



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 8. september 2022 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Kristin Normann
dommer Ingvald Falch
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Erik Thyness

HR-2022-1703-A, (sak nr. 22-017244STR-HRET)
Anke over Hålogaland lagmannsretts dom 3. januar 2022

A (advokat John Christian Elden)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Torstein Lindquister)

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

(1) Dommer **Falch:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder spørsmålet om tingretten må frita et vitne fra å møte til hovedforhandlingen, når vitnet meddeler at det vil benytte seg av sin rett til å nekte å forklare seg.
- (3) A er tiltalt for overtredelse av straffeloven § 282 og straffeloven 1902 § 219. Grunnlaget er at han i perioden 2014–2020 skal ha mishandlet sin kone, datter og sønn. Begge barna er nå voksne.
- (4) Under hovedforhandlingen traff Nord-Troms og Senja tingrett beslutning om at kona, datteren og konas søster, som alle var innkalt som vitner, fritas fra å møte i retten. Begrunnelsen er knyttet til at de alle hadde meddelt at de ville benytte seg av sin rett til å nekte å forklare seg, jf. straffeprosessloven 122. Rettsboken omtaler ikke sønnen, men lagmannsretten har lagt til grunn at også han ble fritatt av samme grunn.
- (5) Tingretten traff deretter beslutning om at politiforklaringene til de fire vitnene ikke tillates opplest.
- (6) Ved tingrettens dom 26. august 2021 ble A frifunnet, etter at også påtalemyndigheten hadde nedlagt påstand om det.
- (7) Påtalemyndigheten anket dommen til Hålogaland lagmannsrett og anførte at det var en saksbehandlingsfeil at vitnene ble fritatt fra møteplikt, og også at politiforklaringene ikke ble tillatt opplest. Lagmannsretten avsa 3. januar 2022 dom med denne domsslutningen:
- «Tingrettens dom med hovedforhandling oppheves.»
- (8) Lagmannsretten kom til at tingretten ikke hadde grunnlag for å frita de fire vitnene fra møteplikten. Verken opplysningene om at de ikke ville forklare seg eller innsendte sykmeldinger ga grunnlag for det. Videre kom lagmannsretten til at fritakene av de tre fornærmede vitnene var en saksbehandlingsfeil som kunne ha innvirket på dommens innhold. Lagmannsretten tok derfor ikke stilling til om det var riktig å nekte opplesing av politiforklaringene.
- (9) A har anket dommen til Høyesterett.
- (10) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 4. april 2022 å tillate anken fremmet «for så vidt gjelder spørsmålet om møteplikt, herunder om det utgjør en saksbehandlingsfeil at de fire vitnene ble fritatt fra møteplikt, og i så fall om det må antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold». For øvrig ble anken nektet fremmet.
- (11) A gjør gjeldende at tingretten korrekt fritok vitnene fra møteplikt. Tingrettens dom må derfor stadfestes, subsidiært må lagmannsrettens dom oppheves.

- (12) Han anfører at Rt-2004-1719 ikke kan opprettholdes, fordi begrunnelsen ikke lenger er holdbar. Nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) viser at vitnets fremmøte nå er uten betydning for adgangen til å føre vitnets politiforklaring som bevis. Straffeprosessloven § 126 andre og tredje ledd må derfor anvendes etter sin ordlyd. Tingretten hadde under enhver omstendighet anledning til å fritta vitnene fra møteplikten etter en vurdering. En eventuell saksbehandlingsfeil kan uansett ikke ha hatt betydning for domsresultatet.
- (13) *Påtalemyndigheten* har tatt til motmæle og påstår at anken må forkastes. Lagmannsrettens dom er riktig. Rt-2004-1719 står seg, da fremmøte fremdeles kan være av betydning for muligheten for å føre vitnets politiforklaring som bevis. Det er også ellers behov for at slike vitner møter. Da kan det avklares om en tidligere meddelelse om at vitnet ikke vil forklare seg, opprettholdes og bygger på vitnets frie vilje.

Mitt syn på saken

Rammen for ankesaken

- (14) Lagmannsretten opphevet tingrettens dom fordi tingretten hadde gjort en saksbehandlingsfeil ved å fritta vitnene fra plikten til å møte til hovedforhandlingen. Ved overprøvingen av lagmannsrettens dom har Høyesterett full kompetanse.
- (15) Lagmannsretten kom til at fritaket av det ene vitnet – tiltaltes svigersøster – ikke kan ha virket inn på tingrettens dom, og derfor ikke kan begrunne opphevelse av dommen. Dette er ikke utfordret for Høyesterett. I fortsettelsen konsentrerer jeg derfor drøftelsen om de tre andre vitnene – tiltaltes kone og to barn – som alle har stilling som fornærmede i straffesaken.
- (16) De fornærmede vitnene var stevnet til å møte til hovedforhandlingen i tingretten. På grunn av det nære forholdet til tiltalte, har de rett til å nekte å forklare seg for retten, jf. straffeprosessloven § 122 første ledd første punktum. Tingretten var på forhånd blitt meddelt at de ville benytte seg av denne retten. Detaljene kommer jeg tilbake til.
- (17) Hovedspørsmålet er om det i denne situasjonen var feil av tingretten å fritta de fornærmede vitnene fra møteplikten.

Vitners møteplikt – rettslig regulering

- (18) Utgangspunktet følger av straffeprosessloven § 108: «Enhver» som innkalles, plikter å møte som vitne og å forklare seg for retten, «med mindre annet er bestemt ved lov». Den samme plikten følger av § 109 første ledd første punktum.
- (19) Regelen har sammenheng med bevisumiddelbarhetsprinsippet, som blant annet følger av § 296 første ledd: Vitner «bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det». Møteplikten håndheves derfor strengt, se for eksempel Rt-1987-1420.

- (20) Det er i § 126 andre og tredje ledd gjort unntak fra vitners møteplikt. Ordlyden er:
- «Innkalles et vitne som har rett til å nekte å gi forklaring om det forhold det skal spørres om, kan det i stevningen tilføyes at fremmøte er unødvendig dersom vitnet er bestemt på å nekte å forklare seg.
- Melder et vitne tidsnok før rettsmøtet at det vil nekte å gi forklaring, skal stevningen tilbakekalles om nektelsen finnes grunnet.»
- (21) Tredje ledd fastslår at vitnestevningen «skal» tilbakekalles dersom vitnet har rett til å nekte å gi forklaring og er bestemt på å bruke denne retten, forutsatt at nektelsen finnes «grunnet». Tatt på ordet er det nærliggende å oppfatte dette slik at retten har *plikt* til frita vitnet fra å møte når vilkårene er oppfylt. Bestemmelsen kan ses i sammenheng med straffeprosessloven § 113, hvor det heter at «[u]nødig tidsspille og ulempe for vitnene skal søkes unngått».
- (22) Straffeprosessloven § 126 andre og tredje ledd er behandlet i Rt-2004-1719. Etter å ha sitert bestemmelsene, sier førstvoterende:
- «(19) Forarbeidene sier ikke mer enn at tvistemålsloven § 210 har tilsvarende regler. Hensynene bak er åpenbart bare å søke å unngå at vitner påføres uleilighet ved å måtte møte for retten når fremmøte ikke vil ha betydning for sakens opplysning. Etter annet ledd er det innkallende myndighet som har utspillet, etter tredje ledd er det vitnet. Reglene endrer ikke utgangspunktet om møteplikt etter § 108 også for disse vitnene.
- (20) Bestemmelsene har etter det opplyste nærmest ikke hatt noen betydning i praksis – fremgangsmåten brukes ikke.
- (21) Det er en klar sammenheng mellom § 126 annet og tredje ledd og lovens regler om adgangen til opplesning av forklaringer avgitt under etterforskningen, som ble vedtatt samtidig, og som er inntatt i § 296 og § 297. Sistnevnte regler er senere blitt fortolket på bakgrunn av EMK og er gitt et innhold som er modifisert i forhold til det en kan lese ut fra ordlyden. Høyesterett har behandlet dette i en lang rekke avgjørelser. Også § 126 annet og tredje ledd må vurderes i relasjon til de regler som EMK oppstiller, og på bakgrunn av de retningslinjer for opplesning av blant annet politiforklaringer som EMD har trukket opp. Det at et vitne møter frem, har større betydning i dag enn tidligere for opplesningsadgangen og dermed for sakens opplysning. Etter någjeldende regler på dette området, er grunnlaget for å ha regler som i § 126 annet og tredje ledd, bortfalt. Når bestemmelsene heller ikke har vært tatt i bruk i praksis, må de i dag kunne anses som 'foreldet' – og ikke lenger gjeldende rett. Noe annet er at et vitne kan oppnå å få samtykke til å unnlate å møte, men dette skjer etter en vurdering av om det er nødvendig for sakens opplysning at vitnet møter.»
- (23) Høyesterett fastslår her i avsnitt 21 at grunnlaget for straffeprosessloven § 126 andre og tredje ledd er «bortfalt». Bestemmelsene må anses «som 'foreldet'».
- (24) Begrunnelsen er i stor grad knyttet til betydningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6. EMD hadde den gang tolket konvensjonen

slik at vitnets politiforklaring lettere kunne føres som bevis dersom vitnet var til stede i retten. Tiltaltes rett til kontradiksjon i artikkel 6 nr. 3 bokstav d ble i utgangspunktet ivarettatt ved at tiltalte eller forsvaren fikk anledning til å stille spørsmål til vitnet, selv om vitnet benyttet seg av retten til ikke å svare. Jeg viser her til Rt-2003-1808 avsnitt 17–18, med henvisninger til EMDs praksis. Straffesaken ville med andre ord bli bedre opplyst om vitnet møtte.

- (25) Forsvareren har, i tråd med tingrettens begrunnelse, anført at det har skjedd en utvikling i EMDs praksis siden 2004. Adgangen til å føre politiforklaringen som bevis hevdes nå å være upåvirket av om vitnet møter eller ikke. Konsekvensen må, hevdes det, være at § 126 andre og tredje ledd ikke lenger kan anses bortfalt, men må anvendes etter sitt innhold.
- (26) Jeg er enig med forsvaren i at det her har skjedd en utvikling i EMDs praksis, og derved også i norsk rett. De vurderingene som nå må gjøres før politiforklaringen kan føres som bevis, er utviklet nærmere i ettertid og omtales gjerne med stikkordet «Al-Khawaja-testen», se EMDs storkammerdom 15. desember 2011 i saken *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 118 og storkammerdom 15. desember 2015 i saken *Schatschaschwili mot Tyskland* avsnitt 103 følgende.
- (27) Testen er utviklet i situasjoner hvor vitnet *ikke møter*. Men den brukes også i saker hvor vitnet *møter*, men nekter å forklare seg. Her viser jeg særlig til EMDs kammerdom 28. august 2018 i saken *Cabral mot Nederland* avsnitt 33 og kammerdom 26. juli 2018 i saken *N.K. mot Tyskland* avsnitt 55 følgende. Sistnevnte gjaldt et tilfelle ikke ulikt vårt, hvor tiltaltes ektefelle var fornærmet og møtte, men nektet å forklare seg.
- (28) Dette innebærer at vitnets fremmøte har mindre betydning for adgangen til å føre politiforklaringen som bevis nå, enn hva fremmøtet synes å ha hatt etter den praksis som forelå i 2004. Jeg kan imidlertid ikke se at den relativt kasuistiske EMD-praksis som så langt foreligger, klarlegger at fremmøtet er irrelevant. Her viser jeg til at EMD i flere avgjørelser fremhever at dersom vitnet møter, får retten mulighet til å se vitnet i vitneboksen «and assess his demeanour in response to cross-examination», se blant annet kammerdom 17. oktober 2019 i saken *Oddone og Pecci mot San Marino* avsnitt 100 med henvisninger. Den er avsagt etter de nevnte Cabral- og N.K.-dommene. Al-Khawaja-testen munner uansett ut i en helhetsvurdering etter EMK artikkel 6 nr. 1, med sikte på å avgjøre om rettergangen samlet sett blir rettferdig om politiforklaringen føres. De konkrete omstendighetene knyttet til vitnets fremmøte kan i den forbindelse ikke utelukkes å få betydning.
- (29) Jeg kan derfor ikke se at utviklingen i EMDs praksis er en tilstrekkelig grunn til å fravike Rt-2004-1719. I tillegg står Høyesteretts synspunkt om ikke-bruk av lovbestemmelsene, se avsnitt 20, minst like sterkt i dag.
- (30) For egen del legger jeg til at gode grunner tilsier at retten gis anledning til å fastholde innkallingen, selv om vitnet har meddelt at det vil benytte seg av retten til å nekte å gi forklaring. Da får retten mulighet til selv å høre vitnets oppdaterte standpunkt, eventuelt også hvordan vitnet stiller seg til bruken av politiforklaringen. I en del tilfeller kan vitnet komme til å se annerledes på disse spørsmålene etter å ha møtt frem. Særlig aktuelt kan dette være i tilfeller som i saken her, hvor vitnene har status som fornærmede og tiltalte er deres nærstående.

- (31) Konsekvensen av at Rt-2004-1719 ligger fast, er at retten ikke har *plikt* til å frita et vitne fra møteplikten. Dette betyr imidlertid ikke at retten er helt avskåret fra å frita vitnet. Her viser jeg til det som fremgår avslutningsvis i avgjørelsens avsnitt 21:

«Noe annet er at et vitne kan oppnå å få samtykke til å unnlate å møte, men dette skjer etter en vurdering av om det er nødvendig for sakens opplysning at vitnet møter.»

- (32) Dette innebærer at retten etter en nærmere konkret vurdering fremdeles *kan* frita vitnet fra møteplikten. Mulighetene for at bevisbildet styrkes om vitnet møter, vil da stå sentralt.
- (33) Forsvareren har endelig fremholdt at påleggene om møteplikt vil stride mot EMK artikkel 8. Det er jeg i en sak som denne ikke enig i. Selv om påleggene kan ses som inngrep i vitnenes privatliv og familieliv, har de hjemmel i straffeprosessloven §§ 108 og 109 og forfølger et legitimt formål knyttet til iretteføring av straffesaken. Inngrepene vil være forholdsmessige når forutsetningen er at fremmøte kan bidra til sakens opplysning.

Avgjørelsen av den konkrete saken

- (34) Det fremgår av det jeg har sagt, at lagmannsrettens lovanvendelse er korrekt. Tingrettens standpunkt om at rettstilstanden etter Rt-2004-1719 er forlatt, med den konsekvensen at vitnene måtte fritas fra møteplikten, er ikke riktig.
- (35) Mitt syn er videre at tingretten i dette tilfellet heller ikke kunne ha fritatt de fornærmede vitnene fra møteplikten etter en nærmere skjønnsmessig vurdering. Hensynet til sakens opplysning tilsa etter min mening at de måtte møte, og jeg viser her til de momentene som jeg straks kommer til. Det er derfor riktig som lagmannsretten kom til, at tingretten gjorde en saksbehandlingsfeil da den fritok de fornærmede vitnene fra møteplikten.
- (36) Etter straffeprosessloven § 343 første ledd skal saksbehandlingsfeil bare komme i betraktning «når det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold». Dette uttrykkes i praksis ofte slik at det må foreligge en «rimelig mulighet» for at feilen har hatt betydning, se HR-2019-1967-A avsnitt 38.
- (37) I dette tilfellet ga de fornærmede vitnene forklaring til politiet da tiltalte satt varetektsfengslet. De samarbeidet også på annen måte med politiet, blant annet ga kona og datteren visse fritak for helsepersonells taushetsplikt.
- (38) Dette endret seg da tiltalte ble løslatt og etter hvert flyttet hjem i mars 2020. I et felles brev fra ektefellene til politiet i april 2020 meddelte de at kona ikke har noe ønske om å bidra i straffesaken. I et særskilt brev meddelte kona at hun ikke ville gi forklaring til retten. Etter at hun ble stevnet, meddelte bistandsadvokaten hennes det samme i februar 2021, og hun tilføyde at kona heller ikke ønsket at politiforklaringen ble lest opp. På samme tidspunkt meddelte barnas bistandsadvokat at heller ikke barna ville forklare seg i retten. Bistandsadvokatene bekreftet disse standpunktene frem mot hovedforhandlingen i tingretten i august 2021.

(39) Lagmannsretten gjør denne vurderingen:

«Lagmannsretten har merket seg at de fornærmede på forhånd hadde signalisert at de ikke var villige til å forklare seg for retten. Men her er det sentralt – som lagmannsretten også tidligere har vært inne på – at det ikke så rent sjelden forekommer at et vitne som i utgangspunktet ikke ønsker å forklare seg, endrer oppfatning etter at det har møtt, og at oppmøte vil kunne bidra til å avdekke tilfeller hvor vitnet ikke vil forklare seg på grunn av frykt som kan tilskrives tiltalte. Det siste vil altså kunne ha betydning for opplesningsadgangen.»

(40) Jeg finner etter omstendighetene ikke grunn til å gjøre en annen vurdering enn lagmannsretten her har gjort. Retten viser blant annet til egne erfaringer, som jeg ikke har grunnlag for å stille spørsmål ved. Det ligger også fast at de aktuelle vitnene allerede hadde ombestemt seg én gang, i og med at de har gitt politiforklaringer. Jeg mener derfor at det her er en tilstrekkelig mulighet for at vitnenes fremmøte hadde styrket sakens opplysning på en eller annen måte som ville påvirket domsresultatet.

(41) I vurderingen av om tingrettens dom skal oppheves, har jeg hatt for øye at opphevelsen vil være til ugunst for tiltalte. Men sett i lys av hvor sentrale de fornærmede vitnene er for iretteføringen av saken, er jeg kommet til at saksbehandlingsfeilen her må få den virkning at dommen oppheves.

Konklusjon

(42) Jeg er på denne bakgrunn kommet til at det var riktig av lagmannsretten å oppheve tingrettens dom med hovedforhandling. Anken må derfor forkastes.

(43) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

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

(45) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.

(46) Dommer **Normann:** Likeså.

(47) Dommer **Webster:** Likeså.

(48) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.