



NORGES HØYESTERETT

Den 14. april 2010 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2010-00612-A, (sak nr. 2010/250), straffesak, anke over kjennelse,

A

B

C

D

(advokat Frode Sulland)

E

F

(advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Lars Erik Alfheim)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder anke over lagmannsrettens avgjørelse om å ikke ta til følge en begjæring fremsatt under ankeforhandlingen om opphevelse av tingrettens dom på grunn av en saksbehandlingsfeil. Den reiser blant annet spørsmål om det er en feil at siktede ikke er gjort kjent med straffeprosessloven § 122 om fritak for vitneplikt i saker mot nærstående siktede, men bare om sin generelle rett til ikke å forklare seg, jf. straffeprosessloven §§ 232 og 90.
- (2) Ved Asker og Bærum tingretts dom 16. januar 2009 ble brødrene A, C og D, samt Cs sønn B, F, E og ytterligere to personer dømt for blant annet grov korrupsjon, jf.

straffeloven § 276 b. De tre brødrene ble ansett å ha utøvet den straffbare handlingen som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf. straffeloven § 60 a. A ble dømt til fengsel i fem år og seks måneder, til å tåle inndragning med 422 000 kroner og til å betale erstatning til Bærum kommune med 15 897 000 kroner. De andre ble dømt til fengselsstraffer med varighet fra ett år og seks måneder til fire år, til å tåle inndragning, og til å hefte solidarisk med A for deler av Bærum kommunes erstatningskrav.

- (3) De tre brødrene ---, B, F og E anket til Borgarting lagmannsrett. Alle unntatt F anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for en del av tiltalepostene. Alle unntatt D anket også over straffutmålingen. Brødrene C og D anket dessuten over inndragningen, og alle anket over erstatningen. Påtalemyndigheten motanket overfor B og anførte at straffeloven § 60 a skulle vært anvendt også overfor ham, og straffen satt høyere. Ved beslutning 17. april 2009 henviste lagmannsretten ankene til ankeforhandling.
- (4) Lagmannsretten begynte ankeforhandling med lagrette 5. januar 2010. A forklarte seg fra 6. til og med 14. januar 2010, etter å ha blitt gjort kjent med at han ikke hadde plikt til å avgi forklaring. Han var også gjort kjent med fritaket fra forklaringsplikt om nærstående i straffeprosessloven §§ 122 og 123. Ved begynnelsen av ankeforhandlingen 15. januar 2010 opplyste forsvarerne at de hadde oppdaget at de tiltalte verken av politiet eller tingretten hadde vært foreholdt sin fritaksrett etter straffeprosessloven § 122. De gjorde gjeldende at dette var en saksbehandlingsfeil som måtte føre til heving av saken for lagmannsretten, siden A der var blitt konfrontert med sine politiforklaringer. Videre ble det gjort gjeldende at feilen måtte lede til opphevelse av tingrettens dom, jf. straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 3. Aktor motsatte seg dette.
- (5) Borgarting lagmannsrett avsa 21. januar 2010 kjennelse med slik slutning:
- ”1. Saken utsettes til behandling av nye dommere og ny lagrette.**
- 2. Begjæringen om opphevelse av tingrettens dom tas ikke til følge.”**
- (6) Lagmannsretten var enig med forsvarerne i at det var skjedd en saksbehandlingsfeil. Virkningen av denne feilen måtte bli utsettelse av saken til behandling med nye dommere og ny lagrette. Retten tok ikke begjæringen om opphevelse av tingrettens dom til følge, først og fremst under henvisning til at når ankeforhandlingen omfatter bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, foretas en fullstendig ny behandling av saken så langt den er henvist, jf. straffeprosessloven § 331. Eventuelle feil begått av tingretten blir uten betydning for lagmannsrettens behandling. Begrunnelsen inneholder også uttalelser om lagmannsrettens forståelse av sin kompetanse.
- (7) Påtalemyndigheten anket til Høyesteretts ankeutvalg over punkt 1 i lagmannsrettens kjennelse. Ved ankeutvalgets kjennelse 28. januar 2010 ble anken forkastet. Også ankeutvalget mente det var begått en saksbehandlingsfeil da A var blitt konfrontert med sine politiforklaringer i lagmannsretten, og at det da var riktig å beslutte utsettelse av saken til behandling med nye dommere og ny lagrette.
- (8) De domfelte anket deretter innenfor ankefristen over punkt 2 i lagmannsrettens kjennelse, idet de mente den konstaterte saksbehandlingsfeilen også måtte lede til opphevelse av tingrettens dom. Påtalemyndigheten påsto prinsipielt at ankene skulle avvises, idet avgjørelsen falt utenfor det som etter straffeprosessloven §§ 377 og 378 kan påankes, subsidiært at ankene skulle forkastes.

(9) Høyesteretts ankeutvalg traff 19. februar 2010 slik beslutning:

”Under arbeidet med saken i ankeutvalget har det oppstått spørsmål om rettsmidlene skal behandles etter reglene for anke over kjennelser og beslutninger eller reglene for anke over dom. Utvalget finner at dette spørsmålet må avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstoloven § 5 første ledd annet punktum. Utvalget beslutter samtidig at også realiteten i ankene uansett skal behandles i avdeling med fem dommere, jf. straffeprosessloven § 7 annet punktum jf. domstoloven § 5 første ledd annet punktum, eller straffeprosessloven § 323.”

(10) I brev fra Høyesterett til påtalemyndigheten og forsvarerne 22. februar 2010 ble det redegjort nærmere for de spørsmål ankene reiste. Redegjørelsen ble avsluttet slik:

”Partene må etter dette forberede saken med sikte på full overprøving i Høyesterett om tingrettens dom skal oppheves som følge av en eventuell saksbehandlingsfeil.”

(11) Under et saksforberedende møte 23. mars 2010 ble det avklart at spørsmålet om lagmannsrettens kompetanse til å prøve tingrettens saksbehandling og hva som var riktig rettsmiddel, måtte belyses. Aktor meddelte at påtalemyndigheten ville fastholde at det ikke var en saksbehandlingsfeil at politiforklaringene ble lest opp til konfrontasjon i tingretten, og partene ble bedt om å forberede saken med sikte på en fullstendig behandling av dette spørsmålet, samt spørsmålet om virkningen av en eventuell saksbehandlingsfeil.

(12) *Jeg er kommet til at ankene ikke fører fram.*

(13) Jeg behandler først spørsmålet om lagmannsretten ville hatt kompetanse til å oppheve tingrettens dom på grunn av saksbehandlingsfeil. Uten en slik kompetanse må Høyesterett uten videre forkaste anken.

(14) Som det fremgår, var det først etter at ankeforhandlingen var begynt, at det ble reist krav om at retten skulle oppheve tingrettens dom på grunn av saksbehandlingsfeil. Kravet kunne vært behandlet som en for sent fremsatt saksbehandlingsanke og dispensasjon vært vurdert, jf. straffeprosessloven § 318. Det skjedde ikke, og et spørsmål er da om lagmannsretten, etter at anken var henvist til ankeforhandling, fortsatt hadde adgang etter straffeprosessloven § 322 første ledd nr. 1 til å oppheve tingrettens dom uten ankeforhandling.

(15) Ordlyden i § 322 første ledd nr. 1 er ikke til hinder for at bestemmelsen anvendes på dette stadiet i ankebehandlingen. Plasseringen blant bestemmelser om ankesiling og anketillatelser kan heller ikke i seg selv hindre at den brukes etter at anken er henvist til ankeforhandling. Spørsmålet må være om straffeprosessloven § 53 annet ledd, som fastsetter at beslutninger kan omgjøres ”når ingen ervervet rett er til hinder”, innebærer en slik begrensning. I Rt. 2009 side 328 ble § 53 annet ledd ansett å hindre at retten avsa dom i medhold av § 322 første ledd nr. 3 etter at anken var henvist. Det ble pekt på at domfelte ved henvisningen iallfall hadde oppnådd en mulighet for å få endret dommen til sin gunst. Jeg legger til grunn at spørsmålet stiller seg annerledes i vår sak, der det er tale om opphevelse av tingrettens dom etter § 322 første ledd nr. 1. I motsetning til etter § 322 første ledd nr. 3 treffes det ved opphevelse etter nr. 1 ikke ny realitetsavgjørelse.

- (16) Prosessøkonomisk er det en klar ulempe om henvisningen av anken skal stenge for opphevelse av tingrettens dom etter § 322 første ledd nr. 1 der vilkårene for øvrig er oppfylt. I rettspraksis finnes det flere eksempler på slik opphevelse, se for eksempel Rt. 2000 side 500 og Rt. 2001 side 304.
- (17) Konklusjonen må bli at henvisningen av ankene i seg selv ikke var til hinder for at lagmannsretten eventuelt kunne opphevet tingrettens dom etter straffeprosessloven § 322 første ledd nr. 1.
- (18) Et annet spørsmål er om straffeprosesslovens regler om adgangen til å ta opp spørsmål utenom de domfeltes anke, jf. § 342, som også gjelder under prøvingen etter § 322 første ledd nr. 1, utgjorde noen begrensning i lagmannsrettens adgang til eventuelt å oppheve tingrettens dom.
- (19) Straffeprosessloven § 342 første ledd fastsetter at når ankedomstolen ikke skal prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, er den bundet av de ankegrunner som er angitt i anken. En nærliggende motsetningsslutning er at der ankedomstolen skal prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet – som vil være tilfelle for alle de domfelte unntatt F – er den ubundet av ankegrunnene og dermed fri til å ta opp enhver innsigelse som måtte bli reist mot tingrettens saksbehandling. Det er imidlertid neppe det lovgiverne har ment. Bakgrunnen for formuleringen har trolig vært at det ved bevisankene skal foretas en fullstendig ny prøving, jf. straffeprosessloven 331. Utgangspunktet er da at lagmannsretten *ikke* prøver tingrettens saksbehandling, fordi eventuelle feil normalt blir reparert av lagmannsrettens behandling.
- (20) Dette kan likevel ikke tilsi at bestemmelsene i § 342 annet ledd om kompetanse lagmannsretten har uansett ankegrunn, ikke også skal gjelde der anken gjelder bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Etter § 342 annet ledd nr. 3 kan retten oppheve dommen på grunn av rettergangsfeil som antas å kunne ha innvirket på dens innhold til skade for siktede. Etter nr. 4 kan retten etter omstendighetene oppheve dommen på grunn av feil som nevnt i § 343 annet ledd, altså der det foreligger en absolutt ugyldighetsgrunn. Dersom disse bestemmelsene ikke skulle gjelde, ville lagmannsretten være avskåret fra å oppheve tingrettens dom om den oppdaget en grov saksbehandlingsfeil, noe som etter omstendighetene kan være nødvendig for å oppnå reell toinstansbehandling. Av prosessøkonomiske grunner, og ut fra hensynet til de involverte, ville det være svært uheldig om det først måtte foretas en full ankeforhandling før opphevelse kunne skje.
- (21) Konklusjonen så langt er følgelig at verken tidspunktet for avgjørelsen eller manglende saksbehandlingsanke var til hinder for at lagmannsretten kunne ha opphevet tingrettens dom. Lagmannsretten har derfor ikke gått ut over sin kompetanse når den har foretatt en realitetsbehandling av de domfeltes krav.
- (22) Spørsmålet blir dernest hvilket regelsett Høyesterett skal behandle anken etter. Dette beror på hva slags avgjørelse lagmannsretten i realiteten har truffet. Avgjørelsen om ikke å oppheve tingrettens dom ble inntatt som punkt 2 i lagmannsrettens kjennelse 21. januar 2010. I realiteten er det imidlertid tale om en beslutning – ettersom avgjørelsen verken faller inn under definisjonen av dommer eller av kjennelser i straffeprosessloven § 30. Jeg nevner at dersom lagmannsretten hadde opphevet tingrettens dom, ville avgjørelsen vært

en dom, fordi den da ville avgjort anken over dommen, jf. § 30 første ledd annet punktum.

- (23) Beslutninger kan påankes etter reglene i straffeprosessloven kapittel 26. Da det er tale om anker over lagmannsrettens beslutning, er Høyesteretts prøvelsesadgang ikke begrenset etter straffeprosessloven § 388.
- (24) Aktor har påstått at ankene må avvises fordi det er tale om en prosessledende avgjørelse, jf. straffeprosessloven § 377, som ikke tillater anke over kjennelser og beslutninger som kan brukes som ankegrunn mot en dom, og § 378, som bare tillater anke over kjennelser og beslutninger under hovedforhandlingen i uttrykkelig angitte tilfeller. Forsvarerne har sagt seg uenig i dette.
- (25) Hovedregelen er at beslutninger og kjennelser kan påankes, jf. straffeprosessloven § 377. Unntak gjelder etter § 377 for avgjørelser som kan påankes etter reglene for anke over dommer eller som kan brukes som ankegrunn. Unntaket er myntet på de tilfellene hvor det foreligger en dom som kan angripes. Da er det dommen som eventuelt må påankes, ikke beslutningen eller kjennelsen. Der det ennå ikke foreligger noen dom, er det eventuelt § 378 om at man som hovedregel ikke kan påanke beslutninger og kjennelser truffet under hovedforhandlingen, som begrenser ankeadgangen. Etter mitt syn er imidlertid ikke denne bestemmelsen til hinder for å påanke beslutningen i vår sak. All den tid hovedforhandlingen er utsatt og skal begynne på nytt, kan avgjørelsen ikke anses som truffet under hovedforhandlingen. Påstanden om avvisning av anken tas derfor ikke til følge.
- (26) Spørsmålet blir så om det var riktig av lagmannsretten ikke å oppheve tingrettens dom. Forutsetningen for at opphevelse skal være aktuelt, er at det er skjedd en saksbehandlingsfeil. Jeg vurderer derfor først om det var en saksbehandlingsfeil å tillate opplesning fra politiforklaringene og å la de tiltalte forklare seg i retten om sine medsiktete nære slektninger, når de ikke på forhånd var orientert om at man ikke plikter å vitne mot sine nærmeste, jf. straffeprosessloven §§ 122 og 123.
- (27) Det foreligger to høyesterettsdommer om spørsmålet. I Rt. 1988 side 314 – en narkotikasak som involverte flere brødre – hevdet den ene broren, A, at det var en saksbehandlingsfeil at lagmannen hadde unnlatt å gjøre hans bror, B, oppmerksom på Bs rett etter § 122 til å være fritatt for vitneplikt, og at dette innebar en krenkelse av As prosessuelle rett. Høyesterett avviste anførselen på side 323:
- ”Den 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 som tiltalt til å nekte å forklare seg. Hvorvidt lagmannen også har foreholdt ham og hans brødre bestemmelsen i § 122 første ledd, fremgår ikke av rettsboken, og etter min mening var det heller ikke grunn til å gjøre dette i forhold til en medtiltalt som var kjent med sin rett til å nekte forklaring.”**
- (28) Spørsmålet kom opp igjen i Rt. 2008 side 657. Her hadde en kvinne vært innkalt som vitne for lagmannsretten i en sak mot samboeren. Da hun benyttet seg av retten til å nekte å forklare seg, jf. straffeprosessloven § 122, ble det lest opp fra en politiforklaring hun tidligere hadde gitt som siktet i saken. Før hun hadde avgitt politiforklaringen, var hun blitt gjort kjent med sin rett til ikke å forklare seg, jf. straffeprosessloven § 232, men ikke med fritaket for vitneplikt etter § 122. Høyesterett kom under dissens 3-2, og under tvil,

til at opplesning av politiforklaringen var en saksbehandlingsfeil. Om forholdet til dommen i Rt. 1988 side 314 uttalte annenvoterende, som representant for flertallet:

”Som det fremgår av førstvoterendes redegjørelse, gjelder Es forklaring i det vesentlige Cs forhold, ikke hennes egne. Hun var heller ikke lenger siktet da forklaringen ble lest opp. Saken skiller seg også fra Rt. 1988-314. ... 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.”

- (29) Det er dommen i Rt. 2008 side 657 som har vært ansett avgjørende når lagmannsretten og Høyesteretts ankeutvalg i sin kjennelse 28. januar 2010 har kommet til at opplesning av politiforklaringene i vår sak var en saksbehandlingsfeil. Ankeutvalget uttalte at Rt. 2008 side 657 innebar en viss endring av rettsstilstanden, og at utvalget, hensett til denne avgjørelsen, ikke kunne se at opplesning av As politiforklaringer i lagmannsretten i utgangspunktet ikke er en saksbehandlingsfeil.
- (30) Jeg er enig i at Rt. 2008 side 657 innebærer en endring i rettsstilstanden. Etter mitt skjønn bør imidlertid dommen i Rt. 2008 side 657 fravikes.
- (31) En siktet person har ikke plikt til å forklare seg for politiet eller for retten, jf. blant annet konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 g. Dette skal den siktede etter straffeprosessloven §§ 232 og 90 og påtaleinstruksen § 8-1 gjøres oppmerksom på. Begrunnelsen for at siktede ikke har forklaringsplikt, er at han eller hun skal spares for samvittighetskonflikten ved å velge mellom å lyve og å bidra til egen domfellelse. Fritaket fra vitneplikten i straffeprosessloven § 122 skal på samme måte spare vitnet for samvittighetskonflikten mellom å lyve, som for vitnets del også er straffbart, og å bidra til domfellelse eller tap av borgelig aktelse for en av sine nærmeste. Skeie påpeker riktignok at det ikke bare er samvittighetskonflikten man vil beskytte mot. Han fremhever at det vil kunne bli en varig lidelse for en person at han ved sin forklaring har ødelagt en slektnings liv, se Skeie: Den norske straffeprosess, bind I, 1939 side 196. I dommen i Rt. 2008 side 657 utledes det av dette at hensynet bak de to settene med fritaksregler er forskjellige, se avsnitt 36 jf. avsnitt 20. Jeg kan imidlertid vanskelig se at det er tale om noen vesensforskjell. Skeies kommentar knytter seg dessuten til spørsmålet om opplesning av vitneforklaringen bør kunne skje der vitnet har avgitt forklaring uvitende om sin vegringsrett. En siktet som er gjort kjent med sin generelle rett til å nekte å forklare seg, vil ikke være omfattet av denne situasjonen.
- (32) Det vektlegges i Rt. 2008 side 657 avsnitt 38 at den omstendighet at siktede nekter å forklare seg, kan etterlate et annet inntrykk når siktede uttrykkelig er gjort oppmerksom på retten etter § 122, ikke bare etter § 232. Dette henspiller antakelig på at det kan tale mot en siktet at han eller hun forklarer seg forbeholdent eller nekter å svare på spørsmål – noe rettens leder kan gjøre siktede oppmerksom på, jf. straffeprosessloven § 93 annet ledd. Derimot skal det ikke tale mot en siktet at han eller hun benytter seg av fritaket for vitneplikt etter straffeprosessloven § 122. Jeg kan likevel ikke se at dette er et viktig argument. Dersom den siktede unnlater å svare på spørsmål eller forklarer seg forbeholdent om nærståendes handlinger, vil rettens juridiske dommere være kjent med at dette er spørsmål den siktede kunne nektet å forklare seg om som vitne. Dette kan eventuelt viderefremidles til lekdommerne, uavhengig av om siktede er gjort kjent med § 122 eller ikke.

- (33) Mitt syn er altså at hensynene bak reglene om fritak fra vitneplikt om nærstående, jf. § 122 og 123, er tilstrekkelig ivaretatt gjennom den generelle orienteringen siktede får om at han eller hun ikke har plikt til å forklare seg. Dersom forklaringen fra en siktet om familiemedlemmers forhold skal nektes opplest fordi det ikke også er opplyst om straffeprosessloven §§ 122 og 123, vil det skape et unødig hinder for opplysningen av straffesaker.
- (34) Dette innebærer at tingrettens dom i vår sak ikke er beheftet med en saksbehandlingsfeil. Jeg tilføyer at jeg vanskelig kan se at det ville være nødvendig å oppheve tingrettens dom, også om det påberopte forholdet var å anse som en saksbehandlingsfeil. Retten til to-instansbehandling innebærer ikke rett til to feilfrie behandlinger – det er ved alvorlige saksbehandlingsfeil at tingrettens dom bør oppheves. Siden jeg er kommet til at tingrettens dom ikke er beheftet med saksbehandlingsfeil, går jeg ikke nærmere inn på dette.
- (35) Jeg stemmer for slik

K J E N N E L S E :

Ankene forkastes.

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

K J E N N E L S E :

Ankene forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: