



NORGES HØYESTERETT

Den 1. februar 2017 avsa Høyesterett dom i

HR-2017-241-A, (sak nr. 2016/1999), straffesak, anke over dom,

A (advokat Brynjar Nielsen Meling – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Birgitte Istad)

Bistandsadvokat for de etterlatte (advokat John Christian Elden)

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

- (1) Dommer **Bergsjø**: Anken gjelder saksbehandlingen i en drapssak som er gjenåpnet til siktedes ugunst. Saken ble etter gjenåpningen behandlet ved sideordnet lagmannsrett i medhold av straffeprosessloven § 400 første ledd. Spørsmålet er om denne ordningen strider mot retten til prøving i to instanser, jf. FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 5.
- (2) Ved Larvik herredsretts dom 13. desember 2001 ble A dømt til fengsel i 12 år for å ha drept 12 år gamle B, jf. straffeloven 1902 § 233 første ledd. Han ble også dømt til å betale oppreisningserstatning med 120 000 kroner til hver av avdødes foreldre. Ett av bevisene i saken var hårstrå som ble funnet på drapsstedet. Rettsmedisinsk institutt hadde i en undersøkelse påvist at håret hadde samme mitokondrielle DNA-type som A, og at det dermed kunne stamme fra "ham eller en maternell slektning". Under hovedforhandlingen ble 40 vitner avhørt, og det ble ført en rekke andre bevis.
- (3) A anket til lagmannsretten over straffekravet og de sivile kravene. Før ankeforhandlingen innstilte Riksadvokaten forfølgningen og meddelte at saken ble trukket. Bakgrunnen var nye undersøkelser av hårbeviset, som viste at håret stammet fra en kvinne. Agder lagmannsrett avsa frifinnende dom 17. februar 2003 uten ankeforhandling og uten å realitetsbehandle saken, jf. straffeprosessloven § 322 tredje ledd. Etterforskningen ble etter dette tatt opp igjen flere ganger.

- (4) På bakgrunn av nye analysemetoder hos Folkehelseinstituttet foretok politiet i 2014/2015 en ny vurdering av beslagene i saken. Negler fra avdøde venstre hånd ble sendt til analyse, og det ble funnet "en liten mengde humant DNA". Folkehelseinstituttet ga i uttalelse 2. juli 2015 uttrykk for at det var overensstemmelse mellom sporprofilen fra avdøde venstre negler og DNA-profilen til A. Riksadvokaten begjærte saken gjenåpnet 2. februar 2016. Gjenopptakelseskommisjonen tok 17. mars 2016 begjæringen til følge. Avgjørelsen ble sendt til Høyesteretts ankeutvalg, som 6. april 2016 besluttet at saken skulle behandles ved Borgarting lagmannsrett, jf. straffeprosessloven § 400 andre ledd andre punktum, jf. første ledd.
- (5) Statsadvokatene i Vestfold og Telemark tok 12. april 2016 ut ny tiltalebeslutning mot A. Denne er identisk med den opprinnelige tiltalebeslutningen 24. april 2001.
- (6) Ved Borgarting lagmannsretts dom 8. september 2016 ble A dømt for overtredelse av straffeloven 1902 § 233 første ledd til fengsel i 13 år. Det ble besluttet at de sivile kravene skulle behandles senere. 30 vitner og tre sakkyndige ga forklaring for lagmannsretten.
- (7) Lagmannsretten avsa dom om de sivile kravene 20. september 2016. A ble pålagt å betale oppreisning og erstatning for økonomisk tap til avdøde foreldre. Han ble frifunnet for oppreisningskravet fra avdøde søster, men hun ble tilkjent erstatning for økonomisk tap.
- (8) A anket straffedommen på stedet og gjorde gjeldende feil ved saksbehandlingen og straffutmålingen. I støtteskriv presiserte forsvareren at anken prinsipielt gjaldt saksbehandlingen, subsidiært straffutmålingen. Han anførte at behandlingen av gjenåpningssaken innebar en krenkelse av SP artikkel 14 nr. 5 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) protokoll 7 artikkel 2 nr. 1. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 1. desember 2016 ble bare anken over saksbehandlingen tillatt fremmet. Forsvareren frafalt anførselene knyttet til EMK protokoll 7 artikkel 2 før ankeforhandlingen i Høyesterett.
- (9) A anket også lagmannsrettens dom om de sivile kravene. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 1. desember 2016 ble anken ikke tillatt fremmet.
- (10) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (11) A har gjort gjeldende at behandlingen av straffesaken etter gjenåpningen innebærer en krenkelse av hans rett til å få skyldspørsmålet prøvd i to instanser, jf. SP artikkel 14 nr. 5. Han har anført at gjenåpningssaken burde blitt henvist til behandling i tingretten, slik at saken etter anke kunne fått en ny fullstendig behandling i lagmannsretten.
- (12) Jeg tar utgangspunkt i straffeprosessloven § 400 første og andre ledd, som lyder:

"Er gjenåpning besluttet, skal saken henvises til ny fullstendig behandling ved en domstol som er sideordnet den rett som har avsagt den angrepne dom. Er det avsagt dom i flere instanser, regnes den domstol som i siste instans har prøvd den side av dommen som angrepet rettes mot, for å ha avsagt dommen.

Er dommen som skal gjenåpnes avsagt av tingretten, sender kommisjonen sin avgjørelse til lagmannsretten, som peker ut en tingrett med tilgrensende rettskrets til å behandle begjæringen. Er dommen avsagt av lagmannsretten, sender kommisjonen sin avgjørelse til Høyesteretts ankeutvalg, som peker ut en lagmannsrett med tilgrensende rettskrets til å behandle begjæringen. Er dommen avsagt av Høyesterett, behandles saken på nytt

av Høyesterett. Dersom særlige grunner taler for det, kan saken henvises til ny behandling ved en domstol som ikke har tilgrensende rettskrets."

- (13) Det er Agder lagmannsretts frifinnende dom 17. februar 2003 som er gjenåpnet i dette tilfellet. Av straffeprosessloven § 400 første og andre ledd følger at gjenåpningssaken i et slikt tilfelle skal behandles ved en annen lagmannsrett med tilgrensende rettskrets. I tråd med dette er saken behandlet av Borgarting lagmannsrett, og det er uomtvistet at bestemmelsene i § 400 er fulgt.
- (14) Ordlyden i § 400 første og andre ledd er entydig, og bestemmelsen er resultat av et bevisst lovgivervalg, se særlig Ot.prp. nr. 70 (2000–2001) side 48–49. Forarbeidene gir etter mitt syn ingen holdepunkter for at lovgiver har sett forholdet til SP artikkel 14 nr. 5 som problematisk.
- (15) Problemstillingen i denne saken er ikke tidligere behandlet i norsk rettspraksis. Heller ikke i juridisk teori synes spørsmålet å være drøftet eksplisitt. Det har likevel en viss interesse at teorien synes å se på gjenåpningssaken som en fortsettelse av den opprinnelige prosessen. Jeg viser til Bjerke, Keiserud og Sæther, Straffeprosessloven, 4. utgave, 2011 side 1353. Her heter det at "ny tiltalebeslutning ... ikke [er] nødvendig da gjenåpningen bare gjelder hovedforhandlingen og ikke selve dommen".
- (16) Jeg finner også grunn til å fremheve at Straffeprosesslovutvalget har foreslått § 400 videreført uten realitetsendringer i utkastet § 41-22, se NOU 2016: 24 side 82. Dersom utvalget hadde ment at ordningen kunne reise tvilsomme spørsmål om forholdet til SP artikkel 14 nr. 5, må det antas at disse ville vært drøftet.
- (17) Etter menneskerettsloven § 3 jf. § 2 nr. 3 må straffeprosessloven § 400 første og andre ledd vike hvis den strider mot SP artikkel 14 nr. 5. Ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen har det vekt at § 400 som nevnt ikke reiser tolkningstvil, samtidig som den bygger på en klar og sterk lovgivervilje. Det kan her også ha betydning at lovgiver ikke synes å ha ansett forholdet til SP artikkel 14 nr. 5 som problematisk. Jeg viser på dette punktet til storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 side 1764 avsnitt 76 med henvisning til Rt. 2005 side 833 avsnitt 45–47.
- (18) Med dette som bakgrunn går jeg over til å drøfte forståelsen av SP artikkel 14 nr. 5, som lyder:
- "Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law."**
- (19) Norge tok opprinnelig et fullstendig forbehold mot bestemmelsen, men dette ble begrenset 19. september 1995 etter innføring av to-instansreformen. Forbeholdets punkt 1 gjelder nå Riksrett, mens punkt 2 lyder:
- "In cases where the defendant has been acquitted in the first instance, but convicted by an appellate court, the conviction may not be appealed on grounds of error in the assessment of evidence in relation to the issue of guilt. If the appellate court convicting the defendant is the Supreme Court, the conviction may not be appealed whatsoever."**
- (20) Artikkel 14 nr. 5 gir den domfelte krav på overprøving av både skyldspørsmålet og straffutmålingen. Dette gjelder både bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen og saksbehandlingen, se Rt. 2008 side 1764 avsnitt 59.

(21) I General Comment nr. 32 fra FNs menneskerettskomité avsnitt 48 heter det:

"The right to have one's conviction and sentence reviewed by a higher tribunal established under article 14, paragraph 5, imposes on the State party a duty to review substantively, both on the basis of sufficiency of the evidence and of the law, the conviction and sentence, such that the procedure allows for due consideration of the nature of the case. ..."

(22) Komiteen legger til at en overprøving av de formelle og rettslige sidene ved domfellelsen ikke er tilstrekkelig. Det er ikke nødvendig med en ny "hearing", så lenge ankeinstansen foretar en reell vurdering av bevisene. Høyesterett har i HR-2016-2591 avsnitt 57, med videre henvisning til Rt. 2008 side 1764 avsnitt 81, redegjort for vekten av slike konvensjonstolkninger foretatt av FNs menneskerettskomité.

(23) Slik denne saken ligger an, finner jeg det ikke nødvendig å utdype disse generelle utgangspunktene. Det må etter mitt syn være klart at kravene i artikkel 14 nr. 5 er tilfredsstillt dersom gjenåpningssaken ses som en fortsettelse av den opprinnelige saken. Da er skyldspørsmålet allerede prøvd før saken behandles i lagmannsretten etter gjenåpning. På den annen side kan det heller ikke være tvilsomt at vilkårene ikke er oppfylt hvis gjenåpningssaken vurderes som en ny sak. Lagmannsrettens bevisbedømmelse under skyldspørsmålet kan ikke ankes til Høyesterett, jf. straffeprosessloven § 306 andre ledd, og konsekvensen blir full prøving i bare én instans.

(24) Spørsmålet blir etter dette hvordan gjenåpningssakene skal bedømmes ved anvendelsen av artikkel 14 nr. 5. FNs menneskerettskomité synes ikke å ha vurdert om domfelte har rett til full prøving i to instanser *etter* gjenåpning. Jeg kan heller ikke se at temaet er omhandlet i teorien. Menneskerettskomiteens uttalelser om gjenåpningsinstituttets forhold til forbudet mot dobbeltforfølgning i SP artikkel 14 nr. 7, har imidlertid atskillig interesse. I General Comment nr. 32 punkt 56 heter det om dette:

"The prohibition of article 14, paragraph 7, is not at issue if a higher court quashes a conviction and orders a retrial. Furthermore, it does not prohibit the resumption of a criminal trial justified by exceptional circumstances, such as the discovery of evidence which was not available or known at the time of acquittal."

(25) Komiteen ser altså ikke forbudet mot dobbeltforfølgning som et hinder for gjenåpning i spesielle tilfeller. Formuleringene tyder på at komiteen ser gjenåpningssaken som en *fortsettelse* av den opprinnelige saken, ikke som en *ny* sak. Det ville vært overraskende og inkonsekvent hvis noe annet skulle gjelde ved anvendelsen av artikkel 14 nr. 5. Og hvis gjenåpningssaken anses som en fortsettelse av den opprinnelige saken også under artikkel 14 nr. 5, får domfelte en fullstendig prøving i minimum to instanser. Ut fra en slik system- og konsekvensbetraktning er det nærliggende å slutte at ordningen i straffeprosessloven § 400 første og andre ledd tilfredsstillende konvensjonskravene.

(26) Jeg har i denne forbindelse merket meg at gjenåpning anses som en fortsettelse av den opprinnelige saken også under forbudet mot dobbeltforfølgning i EMK protokoll 7 artikkel 4 nr. 1. I EMDs avgjørelse 20. juli 2004 *Nikitin mot Russland* avsnitt 46 beskrives "reopening" som en "continuation of the previous proceedings". Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 3. utgave, 2010 side 1024 uttrykker det slik:

"Det er karakteristisk for genoptagelse, at der ikke er tale om gentagelse af en straffeproses, men om en fortsættelse af en tidligere afsluttet straffeproses."

- (27) Det synes etter dette – både i intern norsk rett og i folkeretten – å være en oppfatning at gjenåpningssaken er en fortsettelse av den opprinnelige saken. Etter mitt syn er dette en riktig tilnærming. På den bakgrunn har jeg ikke holdepunkt for å fastslå at SP artikkel 14 nr. 5 krever full prøving i to instanser etter gjenåpningen. Det kan da ikke være aktuelt på *generelt* grunnlag å sette til side straffeprosessloven § 400 første og andre ledd, som altså er uttrykk for en klar og sterk lovgivervilje.
- (28) A har imidlertid til støtte for sitt syn også fremhevet *konkrete* omstendigheter i saken. Han har for det første gjort gjeldende at domfellelsen i 2016 bygger på et helt nytt bevis, som ikke ble vurdert i den opprinnelige saken. Videre har han pekt på det lange tidsforløpet. Momentene må etter hans syn – enkeltvis eller sett i sammenheng – gi ham krav på full prøving i to instanser etter gjenåpningen.
- (29) Jeg knytter først noen kommentarer til *bevisbildet*. Her minner jeg innledningsvis om at tingretten ved domfellelsen i 2001 la vekt på vurderinger av håret som ble funnet på åstedet. Men som jeg har vært inne på, ble det for tingretten også ført mange vitner og en rekke andre bevis. Nye analyser av hårbeviset førte til at påtalemyndigheten trakk saken, og disse var dermed avgjørende for frifinnelsen i 2003. De nye analysene av avdødes negler førte til at saken ble gjenåpnet og må antas å ha blitt tillagt betydelig vekt da lagretten fant A skyldig i 2016. Men også da ble det ført en rekke vitner og andre bevis. Jeg konstaterer på denne bakgrunn at A har rett i at bevisbildet var annerledes etter gjenåpningen enn ved den opprinnelige behandlingen, selv om mange av bevisene ble prøvd både i 2001 og 2016. Det er også korrekt at neglebevisets betydning for skyldspørsmålet bare blir prøvd i én instans etter ordningen i straffeprosessloven § 400. Jeg kan imidlertid ikke se at dette strider mot SP artikkel 14 nr. 5.
- (30) Her peker jeg først på at SP ikke har bestemmelser om at alle bevis skal prøves i to instanser. Som nevnt gir artikkel 14 nr. 5 rett til overprøving av skyldspørsmålet og straffutmålingen, men det innebærer ikke en rett til full ny behandling av de enkelte elementer som ligger til grunn for domfellelsen.
- (31) Videre viser jeg til at nye bevis nettopp er det typiske ved en gjenåpningssak. Menneskerettskomiteen har som nevnt lagt til grunn at gjenåpning ikke kommer i konflikt med forbudet mot dobbeltforfølgning, og har i den forbindelse forutsatt at nye bevis kan være gjenåpningsgrunnlaget. Hvis komiteen hadde ment at nye bevis kunne skape utfordringer for domfeltes rett til overprøving etter artikkel 14 nr. 5, må det antas at dette ville vært kommentert.
- (32) Jeg nevner også at det ikke er noe særsyn at det i en straffesak etterforskes videre i perioden mellom tingrettens og lagmannsrettens behandling av straffesaken. Nye bevis kan som en konsekvens av dette ligge til grunn for domfellelse i lagmannsretten også ved ordinær ankebehandling. Så vidt meg bekjent har det ikke vært hevdet at denne praksisen utfordrer domfeltes rett til prøving i to instanser etter artikkel 14 nr. 5. Tvert imot kan menneskerettskomiteens avgjørelse 13. desember 2002 i Communication No. 1156/2003 *Escolar mot Spania* tas til inntekt for det motsatte. Saken gjaldt riktignok ikke nye bevis i ankeinstansen, men derimot om domfeltes rettigheter var krenket som følge av at ankeinstansen fastsatte strengere straff basert på en annen vurdering av bevisene.

Komiteen fant ikke grunnlag for å konstatere krenkelse av artikkel 14 nr. 5. I sin vurdering la komiteen vekt på at dette ikke endret "the essential characterization of the offence". Begrunnelsen kan overføres på problemstillingen i foreliggende sak. Selv om lagmannsretten bygget på et nytt bevis, var handlingen og saken den samme som ved den opprinnelige behandlingen.

- (33) Endelig peker jeg på at det ville innebåret en dramatisk omlegging av vår straffeprosessordning dersom det ble lagt til grunn at alle sentrale bevis måtte vurderes i to instanser. Jeg finner oppsummeringsvis ingen holdepunkter for at SP artikkel 14 nr. 5 må forstås slik. Domfeltes anførsel knyttet til bevissituasjonen kan dermed ikke føre frem.
- (34) Spørsmålet er så til slutt om det lange *tidsforløpet* fra den opprinnelige behandlingen til gjenåpning kan endre de konklusjoner jeg har kommet til så langt. Etter mitt syn må dette besvares benektende. SP artikkel 14 nr. 3 bokstav c oppstiller krav om prøving "without undue delay". Det er ikke grunnlag for å kritisere fremdriften i dette tilfellet, og det er heller ikke gjort gjeldende at bestemmelsen er krenket isolert sett. For Høyesterett er det ikke vist til avgjørelser fra menneskerettskomiteen som kan tilsi at langt tidsforløp gir rett til en ekstra ankerunde. Jeg kan i det hele tatt ikke finne holdepunkter for at tidsaspektet skal trekkes inn i vurderingene rundt ankeretten etter artikkel 14 nr. 5. Anførselen knyttet til tidsforløpet kan etter dette ikke føre frem, heller ikke når den vurderes i sammenheng med det endrede bevisbildet.
- (35) På denne bakgrunn må konklusjonen bli at As rettigheter etter SP artikkel 14 nr. 5 ikke er krenket. Det blir da ikke nødvendig for meg å gå inn på rekkevidden av det forbeholdet som Norge har tatt. Jeg trenger heller ikke vurdere bistandsadvokatens anførsler knyttet til de sivile kravene.
- (36) Anken blir etter dette å forkaste.
- (37) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (38) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (39) Dommer **Bull:** Likeså.
- (40) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (41) Dommer **Webster:** Likeså.
- (42) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: