



NORGES HØYESTERETT

Den 18. desember 2014 avsa Høyesterett dom i

HR-2014-02472-A, (sak nr. 2014/1747), straffesak, anke over dom,

A (advokat Halvard Helle)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (kst. statsadvokat Tor Børge Nordmo)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder lagmannsrettens saksbehandling ved domfellelse for promillekjøring, etter frifinnelse i tingretten. Det er spørsmål om hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag tilsa at lagmannsretten ikke skulle ha tillatt at et av vitnene forklarte seg ved fjernavhør. Og det er spørsmål om lagmannsretten har foretatt bevisvurderingen i strid med uskyldspresumsjonen.
- (2) Politimesteren i X satte 6. september 2013 A under tiltale for overtredelse av veitrafikkloven § 31 første til fjerde ledd, jf. § 22 første ledd – promillekjøring med bil i Y i Z tidlig om morgenen søndag 19. mai 2013. Indre Finnmark tingrett avsa 31. oktober 2013 frifinnende dom, under henvisning til at det var rimelig tvil knyttet til om A hadde ført bilen. Rettens formann stemte for domfellelse, og viste spesielt til at vitnet B hadde identifisert A som sjåfør.
- (3) Påtalemyndigheten anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Hålogaland lagmannsrett avsa 20. mai 2014 dom med slik domsslutning:
 - "1. A, født 00.00.1991, dømmes for overtredelse av vegtrafikkloven § 31 første til fjerde ledd, jf. § 22 første ledd til en straff av fengsel i 21 - tjueen - dager, som

gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf. straffeloven §§ 52-54, samt en bot til statskassen på 10 000 - titusen - kroner, subsidiært 15 - femten - dagers fengsel.

2. A fradømmes retten til å føre førerkortpliktig motorvogn for en periode på 17 - sytten - måneder regnet fra dommen blir rettskraftig, jf. vegtrafikkloven § 33 nr. 1, jf. tapsforskriften § 3-2 nr. 2. Til fradrag kommer den tiden føreretten har vært midlertidig tilbakekalt. Før gjenerverv av føreretten kreves full ny førerprøve, jf. tapsforskriften § 8-3 siste ledd."

- (4) Også lagmannsrettens dom ble avsagt under dissens, i det én av meddommerne kom til at det ikke var hevet over rimelig tvil at A hadde ført bilen.
- (5) A har anket til Høyesterett. Anken retter seg mot lagmannsrettens saksbehandling. Det er gjort gjeldende at lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil ved å avhøre vitnet B ved fjernavhør. Hun var et sentralt vitne, og det var flere uavklarte forhold omkring hennes vitneprov som tilsier at hun burde ha forklart seg direkte for lagmannsretten. Det var betenkelig å bruke fjernavhør, jf. straffeprosessloven § 109 a, og rettergangen har ikke vært forsvarlig, jf. Grunnloven § 95 første ledd, Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14. Utenfor anken er det gjort gjeldende at lagmannsrettens bevisbedømmelse er gjennomført i strid med uskyldspresumsjonen, jf. Grunnloven § 96 andre ledd, EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2.

- (6) A har lagt ned slik påstand:

"Hålogaland lagmannsretts dom av 20. mai 2014 med ankeforhandling oppheves."

- (7) *Påtalemyndigheten* har vist til at vilkårene for å tillate fjernavhør etter straffeprosessloven § 109 a var oppfylt, og at hensynet til en rettferdig rettergang ikke var til hinder for at lagmannsretten kunne tillate at B ga forklaring per telefon. Lagmannsrettens bevisbedømmelse er ikke strid med uskyldspresumsjonen.
- (8) *Påtalemyndigheten* har lagt ned slik påstand:

"Anken forkastes."

- (9) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (10) Som bakgrunn for de to spørsmålene saken reiser for Høyesterett, gjengir jeg følgende fra lagmannsrettens innledende beskrivelse av hendelsesforløpet:

"Lørdag 18.05.2013 startet tiltalte å drikke alkohol hos en kamerat som bor i nærheten av ham. Deretter dro han til en leilighet i nærheten av Æ restaurant hvor han deltok i feiring av Bs 18-års dag. Feiringen fortsatte på Æ restaurant, hvor tiltalte var til det stengte kl. 03.00. Sammen med flere andre dro han deretter tilbake til den leiligheten hvor de hadde vært før de dro på restauranten. Basert på tiltaltes egen forklaring legger lagmannsretten til grunn at han denne kvelden og natten drakk både øl, rusbrus og brennevin og at han ble beruset.

Festdeltakerne sørget for mye bråk, og eieren av leiligheten hvor festen fant sted, C, sørget etter hvert for at festdeltakerne forlot leiligheten. B hadde drukket en god del alkohol, og hadde sovnet på festen, men ble vekket da C kom, og hun gikk deretter til

naboen D. Både B og D så fra leiligheten at tiltaltes bil ble kjørt, og begge ringte politiet og varslet om promillekjøring.

Etter at C hadde avbrutt festen, dro tiltalte etter hvert til den kameraten som bodde i nærheten av ham, og hvor han hadde startet drikkingen. Der ble han senere pågrepet av politiet og tatt med til blodprøvetaking. Avstanden fra der festen fant sted til dette stedet er ca. 5 km. Blodprøve tatt søndag morgen omkring kl. 08.30 viste at tiltalte hadde en alkoholkonsentrasjon i blodet på 1,12 promille."

- (11) Både flertallet og mindretallet la til grunn at As bil ble kjørt denne natten, og at han var alkoholpåvirket. Det springende punktet ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet var om A selv førte bilen.
- (12) Jeg ser først på det spørsmålet som A har tatt opp utenom anken; om lagmannsrettens dom må oppheves fordi flertallet har gjennomført bevisvurderingen i strid med uskyldspresumsjonen.
- (13) Grunnloven § 96 andre ledd lyder:
- "Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven."**
- (14) Bestemmelsen kom inn i Grunnloven ved revisjonen i mai 2014. *Lønning-utvalget*, som utarbeidet det samlede forslaget til grunnlovsreformen, fremholdt at § 96 andre ledd befester "et særlig viktig rettsstatsprinsipp", jf. Dokument 16 (2011–2012) side 130. Og Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at § 96 andre ledd "grunnlovsfester innholdet i FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2", jf. HR-2014-2364-A avsnitt 29. Innholdet og rekkevidden må da fastlegges i lys at disse internasjonale parallellene, jf. også Grunnloven § 92.
- (15) Presumsjonen om uskyld rommer flere regler og prinsipper. Helt grunnleggende er det at i ordinære straffesaker må påtalemyndigheten bevise tiltaltes skyld utover rimelig tvil, jf. Rt. 2008 side 1409 avsnitt 89, Rt. 2010 side 655 avsnitt 17 og EMDs dom i *Barberà, Messegué og Jabardo mot Spania* 6. desember 1988 avsnitt 77. Den tiltalte kan på sin side ikke avkreves bevis for sin uskyld. Han kan heller ikke domfelles fordi han ikke har villet gi en fullstendig forklaring. Regelen her står i sammenheng med den tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv, jf. Grunnloven § 95 første ledd, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Jeg viser til Rt. 2011 side 800 avsnitt 40 og til EMDs dom i *John Murray mot Storbritannia* 8. februar 1996 avsnitt 41-54 og i *Telfner mot Østerrike* 20. mars 2001 avsnitt 15-18. I Telfner-dommen avsnitt 17 fremheves samtidig at "common-sense inferences" fra den tiltaltes taushet er i orden dersom påtalemyndigheten gjennom bevisførselen allerede har "established a case against him, which called for an explanation". Og i *Donohoe mot Irland* 12. desember 2013 avsnitt 84 heter det at "silence maintained in response to questions 'clearly calling for an explanation' can be taken into account although that negative inference cannot be the 'sole or main' basis for a conviction". Straffeprosessloven § 93 andre ledd – som åpner for at den tiltaltes taushet kan holdes mot ham – må forstås på denne bakgrunn.
- (16) Det sentrale spørsmålet i straffesaken mot A var om det var han eller noen andre som førte bilen den aktuelle morgenen. Ved redegjørelsen for bevisbedømmelsen på dette punktet, tok lagmannsrettens flertall følgende utgangspunkt:

"Tiltaltes bil ble funnet av politiet samme sted som tiltalte ble pågrepet. I bagasjerommet lå tiltaltes jakke med lommeboken hans. Tiltalte har forklart at han ble kjørt dit av en person, men at han var så full at han ikke husker hvem det var. Lagmannsrettens flertall bemerker at tiltalte etter pågripelsen for promillekjøring, burde være interessert i å finne ut hvem som hadde kjørt ham, og at miljøet på Y er såpass oversiktlig at det etter alt å dømme ville latt seg gjøre å finne ut av dette ved å spørre andre festdeltakere. At tiltalte ikke har kunnet oppgi hvem som kjørte ham, er således et bevismoment i hans disfavør."

- (17) Jeg utelukker ikke at lagmannsrettens flertall kan ha forsøkt å få frem at den ikke festet lit til tiltaltes forklaring om at det må ha vært noen andre som kjørte bilen hans. Men det dette avsnittet i lagmannsrettens dom etter sitt eget innhold gir uttrykk for – som opptakt til gjennomgangen av påtalemyndighetens bevisførsel – er at det er et bevismoment i tiltaltes disfavør at han ikke har opplyst hvem det var som kjørte bilen, ettersom *han selv kunne og burde ha sørget for å undersøke* dette i sitt nærmiljø. Dette er noe annet enn å trekke slike "common-sense" slutninger fra den tiltaltes taushet som uskyldspresumsjonen i noen grad tillater: Ved å legge vekt på at tiltalte selv kunne og burde ha sørget for en avklaring, har lagmannsrettens flertall i realiteten kommet i skade for å pålegge ham en utrednings- og bevisføringsplikt som ikke er forenlig med uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd, jf. EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2. Feilen knytter seg til et helt sentralt bevisstema i saken, og må derfor lede til opphevelse av lagmannsrettens dom med ankeforhandling, jf. straffeprosessloven § 342 første ledd nr. 3, jf. § 347 og Grunnloven § 92, jf. EMK artikkel 13.
- (18) Jeg går da over til spørsmålet om lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil da den tillot at vitnet B forklarte seg ved fjernavhør, jf. straffeprosessloven § 109 a.
- (19) Straffeprosesslovens utgangspunkt og hovedregel er at vitner forklarer seg for den dømmende rett ved personlig fremmøte i retten. Straffeprosessloven § 109 a åpner imidlertid for fjernavhør. Vilkårene er forholdsvis strenge, ettersom fjernavhør som hovedregel bare kan benyttes dersom vitnet ikke har møteplikt på grunn av lovens geografiske begrensninger, eller fordi "andre særlige forhold gjør fjernavhør ønskelig". Fjernavhør bør uansett ikke foretas dersom forklaringen "kan være særlig viktig", eller hvor andre forhold gjør det "betenkelig", se § 109 a første ledd andre punktum. Ved rettens vurdering av om fjernavhør vil være "betenkelig", skal det etter forarbeidene tas hensyn til om det vil være mulig å gjennomføre avhøret med lyd og bilde, eller bare med lyd, jf. Prop. 141 L (2009-2010) side 134. Jeg legger til grunn at med høykvalitets toveis-kommunikasjon med både lyd og bilde vil betenkeligheten ved fjernavhør være en del mindre enn ved rene telefonavhør. I saken her er det spørsmål om telefonavhør.
- (20) Rettens beslutning om å tillate at et vitne forklarer seg ved fjernavhør, kan ikke som sådan ankes eller gjøres til ankegrunn. Jeg viser til straffeprosessloven § 377 første ledd og § 315 første ledd, jf. Rt. 1995 side 1380, Rt. 1998 side 297 og Prop. 141 L (2009-2010) side 59-60. Men det kan ankes over en fellende dom på det grunnlag at fjernavhør ikke ga et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, jf. straffeprosessloven § 294 og retten til rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14.
- (21) Jeg legger til grunn at retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd er en selvstendig rettsnorm, hvor innholdet må fastlegges "i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området", jf. Dokument 16 (2011-2012) side 122. Samme sted fremhever *Lønning-utvalget* at den enkelte "vil således kunne påberope seg bestemmelsen overfor domstolene dersom hun eller han mener at retten til rettferdig

rettergang ikke er ivaretatt". Og ved "den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD". Dette bekreftes så langt også av Høyesteretts praksis, jf. Rt. 2014 side 964 avsnitt 10, Rt. 2014 side 1045 avsnitt 40 og Rt. 2014 side 1105 avsnitt 37.

- (22) Ved anke til lagmannsretten over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet skal det foretas en fullstendig ny prøving av bevisene så langt anken er henvist, jf. straffeprosessloven § 331 første ledd. Hvorvidt lagmannsrettens dom bygget på et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, vil derfor utelukkende kunne bero på bevisførselen slik den ble gjennomført for lagmannsretten. Forløpet frem til ankebehandlingen i lagmannsretten er likevel viktig for å belyse sammenhengen og utgangspunktene for lagmannsrettens bevisvurdering.
- (23) Som jeg tidligere har vært inne på, var det springende punktet i bevismessig forstand om A førte bilen selv. To vitner – C og B – hadde forklart for politiet at de hadde sett at det var A som kjørte bilen, og at det var på denne bakgrunn at de to også kontaktet politiet for å varsle om promillekjøringen. A har på sin side forklart at bilen ble ført av en annen, som han på grunn av egen alkoholpåvirkning ikke kan huske hvem var.
- (24) A ble, mot formannens stemme, frifunnet i tingretten. Om bevisbedømmelsen heter det i tingrettens dom:

"Retten flertall, de to meddommerne, finner det ikke bevist ut over rimelig tvil at det var tiltalte som kjørte bilen. Flertallet finner ikke å kunne legge avgjørende vekt på Bs forklaring. Hennes observasjon kan være usikker på grunn av at hun var beruset. Det må legges til grunn at hun var sterkt beruset. Hun måtte bæres i seng, og hun husket ikke under sin rettslige forklaring at hun hadde ringt politiet etter festen. Vitnet D kunne fra samme posisjon som B ikke se hvem som kjørte. Ds leilighet ligger i andre etasje, og det kan da være vanskelig å se hvem som kjører bil utenfor huset. C kunne heller ikke i retten bekrefte at tiltalte kjørte bilen, og flertallet finner da ikke å kunne legge til grunn hans opplysning til politiet på stedet. Det kan etter dette ikke utelukkes at en annen har kjørt bilen, og tiltalte må bli å frifinne."

- (25) B forklarte seg direkte for tingretten. Det foreligger ikke opptak av hennes forklaring.
- (26) Forut for ankeforhandlingen i lagmannsretten ba påtalemyndigheten om rettens samtykke til at B kunne forklare seg via telefon, ettersom hun på tidspunktet for ankeforhandlingen ville være på jobb på en plattform i Ø. Ved lagmannsrettens beslutning 16. mai 2014 ble begjæringen avslått, med følgende begrunnelse:

"I følge tingrettens dom side 4 var B det avgjørende vitnet ved vurderingen av skyldspørsmålet. B skal være det eneste vitnet som har observert at tiltalte var fører av bilen. Ved vurderingen av Bs forklaring delte tingretten seg i et flertall og et mindretall, hvor flertallet fant ikke å legge til grunn Bs forklaring om at tiltalte var fører."

Slik saken fremstår på nåværende tidspunkt synes Bs forklaring å være svært viktig for sakens opplysning. Lagmannsretten avslår derfor begjæringen om lydavhør (telefonavhør) av B, jf. straffeprosessloven § 109a."

- (27) Ved brev 19. mai 2014 – dagen før ankeforhandlingen – varslet imidlertid retten at den nå hadde besluttet å tillate at B skulle forklare seg ved telefonavhør. Noen begrunnelse er ikke gitt i brevet. Men det er opplyst for Høyesterett at B på dette tidspunktet fremdeles

befant seg i Ø. Med mindre det ble gitt tillatelse til fjernavhør, måtte ankeforhandlingen derfor omberammes.

- (28) Etter at fem vitner hadde forklart seg for lagmannsretten under ankeforhandlingen den 20. mai, trakk lagmannsretten seg tilbake for nok en gang å vurdere spørsmålet om telefonavhør av B, etter at forsvarer hadde protestert mot dette. I rettsboken er det gitt følgende begrunnelse for å tillate telefonavhør:

"At [vitnet] befinner seg på arbeid på en oljeboringsplattform er et særlig forhold som gjør fjernavhør ønskelig. Hennes forklaring er et viktig bevis, men sett i sammenheng med øvrige bevis er det ut fra de opplysningene som foreligger ikke riktig å si at det dreier seg om et særlig viktig bevis i lovens forstand. Det hun skal forklare seg om er for øvrig en oversiktlig problemstilling om hva hun har observert, og etter en totalvurdering finner lagmannsretten det forsvarlig med telefonavhør av henne. Dersom det likevel skulle vise seg at telefonavhør av det aktuelle vitnet ikke på forsvarlig vis kan opplyse saken, vil lagmannsretten kunne endre sin vurdering, og beslutte at det innkalles til ny ankeforhandling hvor det aktuelle vitnet møter for retten."

- (29) Lagmannsrettens avsa sin fellende dom senere samme dag. For så vidt gjaldt spørsmålet om A hadde ført bilen selv, påpekte lagmannsrettens flertall først at tiltaltes bil ble funnet der tiltalte ble pågrepet, og at hans jakke med lommebok lå i bagasjerommet. Etter å ha fremholdt at det var et bevismoment i hans disfavør at han – til tross for at miljøet i Y var oversiktlig – ikke hadde kunnet oppgi hvem som kjørte bilen, fortsatte lagmannsretten:

"Det taler også i hans disfavør at han overfor politiet i forbindelse med pågripelsen hadde uttalt at bilen ikke var kjørbar, samtidig som politiførstebetjent E prøvekjørte bilen over en strekning på ca. 200 meter uten å oppleve problemer med å kjøre den. Da han ankom stedet kjente for øvrig E at bilens panser var varmt, og at bilen hadde vært i bruk nylig.

Flertallet legger også vekt på at C overfor politiet forklarte at han to ganger denne natten hadde møtt tiltaltes bil mens han selv kom kjørende, og at han hadde sett at det var tiltalte som var sjåfør. Det svekker riktignok bevisverdien av hans forklaring noe at han senere har blitt utrygg på om observasjonen var riktig.

Videre vektlegger flertallet at B i politiavhør pr. telefon blant annet har forklart at hun fra leiligheten til D hadde utsikt til gårdsplassen utenfor, og at hun der så at tiltalte 'pakket en masse folk inn i bilen' og kjørte av gårde, at han senere kom tilbake, og at hun var livredd fordi han var 'dritings'. Hun forklarte også at hun så at en person på et tidspunkt forsøkte å stanse ham. Etter avhøret fikk hun referatet av forklaringen opplest, og hun bekreftet at det var riktig. I nytt avhør noen dager senere fikk hun lese igjennom det forrige avhøret, som hun godtok som sin forklaring. At hun under ankeforhandlingen et år senere har problemer med å huske hva som skjedde, svekker ikke på avgjørende måte bevisverdien av politiforklaringene avgitt relativt kort tid etter at hendelsen fant sted. Under ankeforhandlingen sa hun for øvrig at det hun hadde forklart til politiet sikkert var riktig.

Fra tiltaltes side er anført at B var kraftig beruset denne natten, og at hennes observasjoner derfor ikke er pålitelige. Lagmannsrettens flertall bemerker at hun ikke var mer påvirket enn at hun var i stand til å gjøre seg forstått overfor D og politiets operasjonssentral. Fra tiltaltes side er også anført at D ikke var i stand til å se hvem som kjørte tiltaltes bil, men etter flertallets mening svekker ikke dette påliteligheten av Bs forklaring om hva hun observerte mens tiltaltes bil var på gårdsplassen."

- (30) Når dette leses i sammenheng og i lys at den samlede prosesshistorien, er det etter mitt syn ikke tvil om at Bs vitneprov var helt sentralt i saken. Allerede dette tilsier at fjernavhør i form av telefonavhør burde fremstå som lite aktuelt, jf. vilkårene i § 109 a.

Jeg nevner at det rent praktisk – med et minimum av planlegging – ville være uproblematisk å legge til rette for at B kunne ha forklart seg direkte for lagmannsretten.

(31) I tillegg kommer de konkrete vanskelighetene med å vurdere Bs forklaring og påliteligheten av den: Det var omstridt hvor beruset hun var da hun observerte kjøringen, og hun skal innledningsvis i etterforskningen ha blitt lovet en form for "anonymitet". I sin forklaring for lagmannsretten husket hun lite, men antok at det hun hadde forklart for politiet – også det per telefon – "sikkert var riktig". Det har interesse her at flertallet i tingretten, etter å ha hørt henne forklare seg direkte for retten, ikke fant det forsvarlig å bygge på hennes vitneprov. Fremmøte for lagmannsretten ville, slik jeg ser dette, gitt et bedre grunnlag for kontradiksjon og en tydeligere påminnelse om ansvaret og alvoret forbundet med å forklare seg som vitne i en straffesak. Men viktigst er det, etter mitt syn, at en direkte forklaring måtte forventes å ville gi retten et vesentlig mer avklart grunnlag for bevisbedømmelsen enn et telefonavhør.

(32) Lagmannsrettens dom med ankeforhandling bør derfor oppheves også på dette grunnlaget, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd.

(33) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

(34) Dommer **Arntzen**: Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.

(35) Jeg behandler først spørsmålet om lagmannsrettens dom må oppheves fordi flertallets bevisbedømmelse er gjennomført i strid med uskyldspresumsjonen, jf. Grunnloven § 96 sammenholdt med EMK art. 6 nr. 2 og SP art. 14 nr. 2, og at rettergangen derfor ikke har vært rettferdig, jf. EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1.

(36) Uskyldspresumsjonen innebærer at det påhviler påtalemyndigheten å føre bevis for tiltaltes skyld, og at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.

(37) Det fremgår av rettsboken for lagmannsretten at det ble ført i alt seks vitner. Temaene for hva påtalemyndighetens vitner skulle forklare seg om er opplyst kort i bevisoppgaven. I tillegg avga tiltalte forklaring.

(38) I dommen redegjør lagmannsrettens flertall for momentene i bevisvurderingen, etter å ha opplyst om bevisresultatet. Jeg viser til det omstridte avsnittet, slik dette er gjengitt i førstvoterendes votum avsnitt 16 med fortsettelse i avsnitt 29.

(39) Isolert sett mener jeg setningen om at tiltalte "burde være interessert i å finne ut hvem som hadde kjørt ham, og at miljøet på Y er såpass oversiktlig at det etter alt å dømme ville latt seg gjøre å finne ut av dette ved å spørre andre festdeltakere", er uheldig formulert. Når det deretter står at det taler i tiltaltes disfavør at han ikke "har kunnet oppgi hvem som kjørte ham", kan det forstås slik at flertallet mener det påhviler tiltalte å finne ut av dette. Tolket i sin sammenheng, kan jeg likevel ikke se at lagmannsrettens flertall gjennom disse formuleringene i realiteten pålegger tiltalte å føre bevis for sin uskyld.

Slik jeg leser avsnittet, foretar flertallet en begrunnet troverdighetsvurdering av tiltaltes forklaring om at han "ble kjørt dit av en person, men at han var så full at han ikke husker hvem det var". Også mot slutten av samme avsnitt foretar flertallet en troverdighetsvurdering av tiltaltes uttalelser overfor politiet om at bilen ikke var kjørbær. På begge punkter konkluderer lagmannsretten med at tiltaltes forhold taler "i hans disfavør".

- (40) Flertallets bevisvurdering bygger i tillegg på andre bevis i saken, herunder politiførstebetjent Es observasjoner i tilknytning til pågripelsen, samt politiforklaringene fra vitnene C og B om at de hadde sett tiltalte kjøre bilen. Også passasjeren i bilens forsete ble avhørt som vitne, uten at hennes forklaring er omtalt i dommen.
- (41) De ulike bevismomentene i flertalls bevisvurdering supplerer hverandre og inngår i rettens helhetsvurdering. I en slik situasjon legger EMD i sin praksis til grunn at det ikke er i strid med uskyldspresumsjonen å trekke slutninger basert på "common sense" fra tiltaltes taushet eller unnlattelse av å bidra til sakens opplysning, jf. EMDs dom 8. februar 1996 John Murray mot Storbritannia avsnitt 51. Forutsetningen er at påtalemyndigheten først har etablert "a prima facie case against the accused, i.e. a case consisting of direct evidence which, if believed and combined with legitimate inferences based upon it, could lead a properly directed jury to be satisfied beyond reasonable doubt that each of the essential elements of the offence is proved. ... In addition, the trial judge has a discretion whether, on the facts of the particular case, an inference should be drawn". Videre uttales det i avsnitt 54 at nasjonale domstolers frie bevisvurdering innebærer at "all relevant circumstances, including the manner in which the accused has behaved or has conducted his defence" kan tas i betraktning som et ledd i den åpne bevisbedømmelsen.
- (42) Jeg kan under disse omstendigheter vanskelig se at lagmannsretten gjennom sin bevisbedømmelse i realiteten overførte bevisføringsplikten fra påtalemyndigheten til tiltalte i strid med Grunnloven § 96 sammenholdt med EMK art. 6 nr. 2 og SP art. 14 nr. 2. Lagmannsrettens dom kan følgelig ikke oppheves på et slikt grunnlag.
- (43) Jeg går så over til å behandle spørsmålet om lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil da den tillot at vitnet B forklarte seg ved fjernavhør, jf. straffeprosessloven § 109 a, og om det følgelig foreligger et brudd på straffeprosessloven § 294 sammenholdt med Grunnloven § 95, EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1 om rettfærdig rettergang.
- (44) Som det fremgår av førstvoterendes votum avsnitt 20, er lagmannsrettens avgjørelse om å tillate fjernavhør med hjemmel i straffeprosessloven § 109 a etter sin art uangripelig, og derfor ikke gjenstand for anke. Ved lovrevisjonen i 2010 vurderte departementet å innføre en begrenset ankerett over avgjørelser om fjernavhør tilsvarende den som gjelder for sivile saker etter tvisteloven § 29-3 tredje ledd. Departementet mente imidlertid at adgangen til å anke beslutninger heller burde vurderes under ett ved en senere revisjon av straffeprosesslovens ankekapittel, jf. Prop. 141 L (2009–2010) side 59-60. Bakgrunnen for begrensningen i overprøvingsadgangen er at beslutninger om blant annet fjernavhør er utpreget konkrete og skjønnsmessige.
- (45) For så vidt gjelder overprøving av saksbehandlingen etter straffeprosessloven § 294, viser jeg til Rt. 2008 side 1350 der Høyesterett i avsnitt 16 uttaler følgende:

"Jeg føyer til at Høyesterett etter mitt syn bør vise en viss tilbakeholdenhet med å overprøve lagmannsrettens egen vurdering av behovet for ytterligere bevisførsel. Dette gjelder særlig der spørsmålet må gjøres ut fra en samlet avveining av det totale, og ofte sammensatte, bevisbildet for lagmannsretten - et bilde som ikke kan gjenskapes for Høyesterett i forbindelse med en ake over lagmannsrettens saksbehandling."

- (46) Den samme tilbakeholdenhet bør etter min mening vises ved overprøvingen av lagmannsrettens konkrete avgjørelse av om ett enkelt vitne skal avhøres ved personlig oppmøte i retten eller ved fjernavhør.
- (47) Det er ikke konvensjonsregulering eller praksis fra EMD som uttrykkelig berører adgangen til fjernavhør. Spørsmålet om hvordan bevisførselen skal gjennomføres, synes langt på vei å være overlatt til nasjonalstatene. Forutsetningen er at forsvaret gis rett til å krysseksaminere aktoratets vitner og at tiltalte har adgang til å føre egne vitner på likeverdige vilkår, jf. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.
- (48) Når det gjelder det generelle kravet til rettferdig rettergang, fremgår det av EMDs dom 12. desember 2013 i saken Donohoe mot Irland avsnitt 73 at "[t]he Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings". Også ved vurderingen av tiltaltes rett til å føre bevis under bestemmelsens nr. 3 d vil EMD "look at the proceedings as a whole having regard to the rights of the defence but also to the interests of the public and the victims that crime is properly prosecuted ... and, where necessary, to the rights of witnesses". Det skal med andre ord foretas en helhetsvurdering av rettergangen, hvor hensynet til tiltalte og til andre berørte interesser ivaretas.
- (49) I forlengelsen av dette peker jeg endelig på sammenhengen med bevisføringsreglene i de tilfeller der et vitne ikke har møteplikt for domstolen. I slike situasjoner følger det av § 109 a første ledd tredje punktum at det kan foretas fjernavhør også "dersom forklaringen kan være særlig viktig". Et alternativ til fjernavhør vil være rettslig bevisopptak, jf. straffeprosessloven §§ 270-271. Også i saker med internasjonale forgreninger vil det typisk kunne være behov for å avhøre vitner i utlandet gjennom fjernavhør og bevisopptak. Så lenge noe annet ikke følger av konvensjonspraksis, mener jeg § 294 og Grunnloven § 95 ikke bør tolkes så strengt at det i praksis blir vanskelig å avvikle saker med slike vitner på en hensiktsmessig måte. Jeg er for øvrig enig med førstvoterende i at fjernavhør primært bør søkes gjennomført med lyd og bilde.
- (50) Med dette som bakteppe går jeg over til den konkrete vurderingen av om saken mot tiltalte ble fullstendig opplyst og om rettergangen var rettferdig.
- (51) Jeg tar utgangspunkt i at spørsmålet om å tillate fjernavhør ble behandlet under ankeforhandlingen etter at den øvrige muntlige bevisførselen var fullført, og etter at partene var hørt. Det følger uttrykkelig av straffeprosessloven § 272 sjette ledd første punktum, jf. § 327, at en avgjørelse om fjernavhør truffet under saksforberedelsen ikke er bindende under ankeforhandlingen. Straffeprosessloven § 109 a er for øvrig en skjønnsmessig regel, men med et utgangspunkt om at fjernavhør ikke "bør ... foretas om forklaringen kan være særlig viktig". Som det fremgår av rettsboken, var alternativet til å gjennomføre fjernavhør å avholde "ny ankeforhandling".
- (52) Jeg er enig med førstvoterende i at B var et sentralt vitne. I fagdommerens dissens i tingretten står det at hun i sin rettslige forklaring var "helt sikker på at hun hadde sett at

det var tiltalte som kjørte sin egen bil" den aktuelle natten. Jeg har videre merket meg at det kan reises spørsmål i tilknytning til påliteligheten av hennes observasjoner slik dette fremgår av underinstansenes dommer.

- (53) På den annen side kan jeg ikke se at Bs direkte forklaring for retten ville gitt et vesentlig mer avklart grunnlag for bevisbedømmelsen. Som det fremgår av lagmannsrettens dom hadde hun under ankeforhandlingen et år etter at den påtalte kjøringen fant sted "problemer med å huske hva som skjedde". I bevisvurderingen bygger flertallet derfor på hennes politiforklaring, som det da var adgang til å lese opp fra og foreholde henne. Det er for øvrig ikke opplyst om tekniske eller andre problemer som vanskeliggjorde fjernavhøret.
- (54) Som allerede nevnt, ble det ført ytterligere fem vitner i saken. Alle forklarte seg direkte for den dømmende rett. Samtlige vitner hadde hatt kontakt med tiltalte den aktuelle natten, og ble formodentlig innstevnet for å forklare seg om omstendigheter som kunne kaste lys over selve hendelsesforløpet.
- (55) Jeg kan på denne bakgrunn ikke se at saken ikke har vært fullstendig opplyst, jf. straffeprosessloven § 294, eller at rettergangen – "as a whole" – ikke har vært rettferdig, jf. Grunnloven § 95 sammenholdt med EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1.
- (56) Jeg stemmer for at anken forkastes.
- (57) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bårdsen.
- (58) Dommer **Kallerud:** Likeså.
- (59) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (60) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Riktig utskrift bekreftes: