



NORGES HØYESTERETT

Den 13. mai 2008 avsa Høyesterett dom i

HR-2008-00846-A, (sak nr. 2008/246), straffesak, anke over dom,

A (advokat Trygve Staff)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (kst. statsadvokat Svein Holden)

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

- (1) Dommar **Utgård**: Saka gjeld spørsmål om saksbehandlingsfeil ved opplesing av politiforklaring.
- (2) Ved tiltalevedtak 3. mars 2000 vart A, B og C sette under tiltale ved Oslo tingrett for brot på straffelova § 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 dei 9. januar 1999 på eit hotellrom i Kiel hadde oppbevart 48,41 kilo amfetamin, og at dei same dagen hadde forsøkt å føre inn narkotikapartiet med ferje frå Kiel til Oslo. A vart også tiltalt for eit par andre tilhøve som har mindre å seie i saka.
- (3) A vart funnen skuldig i samsvar med tiltalen av Oslo tingrett 21. mars 2002 og – etter bevisanke – av Borgarting lagmannsrett 23. mai 2003. For eitt mindre tilhøve var As bevisanke ikkje tillaten fremja. I lagmannsretten var saka mot dei tre sameina med behandling av straffutmålingsanke for ein fjerde, D. Lagmannsretten sette straffa for A til fengsel i 11 år. Ankane frå A og B vart forkasta ved Høgsteretts orskurd av 22. januar 2004, innteken i Rt. 2004 side 97. Denne orskurden inneheld nærare opplysningar om saksgangen, også for dei andre som var involverte i saka.
- (4) Anken for Høgsterett gjaldt spørsmål i samband med opplesing i lagmannsretten av politiforklaringar gitt av medtiltalte D. For dette spørsmålet klaga A og B til Den

europiske menneskerettsdomstolen (EMD). EMD kom i dom 9. november 2006 til at det i tilknytning til opplesinga av politiforklaringa frå D i lagmannsretten var handla i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6 nr. 1 og 3.

- (5) Kommissjonen til gjenopptaking av straffesaker avgjorde 14. desember 2006 at straffesaka mot A skulle takast oppatt, jf. straffeprosesslova § 391 nr. 2 b.
- (6) Saka vart av Høgsteretts kjæremålsutval vist til behandling i Eidsivating lagmannsrett, som 18. desember 2007 sa dom med slik domsslutning:

”1. A, født 23. november 1970, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd første punktum jf femte ledd og straffeloven § 162 første ledd og tredje ledd første punktum jf femte ledd jf. § 49. Straffen for dette og de forhold som er rettskraftig avgjort ved Oslo tingretts dom av 21. mars 2002, alt sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, fastsettes til fengsel i 9 – ni – år og 6 – seks – måneder.

Til fradrag ved avsoning av straffen kommer utholdt varetekt.

2. Saksomkostninger idømmes ikke.”

- (7) Sambuaren til A, E, var innkalla som vitne under ankeforhandlinga i lagmannsretten, men nekta å forklare seg. To politiforklaringar som ho hadde gitt på eit tidspunkt då ho sjølv var sikta i saka, vart då tillatne lesne opp. Før ho gav desse forklaringane var ho av politiet gjort kjend med at ho som sikta hadde rett til å nekte å forklare seg, jf. straffeprosesslova § 232, men ikkje med at ho hadde slik rett som nærstående, jf. straffeprosesslova § 122.
- (8) A har anka til Høgsterett. Prinsipalt blir lagmannsrettsdommen påstått oppheva grunna saksbehandlingsfeil med omsyn til opplesing av sambuaren si politiforklaring. Subsidiært er det gjort gjeldande at straffa er for streng ut frå den lange tida saka har tatt. Påtalemakta har anka til skjerpning av straffa.
- (9) *Eg er komen til at saksbehandlingsanken frå domfelte ikkje kan føre fram.*
- (10) Innleiingsvis vil eg seie litt om dei faktiske omstenda som saksbehandlingsanken knyter seg til. Som nemnt gjorde tysk politi 9. januar 1999 eit beslag av 48,41 kilo amfetamin. Etterforskinga førte til at A 22. juni 1999 vart pågripen og fengsla med brev- og besøksforbod.
- (11) Sambuaren, E, vart 30. juni 1999 forsøkt avhøyrte som vitne av lensmannsbetjent F. Det er protokollert at ho vart gjort kjent med retten sin etter straffeprosesslova § 122 til ikkje å forklare seg. I avhøyret heiter det: ”Vitnet er samboer med siktede A. Vitnet ønsker derfor å benytte seg av sin rett til ikke å avgi forklaring for politiet. Vitnet ønsker ikke å bli involvert i saken på den ene eller andre måten.”
- (12) Den 15. oktober 1999 vart E sikta i saka. Ho vart same dag avhøyrte, også denne gongen av lensmannsbetjent F. Det er protokollert at ho vart gjort kjent med ”sin rett til å nekte å avgi forklaring til politiet”. E vart avhøyrte på ny 2. november 1999, denne gongen med advokat til stades. Det var ein annan lensmannsbetjent som tok dette avhøyret. For begge politiforklaringane er det uomtvista at dei ikkje berre gjaldt hennar eige tilhøve, men at forklaringane i stor grad gjaldt situasjonen for sambuaren A.

- (13) Riksadvokaten avgjorde 17. januar 2000 at saka mot henne skulle leggjast bort.
- (14) Spørsmålet om opplesing av politiforklaringane til sambuaren var oppe alt då Oslo tingrett behandla straffesaka i 2002. I tingrettsdommen er berre uttala at det ikkje går fram av protokollasjonen at ho var gjort kjend med retten sin etter straffeprosesslova §§ 122 og 123 til å nekte å gi forklaring, og at politiforklaringa då ikkje kunne nyttast under hovudforhandlinga utan hennar samtykke. Borgarting lagmannsrett kom under ankeforhandlingane under tvil til at det ikkje var høve til opplesing etter straffeprosesslova § 235 då ho ikkje før politiavhøyra var gjort kjend med fritaksretten etter straffeprosesslova § 122. Retten la vidare til grunn at opplesing under alle omstende ville vere i strid med den tiltalte, A, sin rett til motavhøyr av vitne som blir førde mot han, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.
- (15) Under ankeforhandlingane for Eidsivating lagmannsrett – etter gjenopptakinga – kom retten til at opplesing skulle tillatast. Lagmannsretten uttala om dette:

”Det må legges til grunn at E – da hun avga sine forklaringer til politiet – var kjent med at hennes samboer – tiltalte A – var varetektsfengslet, og gjennom det siktet i samme sak.

Før E ble forsøkt avhørt som vitne ble hun orientert om straffeprosessloven § 122. Hun avga ingen forklaring som vitne. Før de 2 siste avhør – hvor hun ble avhørt som siktet – ble hun orientert om sin rett til ikke å forklare seg i egenskap av siktet. Lagmannsretten bemerker – med bakgrunn i anførelse fra siktede As forsvarer – at den ikke finner å legge til grunn at siktelsen av henne var begrunnet i en ønske om å få henne til å avgi forklaring. Hensett til hva som forelå av opplysninger i saken synes det ikke unaturlig at politiet gikk til det skritt å sikte henne, noe som også medførte at hun fikk rettigheter som siktet. At saken mot henne senere ble henlagt, etter at forholdene var blitt ytterligere opplyst, endrer ikke dette.

Den rettslige situasjon synes noe uavklart. Etter en samlet vurdering finner imidlertid lagmannsretten at det – slik saken ligger an – ikke vil være i strid med straffeprosessloven § 122 å lese opp de forklaringer E har avgitt til politiet. Lagmannsretten finner støtte for dette syn – og viser til – Magnus Matningsdal: Siktetes rett til å eksaminere vitner, sidene 25-35, se særlig sidene 31, 32 og 33, jf også de avgjørelser som Matningsdal viser til gjengitt i Rt-2004-1789 og Rt-1988-314. Ved at aktor og forsvarere vil bli gitt anledning til å stille spørsmål vil kravet til kontradiksjon være oppfylt og de sikte vil ikke være berøvet kravet om en rettferdig rettergang.

Es 2 forklaringer til politiet tillates etter dette opplest.

Opplesning av forklaringene vil skje mens E er til stede og aktor og begge forsvarere vil deretter bli gitt anledning til å stille spørsmål til henne.”

- (16) Dommen frå EMD i saka A og B mot Noreg gjaldt andre spørsmål enn i saka no, og eg går derfor ikkje inn på innhaldet i dommen. Det må elles nemnast at det frå forsvararen si side i saka no ikkje er gjort innvendingar mot måten avhøyret vart gjennomført på i Eidsivating lagmannsrett, og at saksbehandlingsanken berre går på at politiforklaringane frå sambuaren ikkje kunne lesast opp i lagmannsretten i og med at ho ikkje var gjort kjend med fritaksretten i straffeprosesslova § 122.
- (17) Etter straffeprosesslova § 235 skal eit vitne som er friteke for vitneplikt etter § 122 første eller andre ledd, gjerast merksam på retten sin før det blir avhøyr. I § 122 første ledd er

det fastsett at ektefellar er mellom dei som er fritekne for vitneplikt, og etter andre ledd gjeld det same for personar som lever saman i ekteskapsliknande forhold. Ei politiforklaring gitt av eit vitne som er nærstående til ein sikta, men der det ikkje før forklaringa vart gjort merksam på fritaksretten etter straffeprosesslova § 122, kan ikkje lesast opp i retten utan samtykke frå vitnet. Eg viser til avgjerdene i Rt. 1987 side 1318 og Rt. 1988 side 663, jf. også Andenæs, Norsk straffeprosess, band I, 2000, side 271 og Matningsdal, Siktedes rett til å eksaminere vitner, 2007, side 29. Det er ikkje nødvendig for meg å gå inn på i kva grad det kan vere heilt særlege situasjonar der dette standpunktet må modifierast.

- (18) Dersom den som skal forklare seg for politiet, sjølv er sikta i saka, skal vedkomande før forklaringa gjerast merksam på at ein sikta ikkje pliktar å forklare seg, jf. straffeprosesslova § 232. I eit tilfelle der også ein nærstående er sikta i same saka, er det spørsmål om det er tilstrekkeleg at vedkomande har vorte gjort kjend med regelen i § 232 eller om vedkomande også må ha vore gjort kjend med fritaksretten etter § 122.
- (19) Det er etter mitt syn gode grunnar for at politiet i slike tilfelle bør gjere den avhøyrd merksam på begge grunnlaga. Særleg klart er det i eit tilfelle der det kan vere tvil om den avhøyrd er merksam på at ein nærstående også er sikta i saka. At den avhøyrd blir gjort merksam på at ein nærstående er sikta og at dette fritek for forklaringsplikt, kan gi eit breiare grunnlag for vurdering av om det skal givast forklaring, enn om vedkomande var sikta åleine.
- (20) Retten til ikkje å forklare seg i eiga sak går først og fremst på vernet mot sjølvinkriminering. Fritaksretten i saker mot nærstående byggjer på omsynet til familielivet. Som uttrykt av Skeie, Den norske straffeprosess, band I, 1939, side 196, vil det kunne bli ei varig lidning for eit vitne ”at han ved sin forklaring har ødelagt en slektnings liv”.
- (21) Det vil likevel ikkje utan vidare vere ein saksbehandlingsfeil om ein sikta ikkje blir gitt orientering om begge fritaksgrunnlaga. Rt. 1988 side 314 gjaldt eit tilfelle med fem tiltalte. Tre av dei, i Rt. omtala som A, B og C var brør. A og C nekta å forklare seg i retten. B var derimot villig til å forklare seg. Lagmannen hadde ikkje orientert B om fritaksretten etter straffeprosesslova § 122. A gjorde i anken gjeldande at dette var i strid med hans prosessuelle rett. Det heiter om dette i dommen:
- ”[Anførselen] savner etter min mening grunnlag. B forklarte seg i retten som tiltalt, ikke som vitne, han hadde forsvarer, og han var så vel i lagmannsretten som i tidligere rettsmøter gjort oppmerksom på sin rett til å nekte å forklare seg. Hvorvidt lagmannen også har foreholdt ham og hans brødre bestemmelsene i § 122 første ledd, fremgår ikke av rettsboken, og etter min mening var det heller ikke grunn til å gjøre det i forhold til en medtiltalt som var kjent med sin rett til å nekte forklaring.”**
- (22) Dommen er knapp på dette punktet. Men det var her i alle fall slik at B var villig til å gi forklaring trass i at han var gjort kjend med at han ikkje plikta det. Og han stod i retten tiltala saman med dei to brørne, slik at han der og då kunne ha oversikt over dei følgjende ei forklaring ville kunne ha for familietilhøvet.
- (23) I ei nyare avgjerd innteken i Rt. 2004 side 1789 blir dommen frå 1988 omtala. Deretter blir det uttala:

”E var gjort kjent med at hun ikke hadde forklaringsplikt. Hun visste dessuten at samboeren var siktet. Forklaringen som ble lest opp, gjaldt utelukkende Es 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 E ikke var gjort kjent med sin rett etter § 122.”

- (24) Saka gjaldt innførsel av 30 kilo amfetamin. Saka mot E var framleis på etterforskingstidspunktet då saka mot sambuaren var for Høgsterett. Sjølv om forklaringa ikkje direkte gjaldt sambuaren sitt tilhøve, går det fram av avgjerda at føremålet var å kunne vurdere truverdet av forklaringa til ein H, som både aktor og forsvarar såg på som eit sentralt vitne i saka. Å tillate opplesing av E si forklaring, hadde såleis konsekvensar også for sambuaren hennar.
- (25) Denne siste avgjerda endrar såleis ikkje det som følgjer av 1988-dommen. Etter mitt syn var situasjonen der temmeleg parallell med situasjonen i vår sak. E var avhøyrd som vitne i juni, og ho fekk då kunnskap om at ho ikkje hadde vitneplikt i sak der nærståande var sikta. Sjølv om ho ikkje fekk orientering om fritaksretten etter straffeprosesslova § 122 ved avhøyra i oktober og november, må det framstå som sannsynleg at ho var klar over fritaksretten. Men om så ikkje skulle vore tilfelle, var ho klar over at ho ikkje hadde forklaringsplikt som sikta. Ho var også klar over at sambuaren også var sikta, og ho kunne vurdere i kva grad ho ville ta omsyn til dette. Såleis kunne ho heilt avstå frå å forklare seg, eller ho kunne velje å avstå frå å forklare seg om enkelte omstende. Det må her også kome inn at omsynet til sambuaren ikkje var abstrakt. Han hadde på dette tidspunktet vore varetaktsfengsla i nokre månader, og det måtte vere klart også for E at det var tale om ei svært alvorleg sikting. På same måte som i 1988-saka må det kunne seiast at omsyna til den nærståande var klare og nærliggjande, og at ei orientering om fritaksretten etter straffeprosesslova § 232 i tilstrekkeleg grad varetok også omsynet til familiesituasjonen. I 1988-saka er det elles ikkje opplysningar om at den medtiltalte broren på noko tidspunkt var gjort kjend med fritaksretten i § 122.
- (26) Eg er ut frå dette komen til at det ikkje var nokon saksbehandlingsfeil når politiforklaringane til E vart tillatne lesne opp.
- (27) Forsvarar har også gjort gjeldande at det var ein saksbehandlingsfeil når E sine forklaringar vart lesne opp, sjølv om det på førehand var klart at ho ikkje ville svare på spørsmål i retten, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Eg kan ikkje sjå at dette kan føre fram. Etter mitt syn var det ingen saksbehandlingsfeil at forklaringane vart lesne opp, noko eg nett har gjort greie for. Det er ikkje gjort gjeldande at lagmannsretten gjorde nokon feil ved den måten opplesinga vart gjennomført på; heller ikkje med omsyn til spørsmål til E etterpå. Det kan ikkje hindre opplesing at vedkomande før opplesinga gir uttrykk for ikkje å vilje forklare seg, når aktor og forsvarar blir gitt høve til å stille spørsmål etter opplesinga.
- (28) Heller ikkje på dette punktet var det då nokon saksbehandlingsfeil.
- (29) Eg meiner såleis at anken over saksbehandlinga ikkje kan føre fram. Då eg ut frå rådslåinga veit at eg er i mindretal med omsyn til dette spørsmålet, går eg ikkje inn på straffutmålinga.
- (30) Kst. dommer **Kaasen**: Jeg er under tvil kommet til at Es forklaring ikke skulle vært tillatt opplest, og at dette må føre til at dommen oppheves.

- (31) Som førstvoterende finner jeg det klart at hun skulle vært gjort uttrykkelig oppmerksom på sin rett til å nekte å forklare seg etter straffeprosessloven § 122.
- (32) Straffeprosessloven § 296 tillater opplesning av en tidligere avgitt politiforklaring når vitnet nekter å forklare seg for retten. Bestemmelsen setter ikke selv nærmere grenser, men den må anvendes innenfor de rammer som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d om retten til krysseksaminasjon, jf. blant annet avgjørelsen i 1990 side 1221. For meg er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.
- (33) Det foreligger etter mitt syn ikke klare holdepunkter i rettspraksis eller teori for hvilken adgang man har til å lese opp politiforklaringen i et tilfelle som vårt.
- (34) I avgjørelsen i Rt. 2004 side 1789 avsnitt 28 uttaler førstvoterende at "E var gjort kjent med at hun ikke hadde forklaringsplikt. Hun visste dessuten at samboeren var siktet. Forklaringen som ble lest opp, gjaldt utelukkende Es 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 E ikke var gjort kjent med sin rett etter § 122."
- (35) Som det fremgår av førstvoterendes redegjørelse, gjelder Es forklaring i det vesentlige As forhold, ikke hennes egne. Hun var heller ikke lenger siktet da forklaringen ble lest opp. Saken skiller seg også fra Rt. 1988 side 314. Her hadde en siktet i lagmannsretten forklart seg etter å ha blitt gjort kjent med retten etter § 232, jf. § 90. Hans bror – som også var siktet i saken – påberopte seg at det innebar en krenkelse av hans prosessuelle rettigheter at ikke også retten etter § 122 var påpekt, men fikk ikke medhold. Sammenhengen mellom de relevante faktorer var her etter mitt syn vesentlig mer umiddelbar enn i vår sak. Jeg lar det for min del stå åpent hvor langt avgjørelsen fra 1988, der den medtiltalte broren ikke på noe tidspunkt synes å ha vært gjort kjent med fritaksretten etter § 122, kan opprettholdes.
- (36) Hensynene bak de to fritaksreglene er forskjellige. Bestemmelsen i § 232, jf. § 90 skal særlig beskytte mot selvinkriminering, mens § 122 er satt til beskyttelse av vitnets – ikke mistenktes eller tiltaltes – egne interesser. I likhet med førstvoterende viser jeg her til Jon Skeie, Den norske straffeprosess I, side 196.
- (37) E var oppmerksom på sin rett etter § 122 da hun som vitne nektet å forklare seg til politiet omkring en uke etter at hennes samboer var blitt siktet. Dette taler for å anta at hun var kjent med fritaksretten også da hun vel tre måneder senere selv ble siktet. Hennes situasjon var imidlertid da en annen, og behovet for å forklare seg kunne i denne situasjonen meget vel være et annet enn da hun bare var vitne i samboerens sak. I praksis er det riktignok vanskelig å tenke seg at forklaringen kunne avgrenses slik at den ikke også berørte samboerens forhold. Men nettopp dette forholdet tilsier etter min mening at siktede måtte få klar beskjed om at hun også i denne situasjonen kunne påberope seg retten etter § 122.
- (38) Det er etter mitt syn viktig at siktede uttrykkelig gjøres kjent med retten til å nekte forklaring av hensyn til nærstående. Den forklaring retten bygger på – direkte eller i form av opplesning – må være gitt med tilstrekkelig innsikt i dette. Riktignok gir § 232, jf. § 90 siktede anledning til å nekte å avgi forklaring av en hvilken som helst grunn, herunder

hensynet til at en forklaring vil kunne være ugunstig for en medsiktet som også er en nærstående. Men hensynene bak § 122 tilsier man må sikre at dette elementet i vurderingen er klart for siktede i en situasjon hvor det ellers lett kan komme i bakgrunnen – ubevisst eller som følge av sviktende innsikt i prosessreglene. Dertil kommer at selve den omstendighet at siktede nekter å forklare seg kan etterlate et annet inntrykk når siktede uttrykkelig er gjort oppmerksom på retten etter straffeprosessloven § 122, ikke bare etter § 232, jf. § 90.

- (39) Det var derfor etter min mening i strid med § 122 at hennes forklaring ble opplest i lagmannsretten da hun nektet å gi forklaring i retten.
- (40) Det foreligger således etter mitt syn en saksbehandlingsfeil. Etter straffeprosessloven § 343 første ledd må det være ”en rimelig mulighet for at feilen har hatt betydning” for at den skal kunne tillegges virkning, jf. Rt. 2005 side 907 avsnitt 44. Det er ikke for meg nødvendig å gå nærmere inn på hvilken vekt Es forklaring hadde ved lagmannsrettens domfellelse av A. Det generelle inntrykk er at lagmannsretten i stor grad ble forelagt indisiebevis, hvor Es forklaring om tidspunkter, kontakter, telefoner, reiser osv. med rimelighet kan ha hatt betydning.
- (41) Den virkning saksbehandlingsfeilen etter dette må tillegges, er at dommen med ankeforhandling oppheves.
- (42) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (43) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Utgård.
- (44) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, kst. dommer Kaasen.
- (45) Dommer **Lund:** Likeså.

(46) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Riktig utskrift bekrefte: