:

"Bevis for tidligere domfellelse eller påtaleunntatelse kan bare nektes ført når beviset er uten betydning for saken."

- (10) På bakgrunn av forsvarerens anførsler for Høyesterett nevner jeg at forskjellen i ordlyden i § 292 annet ledd – "uten betydning for dommens innhold" – og § 301 annet ledd annet punktum – "uten betydning for saken" – ikke har noen praktisk betydning i vår sammenheng. Det sentrale etter bestemmelsen i § 301 annet ledd annet punktum er nettopp – som jeg kommer tilbake til i den konkrete vurderingen – om fremleggelse av en tidligere domfellelse kan ha betydning for *utfallet* av saken. Jeg går derfor ikke inn på endringen av § 292 ved lov 28. juni 2002 nr. 55 som tok sikte på å utvide rettens adgang til å begrense bevisførselen i andre sammenhenger enn vår, se nærmere Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) side 75 flg.
- (11) Det "bevis" som omtales i § 301 annet ledd andre punktum føres gjerne i form av at aktor legger frem og gjennomgår en utskrift av strafferegisteret. Det er imidlertid intet i veien for at tidligere dommer helt eller delvis dokumenteres dersom det belyser saken bedre.
- (12) Det følger av ordlyden at terskelen for at retten kan nekte dokumentasjon av forstraffer er høy; det kreves at bevisførselen ville være "uten betydning".
- (13) Før jeg går inn på hva som nærmere ligger i dette kravet, ser jeg kort på *lovhistorikken*.
- (14) I straffeprosessloven av 1887 § 337 annet ledd annet punktum var regelen denne:
- "Bevis for tidligere Domfældelse kan ikke nægtes ført."**
- (15) Denne kategoriske bestemmelse ble kritisert, se blant annet Helge Røstad i Lov og Rett 1967 side 1 og J. B. Hjort i Norsk Sakførerblad nr. 1/1953.

- (16) Det sentrale *lovforarbeid til straffeprosessloven av 1981* er Straffeprosesslovkomiteens innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra 1969. Komiteen behandlet det "vanskelige og omstridte spørsmål" om dokumentasjon av forstraffer på side 306 flg. Her heter det blant annet:
- "Komiteen finner at en generell regel om at bevis for tidligere straffbart forhold ikke kan føres før avgjørelsen av skyldspørsmålet, ville harmonere dårlig med de prinsipper om fri bevisføring og fri bevisbedømmelse som ellers gjelder hos oss. Det avgjørende må hos oss være en bedømmelse av bevisets vekt i det konkrete tilfelle. I noen tilfelle vil det tidligere straffbare forhold være uten enhver betydning i saken. I andre tilfelle kan det være av betydning for straffespørsmålet, men ikke for skyldspørsmålet; i noen tilfelle vil det være av betydning også for skyldspørsmålet. Å stille opp faste regler om når det ene og det annet tilfelle foreligger, lar seg vanskelig gjøre."**
- (17) Komiteen understreket videre på side 307: "Forstraffer som er uten betydning for saken, bør i det hele ikke nevnes".
- (18) Departementet sluttet seg i det alt vesentlige til Straffeprosesslovkomiteens synspunkter, se Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) side 214.
- (19) *Rettspraksis* har fulgt den linje forarbeidene la opp til, og jeg skal kort se på noen avgjørelser som illustrerer dette.
- (20) I Rt. 1991 side 346 viste kjæremålsutvalget til forarbeidenes forutsetning om "tilbakeholdenhet med bevisførsel for tidligere straffbare forhold". Men det ble fremholdt at avgjørelsen av om slikt bevis skal tillates ført "... nødvendigvis [må] bli nokså skjønnsmessig og konkret". Utvalget kom til at det i en sak om blant annet promillekjøring kunne dokumenteres ikke bare en tidligere promilledom og en trafikkbot, men også en domfellelse som blant annet gjaldt dokumentfalsk. Utvalget uttalte at det på forhånd neppe kunne utelukkes at dommen kunne "... tenkes å ha betydning for vurderingen av tiltaltes troverdighet". Det heter så avslutningsvis i kjennelsen: "Hvorvidt dommen faktisk har noen bevisbetydning vil ... måtte prøves som ledd i den samlede bevisvurdering".
- (21) I avgjørelsen inntatt i Rt. 1996 side 766 fant Høyesterett at det var "klart i samsvar med ordlyden i straffeprosessloven § 301 annet ledd 2. punktum" å dokumentere en tidligere dom for grovt ran i en sak om ransforsøk.
- (22) Knyttet til en vurdering av om det materialet lagretten hadde fått med seg til rådslagningen var ubalansert uttalte Høyesterett i Rt. 2011 side 1025 avsnitt 15 at det antagelig skal "... mye til for å nekte bevisføring om en tidligere seksualforgåelse i en voldtektssak". Men i den konkrete saken kunne det stilles spørsmål ved relevansen av å legge frem en dom som var 25 år gammel og gjaldt et annet seksuallovbrudd begått da tiltalte var 16 år gammel.
- (23) Jeg nevner videre enkelte avgjørelser som direkte gjelder andre problemstillinger, men hvor resultatet og premissene er av interesse også for vår sak.
- (24) Rt. 1987 side 92 gjaldt spørsmål om hvilke vitner som kunne føres. Kjæremålsutvalget fant det her "åpenbart" at vitner som skulle forklare seg om tiltaltes "tendens til vold og forulemping av kvinner han har hatt et forhold til" ikke kunne anses for å gjelde forhold som er uten betydning for saken.

- (25) Også bevisførsel om foreldede forhold er godtatt, se Rt. 2002 side 608 med henvisning til eldre avgjørelser. Videre er en tidligere frifinnende dom tillatt fremlagt, se Rt. 1994 side 969.
- (26) Endelig peker jeg på at Høyesterett har godtatt bevisførsel om henlagte forhold, se Rt. 2007 side 24. Etter å ha tatt utgangspunkt i at retten ikke kan avskjære bevis som er for hånden "... såfremt disse er egnet til å belyse skyld- eller straffespørsmålet i den aktuelle sak", uttalte førstvoterende:
- "Heller ikke [straffeprosessloven] § 301 annet ledd vil gi grunnlag for avskjæring, når bevisførselen ikke dreier seg om tiltaltes vandel i sin alminnelighet, men om tidligere atferd som rent konkret kan ha betydning for bedømmelsen av foreliggende sak"**
- (27) Det heter videre at "... selv om det rettslige utgangspunktet således er klart nok, er det grunn til å mane til en viss varsomhet ved bevisførsel som nevnt".
- (28) Også av den *juridiske teori* fremgår det at det er få begrensninger i adgangen til å dokumentere forstraffer. I Jo Hov, Rettergang I, Sivil- og straffeprosess heter det således på side 315:
- "Én form for vandelsbevis i tiltaltes disfavør vil imidlertid alltid kunne føres; bevis for at tiltalte tidligere har vært straffet, kan bare avskjæres hvis de tidligere straffer i det hele tatt ikke kommer saken ved...."**
- (29) Asbjørn Strandbakken uttaler i "Uskyldspresumsjonen" side 182 at det i utgangspunktet er "... full adgang til å føre bevis for tidligere domfellelser...". Han fremholder videre at slik bevisførsel kan "... tegne et bilde av gjerningspersonens modus som kan ha sentral betydning for rettens bevisvurdering".
- (30) Jeg ser så på om *Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6* – kravet til rettfærdig rettergang og uskyldspresumsjonen – gir grunnlag for å tolke bestemmelsen i straffeprosessloven § 301 annet ledd annet punktum innskrenkende i forhold til det som fremgår av de interne norske rettskildene.
- (31) Menneskerettskommisjonen aviste 14. desember 1965 i saken X mot Danmark at det forelå konvensjonsbrudd fordi juryen ble informert om tidligere domfellelser. Denne avgjørelsen ble fulgt opp 3. april 1967 i saken X mot Østerrike. I samsvar med dette har Høyesterett i tidligere avgjørelser lagt til grunn at dokumentasjon av forstraffer i tråd med straffeprosessloven § 301 annet ledd annet punktum ikke kommer i konflikt med EMK artikkel 6, se Rt. 1996 side 766 og Rt. 2007 side 24 avsnitt 17. Også dansk Høyesteret har kommet til samme konklusjon, se U.1994.478H, U.2004.103H og U.2004.1054H.
- (32) Heller ikke i teorien har jeg funnet uttalelser som kan trekke i retning av at dokumentasjon av forstraffer i tråd med norsk rett kan komme i strid med artikkel 6, se blant annet Asbjørn Strandbakken, "Uskyldspresumsjonen", som jeg tidligere har vist til. I Harris, O'Boyle og Warbrick, "Law of the European Convention on Human Rights" 2009 side 302 uttales helt generelt at "... it is not contrary to Article 6(2) to reveal the accused's past criminal record to the court before his conviction".

- (33) Menneskerettsdomstolen avsa 16. oktober 2012 dom i saken McGlynn mot Storbritannia, og jeg ser nå på om denne avgjørelsen innebærer noen endring i rettstilstanden. Saken gjaldt tiltale for blant annet innbrudd og påfølgende voldtekt. Domstolen fant det ikke i strid med artikkel 6 at klagerens fire tidligere domfellelser for innbrudd ble dokumentert for juryen. Det heter i avsnitt 28 og 29 i avgjørelsen:

"28. In the context of a criminal trial, the admissibility of evidence is a matter for regulation by national law and the national courts and the Court's only concern is to examine whether the proceedings have been conducted fairly The Court accepts that there may well be cases where the defendant's previous convictions or other evidence of his bad character are so far removed from the issues the jury have to determine and so prejudicial to the defence that their admission will result in a breach of Article 6.

29. However, this was not the case here. The applicant's previous convictions were plainly relevant to the jury's consideration of the burglary count on the indictment. Knowing that the applicant had previous convictions for burglary would have helped them determine whether to accept his denial of this count (and his explanation for his fingerprints on the window) or whether to find, instead, that he was guilty. The admission of these convictions did not therefore render his trial and conviction on the burglary count unfair."

- (34) Jeg forstår dommen slik at dokumentasjon av forstraffer særlig kan tenkes å være i strid med artikkel 6 dersom det tidligere pådømte forhold ligger fjernt fra – "far removed from" – det domstolen nå skal ta stilling til. Den rettsstilling jeg har redegjort for etter interne norske rettskilder er i godt samsvar med dette. Dommen innebærer derfor ikke noen endring sammenlignet med det som tidligere har vært lagt til grunn.
- (35) Jeg konstaterer etter dette at norsk rett må anses å være i samsvar med EMK slik den hittil har vært fortolket av konvensjonsorganene.
- (36) *Rettsstillingen kan etter dette oppsummeres slik:* Hovedregelen er at forstraffer kan dokumenteres. Lovens formulering "uten betydning for saken" innebærer at det ikke skal føres bevis for tidligere straffbare forhold som er irrelevante ved rettens avgjørelse av skyld- eller straffespørsmålet. Om dokumenterte forstraffer faktisk skal tillegges vekt, må retten ta stilling til ved den avsluttende og samlede bevisvurdering.
- (37) Tidligere dommer vil gjennomgående være av betydning ved fastsettelse av straffen. Domfellelser for samme, eller lignende forbrytelser, kan også være relevante ved bedømmelsen av skyldspørsmålet i den sak som nå er til pådømmelse, i alle fall hvis ikke forholdene ligger langt tilbake i tid. Men dette må vurderes konkret. Omstendighetene ved den tidligere forgåelse kan være så forskjellig fra det forhold som nå er til pådømmelse at dokumentasjon av forstraffer vanskelig kan kaste lys over skyldspørsmålet i den foreliggende saken. Det er ikke grunnlag for å stille opp et krav om at den tidligere dommen skal vise "modus operandi" i snever forstand – at fremgangsmåten nå er den samme som tidligere. Også andre sider ved den tidligere forbrytelse enn fremgangsmåten kan være relevant. Er det tvil om forstraffene er relevante for avgjørelsen av saken, kan det være grunn for påtalemyndigheten til å vise en viss tilbakeholdenhet med fremleggelse.
- (38) Bestemmelsen i straffeprosessloven § 301 annet ledd annet punktum gjelder for alle rettsinstanser. Etter loven er regelen således den samme for saker som behandles i meddomsrett og for saker som behandles med lagrette. Det øvrige rettskildematerialet jeg har gjennomgått gir heller ikke støtte for at den rettslige adgangen til å dokumentere

forstraffer varierer med rettens sammensetning. I lagrettesaker ligger det imidlertid praktisk bedre til rette for å vente med å dokumentere tidligere domfellelser som bare har betydning for straffespørsmålet, til etter at skyldspørsmålet er avgjort, og dette bør gjøres.

- (39) Jeg går så over til å vurdere lagmannsrettens kjennelse hvor det blant annet heter:
- "Ordlyden i straffeprosessloven § 301 annet ledd annet punktum synes i atskillig grad å åpne for fremleggelse og dokumentasjon av tidligere straffedommer mot siktede. Lagmannsretten legger likevel til grunn at praksis i ankesaker der bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet forhandles og avgjøres særskilt, er at forstraffer, dvs. tidligere straffedommer mot siktede, ikke dokumenteres med mindre avgjørelsene er egnet til å belyse den måten (modus operandi) siktede hevdes å ha benyttet i de straffbare forhold som behandles i saken. Typisk i så måte er dokumentasjon av modus i sedelighetssaker, gjerne siktedes fremgangsmåte beskrevet i tidligere straffedommer. For øvrig legger lagmannsretten til grunn at dokumentasjon av forstraffer utenfor tilfeller der de tidligere dommer kan ha betydning for bevisbedømmelsen i den foreliggende sak, vil kunne stride mot uskyldspresumpsjonen"**
- (40) Ut fra det jeg har sagt om forståelsen av straffeprosessloven § 301 annet ledd annet punktum er det klart at lagmannsretten her har lagt til grunn en for snever adgang til å dokumentere forstraffer. Retten stiller blant annet opp kriterier for fremleggelse knyttet til "modus operandi" som det ikke er grunnlag for. Det kan også se ut til at lagmannsretten under henvisning til praksis feilaktig legger til grunn at det i lagrettesaker er mindre adgang til å dokumentere tidligere domfellelser enn i meddomsrettssaker. Lagmannsretten har således bygget på en uriktig lovtolkning ved sin avgjørelse.
- (41) Jeg ser så på om det – ut fra den rettsforståelse jeg har gjort rede for – var riktig av lagmannsretten å nekte påtalemyndigheten å dokumentere de to omstridte dommene, som begge ble avsagt av Oslo tingrett i 2009.
- (42) Ved dom av 1. juli 2009 ble A, sammen med en kamerat, domfelt for oppbevaring av omlag 2,5 kg hasj i mars 2009. Det fremgår av dommen at "... for begge de tiltalte synes handlingen å være situasjonspreget og uten karakter av videre planlegging". Den neste dommen – avsagt 22. oktober 2009 – omfattet blant annet tre grove tyverier av lommebøker og fire overtredelser av straffeloven § 162 første ledd i perioden november 2008 til mai 2009. Narkotikaforgåelsene gjaldt oppbevaring av ulike typer narkotika, blant annet Rivotril og hasj.
- (43) Det kan vanligvis ikke kreves at retten foretar noen inngående vurdering av den mulige betydningen av forstraffene ved avgjørelsen av om de skal tillates dokumentert. Jeg viser til det jeg har sagt om forståelsen av straffeprosessloven § 301 annet ledd annet punktum, og at den nærmere bedømmelse av om tidligere domfellelser faktisk skal tillegges vekt må skje som ledd i den samlede bevisbedømmelse.
- (44) I tråd med dette nøyer jeg meg med å konstatere at selv om saksforholdene er ulike, gjaldt begge de tidligere dommene befatning med narkotika så sent som i 2009. I tillegg kommer at begge dommene gjaldt narkotika av samme type som omhandlet i titalen denne gang, og at det ble lagt til grunn at A også ved de tidligere anledningene oppbevarte narkotika for andre. Etter min oppfatning er det – ut fra det som må ha vært de sentrale bevisspørsmål i saken nå – klart at de tidligere dommene var relevante for avgjørelsen av de spørsmål lagretten skulle ta stilling til.

- (45) I bevisoppgaven var bare angitt at det ville bli dokumentert "personopplysninger ..., jf. dok. 00". Det er ikke avklart om de aktuelle dommene var lagt inn i personaliamappen – det såkalte "dok. 0". Men selv om det skulle være tilfelle, var bevisoppgaven her for snau. Det heter i påtaleinstruksen § 25-2:

"Dersom påtalemyndigheten akter å føre bevis for at tiltalte tidligere har fått påtaleunntatelse, forelegg eller dom for straffbart forhold, skal det opplyses om dette i bevisoppgaven."

- (46) Selv om bestemmelsen ikke ble fulgt, er det på det rene at tiltalte og forsvareren i dette tilfellet var klar over at aktor ønsket å dokumentere de omstridte dommene og hadde tilstrekkelig tid til å forberede seg på imøtegåelse. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.
- (47) Det gjenstår å vurdere *om saksbehandlingsfeilen* – nektelsen av å dokumentere forstraffene – *kan antas å ha innvirket på dommens innhold*, her lagrettens avgjørelse, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd. I Rt. 2005 side 907 avsnitt 44 er det slått fast som sikker rett at det generelt er tilstrekkelig at det "foreligger en rimelig mulighet for at feilen har hatt betydning", men at det bør kreves en noe større grad av sannsynlighet ved frifinnende dommer dersom feilen er av en slik karakter at påtalemyndigheten burde tatt opp spørsmålet under hovedforhandlingen. Dette er ikke situasjonen i vår sak, hvor aktor klart tilkjennega at han ønsket å dokumentere forstraffene og argumenterte for den rettslige adgangen til å gjøre dette.
- (48) Om det generelt – uavhengig av påtalemyndighetens opptreden – er grunnlag for å stille et høyere krav til sannsynligheten for at feilen har virket inn ved frifinnende enn ved fellende dommer, er det ikke nødvendig å ta stilling til i vår sak. Jeg viser til at forholdene som ville blitt belyst ved gjennomgang av de to dommene utvilsomt var relevante og skulle inngått i lagrettens beslutningsgrunnlag. Etter mitt syn er det mer enn en "rimelig mulighet" for at dokumentasjonsnektelsen kan ha virket inn på lagrettens avgjørelse.
- (49) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsrettens dom med ankeforhandling må oppheves, jf. straffeprosessloven § 347.
- (50) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (51) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (52) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (53) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (54) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(55) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Riktig utskrift bekrefte: