



NORGES HØYESTERETT

Den 22. januar 2004 avsa Høyesterett kjennelse i

NH-2004-0128-A, (sak nr. 2003/970), straffesak, anke,

I.

A

(advokat Arne Meltvedt)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Anne Grøstad)

II.

B

(advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Anne Grøstad)

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

- (1) Dommer **Tjomsland**: Saken gjelder spørsmålet om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten i en større narkotikasak tillot opplesning av politiforklaringene til en av de tiltalte, som benyttet seg av sin rett til å nekte å avgi forklaring.
- (2) Ved tiltalebeslutning 3. mars 2000 ble C, A og B satt under tiltale ved Oslo tingrett for overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd første punktum, jf. femte ledd og § 162 første og tredje ledd første punktum, jf. femte ledd, jf. § 49. Grunnlaget for tiltalen var at de 9. januar 1999 på et hotellrom i Kiel hadde oppbevart 48,41 kilo amfetamin, og at de samme dag hadde forsøkt å innføre narkotikapartiet med ferje fra Kiel til Oslo. B ble også tiltalt for et par andre forhold som relativt sett er av mindre betydning. – Jeg tilføyer at vedkommende som kjørte bilen med narkotikaen som ble stanset for kontroll i forbindelse med ombordkjøring i fergen, har fått sin sak pådømt i Tyskland.
- (3) Oslo tingrett avsa 21. mars 2002 dom i sak mot C, A og B med slik domsslutning:
 - ”1. C, født 00.00.1973, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd første straffalternativ jfr. femte ledd og straffeloven § 162 første

ledd jfr. tredje ledd første straffalternativ jfr. § 49, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, til en straff av fengsel i 6 – seks – år.

Han tilkommer varetektsfradrag med 220 – tohundreogtyve – dager.

2. A, født 00.00.1973, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd første straffalternativ jfr. femte ledd og straffeloven § 162 første ledd jfr. tredje ledd første straffalternativ jfr. § 49, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, til en straff av fengsel i 12 – tolv – år.

Han tilkommer varetektsfradrag med 363 – trehundreogsekstite – dager.

3. B, født 00.00.1970, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd første straffalternativ jfr. femte ledd, straffeloven § 162 første ledd jfr. tredje ledd første straffalternativ jfr. § 49, straffeloven § 162 første ledd jfr. femte ledd og våpenloven § 33 første ledd jfr. § 7 jfr. § 8, alt sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, til en straff av fengsel i 14 – fjorten – år.

Han tilkommer varetektsfradrag med 206 – tohundreogseks – dager.

4. B dømmes til å tåle inndragning av en Weingartner revolver cal. 6,35, jf. straffeloven § 35, jfr. § 37a første ledd.
5. Saksomkostninger ilegges ikke.”

- (4) Ved tiltalebeslutning 23. september 2002 ble D satt under tiltale for de samme narkotikaforbrytelser. Bakgrunnen for at tiltalen mot D ble tatt ut på et senere tidspunkt enn for de øvrige vedkommende, var at han hadde unnveket til USA. Han meldte seg imidlertid etter hvert for politiet, og han tilstod å ha deltatt i narkotikaforbrytelsene. Dom i saken mot D ble av Oslo tingrett avsagt 9. oktober 2002, og hadde slik domsslutning:

”D, født 00.00.71, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162, 1. og 3. ledd, første punktum, jfr. 5. ledd og strl. § 162, 1. og 3. ledd, første punktum, jfr. 5. ledd, jfr. § 49 til en straff av fengsel i 11 – elleve – år, jf. straffeloven § 62, 1. ledd og straffeloven § 12 nr. 3 a.

Varetekt kommer til fradrag med 161 – etthundreogsekstien – dager.”

- (5) Ved Borgarting lagmannsretts beslutning 31. mai 2002 ble Cs, As og Bs anker over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet når det gjaldt de nevnte narkotikaforbrytelsene, henvist til ankeforhandling. Det samme gjaldt påtalemyndighetens anke over straffutmålingen for C. Bs bevisanke over et annet mindre forhold ble ikke tillatt fremmet. Ved Borgarting lagmannsretts beslutning av 30. oktober 2002 ble Ds anke over straffutmålingen henvist til ankeforhandling. Lagmannsretten forente ankesakene til felles behandling, jf. straffeprosessloven §§ 13 og 353.

- (6) Borgarting lagmannsrett avsa 23. mai 2003 dom med slik domsslutning:

”1. C, født 00.00.73, frifinnes.

2. A, født 00.00.73, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162, første og tredje ledd første punktum, jf. femte ledd og straffeloven § 162, første og tredje ledd første punktum, jf. femte ledd, jf. § 49, sammenholdt med straffeloven § 62, første ledd, til en straff av fengsel i 9 – ni – år.

Til fradrag i straffen kommer 492 – firehundreognittito – dager for utholdt varetekt.

3. **B, født 00.00.70, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162, første og tredje ledd første punktum, jf femte ledd og straffeloven § 162, første og tredje ledd første punktum, jf femte ledd, jf § 49 samt de forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo tingretts dom av 21. mars 2002, alt sammenholdt med straffeloven § 62, første ledd, til en straff av fengsel i 11 – elleve – år.**

Til fradrag i straffen kommer 284 – tohundreogåttifire – dager for utholdt varetekt.

4. **I Oslo tingretts dom av 9. oktober 2002 gjøres den endring at straffen for D, født 00.00.71, fastsettes til fengsel i 9 – ni – år.**

Til fradrag i straffen kommer 430 dager for utholdt varetekt.

5. **Saksomkostninger ilegges ikke.”**

- (7) Om det nærmere saksforhold og de domfeltes personlige forhold viser jeg til lagmannsrettens dom.
- (8) A og B påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Både A og B gjorde gjeldende at det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten tillot opplesning av Ds politiforklaringer, og at rettsformannens rettsbelæring vedrørende bevisbedømmelsen var uriktig. B gjorde videre gjeldende at straffen var for streng. Høyesteretts kjæremålsutvalg har tillatt ankene over saksbehandlingen fremmet for så vidt gjelder opplesningen av politiforklaringene til D. For øvrig ble ankene ikke tillatt fremmet. – Etter at ankeforhandlingen i saken var avsluttet, avsa Høyesterett 19. desember kjennelse i sak 2003/1098, hvor det også var spørsmål om adgang til opplesning av politiforklaringer. Før Høyesterett traff avgjørelse i den foreliggende sak, fikk aktor og forsvarerne anledning til mulige supplerende bemerkninger på bakgrunn av denne avgjørelsen. Slik uttalelse er innkommet fra aktor og begge forsvarerne.
- (9) *Jeg er kommet til at ankene må forkastes.*
- (10) Jeg finner det hensiktsmessig innledningsvis å redegjøre for lagmannsrettens behandling av spørsmålene omkring Ds politiforklaringer. Lagmannsretten hadde som nevnt forent behandlingen av de fullstendige ankene fra A, B og C med straffutmålingsanken fra D. Aktor anmodet om at D avga forklaring før de tre andre tiltalte i saken. Begrunnelsen var ”at denne rekkefølgen vil være mest hensiktsmessig hensett til sakens opplysning og også av prosessøkonomiske grunner”. As og Bs forsvarere protesterte mot dette, og lagmannsretten, som la til grunn at ”D som tiltalt skal gi forklaring på forhold som er av betydning for straffutmålingen”, fant at man burde følge vanlig praksis med at de tiltalte som hadde inngitt fullstendig anke, avga forklaring først. Etter at de tre øvrige tiltalte – C, A og B – hadde avgitt forklaring, fremgikk det at D ikke ønsket å avgi forklaring.
- (11) Aktor ba da – under henvisning til straffeprosessloven § 290 – om tillatelse til opplesning av tiltalte Ds politiforklaringer avgitt henholdsvis 22. mai, 24. mai og 21. juni 2002. De enkelte tiltaltes standpunkt til slik opplesning er protokollert i rettsboken. Ds forsvarer hadde ikke innvendinger mot opplesningen. Cs forsvarer ”ønsket forklaringen lest opp”. Bs forsvarer ”ønsket ikke å gi uttrykk for noen bestemt oppfatning av adgangen til opplesning”, mens As forsvarer ”motsatte seg at forklaringen ble lest opp”. Han anførte at

”... opplesning vil være i strid med EMKs krav til rettferdig rettergang og også er i strid med minimumsrettighetene i EMK artikkel 6, nr 3, bokstav d, retten til motavhør av vitner, idet han fremholdt at forklaring fra D i denne fasen av saken vil ha karakter av å være vitneforklaring.”

- (12) Lagmannsretten avsa deretter kjennelse hvorved politiforklaringene ble tillatt opplest. Lagmannsrettens kjennelse var begrunnet slik:

”Lagmannsretten finner at opplesning av tiltalte Ds politiforklaringer kan skje i medhold av § 290. Det vises til Bjerke/Keiserud kommentarutgave bind II side 1012 hvorfra det siteres:

”I lagmannsretten kan en bevisankesak forenes med en sak som gjelder en begrenset anke, jf. §§ 13 og 353. Under ankeforhandlingen vil da også normalt alle siktede være til stede. Opplesning av deres tidligere forklaringer vil måtte skje etter reglene i § 290, og ikke § 296, selv om forklaringen som skal leses kun angår en medtiltalt, altså en annen enn vedkommende selv. Annerledes er løsningen når en tidligere medtiltalt har fått sitt forhold rettskraftig avgjort og møte som vitne i saken.”

Lagmannsretten legger dette til grunn og kan for øvrig heller ikke se at opplesning av tiltalte Ds forklaring vil være i strid med EMKs krav til rettferdig rettergang, jf. art 6 nr 1 sammenholdt med nr 3 bokstav d, retten til motavhør av vitner. Tiltalte D har status som tiltalt og lagmannsretten finner at det må være avgjørende selv om han har inngitt en begrenset anke i saken.”

- (13) As forsvarer begjærte deretter saken utsatt for hans klients vedkommende inntil det forelå rettskraftig dom for D, slik at D kunne innkalles som vitne med forklaringsplikt. Lagmannsretten avsto begjæringen om utsettelse, og aktor leste deretter opp Ds politiforklaringer. Etter at politiforklaringene var opplest, ønsket As forsvarer å stille D et spørsmål. Begrunnelsen var at det i en av politiforklaringene var protokollert at D på et tidspunkt hadde gitt uttrykk for at avhøret inneholdt så mange feil at han ikke så noen hensikt i å gjennomgå det ytterligere. Rettsformannen minnet om at D hadde påberopt seg sin rett til ikke å avgi forklaring, og at det derfor ikke ville bli tillatt å stille direkte spørsmål til ham, men rettsformannen spurte likevel D om han nå ønsket å avgi forklaring, helt eller delvis. D meddelte at han fortsatt ikke ønsket å gi forklaring, heller ikke til det spørsmål han ”hadde hørt fra advokat Storrvik”.
- (14) Rettsformannen kom inn på Ds politiforklaringer i rettsbelæringen, idet hun der uttalte:

”I denne saken gjør jeg spesielt oppmerksom på et presentert bevis hvor det må foretas en særskilt vurdering. Dette gjelder opplesningen av den politiforklaringen D har gitt. Grunnen til at jeg peker spesielt på dette beviset er at forsvarerne for de øvrige tiltalte og heller ikke aktor har hatt anledning til å stille oppfølgende spørsmål til D som i lagmannsretten har benyttet sin rett til ikke å avgi forklaring. Når det ikke har vært anledning til å stille oppfølgende spørsmål, er dette et bevis som må vurderes med varsomhet.

Dersom et bevis er presentert i retten uten at det har vært adgang til oppfølgende spørsmål og dette må anses som det helt dominerende/det helt vesentlige bevis i saken, er rettsregelen at det ikke vil være riktig å domfelle på grunnlag av et slikt bevis. Det aktuelle bevis det her er tale om er etter min vurdering ikke av en slik karakter at det må anses som et helt dominerende/helt vesentlig bevis i belastende retning for noen av de tiltalte. Om det dreier seg om et helt vesentlig bevis må imidlertid bero på den samlede bevisvurdering i saken.

Den forklaring det her er tale om vil etter min vurdering være ett av flere elementer i vurderingen av om de tiltalte er skyldige.”

- (15) Jeg bemerker at det er et grunnprinsipp i norsk straffeprosess at bevisførsel for tingretten og lagmannsretten skal foregå umiddelbart for den dømmende rett. De tiltalte og vitnene skal forklare seg muntlig for den rett som skal avgjøre saken, jf. straffeprosessloven § 290 og § 296 første ledd. Etter straffeprosessloven § 290 og § 296 annet ledd første punktum er det likevel – blant annet når det gjelder punkter hvor tiltalte eller vitnet nekter å uttale seg – adgang til å lese opp politiforklaringer.
- (16) Det er i rettspraksis lagt til grunn at det må innfortolkes en begrensning i opplesningsadgangen etter § 296 annet ledd første punktum, hvor forsvarlighets- og forholdsmessighetsbetraktninger har stor betydning, jf. blant annet Rt. 1994 side 1324 på side 1327. Sentralt i denne vurderingen er kravet om "fair trial" i EMK artikkel 6 nr. 1 og artikkel 6 nr. 3 om tiltaltes rett til å avhøre vitner som blir ført mot ham. Menneskerettighetsdomstolen (EMD) har kommet til at opplesning av politiforklaring under straffesaker ikke i seg selv er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d, jf. blant annet Rt. 1990 side 1221 med henvisning til EMDs praksis. Bruken av slike forklaringer må imidlertid skje i samsvar med tiltaltes rettigheter etter konvensjonen. Retten til å stille spørsmål til vitner mot ham er en av de grunnleggende rettssikkerhetsgarantier til vern for den tiltalte i en straffesak.
- (17) I de tilfeller hvor forklaringen vil være et vesentlig bevis for tiltaltes skyld, har Høyesterett lagt til grunn at opplesning av rettslig forklaring og politiforklaring som regel vil måtte avskjæres når tiltalte ikke har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet. I tidligere praksis har problemstillingen vært om en fellende dom "hovedsakelig" vil måtte bygge på de forklaringer det er spørsmål om å lese opp, jf. blant annet Rt. 1991 side 1096. I dommen i Rt. 2001 side 29, hvor opplesning av vitnes politiforklaring ledet til at lagmannsrettens dom ble opphevet, uttalte førstvoterende at det var "en reell mulighet for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis". Jeg bygger på den presisering – og antagelig modifikasjon – i vurderingstemaet som fremgår av avgjørelsen i Rt. 2001 side 29.
- (18) Det foreligger i norsk rettspraksis ikke noe tilfelle som er direkte sammenlignbart med den foreliggende sak, hvor det er en medtiltalt i en forent sak som nekter å avgi forklaring. For lagmannsretten ble det reist spørsmål om opplesningsadgangen når det gjaldt Ds politiforklaringer var regulert av straffeprosessloven § 290 eller § 296. Lagmannsretten mente at det var straffeprosessloven § 290 som fikk anvendelse. Forsvarerne har i anken gjort gjeldende at straffeprosessloven § 296 vil være den relevante bestemmelsen i forhold til de medtiltalte. Begrunnelsen for dette standpunkt er at i forhold til disse hadde D rolle som vitne. Denne sontringen er imidlertid ikke av særlig betydning for det spørsmål vi har til behandling. Også når det er tale om medtiltaltes forklaring, må nemlig opplesningsadgangen i forhold til bestemmelsene i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d bero på tilsvarende betraktninger som for vitner. Jeg viser på dette punkt til EMDs avgjørelse i saken *Lucà mot Italia* av 27. februar 2001 hvor det i avsnitt 41 heter:

"In that regard, the fact that the depositions were, as here, made by a co-accused rather than by a witness is of no relevance. In that connection, the Court reiterates that the term "witness" has an "autonomous" meaning in the Convention system (see *Vidal v. Belgium*, judgment of 22 April 1992, Series A no. 235-B, pp. 32-33, § 33). Thus, where a deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction, then,

irrespective of whether it was made by a witness in the strict sense or by a co-accused, it constitutes evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention apply (see, mutatis mutandis, Ferratelli and Santangelo v. Italy, judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, pp. 950-51, §§ 51-52)."

- (19) I den saken gjaldt det – i motsetning til i vår sak – en medtiltalt hvis sak ikke var forent til felles behandling med den aktuelle sak, men jeg kan ikke se at denne forskjellen kan ha avgjørende betydning for om bestemmelsen i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d her får anvendelse. Jeg tilføyer at det generelle standpunkt som jeg her har inntatt, også er lagt til grunn i norsk juridisk teori, jf. Aall: Rettergang og menneskerettigheter (1995) side 411 og Bjerke og Keiserud: Straffeprosessloven med kommentarer 3. utg. (2001) side 1015 note 6. – En annen sak er at den omstendighet at spørsmålet gjelder opplesning av en medtiltalts politiforklaring, etter omstendighetene vil kunne være et moment i den helhetsvurderingen som skal foretas i forhold til bestemmelsene i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d.
- (20) Jeg forstår lagmannsrettens begrunnelse slik at den har lagt avgjørende vekt – også i forhold til bestemmelsene i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d – på at D hadde status som tiltalt i saken. Når begrunnelsen leses i sammenheng og på bakgrunn av de anførsler som lagmannsretten like foran har gjengitt, må avgjørelsen – etter mitt syn – forstås slik at lagmannsretten har lagt til grunn at de begrensninger i opplesningsadgangen som følger av bestemmelsene i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d, ikke gjelder for forklaringer avgitt av medtiltalte i saken. Dette innebærer at lagmannsretten ikke har foretatt en slik vurdering som det etter EMDs praksis legges opp til, blant annet av forklaringens betydning i forhold til de øvrige bevis i saken. Jeg tilføyer at det ville vært vanskelig å foreta en slik vurdering på et så tidlig tidspunkt under bevisførselen. Det er først når den øvrige bevisførsel eller iallfall den vesentligste delen av denne er gjennomført, at retten vil ha grunnlag for å foreta en slik vurdering.
- (21) Høyesterett har full kompetanse til å prøve lagmannsrettens saksbehandling, og må – ut fra de opplysninger som foreligger – ta stilling til om det var en feil å tillate opplesning av politiforklaringene til D. Men det skaper problemer for prøvingen at lagmannsrettens vurdering ikke er begrunnet i forhold til de kriterier som er stilt opp i EMDs og Høyesteretts praksis.
- (22) Det var en meget omfattende bevisførsel for lagmannsretten. Hovedforhandlingen varte i 18 rettsdager, og det ble avhørt omkring 40 vitner. Helt sentralt i bevisførselen var dokumentasjon og forklaringer i tilknytning til bruken av en rekke mobiltelefoner med tilnytning til saken. At forklaringene fra D, som var den eneste av de tiltalte som hadde tilstått forholdet, var et mindre vesentlig element i det samlede bevisbildet, har jeg likevel vanskelig for uten videre å fastslå. Jeg viser til at aktor anmodet om at D ble avhørt først av hensyn til "sakens opplysning". I de oppleste forklaringene trekker D A inn i saken, og antagelig indirekte også B. Noe entydig negativt bilde for B gir imidlertid forklaringene ikke.
- (23) Aktor har vist til at både A og B ble dømt i tingretten uten at D hadde avgitt forklaring. Jeg finner imidlertid at det ville stride mot de hensyn som begrunnet toinstansordningen, om tingrettens bevisvurdering tillegges særlig betydning ved bedømmelsen av bevissituasjonen i lagmannsretten. Jeg viser dessuten til at den tredje tiltalte – C – ble frifunnet i lagmannsretten, og at lagmannsretten på enkelte punkter – særlig med hensyn

til transporten av narkotikaen fra Nederland til Kiel – har lagt til grunn et annet faktum enn tingretten.

- (24) Aktor har pekt på at rettsformannen i rettsbelæringen uttalte at det etter hennes syn ikke var tale om ”et helt dominerende/helt vesentlig bevis i belastende retning for noen av de tiltalte”. Jeg finner det vanskelig å legge særlig vekt på dette momentet. Dertil kommer at hun i rettsbelæringen også uttalte at forklaringene etter hennes vurdering vil ”være ett av flere elementer i vurderingen av om de tiltalte er skyldige”. Og da begynner man å nærme seg avgjørelseskriteriet i Rt. 2001 side 29. Slik saken fremstår for meg, finner jeg det ikke forsvarlig å trekke noen bestemt konklusjon når det gjelder politiforklaringenes betydning i det samlede bevisbildet som forelå for lagmannsretten. I den bevissituasjon som forelå, kan det nok synes sannsynlig at Ds tilståelse har vært et mer vesentlig bevismoment også i forhold til de andres domfellelse enn hans forklaring om deres rolle. Men den tvil som her foreligger, fører til at jeg – på tross av de øvrige sentrale bevis i saken – må anse det som ”en reell mulighet” at opplesningen av Ds politiforklaringer har hatt ”utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse”, jf. Rt. 2001 side 29.
- (25) I de tilfeller det er en reell mulighet for at politiforklaringene vil få utslagsgivende vekt ved bevisbedømmelsen, vil opplesning regelmessig måtte avskjæres med mindre tiltalte har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet, jf. Rt. 1999 side 757. Det er lagt til grunn at det normalt er tilstrekkelig at tiltalte på et eller annet stadium i saken har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet. I Høyesteretts kjennelse av 19. desember 2003 (sak nr. 2003/1098) avsnitt 22 ble det imidlertid – i tilknytning til en forklaring avgitt under tingrettens behandling – uttalt at en forutsetning for at en tidligere spørsmålsrunde vil være tilstrekkelig til å tilfredsstille kravene i EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 d er at ”forklaringen og resultatet av spørsmålsrunden” på ”en etterviselig måte kan opplyses under lagmannsrettsbehandlingen”.
- (26) I vår sak hadde de øvrige tiltalte ikke hatt anledning til å stille spørsmål til D under tingrettens behandling eller på et annet tidspunkt forut for lagmannsrettsbehandlingen. For lagmannsretten benyttet D seg av sin rett som tiltalt i saken til å nekte å avgi forklaring. Etter opplesningen av hans politiforklaringer spurte rettsformannen – etter en henvendelse fra As forsvarer – på ny om han ville avgi forklaring helt eller delvis.
- (27) Saken var med andre ord tilrettelagt slik at de øvrige tiltaltes forsvarere skulle ha mulighet til å utspørre D, men hans manglende forklaringsvilje gjorde en reell eksaminasjon umulig. I avgjørelsene i Rt. 1992 side 1500, Rt. 1995 side 289, Rt. 1998 side 1182 og Rt. 1999 side 757 har det vært ansett tilstrekkelig at tiltalte har hatt en formell adgang til å utspørre vitnet, selv om vedkommende for eksempel har påberopt seg rett til å nekte å avgi forklaring. I kjennelsen av 19. desember 2003 (sak nr. 2003/1098) er denne problemstillingen mer utførlig drøftet. Det heter i avsnitt 18 i førstvoterendes votum:

”Det kan etter min oppfatning ikke være noe vilkår for å tillate opplesning at vitnet svarer på de spørsmål tiltalte eller hans forsvarer stiller. Såfremt tiltalte eller hans forsvarer under hovedforhandlingen har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, må en forklaring som er avgitt under etterforskningen, normalt kunne leses opp selv om vitnet påberoper en gyldig grunn for å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare, se for eksempel EMDs avvisningsavgjørelse fra 1999 i saken Peltonen mot Finland (application no. 30409/96), Aschdommen avsnitt 28, Lucàdommen avsnitt 40 og Craxidommen avsnitt 86. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d er begrunnet i prinsippet om ”equality of arms” (partslikhetsprinsippet), og dersom tiltalte eller hans forsvarer har fått anledning til å stille spørsmål, er dette prinsippet

tilfredsstilt, selv om vitnet nekter å svare. Under forutsetning av at forfølgningen ut fra en totalbedømmelse fremstår som forsvarlig og rettferdig, kan det derfor i tilfeller hvor tiltaltes rett til å stille spørsmål er tilfredsstilt, ikke være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d å tillate at en forklaring fra et vitne som nekter å forklare seg, blir lest opp under hovedforhandlingen.....”

- (28) Førstvoterende gjengir så det sentrale avsnittet i EMDs begrunnelse i Peltonen-saken. Deretter viser han til at EMD i sakene Lucà og Craxi mot Italia kom til at artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d var krenket, men han uttaler videre at – så vidt han kan bedømme – ”bygger disse dommene på det samme syn som avvisningsavgjørelsen i Peltonen-saken”.
- (29) Av avgjørelsen i saken i Rt. 1994 side 1324, som har flere likhetstrekk med vår sak, fremgår det imidlertid at en formell adgang til å utspørre medsiktede som under hovedforhandlingen nekter å avgi forklaring, ikke alltid vil være avgjørende. Vurderingen av om det foreligger brudd på bestemmelsene i EMK, må – som det også fremgår av Høyesteretts kjennelse av 19. desember 2003 – skje etter en helhetsvurdering av om rettergangen totalt sett fremstår som ”forsvarlig og rettferdig” og således tilfredsstiller kravet til ”fair trial” i artikkel 6 nr. 1. Det må blant annet legges vekt på om det er praktisk mulig å føre beviset på annen måte, jf. blant annet avgjørelsen i Rt. 1995 side 289.
- (30) For vår sak må denne helhetsvurderingen ta utgangspunkt i at lagmannsretten ved å forene ankesakene til felles behandling hadde valgt det opplegget som normalt vil sikre at sakene blir best opplyst. Det var ikke konkrete holdepunkter for at D – som hadde forklart seg for politiet og tingretten – ikke også skulle gjøre dette for lagmannsretten. I saken i Rt. 1994 side 1324, hvor lagmannsrettens dom ble opphevet, ble det av Høyesterett lagt opp til at saken burde vært utsatt og forent med sakene mot de vitnene som nektet å avgi forklaring. Det avgjørende synes her å ha vært at Høyesterett mente at beviset burde vært søkt ført på en annen måte, det burde med andre ord vært gjort ytterligere forsøk på å oppnå bevisumiddelbarhet. Førstvoterende uttalte at det var ”lite trolig at de ville nektet å forklare seg i egen sak”. I kjennelsen av 19. desember 2003 avsnitt 23 uttalte førstvoterende at rekkevidden av avgjørelsen i Rt. 1994 side 1324 må ”være begrenset”.
- (31) Høyesterett tok i saken i Rt. 1994 side 1324 ikke stilling til om det ville være adgang til å lese opp politiforklaringene dersom vitnene også nektet å avgi forklaring i egen sak. Førstvoterende fremhevet imidlertid at det i flere saker nettopp var trukket frem som et moment av forholdsvis stor vekt om det var mulig å føre beviset på annen måte. Det ble vist til avgjørelsen i Rt. 1992 side 792, hvor det ble uttalt at det ville kunne virke støtende om man skulle avskjære bevisføring i en alvorlig straffesak, og at man også hadde en sikkerhetsventil i bevisbyrderegelen.
- (32) Et kompliserende moment for lagmannsretten i vår sak var at det var ulike oppfatninger om opplesningsspørsmålet blant de øvrige tiltaltes forsvarere. Cs forsvarer ønsket forklaringen opplest, og han ville kunne anføre at det i forhold til ham hadde vært en saksbehandlingsfeil om så ikke skjedde. Det må etter mitt syn sees hen til dette forhold når man skal bedømme om rettergangen ved lagmannsretten har vært betryggende.
- (33) Et alternativ for lagmannsretten kunne riktignok – som begjært av As forsvarer – vært å utsette hovedforhandlingen for ham, eventuelt også for de øvrige tiltalte, til det forelå rettskraftig dom i forhold til D. Han ville i så fall hatt vitneplikt i saken mot de øvrige. En slik oppdeling av saken og utsettelse av den for enkelte av de tiltalte, ville imidlertid

medført betydelige praktiske problemer, som – på grunn av tidsforløpet og varetektsfengslingen av de tiltalte – også ville hatt en side til rettssikkerheten. Etter mitt syn ville det være uheldig om prosessreglene skulle medføre at utsettelse på et slikt grunnlag – som ofte vil skyldes trusler eller obstruksjon – skulle bli ofte forekommende. Problemstillingen for lagmannsretten var en annen – nærmest den motsatte – av den som forelå i saken i Rt. 1994 side 1324. I den saken mente Høyesterett at man burde ha forent sakene mot de siktede til felles behandling. Dette er – som tidligere nevnt – den fremgangsmåten som normalt best sikrer sakens opplysning. I vår sak var det denne fremgangsmåten som var valgt, og spørsmålet for lagmannsretten var om man – på grunn av Ds nektelse av å avgi forklaring – burde fravike dette opplegget.

- (34) Jeg er etter en helhetsvurdering kommet til at forfølgningen mot A og B må anses å tilfredsstille de krav EMK artikkel 6 stiller til en forsvarlig og rettfærdig rettergang, selv om Ds politiforklaringer ble tillatt opplest uten at utsettelse av hovedforhandlingen mot A og B først ble forsøkt.
- (35) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Ankene forkastes.

- (36) Dommer **Støle:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (37) Dommer **Rieber-Mohn:** Likeså.
- (38) Dommer **Gjølstad:** Likeså.
- (39) Dommer **Aasland:** Likeså.
- (40) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Ankene forkastes.