



# NORGES HØYESTERETT

Den 8. juni 2004 avsa Høyesterett kjennelse i

**HR-2004-00999-A, (sak nr. 2004/44), straffesak, anke,**

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (assisterende riksadvokat Hans-Petter Jahre)

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

- (1) Dommer **Rieber-Mohn**: Spørsmålet i saken er om et avslag på prøveløslatelse begrunnet i forfølgning for andre/nye straffbare forhold – her alvorlige narkotikaforbrytelser – sperrer for den videre forfølgning av disse forhold, jf. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons tilleggsprotokoll 7 artikkel 4, heretter benevnt P 7–4. Videre er det spørsmål om det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten å tillate opplesning av politiforklaringen til et vitne som ikke var til stede og forgjeves forsøkt stevnet.
- (2) Ved tiltalebeslutning av 12. september 2002 ble A og B satt under tiltale blant annet for overtredelser av straffelovens § 162, 1. og 2. ledd, jf. 5. ledd og § 162, 1. ledd, jf. 5. ledd. For § 162, 1. og 2. ledd jf. 5. ledd lød tiltalens post I a – d slik:

*"Grunnlag:*

*a) Gjelder A og B*

**Forut for 5. mars 2002 i Østlandsområdet og i Bergen, ervervet og/eller oppbevarte de minst 55 gram heroin. De oppbevarte 31,7 gram av dette ved ----veien i Bergen 5. mars 2002.**

*b) Gjelder A og B*

**I perioden 1. til 5. mars 2002, i Bergen, solgte de heroin for kr. 63.913,50.**

*c) Gjelder A*

I desember 2000 i Østlandsområdet ervervet og/eller oppbevarte hun 40 gram heroin. Hun oppbevarte ca. 35 gram av dette i ----veien i Bergen 4. januar 2001.

**d) Gjelder A**

I juli 2001 i Østlandsområdet og i Bergen, ervervet, oppbevarte og/eller solgte hun minst 30 gram heroin."

- (3) Bergen tingrett avsa 26. mars 2003 dom med slik domsslutning:

**"A:**

1. A f. 00.00.66 dømmes for overtredelse av strl. § 162, 1. ledd jfr. 2. ledd jfr. 5. ledd, § 162, 1. ledd jfr. 5. ledd, § 326, 1. ledd nr. 2, § 391a 1. og 2. ledd, § 333, legemiddeloven § 31, 2. og 4. ledd jfr. § 24, 1. ledd, vegtrafikkloven § 31, 1. og 3. ledd jfr. § 22, 1. ledd og § 31, 1. ledd jfr. § 24, 1. ledd, 1. pkt, alt sammenholdt med strl. § 62, 1. ledd, § 63, 2. ledd og § 64 til en straff av fengsel i 4 – fire – år. Hun tilkommer fradrag i straffen for utholdt varetekt med 396 – trehundreogtittiseks – dager, jfr. strl. § 60.
2. Til fordel for statskassen inndras kr. 136 250,- – hundreogtrettisekstusentohundreogfemti – , jfr. strl. § 34.

**B:**

1. B f. 00.00.64 dømmes for overtredelse av strl. § 162, 1. ledd jfr. 5. ledd til en straff av fengsel i 5 – fem – måneder. Han tilkommer fradrag i straffen for utholdt varetekt med 88 – åttiåtte – dager, jfr. strl. § 60.
2. B frifinnes for tiltalebeslutningen post Ia."

- (4) Domfellelsen gjaldt for As del erverv og oppbevaring av til sammen ca. 106 gram heroin og salg av i alt ca. 38 gram av dette.
- (5) A anket dommen, mens den ble rettskraftig for Bs del. Anken gjaldt bevisvurderingen under skyldspørsmålet for de forhold som var nevnt i post I i tiltalebeslutningen, derav ett forhold under post II som var avledet av post Ic.
- (6) Gulating lagmannsrett avsa 4. november 2003 dom med slik domsslutning:

- "1. A, født 00.00.1966 dømmes for overtredelse av straffelovens § 162, 1. ledd, jf. 2. ledd, jf. 5. ledd og § 162, 1. ledd, jf. 5. ledd, og for de forhold som rettskraftig avgjort ved Bergen tingretts dom av 26. mars 2003, alt sammenholdt med strl. § 62, 1. ledd og 63, 2. ledd, til en straff av fengsel i 4 – fire – år. Hun tilkommer fradrag ved soning av straffen for utholdt varetekt med 432 dager, jf. strl. § 60.
2. A dømmes til å tåle inndragning av utbytte med kr 135.800 – kronerett hundreogtrettifemtusenåttehundre – i medhold av strl. § 34."

- (7) Lagmannsretten la til grunn at A ved tre anledninger hadde ervervet og oppbevart i alt ca. 110 gram heroin, og av dette var ca. 38 gram videresolgt. I tillegg kom de forhold som var rettskraftig pådømt i tingretten, blant annet oppbevaring av 7 og 2 gram heroin ved to ulike anledninger. For de forhold som knytter seg til post I a og b i tiltalen, kom lagmannsretten til at A hadde ervervet og oppbevart minst 48 gram og solgt minst 16 gram. Selv hadde hun erkjent erverv og oppbevaring av mellom 40 og 45 gram, og salg av ca. 6 gram.

- (8) Dommen ble av A anket til Høyesterett. Anken gjaldt saksbehandlingen, i første rekke at lagmannsretten hadde tillatt opplesning av politiforklaringen til B, og straffutmålingen. Bs forklaring var av påtalemyndigheten påberopt som bevis i forhold til tiltalebeslutningens post I a og b og knytter seg til differansen i kvantum mellom hva lagmannsretten fant bevist og hva tiltalte erkjente. Differansen utgjør 3–8 gram ved ervervet og oppbevaringen og 10 gram ved salget.
- (9) Ved beslutning 5. februar 2004 av Høyesteretts kjæremålsutvalg ble bare anken over saksbehandlingen tillatt fremmet.
- (10) I brev 17. april 2004 til Høyesteretts kjæremålsutvalg begjærte domfeltes forsvarer nektelsen av å fremme anken over straffutmålingen omgjort, slik at denne ankegrunn også ble tillatt fremmet. Bakgrunnen var at forsvareren, utenfor anken, ville ta opp enda en mulig saksbehandlingsfeil, nemlig spørsmålet om nektelsen av prøveløslatelse under gjennomføring av en eldre dom på 1 års fengsel, der nektelsen var begrunnet i at A var under forfølgning i den foreliggende narkotikasak, stenger for fortsatt forfølgning i denne saken. Uansett hevdet forsvareren at "oversoning" burde få følger for straffutmålingen. Jeg skyter her inn at A 25. oktober 2000 ble dømt i Drammen byrett til fengsel i 1 år blant annet for narkotikaforbrytelser. Hun påbegynte soningen av denne dom 31. oktober 2002 og ble løslatt ved endt tid 30. september 2003, etter at hun var nektet løslatelse på prøve ved to tredjedels tid 30. mai 2003, og etter at tingretten hadde avsagt dom i den narkotikasaken som nå behandles. Hun ble ved løslatelsen overført direkte til varetekt i anledning denne sak.
- (11) Høyesteretts kjæremålsutvalg besluttet 21. april 2004 å omgjøre utvalgets beslutning av 5. februar, slik at også anken over straffutmålingen ble tillatt fremmet.
- (12) Jeg er kommet til at anken må forkastes. Når det gjelder den saksbehandlingsfeil som forsvareren har tatt opp utenfor anken, og som gjelder spørsmålet om anvendelsen av P 7–4, viser jeg til Høyesteretts dom i sak nr 2003/1640, som er prosedert i sammenheng med nærværende sak. Nektelsen av prøveløslatelse kan således ikke virke sperrende for den videre forfølgning av narkotikaforbrytelsene som denne sak gjelder. Jeg nevner for øvrig at grunnlaget for nektelsen av prøveløslatelse ikke bygget utelukkende på "de nye straffbare forholdene", men også på at A var "gjenganger uten tilstrekkelig forberedt løslatelse", jf. vedtak 15. april 2003 av kriminalomsorgen Skien fengsel. Nektelsen var således utvilsomt begrunnet i en totalvurdering, slik straffegjennomføringslovens § 42 femte ledd forutsetter, og der det legges særlig vekt blant annet på faren for ny kriminalitet.
- (13) Jeg går så over til å behandle den opprinnelige anken over saksbehandlingen. Forsvareren har for det første anført at vitnet Bs forklaring skulle ha vært nektet opplest fordi påtalemyndigheten ikke hadde gjort tilstrekkelig for å få ham stevnet. Jeg kan ikke se at denne anførsel kan føre frem. Vitnet ble forsøkt stevnet på ordinær måte i god tid før hovedforhandling. Vitnestevning ble sendt 22. september 2003, og innkallelsen til hovedforhandling gjaldt fremmøte 28. oktober 2003. Da det ikke lot seg gjøre å få forkynt vitnestevningen, satte politiet etter det opplyste i verk etterlysning på landsbasis og kontaktet direkte ulike politidistrikter, uten resultat. I lys også av den begrensede betydning Bs politiforklaring antas å ha hatt som bevis i lagmannsretten, og som jeg kommer tilbake til, ser jeg det slik at det ville medføre uforholdsmessig ulempe å sørge

for muntlig avhør av vitnet. Vilklårene for opplesning etter straffeprosesslovens § 297 første ledd var for så vidt oppfylt.

- (14) Ved bedømmelsen av om det var riktig å tillate opplesning, blir det avgjørende kriterium om det var en reell mulighet for at opplesningen kunne ha en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis, se Rt. 2001 side 29 og foran nevnte kjennelse av 22. januar 2004, avsnitt 17. I beslutningen som tillot opplesning, forutsatte lagmannsretten at politiforklaringen "kan være av betydning" i forhold til tiltalens post I a.
- (15) Forsvareren har anført at lagmannsretten i den begrunnede beslutning som tillot opplesning, uriktig benevnt kjennelse, synes å ha lagt betydelig vekt på at vitnet B var medtiltalt ved tingrettens behandling av saken, og at A hadde adgang "til en kritisk utspørring" av ham under hovedforhandlingen. Det gjøres gjeldende at dette ikke er tilstrekkelig, siden lagretten og lagmannsretten ikke har fått vite noe om en eventuell krysseksaminasjon. Jeg er enig med forsvareren i at det ikke er tilstrekkelig at tiltalte på ett eller annet stadium har hatt adgang til å eksaminere vitnet, det må etterpå kunne dokumenteres på en betryggende måte hvordan en eksaminasjon eventuelt har funnet sted, jf. Høyesteretts kjennelse i Rt. 2003 side 1808, avsnitt 22 og kjennelse 22. januar 2004 i sak HR-2004-0128-A, avsnitt 25, som begge er kommet etter lagmannsrettens beslutning i denne sak.
- (16) Denne del av begrunnelsen for lagmannsrettens beslutning om å tillate opplesning, er ikke holdbar, og for så vidt foreligger det en saksbehandlingsfeil i lagmannsretten. Det er dessuten – som forsvarer også har anført – en feil i beslutningen når lagmannsretten synes å formulere problemstillingen som å gjelde bevisets betydning for skyldspørsmålet. Bevisets betydning for straffutmålingen må også tas med i vurderingen av om opplesning skal tillates.
- (17) Spørsmålet blir så hvilken virkning disse feil skal tillegges. Jeg kan vanskelig se at Bs politiforklaring har hatt noen utslagsgivende betydning i lagmannsretten. Som nevnt tidligere dekket As egen forklaring det meste av den narkotikamengde som er omhandlet i tiltalens post I a og b, og det ble beslaglagt hos henne store pengebeløp som hun ga en mindre troverdig forklaring på opprinnelsen til. Om bevisbedømmelsen uttrykker lagmannsretten seg slik i sine straffutmålingsbetraktninger:  
  
**"Basert på tiltaltes egen forklaring, beslag, utskrift av mobiltelefontrafikk, spaningsobservasjoner fra politivitnene C og D samt vitnet E, finner lagmannsretten at pengene i sin helhet stammer fra salg av heroin."**
- (18) Det er av lagmannsretten ikke på noe punkt referert til den oppleste politiforklaring, og jeg må legge til grunn at den ikke har hatt nevneverdig betydning. Det følger av dette, at feilene i lagmannsrettens begrunnelse for å tillate opplesning ikke kan ha innvirket på dommens innhold, jf. straffeprosesslovens § 343 første ledd.
- (19) Jeg tilføyer at jeg ikke er uten forståelse for forsvarers argumentasjon om at når påtalemyndigheten setter så vidt mye inn på å få gjennomført opplesning av en politiforklaring, er det nærliggende å anta at den anser forklaringen som et betydningsfullt bevis. Det er iallfall spørsmål, på bakgrunn av en del saker som har vært forelagt domstolene i de senere år, om ikke påtalemyndigheten bør vise noe større

tilbakeholdenhhet med å begjære opplesning av forklaringer, som den senere må bruke krefter på å redusere betydningen av.

(20) Når det gjelder straffutmålingen, er jeg blitt stående ved den straff som ble utmålt av tingrett og lagmannsrett – fengsel i fire år. Hensett særlig til de meget alvorlige narkotikaforbrytelsene, som gjaldt heroin, og til at domfelte drev en ikke ubetydelig salgsvirksomhet, kan jeg ikke legge nevneverdig vekt på at hun selv er misbruker, og at det er gått noe tid siden de straffbare forhold fant sted. Jeg har ved straffutmålingen tatt hensyn til at domfelte ved nektelsen av prøveløslatelse har måttet tåle noe lengre soning – en frihetsberøvelse hun ikke kan kreve fradrag for etter straffeloven § 60. Foranlediget av lagmannsrettens straffutmålingspremisser bemerker jeg ellers at jeg ikke kan se at det i denne saken, hvor samtlige av de sist pådømte forhold er begått etter Drammen byretts dom av 25. oktober 2000, er grunnlag for "å vektlegge de hensyn som ligger bak strl. § 64".

(21) Etter dette stemmer jeg for denne

#### K J E N N E L S E :

1. Anken forkastes.
2. I straffen fragår 557 – femhundreogfemtisyv – dager i varetekt.

(22) Dommer **Støle:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(23) Dommer **Bruzelius:** Likeså.

(24) Dommer **Lund:** Likeså.

(25) Dommer **Aasland:** Likeså.

(26) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

#### K J E N N E L S E :

1. Anken forkastes.
2. I straffen fragår 557 – femhundreogfemtisyv – dager i varetekt.