



NORGES HØYESTERETT

Den 19. november 2004 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2004-01924-A, (sak nr. 2004/1261), straffesak, anke,

A
B
C
D

(advokat Thomas Randby – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Erik Erland Holmen)

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

- (1) Dommer **Øie**: Saken gjelder adgangen til å lese opp under hovedforhandlingen i en straffesak forklaringer som er avgitt tidligere.
- (2) Kristiansand tingrett avsa 17. februar 2004 dom i en amfetaminsak med ni tiltalte. Anken til Høyesterett gjelder fire av de tiltalte: A, B, C og D.
- (3) A ble i tingretten dømt for sju overtredelser av straffeloven § 162 om narkotikaforbrytelse. Han ble blant annet funnet skyldig i å ha medvirket til erverv og overdragelse av ca. fire kilo amfetamin. Straffen ble satt til ubetinget fengsel i seks år.
- (4) B ble dømt for tre overtredelser av straffeloven § 162, samt for overtredelse av straffeloven § 162 b om dopingforbrytelse, våpenloven, vegtrafikkloven og legemiddeloven. Han ble blant annet funnet skyldig i å ha medvirket til erverv av ca. fem kilo amfetamin og til overdragelse av ca. to kilo amfetamin. Straffen ble satt til ubetinget fengsel i sju år. Straffen var en fellesstraff med resttid etter prøveløslatelse fra soning av en tidligere dom.
- (5) C ble dømt for tre overtredelser av straffeloven § 162. Han ble funnet skyldig i å ha medvirket til overdragelse av til sammen ca. to kilo amfetamin ved to anledninger og for oppbevaring av ett av disse kiloene. Straffen ble satt til ubetinget fengsel i fem år.

- (6) D ble dømt for overtredelse av straffeloven § 162 og § 317 om heleri. Han ble blant annet funnet skyldig i medvirkning til overdragelse av ca. en kilo amfetamin. Straffen ble satt til ubetinget fengsel i ett år og seks måneder. Straffen var en fellesstraff med en tidligere betinget dom.
- (7) A, B, C og D anket til Agder lagmannsrett over bevisvurderingen under skyldspørsmålet på alle punkter hvor de var funnet skyldig, men ikke alle tiltaleposter ble fremmet til ankebehandling. Påtalemyndigheten anket over bevisvurderingen under skyldspørsmålet for en tiltalepost som C var frifunnet for, samt over straffutmålingen overfor D. Også fire av de andre tiltalte anket.
- (8) I dom 28. juni 2004 la lagmannsretten la til grunn at B hadde kjøpt ca. 3,8 kilo amfetamin, mot ca. fem kilo i tingretten. C ble frifunnet for oppbevaring av ca en kilo amfetamin. For øvrig ble A, B, C og D dømt for de tiltaleposter som lagmannsretten behandlet for deres vedkommende. Straffen for disse forholdene og for de forhold som var rettskraftig avgjort av tingretten, ble satt til ubetinget fengsel i henholdsvis fem år for A og B, fire år og seks måneder for C og ett år og seks måneder for D.
- (9) A, B, C og D har anket til Høyesterett over lagmannsrettens saksbehandling. De har gjort gjeldende at lagmannsretten begikk en feil da den tillot at to forklaringer som var avgitt forut for hovedforhandlingen av F og G ble lest opp. Opplesning av begge forklaringer er etter de ankende parters syn i strid med straffeprosessloven § 297 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d. Opplesning av Fs forklaring er dessuten brudd på straffeprosessloven § 122 fordi F under avhøret ikke ble orientert om sin rett etter § 122 til å nekte å forklare seg. – As anke gjaldt også straffutmålingen, men denne delen av anken er ikke tillatt fremmet.
- (10) Etter at ankefristen var utløpt, anket også en femte tiltalt, E. Høyesteretts kjæremålsutvalg avviste anken ved kjennelse 1. november 2004 fordi anken var for sent fremsatt, og vilkårene for oppreisning ikke var oppfylt. Kjæremålsutvalget ga imidlertid uttrykk for at E ved sin forsvarer under ankeforhandlingen kunne få anledning til å argumentere for at vilkårene er oppfylt for å tillegge en eventuell feil virkning også overfor ham, jf. straffeprosessloven § 342 tredje ledd andre punktum.
- (11) *Jeg er kommet til at ankene ikke kan føre frem.*
- (12) F var Cs samboer. Hun var selv siktet for innførsel av 30 kilo amfetamin, men hennes sak er fortsatt under etterforskning. G er søsteren til F.
- (13) Søstrene F og G ble ikke innstevnet som vitner i tingretten. Det ble de derimot i lagmannsretten. Der møtte de under ankeforhandlingen, men meddelte at de ikke ønsket å forklare seg og ble derfor dimittert. Påtalemyndigheten krevde deretter at forklaringer de tidligere hadde avgitt, ble lest opp. Forsvarerne protesterte. Lagmannsretten tillot ved kjennelse 8. juni 2004 at en nærmere angitt del av en forklaringen som F hadde avgitt som siktet i et fengslingsmøte i Nedenes tingrett 24. oktober 2003, samt en politiforklaring som G hadde avgitt som vitne 20. oktober 2003, ble lest opp. Kjennelsen ble avsagt etter at det vesentligste av den øvrige bevisførsel om skyldspørsmålet var fullført. Det heter blant annet i kjennelsen:

”Aktors eventuelle opplesning av de to forklaringer tar sikte på å underbygge troverdigheten til H, et vitne som av så vel aktor som forsvarere er ansett som et sentralt

vitne i saken. H har møtt i lagmannsretten og her gitt forklaring om hva hun er blitt fortalt av nettopp F og G. Under sin eksaminasjon av så vel H som andre vitner har det fra forsvarerhold vært søkt påvist at hun er et lite troverdig vitne.

Lagmannsretten finner, etter en samlet vurdering av de bevisligheter som foreligger i saken, ikke å kunne anse forklaringene fra F og G som noe dominerende eller avgjørende bevis i saken, verken direkte eller indirekte ved vurderingen av Hs troverdighet, en troverdighet som må vurderes ut fra en lang rekke andre bevismomenter. Det bemerkes her at den del av Fs rettslige forklaring som er begjært opplest, kun gjelder hennes eget forhold.

Både F og G har helt nektet å avgi forklaring i lagmannsretten, og forsvarerne har således vært avskåret fra å stille kontrollerende og/eller supplerende spørsmål til dem. Lagmannsretten finner at dette ikke uten videre innebærer at opplesning vil være i strid med EMK artikkel 6 nr. 3 d. Denne bestemmelse må sees i sammenheng med artikkelens nr. 1. Først når en eventuell opplesning etter en samlet vurdering kan sies å krenke en tiltalts rett til rettferdig rettergang, må den avskjæres i medhold av nr. 3 d. Dette finnes her ikke å ville være tilfellet.”

- (14) Jeg ser først på anførselen om at det var i strid med straffeprosessloven § 297 og EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d å lese opp forklaringene fra F og G.
- (15) Etter mitt syn er det naturlige rettslige utgangspunkt straffeprosessloven § 296, og ikke § 297, siden både F og G møtte i lagmannsretten, men benyttet sin rett til å nekte å forklare seg. Paragraf 296 åpner blant annet for å lese opp vitneforklaringer når et vitne nekter å forklare seg. Bestemmelsen må imidlertid anvendes med de begrensninger som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 om rettferdig rettergang sammenholdt med nr. 3 d om retten til krysseksaminasjon, jf. blant annet avgjørelsen i Rt. 1990 side 1221. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har i en rekke saker uttalt seg om rekkevidden av disse begrensningene. Fra de senere år viser jeg særlig til dom 27. februar 2001 i saken *Lucà mot Italia* (sak nr. 33354/96), hvor det heter i avsnitt 39 og 40:

” 39. The evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument. There are exceptions to this principle, but they must not infringe the rights of the defence. As a general rule, paragraphs 1 and 3 (d) of Article 6 require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statement or at a later stage (see *Lüdi v. Switzerland*, judgment of 15 June 1992, Series A no. 238, p. 21, § 49, and *Van Mechelen and Others*, cited above, p. 711, § 51).

40. As the Court has stated on a number of occasions (see, among other authorities, *Isgrò v. Italy*, judgment of 19 February 1991, Series A no. 194-A, p. 12, § 34, and *Lüdi*, cited above, p. 21, § 47), it may prove necessary in certain circumstances to refer to depositions made during the investigative stage (in particular, where a witness refuses to repeat his deposition in public owing to fears for his safety, a not infrequent occurrence in trials concerning Mafia-type organisations). If the defendant has been given an adequate and proper opportunity to challenge the depositions, either when made or at a later stage, their admission in evidence will not in itself contravene Article 6 §§ 1 and 3 (d). The corollary of that, however, is that where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (see *Unterpertinger v. Austria*, judgment of 24 November 1986, Series A no. 110, pp. 14-15, §§ 31-33; *Saïdi v. France*, judgment of 20 September 1993, Series A no. 261-C, pp. 56-57, §§ 43-44; and *Van Mechelen and Others*, cited above, p. 712, § 55; see also *Dorigo v. Italy*, application no. 33286/96, Commission’s report of 9 September 1998, § 43, unpublished, and, on the same case, Committee of Ministers Resolution DH (99) 258 of 15 April 1999).”

- (16) Vurderingstemaet som EMD her stiller opp, er altså om en fellende dom bare eller i avgjørende grad vil være basert på vitneforklaringer som er avgitt av personer som den tiltalte ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre. En tilsvarende formulering er brukt i dom 5. desember 2002 i saken Craxi mot Italia (sak nr. 34896/97) avsnitt 86.
- (17) Høyesterett har i en rekke saker benyttet lignende formuleringer. I avgjørelsen i Rt. 1990 side 1221 ble det for eksempel lagt til grunn at en politiforklaring ikke kan leses opp dersom en fellende avgjørelse av skyldspørsmålet ”hovedsakelig vil måtte bygge på” forklaringen. I avgjørelsen i Rt. 1999 side 757 ble formuleringen ”det avgjørende eller et hovedsakelig bevis” brukt.
- (18) I noen avgjørelser fra de senere år er den rettslige norm imidlertid formulert noe annerledes. I avgjørelsen i Rt. 2001 side 29 heter det på side 33:
- ”På denne bakgrunn er det 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.”
- (19) I avgjørelsen i Rt. 2004 side 97 avsnitt 17 omtales den siterte formuleringen som en ”presisering – og antagelig modifikasjon – i vurderingstemaet”, sammenlignet med tidligere høyesterettspraksis. Og i saken i Rt. 2004 side 897 formulerer Høyesterett i avsnitt 17 vurderingstemaet slik:

”Som påpekt følger det av Høyesteretts praksis at opplesning av en politiforklaring i en situasjon som den foreliggende, må nektes dersom det er en reell mulighet for at forklaringen vil kunne få en utslagsgivende betydning ved den samlede bevisbedømmelsen.”

- (20) Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om hvorvidt den endrede måten å formulere vilkårene for å lese opp forklaringer er uttrykk for et endret syn på hvilke krav som gjelder. Avgjørende for meg er at § 296 ikke selv stiller opp begrensninger i adgangen til å lese opp forklaringer når et vitne nekter å forklare seg. Jeg finner derfor ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke inn strengere begrensninger enn dem som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d, slik begrensningene er forstått av EMD. Og det er ikke noe i de nevnte avgjørelser som tyder på at Høyesterett har ment å legge til grunn strengere krav enn EMD har stilt opp.
- (21) Spørsmålet må etter dette være om domfellelsene i vår sak bare eller i avgjørende grad er basert på de vitneforklaringer som ble lest opp. Lagmannsretten la i kjennelsen som tillot opplesning, til grunn at forklaringene fra F og G ikke ville være ”noe dominerende eller avgjørende bevis”. Den etterfølgende dommen bekrefter dette synet. Den øvrige bevisførsel var meget omfattende. En vesentlig del av amfetaminet var beslaglagt hos en av de tiltalte, en rekke vitner ble avhørt, og det ble også fremlagt utskrifter fra kommunikasjonsavlytting, oversikt over flyreservasjoner og dagboknotater. Formålet med å lese opp forklaringene fra F og G var særlig å kaste lys over troverdigheten til det sentrale vitnet H. Hs troverdighet var imidlertid også et sentralt spørsmål ved en stor del av den øvrige bevisførsel.
- (22) Jeg finner på denne bakgrunnen at domfellelsene i vår sak ikke i avgjørende grad er basert på forklaringene fra F og G. Følgelig ble det ikke begått noen feil da forklaringene ble lest opp.
- (23) F og G var ikke til stede da forklaringene ble lest opp. Forsvareren har anført at dette i seg selv var en feil fordi det kan tenkes at vitnene likevel ville ha svart på spørsmål etter at forklaringene ble lest opp. Siden det ikke dreier seg om avgjørende bevis, kan det etter mitt syn ikke være noen feil at forklaringene ble lest opp uten at vitnene var til stede. Men jeg tilføyer at det etter omstendighetene er anbefalelsesverdig at vitner som nekter å forklare seg, er til stede dersom forklaringene deres blir lest opp selv om det ikke dreier seg om avgjørende bevis.
- (24) Forsvareren har videre hevdet at det var en feil at vår sak ikke ble forent til felles behandling med saken mot F. Alternativt burde saken mot F ha blitt pådømt først. Sannsynligheten for at F ville ha forklart seg under hovedforhandlingen ville etter forsvarerens mening ha vært langt større dersom hun hadde blitt avhørt som tiltalt og ikke som vitne. Og dersom F hadde forklart seg, ville også mulighetene for at G hadde forklart seg vært større. Heller ikke på dette punkt kan jeg se at det er begått noen feil. Som fremholdt i Rt. 2003 side 1808 avsnitt 23 er det ikke noe vilkår for at tidlige forklaringer fra personer som er siktet i samme saksforhold, skal tillates opplest at sakene mot dem blir eller har vært forsøkt forent. Etter mitt syn var det i dette tilfellet heller ikke praktisk mulig å forene sakene eller å iretteføre saken mot F først.
- (25) Jeg går nå over på spørsmålet om det var i strid med straffeprosessloven § 122 å lese opp forklaringen til F. Bestemmelsen fritar bestemte persongrupper fra vitneplikt, blant annet en person som lever sammen med den siktede i et ekteskapslignende forhold. Vitnet skal gjøres oppmerksom på sin rett til å nekte å forklare seg før det blir avhørt, jf. § 127 første ledd.

- (26) F var samboer med C, og det er ikke bestridt at de to levde sammen i et ekteskapslignende forhold, jf. straffeprosessloven § 122. F ble i tingretten ikke gjort kjent med sin rett til å nekte å forklare seg som vitne. Bakgrunnen var at hun forklarte seg som siktet i egen sak og ikke som vitne. Det går frem av rettsboken at hun ble gjort kjent med sin rett som siktet til å nekte å forklare seg, og at hun var villig til å forklare seg.
- (27) I avgjørelsen i Rt. 1988 side 314 la Høyesterett på side 323 til grunn at det ikke var noen feil at en person som hadde forklart seg som tiltalt, og som var gjort kjent med sin rett som tiltalt til å nekte å forklare seg, ikke også var gjort kjent med sin rett etter § 122 til å nekte å forklare seg som vitne. Det avgjørende var at han var kjent med sin rett til å nekte å avgi forklaring.
- (28) F var gjort kjent med at hun ikke hadde forklaringsplikt. Hun visste dessuten at samboeren var siktet. Forklaringen som ble lest opp, gjaldt utelukkende Fs eget forhold; ikke samboerens forhold. I tråd med avgjørelsen i Rt. 1988 side 314 kan jeg da ikke se at det var noen feil at forklaringen ble lest opp selv om F ikke var gjort kjent med sin rett etter § 122. Ankene kan derfor heller ikke føre frem på dette punktet.
- (29) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Ankene forkastes.

- (30) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (31) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (32) Dommer **Flock:** Likeså.
- (33) Dommer **Aasland:** Likeså.
- (34) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Ankene forkastes.