



NOREGS HØGSTERETT

D O M

sagd 22. november 2023 av Høgsterett i avdeling med

dommar Bergljot Webster
dommar Henrik Bull
dommar Borgar Høgetveit Berg
dommar Kine Steinsvik
konstituert dommar Magni Elsheim

HR-2023-2212-A, (sak nr. 23-098938STR-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 23. januar 2023

A (advokat Marit Lomundal Sæther – til prøve)

mot

Påtalemakta (statsadvokat Anders Mandal Funnemark)

R Ø Y S T I N G

- (1) Dommar **Høgetveit Berg:**

Kva saka gjeld og bakgrunnen for henne

- (2) Saka gjeld spørsmålet om borns forklaringar til politiet om moglege straffbare forhold gjorde av nærstående kan nyttast som prov. Skulle borna, dersom dei ikkje hadde forklaringsplikt, ha vore informerte om dette før dei forklarte seg for politiet?
- (3) Politimesteren i Oslo gav 6. august 2021 A, fødd 00.00.1967, førelegg for brot på straffelova § 271 for å ha øvd vald mot ein annan person. Grunnlaget var skildra slik:
- «Fredag 23. april 2021 ca. kl. 17.00 i X 0 i Y slo og/eller dyttet han sin tidligere samboer B.»
- (4) A og B var sambuarar i fleire år. Dei har gutane C, fødd 00.00.2009, og D, fødd 00.00.2010. Etter at sambuarskapet tok slutt i 2016, budde gutane hjå B. A hadde samvær med gutane annakvar helg.
- (5) Den faktiske bakgrunnen for saka er skildra slik av lagmannsretten:

«Fredag 23. april 2021 skulle A hente barna hjemme i X. A og B hadde over telefon avtalt at de skulle bytte bil. Bilen som B hadde disponert, tilhørte A, og A skulle denne dagen overta bilen. Det hadde over lengre tid vært diskusjon mellom partene knyttet til utgifter til bilen. Den siste tiden hadde det også vært et tema at B hadde truffet en ny mann. Blant annet disse forholdene gjorde at det var et høyt konfliktnivå mellom partene.

Da A kom til X for å bytte bil med B, og for å ta med barna for helgesamvær, oppsto det en krangel mellom de to foreldrene. Krangelen gjaldt spørsmål om reservenøkler til bilen. Krangelen foregikk inne i gangen i husets første etasje. A og B ropte og skrek til hverandre, med beskyldninger og banneord på en blanding av norsk og persisk. Etter hvert kom barna til stedet.

A og B har forklart seg forskjellig om det som deretter skjedde. A har forklart at B var svært sint og at hun gikk mot ham. A skal da ha forsøkt å trekke seg bakover. B begynte å rope 'han slår meg, han slår meg'. Hun skal også ha ropt at hun ville ringe politiet. A forsøkte da å få tak i mobiltelefonen hennes, hvorpå B bet ham i hånden.

B har på sin side bekreftet at det var en høylydt krangel mellom de to, og at de begge brukte skjellsord mot hverandre. Ifølge B kom A på et tidspunkt mot henne, tok tak i hennes venstre skulder med sin høyre hånd, holdt henne fast og slo henne med knyttet venstre neve mot den høyre siden av ansiktet hennes. For å få ham til å slippe mens han holdt henne i skulderen, bet hun ham i hans høyre hånd. B har forklart at hun var så stresset og redd, at hun tisset på seg.

Tildragelsen tok etter hvert slutt, og A reiste alene fra X 0. Barna ble igjen hjemme hos sin mor.

Det er på det rene at B oppsøkte lege dagen etter, den 24. april 2021. Det framgår av journalen fra legebeføret at B ble anbefalt å kontakte politiet, noe hun deretter gjorde. Politiet kom senere samme dag hjem til B og barna i X 0.»

- (6) Gutane, som då var nesten 11 og 12 år gamle, vart avhøyrde av politiet 24. april 2021. Avhøyra varte i høvesvis om lag fire og eit halvt og tre minutt. Gutane vart gjorde merksame at dei måtte snakke sant, men det vart ikkje sagt noko om forklaringsplikt. Begge gutane forklarte at faren dagen før hadde slått mora ved halsen eller skuldra.
- (7) Seinare same dagen vart A gripen, mistenkt for brot på straffelova § 282 om mishandling i nære relasjonar. Han vart sleppt fri dagen etter.
- (8) For den vidare etterforskinga fekk gutane oppnemnt setjeverje. Den 11. mai 2021 forklarte gutane seg i tilrettelagde avhøyr, jf. straffeprosesslova § 239 a. Her sa dei at dei ikkje hadde sett eller høyrte at far slo mor, og at dei ikkje ynskte at far skulle straffast.
- (9) Siktinga etter straffelova § 282 vart lagd bort 5. august 2021, og dagen etter vart det nemnte førelegget om brot på § 271 om kroppskrenking utferda. A vedtok ikkje førelegget, og saka vart teken til retten.
- (10) Før handsaminga av saka i tingretten kravde forsvararen at opptaka av forklaringa frå gutane måtte avskjerast som prov. Kravet vart fråfalle før hovudforhandlinga. Polititenestemannen som tok avhøyra 24. april 2021, vitna under hovudforhandlinga, og avhøyra vart spelte av i retten.
- (11) Ringerike, Asker og Bærum tingrett sa 7. april 2022 dom der A vart dømd etter tiltala til ei bot på 13 000 kroner, subsidiært fengsel i 27 dagar, og til å betale sakskostnader til det offentlege med 5 000 kroner.
- (12) A anka dommen til lagmannsretten. Provføringa under ankeforhandlinga var som for tingretten. Borgarting lagmannsrett sa dom 23. januar 2023 med slik domsslutning:
- «1. A, født 00.00.1967, dømmes for overtredelse av straffeloven § 271 til en bot stor 13 000 – trettentusen – kroner, subsidiært fengsel i 13 – tretten – dager.
 2. A dømmes til å betale 5 000 – femtusen – kroner til det offentlige i saksomkostninger for tingretten.»
- (13) På same måte som tingretten fann lagmannsretten det prova ut over all rimeleg tvil at A var skuldig etter tiltala. Lagmannsretten la til grunn at A – ved krangelen heime hjå B – tok tak i skuldra hennar og deretter slo henne i fjeset.
- (14) Ved provvurderinga la lagmannsretten vekt på Bs forklaring i retten om at A hadde slått henne, og på at ho hadde forklart det same til legen dagen etter hendinga. Lagmannsretten viste vidare til dei samtalene polititenestemannen som kom heim til B dagen etter, hadde hatt med gutane. Begge hadde forklart, uavhengig av kvarandre, at dei hadde sett at far slo mor. Lagmannsretten viste òg til dei seinare tilrettelagde avhøyra av gutane, men kom som tingretten til at ein måtte sjå forklaringane i dei tilrettelagde avhøyra i lys av at gutane ikkje ynskte at far skulle straffast, og at det ikkje var nokon rimeleg tvil om at dei faktisk hadde observert vald, slik dei forklarte i dei fyrste avhøyra.

- (15) A har anka lagmannsrettens dom til Høgsterett. Anken gjeld sakshandsaminga. A gjer gjeldande at dei to gutane hans, då dei vart avhøyrde av politiet 24. april 2021, ikkje vart informerte om rettane sine etter straffeprosesslova § 123, og at forklaringane difor må avskjerast som prov for retten.
- (16) Påtalemakta har etter lagmannsrettens dom etterforsa ytterlegare. Dette gjeld eventuelle samtykke frå gutane til at forklaringane frå avhøyrta 24. april 2021 blir brukte som prov. Ein av gutane har gjeve klart uttrykk for at han ikkje vil at forklaringa hans blir brukte, medan den andre guten nekta å møte til tilrettelagt avhøyr. Setjeverja for begge gutane har derimot samtykt i at forklaringane blir brukte, utan at verja har snakka med gutane.

Mitt syn på saka

- (17) Hovudspørsmålet i saka er om dei fyrste politiavhøyrta, tekne 24. april 2021, kan nyttast som prov i retten.
- (18) Eit utgangspunkt er at partane har rett til å føre dei prova knytte til saka som dei vil. Det er avgrensingar i retten til å føre prov som krev grunngjeving. I saka her er gjort gjeldande at forklaringane er mottekne av politiet på ulovleg vis. Dersom prova er lovleg mottekne, kan dei nyttast i retten. Dersom dei ikkje er lovleg mottekne, må det gjerast ei brei vurdering av om prova kan nyttast i retten, jf. til dømes HR-2021-966-A avsnitta 18–24.
- (19) Eit anna utgangspunkt er at det ikkje er forklaringsplikt overfor politiet, jf. straffeprosesslova § 230 fyrste ledd fyrste punktum. Eit tredje utgangspunkt er at det, tvert om, er forklaringsplikt overfor domstolane, jf. straffeprosesslova § 108. Desse utgangspunkta gjeld òg for born som vitne.
- (20) Samstundes stiller straffeprosesslova opp ei rekkje unntak frå vitne- og forklaringsplikta overfor domstolane.
- (21) Straffeprosesslova § 122 fyrste ledd fyrste punktum frittek nærståande til ein *sikta* frå vitneplikt. Dette er fordi slike vitne skal sleppe å koma i ein situasjon der dei må velja mellom å lyge i retten eller å bidra til at den sikta, som er nærståande, blir straffa. Fritaket gjeld derimot ikkje for born under 12 år, jf. § 122 fyrste ledd tredje punktum. At born under 12 år ikkje er fritekne for vitneplikta, tek utgangspunkt i det beste for barnet, og er grunngjeve slik i Ot.prp. nr. 11 (2007–2008) side 57:

«Både fritaksrett og forklaringsplikt kan hver for seg være til det beste for barnet på ulike måter. På den ene siden kan det sies å være til barnets beste at det skal slippe å bli tvunget til å forklare seg mot en nærstående. For eksempel kan man tenke seg en sak der barnet har vært vitne til at far har utøvd vold mot mor. Det kan da virke urimelig om barnet skal være nødt til å forklare seg når mor har rett til å la være. I mange saker der barn er vitne til eller utsatt for en straffbar handling begått av en nærstående, vil det være slik at barnets forklaring er det helt avgjørende beviset. Det kan være en tung belastning for barn å vite at de på denne måten har bidratt til at en nærstående blir straffet.

På den annen side kan det være en stor påkjenning for barnet å måtte velge om det skal forklare seg mot en nærstående eller ikke, og at det vil være til deres beste å slippe en slik lojalitetskonflikt. Det kan også reises spørsmål om hvorvidt barnet har

forutsetninger for å ta stilling til valget. Det er ikke utenkelig at barnet lett vil la seg påvirke av hva det tror er forventet av det, og at valget vil bli foretatt ut fra antagelser om slike forventninger i stedet for ut fra hva barnet selv ønsker.

Det kan også være at barnet tidligere har blitt utsatt for press om hemmelighold eller trusler fra tiltalte, og at dette vil bli utslagsgivende for om det ønsker å forklare seg eller ikke.

Det kan også være vanskelig for barnet å forstå innholdet i regelen om fritak fra forklaringsplikt, og dette kan skape usikkerhet og tvil hos barnet i avhøret.

Videre kan det argumenteres for at det i mange saker der barnet selv har vært utsatt for overgrep fra en nærstående, objektivt sett vil være til barnets beste at det forklarer seg, slik at overgrepet kan stoppes og overgriperen kan straffes.

De sistnevnte hensynene har særlig stor vekt i tilfeller der barnet selv er fornærmet. Hvis barnet kun er vitne til en straffbar handling foretatt av en nærstående, kan de ha mindre vekt. Også i slike tilfeller, for eksempel hvis barnet er vitne til vold, kan likevel barnet komme i en vanskelig lojalitetskonflikt.»

- (22) Det er sterkt kryssande omsyn som er trekte fram i førearbeida. Straffeprosesslova § 122 fyrste ledd tredje punktum – unntaket frå vitnefritaket for born under 12 år – byggjer uansett på ei medviten og uttrykkjeleg avveging frå lovgjevarsida.
- (23) Gutane ville i utgangspunktet hatt vitneplikt dersom A var sikta på avhøyrstidspunktet. Men føresegna kjem etter ordlyden ikkje i bruk her, sidan A ikkje var sikta på dette tidspunktet.
- (24) Noko tilsvarande unntak for born under 12 år er ikkje gjort i ordlyden i straffeprosesslova § 123 fyrste ledd, som regulerer retten eit vitne har til ikkje å svare på einskildspørsmål:
- «Et vitne kan nekte å svare på spørsmål når svaret vil kunne utsette vitnet eller noen det står i slikt forhold til som nevnt i § 122 første eller annet ledd for straff. Retten kan likevel pålegge et vitne å forklare seg når det er rimelig etter en samlet vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og følgene for vitnet av å gi forklaring. Retten kan frita for forklaring ved vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art for vitnet eller noen av dets nærmeste etter § 122 første eller annet ledd når det ut fra en vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers ville være urimelig å pålegge vitnet å forklare seg.»
- (25) Det er ikkje noko i førearbeida til straffeprosesslova §§ 122 eller 123 som gjer at det skal tolkast inn eit unntak i § 123 tilsvarande det me finn i § 122 fyrste ledd tredje punktum. Samanhengen mellom § 123 fyrste ledd fyrste, andre og tredje punktum gjer det etter mitt syn klart at forklaringsfritaket i § 123 fyrste ledd fyrste punktum òg gjeld for born under 12 år. Forklaringsfritaket i § 123 gjeld likevel berre når born ikkje har forklaringsplikt etter § 122.
- (26) Eg skyt inn at straffeprosesslova § 239 fyrste ledd bestemmer at tilrettelagde avhøyr skal nyttast ved avhøyr av vitne under 16 år i saker om brot på straffelova kapittel 26 og på §§ 273, 275, 282 eller 284. Slike avhøyr *kan* òg elles nyttast, jf. § 239 andre ledd. Eit tilrettelagt avhøyr blir teke av ein politietterforskar under leiinga av ein påtalejurist med utvida påtalekompetanse, jf. straffeprosesslova § 239 a fyrste ledd. Der tilrettelagde avhøyr

skal nyttast, kan vitne under 15 år ikkje fritakast for vitne- eller forklaringsplikt etter reglane i §§ 122 og 123, jf. § 239 a andre ledd. Avhøyra 24. april 2021 var ikkje slike avhøyr, medan avhøyra 11. mai 2021 var det.

- (27) Då gutane forklarte seg til politiet 24. april 2021, hadde dei altså ikkje forklaringsplikt på spørsmål som kunne inkriminere A. Han vart sikta fyrst nokre timar seinare. Men det er ikkje i seg sjølv feil at gutane forklarte seg før faren vart sikta. Både born og vaksne med vitne- og forklaringsfritak kan velja å forklare seg.
- (28) Spørsmålet er om gutane skulle vore orienterte om forklaringsfritaket etter straffeprosesslova § 123 fyrste ledd før dei forklarte seg for politiet.
- (29) Straffeprosesslova § 235 fyrste ledd slår fast at dersom eit vitne er fritaken for vitneplikt etter straffeprosesslova § 122 fyrste eller andre ledd, *skal* vitnet orienterast om denne retten før avhøyret. A var ikkje sikta på avhøyrstidspunktet, så denne regelen kjem ikkje i bruk her.
- (30) Straffeprosesslova § 235 andre ledd har slik ordlyd:
- «Hvor forholdene gir grunn til det, bør et vitne gjøres kjent med fritaksreglene i §§ 121, 122 tredje ledd og 123–125.»
- (31) Lovførearbeida, NUT 1969: 3 side 273, presiserer at ein med uttrykket «Hvor forholdene gir grunn til det» meiner «tilfelle hvor en fritagelsesgrunn kan være aktuell».
- (32) I vår sak er nettopp fritaksgrunnen i straffeprosesslova § 123 fyrste ledd fyrste punktum aktuell. Spørsmålet blir då om gutane burde ha blitt varsla om at dei ikkje trong å forklare seg om det som skjedde i gangen heime 23. april 2021.
- (33) Avgrensinga i straffeprosesslova § 235 andre ledd som ligg i at vitnet «bør» gjerast merksam på retten til ikkje å forklare seg, utelukkar ikkje at det i ut frå opplysningane på tidspunktet for avhøyret, kan vera ei *plikt* til å informere om fritaksretten. Dette gjeld særleg situasjonane regulerte i straffeprosesslova § 123 fyrste ledd fyrste punktum, jf. Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 2009 punkt 4.6.2.2.
- (34) Etter mitt syn må utgangspunktet vera at politiet og domstolane *skal* informere nærstående om retten til forklaringsfritak dersom ein fritaksgrunn er aktuell. Skal ein unnlata å informere, må det vera ein grunn til det.
- (35) I denne vurderinga – det vil seia praktiseringa av «bør»-skjønnet i straffeprosesslova § 235 andre ledd – tek eg utgangspunkt i at det er vitna som skal vernast av reglane om vitnefritak, og ikkje den mistenkte eller sikta.
- (36) I den konkrete saka er det særleg eitt omstende som tilseier at det ikkje var grunn til å informere gutane om forklaringsfritaket: A vart sikta etter straffelova § 282 berre nokre timar etter avhøyret. Då oppstod det for gutane ei forklaringsplikt etter straffeprosesslova § 122 og plikt til tilrettelagde avhøyr etter § 239. I § 122 har lovgjevaren avvege dei kryssande omsyna som gjer seg gjeldande for born som vitne om omstende som gjeld nærstående, jf. det eg har sitert frå lovførearbeida. Dei same omsyna gjer seg gjeldande før

siktinga er formalisert, og vil etter mitt syn difor òg gje rettleiing i «bør»-vurderinga etter straffeprosesslova § 235 andre ledd.

- (37) Tidleg i etterforskinga vil politiet, som her, gjerne ikkje ha eit klart bilete av kva slags kriminalitet det eventuelt er tale om. Vitne- og forklaringsplikta for born vil kunne endre seg undervegs – slik nettopp saka her er eit døme på. Å forklare eit barn at det i den eine augneblinken ikkje har vitneplikt, medan det vil kunne ha det i den neste, er ikkje tenleg. Etter mitt syn vil det ikkje harmonere med dei omsyna som ligg bak grensene som lovgjevaren har trekt opp i straffeprosesslova §§ 122 og 239 a.
- (38) Samla meiner eg at dei omsyna som dei særlege reglane for vitne- og forklaringsplikt for born byggjer på, og omsynet til å unngå uheldig dobbeltkommunikasjon, gjer at det i den innleiande fasen av etterforskinga ikkje var ein feil å ikkje informere dei to gutane om forklaringsfritaket i straffeprosesslova § 123, jf. straffeprosesslova § 235 andre ledd.
- (39) Prova var med dette lovleg mottekne av politiet. Det heftar då ikkje feil ved lagmannsrettens dom. Anken fører ikkje fram.
- (40) Eg røystar etter dette for slik

D O M :

Anken blir vraka.

- (41) Konstituert dommar **Elsheim:** Eg er i hovudsak og i resultatet samd med fyrstvoterande.
- (42) Dommer **Steinsvik:** Likeså.
- (43) Dommer **Bull:** Likeså.
- (44) Dommer **Webster:** Likeså.
- (45) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

Anken blir vraka.