



NORGES HØYESTERETT

Den 11. november 2004 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2004-01885-A, (sak nr. 2004/1279), straffesak, anke,

A (advokat Arne Meltvedt)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Gert Johan Kjelby)

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

- (1) Dommer **Gussgard**: Saken gjelder spørsmål om det var en saksbehandlingsfeil å tillate opplesning av vitneforklaringer.
- (2) Bergen tingrett avsa 26. januar 2004 dom der A ble funnet skyldig i legemsbeskadigelse av sin bror, B. Dommen har denne domsslutning:
 - ”1. A, født 00.00.1978 dømmes for overtredelse av strl. § 229, 1. ledd, jfr. strl. § 61, til en straff av fengsel i 5 – fem – måneder.

Til fradrag går 17 – sytten – dager for utholdt varetekt, jfr. strl. § 60.
 2. A, født 00.00.1978, pålegges å erstatte staten sakens omkostninger med kr. 1. 000.”
- (3) I anke over saksbehandlingen gjorde domfelte gjeldende at tingretten i strid med EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1 hadde tillatt opplesning av politiforklaringer avgitt av hans far og av broren. Subsidiært ble det anket over straffutmålingen.
- (4) Gulating lagmannsrett henviste bare anken over saksbehandlingen til ankeforhandling, og i medhold av straffeprosessloven § 333 ble saken behandlet skriftlig. Kjennelse ble avsagt 9. juni 2004 med slik slutning:

”Anken forkastes.”
- (5) A har påanket denne kjennelsen til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen, og det er i korthet gjort gjeldende:

- (6) Både faren og broren brukte den rett som straffeprosessloven § 122 gir dem til å nekte å forklare seg for tingretten. I henhold til avgjørelsen i Rt. 2003 side 1808 er kravet i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d normalt oppfylt dersom tiltalte eller hans forsvarer har fått tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet. Det er ikke et vilkår at vitnet svarer på de spørsmålene som blir stilt. Men den saken gjaldt et vitne som nektet å forklare seg med hjemmel i straffeprosessloven § 123. Situasjonen er en annen når nektelsesgrunnlaget er § 122, som – i motsetning til § 123 – helt fritar for vitneplikt. I slike tilfeller kan det ikke kreves at vitnet møter til hovedforhandlingen, jf. § 126 annet og tredje ledd, og vitnet kan dermed heller ikke avhentes. Når vitnet ikke møter, får tiltalte ingen mulighet til å stille spørsmål. De tilfellene der vitnet møter, må likestilles med situasjonen der vitnet ikke møter. Det vil bero på en tilfeldighet om et vitne er klar over sin adgang til å unnlate å møte frem. Dersom vitnet møter, men ikke vil forklare seg, skal vedkommende dimitteres. Det kan ikke kreves at vitnet blir værende, slik at tiltalte får en formell mulighet til å stille spørsmål. Ut over dette må det foretas en totalvurdering av om strafforfølgningen av tiltalte fremstår som forsvarlig og rettferdig, jf. EMK artikkel 6 nr. 1.
- (7) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (8) Tiltalen i denne straffesaken gjelder et slagsmål som fant sted en kveld sommeren 2003 på en campingplass der tiltalte, hans far og bror skulle overnatte sammen. Tiltalte avga forklaring for tingretten, men husket lite av hendelsen. I dommen heter det om dette:
- ”Retten har lagt liten vekt på tiltaltes forklaring, da han har forklart at han husker lite fra hendelsen på X camping, dels på grunn av at han var sterkt beruset og dels på grunn av tiden som er gått. Han husket ikke foranledningen til basketaket, eller om det startet inne i teltet eller utenfor. Han har erkjent å ha slått til broren, men hevder at de var like gode begge to, og benekter at han hadde til hensikt å skade broren.”**
- (9) Både faren og broren møtte etter innkalling som vitner i tingretten.
- (10) Etter at tiltalte hadde forklart seg, ble hans bror gjort kjent med sin rett etter straffeprosessloven § 122 til å nekte å forklare seg eller svare på spørsmål i anledning saken. Broren ønsket ikke å forklare seg. Aktor bad om samtykke til å lese opp hans politiforklaring, noe forsvareren motsatte seg. I en kort pause i forhandlingene forlot broren tinghuset i strid med pålegg fra retten om å bli til det var tatt standpunkt til begjæringen om opplesning av politiforklaringen. Det ble besluttet å hente ham, men politiet fant ham ikke.
- (11) Heller ikke tiltaltes far ønsket å forklare seg. På begjæring fra aktor avsa tingretten kjennelse for at forklaringen kunne leses opp. Retten viste til den avgjørelsen som nå er inntatt i Rt. 2003 side 1808 og fant at tiltaltes rett til å stille spørsmål til vitnet var tilstrekkelig ivaretatt ved at hans forsvarer ville få anledning til å stille spørsmål etter opplesningen. Aktor og forsvareren fikk anledning til å stille spørsmål til vitnet etter at politiforklaringen var lest opp, og faren hadde fastholdt at han ikke ville uttale seg.
- (12) I den påfølgende kjennelsen som ga adgang til opplesning av brorens forklaring, la retten til grunn at han var uteblitt fra rettsmøtet uten gyldig forfall. Retten konstaterte at tiltalte ikke på noe stadium i saken hadde fått anledning til å stille spørsmål til broren. Retten vurderte da om en domfellelse hovedsakelig må bygge på Bs vitneforklaring, men kom

til at forklaringen ikke var å anse som et hovedsakelig bevis, og at det således var adgang til å lese opp politiforklaringen, på tross av den manglende kontradiksjon. Det ble vist til farens politiforklaring og til vitneforklaring fra en politibetjent som var kommet til campingplassen og fikk forklaringer om hendelsesforløpet både fra fornærmede selv og fra foreldrene. Det var dessuten lagt fram en legeerklæring og fotomappe.

- (13) I anken til lagmannsretten over saksbehandlingen gjorde tiltalte gjeldende den anførsel som også er grunnlaget for anken til Høyesterett, og som jeg tidligere har redegjort for. Den går ut på at den adgang til å lese opp politiforklaringer som følger av Rt. 2003 side 1808, ikke kan gjelde for vitner som etter straffeprosessloven § 122 er helt fritatt for vitneplikt. Lagmannsretten fant at vilkårene for å lese opp farens og brorens politiforklaringer var oppfylt. Etter å ha gjengitt de sentrale avsnittene fra avgjørelsen i Rt. 2003 side 1808, uttalte lagmannsretten om dette:

”Lagmannsretten kan ikke se at det i denne saken er grunnlag for å etablere et slikt skille som anført av tiltalte. Også vitner som kan påberope seg fritak for vitneplikt etter strprl. § 122 – slik både tiltaltes far og bror hadde anledning til – har møteplikt i medhold av strprl. § 108, dersom de blir innkalt av retten, jfr. Bjerke/Keiserud side 447. Verken tiltaltes bror eller far hadde for øvrig gitt retten slik forhåndsmeddelelse som angitt i strprl. § 126, siste ledd, uten at dette i utgangspunktet kan sees å ha noen betydning i saken. Når tiltalte i forhold til sin far som møtende vitne har hatt adgang til å imøtegå hans politiforklaring og utspørre ham, finner lagmannsretten at tiltaltes rett til å avhøre et vitne mot ham må være oppfylt. Opplesning av farens politiforklaring må således tillates – under forutsetning av at forfølgningen av tiltalte ut fra en totalbedømmelse fremstår som forsvarlig og rettferdig, jfr. nedenfor.”

- (14) Avslutningsvis ga lagmannsretten uttrykk for at den fant at strafforfølgningen mot tiltalte ut fra en totalbedømmelse tilfredsstilte de krav ”EMK artikkel 6 og alminnelig norsk prosessrett stiller til en forsvarlig og rettferdig rettergang”, selv om politiforklaringene til faren og broren ble tillatt opplest.
- (15) Både tingretten og lagmannsretten har basert seg på avgjørelsen i Rt. 2003 side 1808. I den saken ble det redegjort for at det etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) kan gjøres enkelte unntak fra bestemmelsene i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d om at vitner som blir ført mot tiltalte, som hovedregel må forklare seg i offentlig rettsmøte i tiltaltes nærvær. Forutsetningen er at forfølgningen etter en totalbedømmelse fremstår som forsvarlig og rettferdig, jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Det heter videre i avsnitt 17: ”Selv om en forklaring som er avgitt under etterforskningen, er det eneste eller avgjørende bevis, kan forklaringen under denne forutsetning tillates opplest, såfremt tiltalte eller hans forsvarer har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere stadium av forfølgningen...” Og i avsnitt 18 heter det at under nevnte forutsetning kan forklaringen leses opp ”selv om vitnet påberoper en gyldig grunn for å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare,...”.
- (16) Jeg er enig med lagmannsretten når den kom til at det ikke kunne være avgjørende at faren og broren kunne nekte å forklare seg under henvisning til straffeprosessloven § 122, og jeg kan heller ikke se at det er grunnlag for å hevde at tiltalte ikke får en rettferdig rettergang når vitnenes forklaringer tillates lest opp.
- (17) I Rt. 2003 side 1808 ble ikke grunnlaget for nektelsen tillagt vekt, og jeg finner ikke noen reell begrunnelse for å vurdere spørsmålet om opplesning av forklaring avgitt under

etterforskning forskjellig, alt ettersom hjemmelen for vitnets rett til å nekte å forklare seg er straffeprosessloven § 122 eller § 123. Dersom de vilkår som fremgår av i Rt. 2003 side 1808 er oppfylt, må en politiforklaring kunne leses opp, også ved fritak for vitneplikt etter § 122. Etter min vurdering har bestemmelsene i § 126 annet og tredje ledd ingen rettslig betydning for dette spørsmål.

- (18) Siden § 126 er brakt inn i saken, vil jeg si noe om den. Utgangspunktet er straffeprosessloven § 108, som fastslår at enhver etter innkalling plikter ”å møte som vitne og forklare seg overfor retten”. De påberopte bestemmelsene § 126 annet og tredje ledd lyder:

”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.”

- (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.
- (22) Ut fra dette må anken forkastes.
- (23) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

- (24) Dommer **Oftedal Broch:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (25) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (26) Dommer **Flock:** Likeså.
- (27) Dommer **Gjølstad:** Likeså.
- (28) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.