



# NORGES HØYESTERETT

Den 17. desember 2015 avsa Høyesterett dom i

**HR-2015-02522-A, (sak nr. 2015/1164), straffesak, anke over dom,**

A (advokat Odd Rune Torstrup)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Tormod Haugnes)

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

- (1) Dommer **Bergsjø**: Saken gjelder spørsmålet om anvendelsen av samtykkebestemmelsen i straffeloven 1902 § 235 andre ledd hører under skyldspørsmålet eller straffespørsmålet.
- (2) A ble 30. september 2014 satt under tiltale for overlagt drap av sin ektefelle under særdeles skjerpende omstendigheter, og for å ha voldtatt henne umiddelbart før drapshandlingen. Ved Jæren tingretts dom 4. desember 2014 ble han domfelt etter tiltalen.
- (3) For tingretten erkjente A å ha utført drapet. Han gjorde imidlertid gjeldende at dette skjedde etter samtykke fra ektefellen, jf. straffeloven § 235 andre ledd. Tingretten behandlet anførselen under sin vurdering av skyldspørsmålet og la til grunn at samtykke ikke forelå.
- (4) A anket over bevisvurderingen under skyldspørsmålet. I støtteskrivet presiserte forsvareren at anken omfattet spørsmålet om drapet ble begått med avdødes samtykke. Gulating lagmannsrett avsa 12. mai 2015 dom med slik domsslutning:

**"A, født 00 --- 1980, dømmes for forbrytelse mot straffeloven § 233 første og annet ledd og straffeloven § 192 første ledd bokstav a, jf annet ledd bokstav a, sammenholdt med**

**straffeloven § 62, til en straff av fengsel i 21 – enogtyve – år. Til fradrag i straffen går 396 – trehundreogtittiseks – dager for utholdt varetekt."**

- (5) Forsvareren krevde under ankeforhandlingen at det skulle stilles tilleggsspørsmål til lagretten om drapet var begått med samtykke, jf. straffeloven § 235 andre ledd. Lagmannsretten tok ikke begjæringen til følge, idet den la til grunn at dette måtte vurderes som en del av straffespørsmålet. Under straffutmålingen kom lagmannsretten til at avdøde ikke hadde samtykket til drapshandlingen.
- (6) A har anket lagmannsrettens saksbehandling til Høyesterett, subsidiært straffutmålingen. Han har gjort gjeldende at lagmannsrettens dom må oppheves som følge av at lagretten ikke ble stilt spørsmål om drapet ble begått med samtykke fra avdøde.
- (7) *Påtalemyndigheten* har tatt til motmæle og anført at det var korrekt av lagmannsretten å ta stilling til samtykkespørsmålet under straffutmålingen.
- (8) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 7. juli 2015 å tillate anken over saksbehandlingen fremmet. For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet.
- (9) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (10) Spørsmålet er altså om lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil ved ikke å stille spørsmål til lagretten om avdøde hadde samtykket til drapshandlingen, jf. straffeloven § 235 andre ledd. Jeg tar utgangspunkt i straffeprosesslovens bestemmelser om hvilke spørsmål som kan stilles til lagretten. Av § 364 fremgår at det bare kan stilles spørsmål om "det forhold som tiltalen gjelder". Nærmere regler om hovedspørsmål er gitt i § 366, mens § 367 regulerer tilleggsspørsmål. Første punktum i sistnevnte bestemmelse lyder:

**"Skal lagretten avgjøre om det foreligger slike særlige omstendigheter som etter loven ville bringe forholdet inn under en strengere eller mildere straffebestemmelse, kan det stilles tilleggsspørsmål om dette."**

- (11) Lagretten kan bare forelegges spørsmål som hører under skyldspørsmålet. Jeg viser til Rt. 2013 side 80 avsnitt 21 med videre henvisning til Rt. 2005 side 1064 avsnitt 11–13. Tilleggsspørsmål kan altså ikke brukes for å avgjøre om det foreligger omstendigheter som bare vil ha betydning for straffespørsmålet.
- (12) Det avgjørende for om det skulle vært stilt spørsmål til lagretten om samtykke, blir på denne bakgrunn om dette hører under skyldspørsmålet eller straffespørsmålet. I Rt. 1991 side 1483 trekker førstvoterende opp noen generelle retningslinjer for vurderingen. På side 1484 uttaler han:

**"Det finnes ingen alminnelig definisjon i straffelovgivningen om hva som omfattes av skyldspørsmålet. Spørsmålet om hva som hører til skyldspørsmålet og hva som faller under straffespørsmålet er blitt fastlagt gjennom praksis under den tidligere straffeprosesslov. Til skyldspørsmålet hører alle konstateringer som er nødvendige for å ta standpunkt til om tiltalte er skyldig, dvs om alle de objektive og subjektive vilkår for straff etter et bestemt straffebud foreligger. Til straffespørsmålet hører alle spørsmål om straffutmåling og straffopphørsgrunner med enkelte lovbestemte unntak. To slike unntak er inntatt i straffeprosessloven § 33. Her hører tidspunktet for en straffbar handling til skyldspørsmålet i forbindelse med opphør av straff på grunn av foreldelse, og i forbindelse med spørsmål om forhøyd straff på grunn av gjentakelse, jfr her de frister som gjelder etter straffeloven § 61."**

(13) I forlengelsen av dette slår førstvoterende fast som en "sikker oppfatning at spørsmålet om anvendelse av de generelle straffnedsettelsesgrunner i straffeloven alminnelige del, i straffeloven § 55 flg., hører til straffespørsmålet". Anvendelsen av straffeloven §§ 55–59 hører altså under straffespørsmålet.

(14) Det er ikke adgang til å spørre lagretten om det foreligger særdeles skjerpene eller særdeles formildende omstendigheter i sin alminnelighet, fordi dette hører under straffespørsmålet. Uttrykket "særlige omstendigheter" i straffeprosessloven § 367 tar følgelig bare sikte på konkrete omstendigheter. I Rt. 2013 side 80 avsnitt 21 heter det om dette:

**"Det er sikker rett at i tilfeller hvor en lovbestemmelse utvider strafferammen hvis det foreligger 'særdeles skjerpene omstendigheter', og bestemmelsen ikke konkretiserer de særlig skjerpene omstendighetene, hører spørsmålet om slike omstendigheter foreligger, under straffespørsmålet, se Magnus Matningsdal, 'Grensen mellom skyld- og straffespørsmål', Jussens Venner, 1998 s. 273 ff. på side 294-295 med henvisninger til rettspraksis. Løsningen blir en annen dersom lovbestemmelsen konkretiserer de skjerpene omstendighetene. Etter rettspraksis hører det under skyldspørsmålet å avgjøre hvorvidt det foreligger bestemt angitte skjerpene omstendigheter, jf. Rt. 1984 side 436 og Rt. 2006 side 111 avsnitt 35."**

(15) Utgangspunktet må etter dette være at det hører under skyldspørsmålet å vurdere om konkret angitte skjerpene eller formildende omstendigheter foreligger. Men mer enn et utgangspunkt er det heller ikke. Som jeg allerede har nevnt, hører det under straffespørsmålet å vurdere om vilkårene etter straffeloven §§ 55–59 er oppfylt, selv om flere av bestemmelsene angir temmelig konkrete kriterier. Dette kommer jeg tilbake til.

(16) På denne bakgrunn går jeg over til å vurdere om det hører under skyldspørsmålet eller straffespørsmålet å ta stilling til om straffeloven 1902 § 235 andre ledd får anvendelse. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

**"Er nogen med eget Samtykke dræbt eller tilføjet betydelig Skade paa Legeme eller Helbred, eller har nogen af Medlidenhed berøvet en haabløs syg Livet eller medvirket hertil, kan Straffen nedsættes under det ellers bestemte Lavmaal og til en mildere Strafart."**

(17) Ordlyden peker i retning av at dette er en regel om straffutmåling, som dermed hører under straffespørsmålet. Jeg viser til at den gir adgang til nedsettelse av straffen under den minstestraff som ellers gjelder, og også til anvendelse av en annen reaksjon enn fengselsstraff. Men den åpner i motsetning til første ledd ikke for *strafffrihet*, se Rt. 2000 side 646 (på side 653). På den annen side kan samtykke sies å være en konkret omstendighet, noe som kan tilsi at vurderingen hører til skyldspørsmålet.

(18) Rettspraksis gir ingen klare holdepunkter. I Rt. 1983 side 1043 var det stilt spørsmål til lagretten om straffeloven § 235 andre ledd kom til anvendelse, uten at Høyesterett kommenterte dette. Siden grensen mellom skyld- og straffespørsmålet ikke var problematisert, kan ikke avgjørelsen oppfattes som noe prejudikat. Av samme grunn kan jeg heller ikke legge særlig vekt på at Høyesterett i Rt. 1999 side 1898 ikke har kommentert lagmannsrettens behandling av samtykkespørsmålet. Det finnes eksempler på at lagmannsrettene har sett dette som et spørsmål under skyldspørsmålet, men praksis er ikke entydig.

- (19) I teorien synes det å ha vært en utbredt oppfatning at det hører under skyldspørsmålet å ta stilling til anvendelsen av straffeloven § 235 andre ledd. Som eksempler viser jeg til Andenæs, Norsk straffeprosess II, 3. utgave, 2000 side 40 og Hov, Rettergang II, 1999 side 283. Forfatterne har imidlertid ikke begrunnet sitt syn nærmere, og jeg kan derfor ikke tillegge dette særlig vekt. Teorien er heller ikke helt entydig, idet Bratholm/Matningsdal har reist spørsmål ved dette standpunktet i Straffeloven med kommentarer, 1995 side 602. I kommentarene til § 235 heter det:

**"Da annet ledd bare åpner adgang til straffnedsettelse, kunne det derimot synes naturlig å anse avgjørelsen – i likhet med hva som gjelder for de generelle straffnedsettelsesgrunnene i §§ 55–59 – som en del av straffespørsmålet."**

- (20) Forsvareren har til støtte for sitt syn fremhevet reelle hensyn. Han har særlig gjort gjeldende at samtykkespørsmålet bør avgjøres endelig etter umiddelbar bevisførsel i lagmannsretten, og at det er uheldig om Høyesterett skal måtte vurdere dette i forbindelse med en anke over straffutmålingen. Jeg er enig i at Høyesterett på grunn av den middelbare bevisførselen ikke er spesielt godt egnet til å vurdere om et drap er begått etter samtykke. Men dette er en innvending som generelt kan reises mot at Høyesterett overprøver lagmannsrettens bevisbedømmelse under straffutmålingen, og som også er årsaken til at Høyesterett normalt er tilbakeholden med å sette lagmannsrettens bevisresultat til side. Jeg kan derfor ikke se at dette skulle være en avgjørende innvending mot at anvendelsen av straffeloven § 235 andre ledd legges til straffespørsmålet.
- (21) Det kan etter mitt syn ikke utledes noen helt klare svar av de rettskilder jeg har gjennomgått, selv om det har vekt at § 235 andre ledd etter sin ordlyd er en straffnedsettelsesregel, ikke en straffrihetsregel. For meg må det avgjørende da bli hensynet til sammenhengen i regelverket og ønsket om en klarest mulig linje i praksis. Det bringer meg tilbake til de generelle straffnedsettelsesgrunnene i straffeloven §§ 55–59. Som jeg allerede har vært inne på, er det sikker rett at det hører til straffespørsmålet å ta stilling til om disse får anvendelse. Dette gjelder til tross for at flere av bestemmelsene lar straffnedsettelse være avhengig av at helt konkrete omstendigheter foreligger. Det kanskje klareste eksempelet er § 56 bokstav b, som åpner adgang til nedsettelse av straffen blant annet når handlingen er foretatt "under tvang eller overhengende fare". Disse omstendighetene er vel så konkrete som "samtykke". Når det hører under straffespørsmålet å ta stilling til anvendelsen av §§ 55–59, blir det mest konsekvent å la det samme gjelde for § 235 andre ledd. Det er ingen reelle grunner til å behandle disse tilfellene forskjellig.
- (22) Mitt syn er på denne bakgrunn at det var korrekt av lagmannsretten ikke å stille tilleggsspørsmål til lagretten om drapshandlingen ble begått etter samtykke. Anvendelsen av straffeloven § 235 andre ledd hører under straffespørsmålet. Anken blir etter dette å forkaste.
- (23) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

Anken forkastes. Til fradrag i straffen kommer 615 – sekshundreogfemten – dager for utholdt varetekt.

- (24) Dommar **Utgård:** Eg er i det hovudsaklege og i resultatet einig med førstvoterande.
- (25) Dommer **Webster:** Likeså.
- (26) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (27) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (28) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes. Til fradrag i straffen kommer 615 – sekshundreogfemten – dager for utholdt varetekt.

Riktig utskrift bekreftes: