



# NORGES HØYESTERETT

Den 16. mars 2016 avsa Høyesterett dom i

**HR-2016-00592-A, (sak nr. 2015/2194), straffesak, anke over dom,**

Den offentlige påtalemyndighet

(kst. statsadvokat Andreas Schei)

mot

A

(advokat Øystein Storrvik)

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

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder saksbehandling, lovanvendelse og straffutmåling ved domfellelse for profesjonelt preget tilvirkning av marihuana.
- (2) A ble pågrepet av politiet 11. desember 2011. Dagen etter ble det foretatt ransaking av en 120 kvadratmeter stor leilighet i andre etasje i ----, som A hadde leid fra og med januar samme år. Det viste seg at leiligheten var bygget om for dyrking av cannabis, profesjonelt rigget med telt, plantekasser, automatisk vanningsanlegg, lamper som kunne heves og senkes og ventilasjonsanlegg. I leiligheten ble det funnet omkring 73 gram tørket plantemateriale som stammet fra en første innhøsting i oktober 2011, og 256 planter. Etter tørking hadde plantene en samlet vekt på 311 gram. B, som er utdannet sivilagronom, hadde bistått med å rigge leiligheten for cannabisdyrking og medvirket til produksjonen av den første avlingen.
- (3) Ved tiltalebeslutning 2. januar 2015 satte politimesteren i Asker og Bærum A og B under tiltale for overtredelse av straffeloven 1902 § 162 første ledd. Det faktiske grunnlaget er angitt slik:

**"I perioden fra mai 2011 til mandag 12. desember 2011 i ----, dyrket han frem cannabisplanter. Den 12. desember 2011 ble det beslaglagt 72,71 gram tørket plantemateriale, samt til sammen 256 planter som utgjorde 311 gram tørket plantemateriale på stedet."**
- (4) Ved Asker og Bærum tingretts dom 13. april 2015 ble A dømt i samsvar med tiltalen. Straffen ble satt til fengsel i ett år og tre måneder, hvorav åtte måneder ble gjort betinget med en prøvetid på to år. Varetektsfradraget utgjorde 47 dager. I tillegg ble A dømt til å tåle inndragning av forskjellig utstyr til produksjon av cannabis. B ble dømt til fengsel i seks måneder, hvorav to måneder ble gjort betinget med en prøvetid på to år.

- (5) A og B anket over straffutmålingen. Borgarting lagmannsretts dom 9. november 2015 har slik domsslutning:

**"1. A, født 00.00.1969, dømmes for overtredelse av straffeloven (1902) § 162 første jf. andre ledd til fengsel i 1 – ett – år og 2 – to – måneder.**

**Fullbyrdelsen av 1 – ett – år av straffen utsettes under henvisning til straffeloven (1902) §§ 52–54 med en prøvetid på 2 – to – år.**

**Den ubetingede delen av straffen anses sonet i sin helhet ved utholdt varetektsfengsel.**

**2. For B gjøres den endringen i tingrettens dom at straffen settes til fengsel i 30 – tretti – dager. Fullbyrdelsen av fengselsstraffen utsettes under henvisning til straffeloven (1902) §§ 52–54 med en prøvetid på 2 – to – år.**

**Ved en eventuell soning går 5 – fem – dager for utholdt varetektsfengsel til fradrag i straffen."**

- (6) Påtalemyndigheten har anket over lovanvendelsen under skyldspørsmålet. Anken er til As gunst. Det gjøres gjeldende at domfellelsen, ut fra det produserte kvantum, skulle ha vært begrenset til overtredelse av straffeloven § 162 første ledd, i tråd med tiltalen. A har sluttet seg til påtalemyndighetens anke. Høyesterett har bedt partene uttale seg også om enkelte sider av lagmannsrettens saksbehandling og om straffutmålingen. Anken er behandlet i sammenheng med sak 2015/2076, som er votert tidligere i dag.
- (7) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (8) Lagmannsretten la til grunn at anlegget som var rigget i leiligheten som A leide i -----, hadde en samlet produksjonskapasitet av cannabis som med hensyn til virkestoffet THC ville svare til omkring tre kilo hasj med normal styrkegrad på 7 %. Av den grunn, mente lagmannsretten, måtte forholdet bedømmes som grov narkotikaforbrytelse, jf. straffeloven 1902 § 162 første ledd, jf. andre ledd. Lagmannsretten foretok derfor – på eget initiativ og til domfeltes skade – en oppsubsumering, fra § 162 første ledd til § 162 første ledd, jf. andre ledd.
- (9) Jeg ser først på de prosessuelle sider av dette.
- (10) Etter straffeprosessloven § 38 andre ledd første punktum er retten ikke bundet av tiltalen for så vidt gjelder hvilket straffebud som får anvendelse, så lenge det er tale om det samme straffbare forholdet, jf. første ledd første punktum. Subsumsjonen kan endres uten at spørsmålet forelegges kompetent påtalemyndighet, jf. Rt. 2011 side 514 avsnitt 34. Det er som den store hovedregel heller ikke til hinder for en endret subsumsjon at retten skulle hatt en annen sammensetning dersom det var tatt ut tiltale etter det straffebudet som nå får anvendelse, jf. Rt. 2015 side 65. Og det følger av straffeprosessloven § 342 andre ledd nr. 1 at retten, uansett ankegrunn, kan prøve om straffeloven er riktig anvendt.
- (11) Men straffeprosessloven § 38 tredje ledd inneholder en viktig saksbehandlingsregel for nettopp den situasjon at retten vurderer subsumsjonsendring. Jeg finner grunn til å gjengi bestemmelsen:

**"Før retten bruker et annet straffebud enn tiltalebeslutningen, eller idømmer en annen rettsfølge eller et større inndragningsansvar enn påstått, skal den gi partene anledning til å uttale seg om spørsmålet. Siktede skal få en passende utsettelse når retten finner det ønskelig for forsvaret."**

- (12) Bestemmelsen er utslag av kontradiksjonsprinsippet, som er en del av retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd andre punktum og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1. Ordlyden i § 38 tredje ledd er helt kategorisk – partene "skal" gis anledning til å uttale seg. Lagmannsretten begikk derfor en saksbehandlingsfeil når den ikke forela spørsmålet om oppsubsumering for partene. Ved brudd på kontradiksjonsprinsippet er veien til opphevelse etter straffeprosessloven § 343 første ledd ikke lang. Men ut fra behovet for rettsavklaring og hensynet til saksbehandlingstiden, bør Høyesterett i dette tilfellet, etter mitt syn, i stedet selv ta stilling til hva som er riktig subsumsjon. Jeg peker i denne forbindelse på at lagmannsrettens saksbehandlingsfeil er reparert i og med at partene har fått uttale seg om subsumsjonsspørsmålet under ankebehandlingen for Høyesterett.
- (13) Jeg går derfor over til spørsmålet om det var riktig, materielt sett, av lagmannsretten å subsumere forholdet som fullbyrdet grov narkotikaforbrytelse, jf. straffeloven 1902 § 162 første, jf. andre ledd.
- (14) Det er på den rene at den mengden cannabis som A faktisk hadde tilvirket – mindre enn 400 gram plantestoff i tørket tilstand – ikke i seg selv tilsa fellelse etter § 162 andre ledd. Det er også klart at dersom A hadde realisert produksjonspotensialet i anlegget – dyrking av cannabis tilsvarende 3 kilo hasj med vanlig styrkegrad – ville det være riktig med domfellelse for fullbyrdet grov narkotikaforbrytelse. Jeg viser til Rt. 2003 side 211, som for hasj har dannet grunnlag for å trekke grensen mellom første og andre ledd omkring ett kilo.
- (15) Det følger av Høyesteretts praksis at det ved *straffutmålingen* for ulovlig tilvirkning av cannabis tas utgangspunkt i produksjonsanleggets kapasitet, jf. Rt. 2009 side 279 avsnitt 14–18. Spørsmålet i As sak er om produksjonspotensialet også er avgjørende for lovanvendelsen under skyldspørsmålet – altså for subsumsjonen under henholdsvis første, andre eller tredje ledd i straffeloven § 162. Det må her, etter mitt syn, sondres mellom forsøk og fullbyrdet forbrytelse.
- (16) Ved *forsøk* på tilvirkning av cannabis vil produksjonspotensialet virke styrende for subsumsjonen under henholdsvis første, andre eller tredje ledd i straffeloven § 162. Jeg viser til Rt. 2010 side 1011, hvor det ikke var tilvirket noe cannabis overhodet. Produksjonspotensialet på 2 400 planter, og domfeltes forsett om å realisere dette potensialet, var avgjørende for at det likevel ble domfellelse etter § 162 tredje ledd, jf. § 49. Jeg viser også til sak 2015/2076, som er votert tidligere i dag, hvor det ble tatt ut særskilt tiltale for forsøk på tilvirkning for de deler av produksjonspotensialet som ikke var realisert.
- (17) I As sak har imidlertid lagmannsretten gått et skritt lengre, ved å dømme for *fullbyrdet* overtredelse av straffeloven § 162 første ledd, jf. andre ledd, basert på produksjonspotensialet. Denne lovanvendelsen har, etter mitt syn, ikke dekning i Høyesteretts tidligere praksis. Spørsmålet har rett nok ikke vært satt på spissen før. Men praksis i saker om fullbyrdet tilvirkning synes å bygge på en forutsetning om at subsumsjonen beror på hvor mye plantemateriale som faktisk er produsert.

Produksjonskapasiteten utover dette kommer først inn ved straffutmålingen innenfor de rammer som subsumsjonen setter, jf. Rt. 2011 side 936. Det er, etter mitt syn, også denne løsningen som stemmer best med ordlyden i straffeloven § 162 og alminnelig strafferettslig tenkning, hvor man jo ikke anser en forbrytelse som fullbyrdet før det straffbare resultatet har materialisert seg.

- (18) Etter mitt syn var det derfor ikke riktig av lagmannsretten å domfelle A for fullbyrdet overtredelse av straffeloven § 162 første, jf. andre ledd. Derimot kunne han ha vært domfelt for forsøk på slik overtredelse, jf. § 49. Også Høyesterett vil i og for seg kunne avsi ny dom for slikt forsøk, så langt lagmannsrettens dom gir det nødvendige grunnlaget, jf. straffeprosessloven § 345 andre ledd andre punktum. Men i saken her finner jeg at Høyesterett ikke bør fravike det opplegget som påtalemyndigheten har valgt for tiltalen, og som den har fulgt gjennom hele saken, også i sin anke til fordel for A og i skranken for Høyesterett. Jeg viser til prinsippene i straffeprosessloven § 351 og § 38 første ledd andre punktum, som tilsier varsomhet i en situasjon som denne. Høyesterett bør avsi ny dom, som begrenses til overtredelse av straffeloven § 162 første ledd, i tråd med tiltalen.
- (19) Jeg går da over til straffutmålingen.
- (20) Det følger av etablert høyesterettspraksis at ved straffutmåling for tilvirkning av narkotika er produksjonsanleggets kapasitet et utgangspunkt. Produksjonspotensialet ved dyrking av cannabis bestemmes i dag ut fra en normalbetraktning, basert på at hver plante ville gitt 30 til 40 gram tørket marihuana som primært består av toppskudd, med en THC-konsentrasjon omkring 7 %. Jeg viser til Høyesteretts dom i sak 2015/2076, som er votert tidligere i dag. Straffenivået ved tilvirkning av marihuana vil på denne måten kunne sammenlignes med straffenivået for innførsel av tilsvarende mengde hasj med normal styrke.
- (21) Lagmannsrettens dom etterlater en viss usikkerhet med hensyn til hvordan produksjonspotensialet er beregnet. Ettersom eventuelle feil her utelukkende er til As gunst, lar jeg dem ligge. Ved straffutmålingen nå legger jeg til grunn lagmannsrettens bevisvurdering, som innebærer at anlegget ville kunne produsere en mengde marihuana som svarer til omkring tre kilo hasj med normal styrkegrad. Basert på at det allerede var foretatt én innhøstning som ga omkring 73 gram, mens det var et stykke frem før de nye plantene kunne høstes – samlet plantemateriale i vekst, alle deler inkludert, utgjorde kun 311 gram – antar jeg at en straff av fengsel i ett år og tre måneder ville være passende. Jeg viser til det nivået som kan utledes når man ser avgjørelsene i Rt. 2007 side 1341, Rt. 2009 side 279, Rt. 2009 side 284, Rt. 2009 side 518 og Rt. 2011 side 936 i sammenheng.
- (22) Av to grunner må imidlertid straffen i dette tilfellet bli vesentlig lavere.
- (23) For det første må A gis et fradrag for å ha avgitt en uforbeholden tilståelse i sin første forklaring for politiet, jf. straffeloven § 59 andre ledd. Tilståelsen var av avgjørende betydning for etterforskningen. Den er opprettholdt i forbindelse med irretteføringen av saken. Tilståelsen gir, etter mitt syn, grunnlag for et fradrag i fengselsstraffen på fem måneder.
- (24) For det andre må det ved straffutmålingen tas hensyn til at selv om A avga en uforbeholden tilståelse allerede 11. desember 2011, og selv om saken mot ham var ferdig

etterforsket i løpet av vinteren 2012, og at sakskomplekset samlet var ferdig etterforsket i august 2012, så ble tiltale først tatt ut 2. januar 2015. I den mellomliggende perioden – som altså er nesten to og et halvt år – skjedde det overhodet ingen ting i saken. Årsaken skal være mangel på ressurser i politiet. Dette representerer et alvorlig brudd på As rett til en avgjørelse av straffesaken mot ham innen "rimelig tid" etter Grunnloven § 95 første ledd første punktum og EMK artikkel 6 nr. 1. Krenkelsen må repareres gjennom en mildere reaksjon, i utgangspunktet ved at straffen blir kortere, jf. Høyesteretts storkammerdom HR-2016-225-S. Reduksjonen må være forholdsmessig. Hensett til at det her er snakk om en ren liggetid i nesten to og et halvt år, at det på grunn av ulike feil i tingretten og lagmannsretten var nødvendig å anke, at A var varetektsfengslet i 47 dager, og at det ikke er forhold som med tyngde tilsier at det bør avsies deldom, mener jeg det vil være riktig å sette straffen så lavt som til fengsel i 60 dager, som anses sonet ved varetektsoppholdet på 47 dager, jf. straffeloven § 60 første ledd, sml. Rt. 2010 side 1052.

(25) Jeg stemmer for denne

D O M :

A, født 00.00.1969, dømmes for overtredelse av straffeloven 1902 § 162 første ledd til fengsel i 60 – seksti – dager, som i sin helhet anses sonet ved utholdt varetektsfengsel, jf. straffeloven § 60 første ledd.

- |      |  |  |
|------|--|--|
| (26) | <b>Dommer Falch:</b>                         | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (27) | <b>Dommer Kallerud:</b>                      | Likeså.  |
| (28) | <b>Dommer Stabel:</b>                        | Likeså.  |
| (29) | <b>Dommer Skoghøy:</b>                       | Likeså.  |
| (30) | Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne |  |

D O M :

A, født 00.00.1969, dømmes for overtredelse av straffeloven 1902 § 162 første ledd til fengsel i 60 – seksti – dager, som i sin helhet anses sonet ved utholdt varetektsfengsel, jf. straffeloven § 60 første ledd.

Riktig utskrift bekreftes: