



NORGES HØYESTERETT

Den 29. juni 2005 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2005-01051-A, (sak nr. 2005/220), straffesak, anke,

Den offentlige påtalemyndighet (assisterende riksadvokat Hans-Petter Jahre)

mot

A (advokat Erling O. Lyngtveit)

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

- (1) Dommer **Skoghøy**: Anken gjelder saksbehandlingen i en straffesak for lagmannsretten hvor tiltalte ble frifunnet. Spørsmålene i saken er om tiltaltes forsvarer under prosedyren for lagmannsretten leste opp fra en sakkyndig rapport som retten hadde nektet fremlagt, om dette i tilfelle er en saksbehandlingsfeil, og om dommen i så fall må oppheves.
- (2) Ved tiltalebeslutning av 21. august 2003 av statsadvokatene i Vestfold og Telemark ble A, født 15. juli 1952, satt under tiltale ved Skien og Porsgrunn tingrett for overtredelse av:

”I. Straffelovens § 195 første ledd første punktum, jfr. annet ledd bokstav c

for å ha hatt seksuell omgang med barn under 10 år og det har skjedd gjentatte overgrep,

Grunnlag:

I perioden fra slutten av august 2000 til 14. april 2003 på bopel i Porsgrunn slikket han ved flere anledninger kjønnsorganet til B, f. 06.04.94, samt fikk henne til å masturbere hans penis.

II. Straffelovens § 197

for å ha hatt seksuell omgang med slektning i nedstigende linje

Grunnlag:

Til tid og sted som nevnt i post I forholdt han seg der som nærmere beskrevet overfor sin datter B, f. 06.04.94.”

(3) Tingretten avsa 2. januar 2004 dom med slik domsslutning:

”1. A, født 15. juli 1952 dømmes for en overtredelse av straffeloven § 195 første ledd, første punktum, jf. annet ledd bokstav c og en overtredelse av straffeloven § 197, alt under hensyntagen til straffeloven § 62 første ledd til en straff av fengsel i 2 – to – år og 3 – tre – måneder.

Til fradrag i straffen går 1 – en – dag for utholdt varetekt.

2. A, født 15. juli 1952 dømmes til å betale erstatning til B med 100.000 – etthundretusen – kroner, med tillegg av den til enhver tid lovlige rente etter lov om renter ved forsinket betaling av 17. desember 1976 nr. 100 § 3 første ledd, for tiden 12 % rente p.a., fra forfall til betaling skjer.

Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.”

(4) A påanket tingrettens dom til Agder lagmannsrett på grunn av feil ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og ved avgjørelsen av erstatningskravet.

(5) Under ankeforhandlingen for lagmannsretten svarte lagretten for begge tiltaleposter nei på skyldspørsmålet. Lagmannsretten besluttet å legge lagrettens kjennelse til grunn for avgjørelsen av straffesaken.

(6) Da fornærmedes bistandsadvokat meddelte at erstatningskravet ble opprettholdt, bad rettens formann partene innlede forhandlinger med sikte på å komme til enighet om dette. Etter forhandlinger ble det inngått slikt rettsforlik:

”B v/verge C og A, f. 15.07.1952, har 6. januar 2005 inngått slikt

r e t t s f o r l i k :

A betaler til B kr 50.000,-. Beløpet forfaller til betaling den 1. april 2005. Betalingen innebærer ingen erkjennelse av strafferettslig ansvar fra As side. Beløpet innbetales på konto v/Bamble overformynderi, som skal forvalte pengene frem til barnet fyller 18 år eller frem til foreldrene er enige om at pengene skal disponeres på annen måte. Beløpet skal uansett disponeres til barnets beste.”

(7) Saken ble etter dette begjært hevet for så vidt angikk erstatningskravet.

(8) På dette grunnlag avsa lagmannsretten 7. januar 2005 dom og kjennelse med slik slutning:

”1. A, født 15. juli 1952, frifinnes for forbrytelse mot straffeloven § 195 første ledd første punktum, jf annet ledd bokstav c, og straffeloven § 197.

2. Saken heves for så vidt gjelder erstatningskravet.”

(9) Påtalemyndigheten har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett på grunn av feil ved saksbehandlingen. Som grunnlag for saksbehandlingsanken har påtalemyndigheten anført at forsvareren under prosedyren for lagmannsretten leste opp deler av en rapport som var utarbeidet av et sakkyndig vitne, og som retten hadde avskåret vitnet fra å forklare seg om, da den ville gripe inn i lagrettens bevisbedømmelse. Når lagmannsretten ikke grep

inn i forsvarerens prosedyre og nektet ham å lese opp de aktuelle delene av rapporten, ble det begått feil ved saksbehandlingen. Denne feilen kan etter påtalemyndighetens syn ha virket inn på innholdet av lagrettens kjennelse, og lagmannsrettens frifinnende dom må derfor oppheves, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd.

- (10) Til bruk ved behandlingen av anken er det avgitt to erklæringer fra lagmannsrettens administrator, to erklæringer fra tiltaltes forsvarer for lagmannsretten, to erklæringer fra fornærmedes bistandsadvokat og to erklæringer fra aktor for lagmannsretten.
- (11) **Mitt syn på saken**
- (12) Jeg er kommet til at det ble begått saksbehandlingsfeil under ankeforhandlingen for lagmannsretten, men at denne feilen ikke gir grunnlag for å oppheve lagmannsrettens dom.
- (13) Både for tingretten og lagmannsretten påberopte påtalemyndigheten som sentralt bevis dommeravhør av fornærmede.
- (14) Ankeforhandling for lagmannsretten ble påbegynt første gang 21. juni 2004.
- (15) Både forut for og under ankeforhandlingen bad domfeltes forsvarer – advokat Sigurd J. Klomsæt – om at professor Roald Bjørklund ble oppnevnt som sakkyndig for å gi en redegjørelse for ”de vanligste feilkilder og svakheter som er påvist ved avhør av barn i sedelighetssaker, samt gi en konkret vurdering av det foreliggende dommeravhør i saken”. Disse begjæringene ble avslått, da det ikke fantes tilstrekkelig grunn til å oppnevne sakkyndig til å utrede disse spørsmålene, men lagmannsretten tillot at Bjørklund ble ført som sakkyndig vitne.
- (16) Etter at bevisførselen var gjennomført, bad forsvareren om at ankeforhandlingen ble utsatt i påvente av utfallet av den utredning av fornærmede som pågikk ved PP-tjenesten i Bamble, og mente at det måtte ”foretas en uavhengig utredning særlig med sikte på om fornærmede har en ADHD-lidelse og hvilken betydning dette eventuelt kan ha for hennes troverdighet”. Han mente også at det var ”nødvendig med undersøkelse av tiltalte med sikte på å få utredet om han har en pedofil legning”. Aktor sluttet seg til utsettelsesbegjæringen med den begrunnelse at den pågående utredning av fornærmede burde fullføres før saken ble pådømt. Derimot fant aktor det ikke nødvendig med noen utredning for tiltaltes vedkommende. Under henvisning til at begge parter hadde begjært utsettelse, traff lagmannsretten 22. juni 2004 beslutning om å utsette ankeforhandlingen på ubestemt tid, jf. straffeprosessloven § 293 første ledd. Ny ankeforhandling ble senere berammet til 4. januar 2005.
- (17) Den nevnte utredning av fornærmede konkluderte med at det ikke fantes grunnlag for å stille en ADHD-diagnose.
- (18) Under forberedelsen av den nye ankeforhandlingen fremsatte advokat Klomsæt på nytt begjæring om at professor Bjørklund ble oppnevnt som sakkyndig for blant annet å vurdere påliteligheten av dommeravhøret av fornærmede. Han bad også om at det ble oppnevnt en sakkyndig for å vurdere om tiltalte ”har pedofile antydninger eller ikke”.

- (19) Ved beslutning av forberedende dommer i lagmannsretten 1. november 2004 ble begge begjæringene avslått.
- (20) A påkjærte lagmannsrettens beslutning til Høyesteretts kjæremålsutvalg, som ved kjennelse 24. november 2004 forkastet kjæremålet.
- (21) I brev av 3. desember 2004 til lagmannsretten og statsadvokatene i Vestfold og Telemark meddelte advokat Klomsæt at professor Bjørklund ville bli ført som sakkyndig vitne og var ”engasjert til å gjøre sitt arbeid som om han ville ha vært rettsoppnevnt”.
- (22) Under ankeforhandlingen møtte professor Bjørklund og avgav forklaring som sakkyndig vitne.
- (23) Bjørklund utarbeidet også en skriftlig rapport på 28 sider som ble overlevert til aktor og bistandsadvokaten samme dag som han avgav forklaring. Denne rapporten er i hovedsak delt i to deler. Først blir det gjort rede for generelle problemer ved avhør av barn. Deretter foretar Bjørklund en vurdering av det konkrete dommeravhør.
- (24) Da Bjørklund avgav forklaring, bestemte lagmannsretten at hans forklaring måtte avgrenses til generelle problemer ved avhør av barn. Den skriftlige rapporten ble ikke tillatt fremlagt. Bjørklund fikk heller ikke anledning til å uttale seg om det konkrete dommeravhøret.
- (25) Professor Bjørklund forklarte seg som siste vitne. Etter at han hadde avgitt forklaring, og det var fremlagt enkelte andre ytterligere bevismidler, ble bevisførselen vedrørende skyldspørsmålet avsluttet.
- (26) Etter at spørsmålsskriftet var overlevert til og lest opp for lagretten, fikk først aktor og deretter forsvareren ordet til prosedyre vedrørende skyldspørsmålet.
- (27) Påtalemyndigheten har anført at advokat Klomsæt i sin prosedyre ikke bare forholdt seg til de beviser som var ført, men – i strid med lagmannsrettens beslutning – også leste opp Bjørklunds oppsummering og konklusjoner vedrørende det konkrete dommeravhør og i denne forbindelse uttrykkelig gjorde oppmerksom på at det var Bjørklunds vurderinger og konklusjoner han formidlet. Når lagmannsretten ikke grep inn overfor forsvareren og stanset opplesningen, lot den ikke bare være å håndheve de rammer for bevisførselen som den selv hadde fastlagt. Opplesningen er også i strid med straffeprosessloven § 304 første ledd og krenker det kontradiktoriske prinsipp, som er ett av de mest grunnleggende rettergangsprinsipper. Etter påtalemyndighetens syn må det anses å være en rimelig mulighet for at denne feilen har virket inn på lagrettens kjennelse, og lagmannsrettens dom må da oppheves, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd.
- (28) Tiltaltes forsvarer for Høyesterett har ikke bestridt at advokat Klomsæt i prosedyren for lagmannsretten benyttet seg av professor Bjørklunds vurderinger av dommeravhøret. Han har imidlertid anført at det ikke finnes tilstrekkelige holdepunkter for at advokat Klomsæt i denne forbindelse påberopte seg professor Bjørklunds autoritet. Når dette ikke er tilfellet, foreligger det ingen saksbehandlingsfeil. Subsidiært har forsvareren anført at da professor Bjørklunds vurderinger av det konkrete dommeravhør bare er en følge av de generelle synspunkter på avhør av barn som han forklarte seg om for lagmannsretten, er det under enhver omstendighet ikke grunn til å anta at en eventuell formidling av

Bjørklunds vurdering av det konkrete dommeravhør kan ha virket inn på lagrettens kjennelse.

- (29) Jeg behandler først spørsmålet om hvordan advokat Klomsæt i sin prosedyre for lagmannsretten faktisk forholdt seg til professor Bjørklunds rapport.
- (30) Ved avgjørelsen av dette må Høyesterett legge til grunn det som finnes mest sannsynlig, jf. Rt. 2004 side 1561 avsnitt 11 med videre henvisninger.
- (31) På grunnlag av de beviser som er fremlagt for Høyesterett, finner jeg det klart at advokat Klomsæt i sin prosedyre for lagmannsretten ikke bare forholdt seg til det som var fremkommet under bevisførselen for lagmannsretten, men også gjengav professor Bjørklunds oppsummeringer og konklusjoner vedrørende det konkrete dommeravhør. Jeg finner det også klart mest sannsynlig at han ved denne gjengivelsen uttrykkelig gjorde oppmerksom på at det var Bjørklunds synspunkter han formidlet. I tillegg til de samstemmige redegjørelsene som er avgitt av fornærmedes bistandsadvokat og av aktor for lagmannsretten, viser jeg på dette punkt særlig til det advokat Klomsæt selv har uttalt i brev av 25. januar 2005 til lagmannsretten. I dette brevet – som gjelder advokat Klomsæts krav på salær og dekning av utgifter til medhjelpere – uttaler han blant annet:

”Professor Bjørklund ble nektet å fremlegge sin rapport og nektet å uttale seg om sin vurdering av avhøret, med den begrunnelse at dette da ville gripe inn i lagrettens bevisvurdering. Denne begrunnelse stiller jeg meg undrende til. Rettens holdning fratok imidlertid ikke undertegnede mulighet til å benytte dette materialet i min prosedyre – hvilket jeg også gjorde retten uttrykkelig oppmerksom på. Jeg er viss på at det jeg fremførte – fra dette materialet – ble fremført for en meget lydhør og observant lagrette.”

- (32) Denne uttalelse må etter mitt syn klart nok oppfattes som en erkjennelse fra advokat Klomsæt om at han i sin prosedyre for lagmannsretten ikke bare gjengav professor Bjørklunds vurderinger av det konkrete dommeravhør, men at han i denne forbindelse også uttrykkelig gjorde oppmerksom på at det var Bjørklunds synspunkter han formidlet.
- (33) I de redegjørelser advokat Klomsæt senere har gitt til Høyesterett, har han riktignok benektet at han i sin prosedyre benyttet noe annet enn det som var fremkommet under bevisførselen. De forklaringer Klomsæt har gitt til Høyesterett, står imidlertid på dette punkt i sterk kontrast til det han selv har uttalt i brevet av 25. januar 2005 til lagmannsretten. Dette brevet ble skrevet umiddelbart etter ankeforhandlingen for lagmannsretten og før advokat Klomsæt var klar over at påtalemyndigheten ville påanke dommen på grunn av saksbehandlingsfeil. Den uttalelse advokat Klomsæt kommer med i dette brevet, har derfor en langt høyere bevisverdi enn de forklaringer han senere har avgitt.
- (34) Tiltaltes forsvarer for Høyesterett har gjort gjeldende at dersom advokat Klomsæt i sin prosedyre for lagmannsretten gjengav deler av Bjørklunds rapport som Bjørklund var blitt nektet å forklare seg om, burde aktor ha reagert og krevd protokollasjon. I tilfeller hvor det er tvil om hva som faktisk har skjedd for lagmannsretten, må tvilen løses i disfavør av den part som burde ha reagert.
- (35) Det er riktig at det dersom det er tvil om det har skjedd noen rettergangsfeil under hovedforhandlingen, må legges vekt på hvorvidt den part som påberoper forholdet, har

reagert og krevd protokollasjon, jf. eksempelvis Rt. 1985 side 397 på side 401 og Rt. 1985 side 640 på side 642. På bakgrunn av de samstemmige redegjørelsene fra bistandsadvokaten og aktor for lagmannsretten og advokat Klomsæts erkjennelse i brevet av 25. januar 2005 kan jeg imidlertid ikke se at det i denne saken foreligger noen slik tvil.

- (36) Det må etter dette legges til grunn at advokat Klomsæt i sin prosedyre for lagmannsretten formidlet professor Bjørklunds syn på det konkrete dommeravhør.
- (37) Det neste spørsmål blir om advokat Klomsæts formidling av professor Bjørklunds vurdering av det konkrete dommeravhør representerer en saksbehandlingsfeil.
- (38) Spørsmålet om vitners troverdighet og påliteligheten av dommeravhør av barn hører under den dømmende retts bevisbedømmelse. Dette betyr imidlertid ikke at det ikke i enkelte saker kan være behov for å oppnevne sakkyndige til å bistå retten ved dens vurdering, jf. uttalelse i Rt. 2003 side 383. Dette avhenger av om det i den enkelte sak finnes særskilt behov for dette. Når lagmannsretten nektet professor Bjørklund å forklare seg om påliteligheten av det konkrete dommeravhør, var det fordi det etter rettens oppfatning i dette tilfellet ikke var tilstrekkelig behov for noen slik bevisførsel.
- (39) Det følger av straffeprosessloven § 304 første ledd at bevisførselen må være gjennomført før partene får ordet til prosedyre. Dette innebærer blant annet at det – bortsett fra vitterlige kjensgjerninger – ikke er adgang til under prosedyren å påberope faktiske forhold som ikke har vært omfattet av bevisførselen.
- (40) Dersom det etter at bevisførselen er avsluttet, skulle dukke opp nye opplysninger av betydning for saken, må bevisførselen gjenopptas. For at partslikhetsprinsippet og hensynet til sakens opplysning skal være ivaretatt, må den annen part få anledning til å gjøre nærmere undersøkelser, og i tilfeller hvor det er tale om nye opplysninger fra vitner eller sakkyndige, få anledning til å stille kontrollerende og utdypende spørsmål.
- (41) Jeg har tidligere konkludert med at advokat Klomsæt i sin prosedyre for lagmannsretten ikke bare forholdt seg til det som var fremkommet under bevisførselen, men også gjengav professor Bjørklunds oppsummeringer og konklusjoner vedrørende det konkrete dommeravhør, og i denne forbindelse uttrykkelig gjorde oppmerksom på at det var Bjørklunds synspunkter han formidlet. Dersom synspunktene hadde vært formidlet som advokat Klomsæts egne vurderinger, hadde det ikke vært grunnlag for å gjøre innvendinger mot saksbehandlingen. Men når vurderingene ble formidlet under påberopelse av professor Bjørklunds autoritet, er det klart at formidlingen må anses som bevisførsel i straffeprosesslovens forstand. Da Bjørklunds rapport var nektet fremlagt, og Bjørklund i sin vitneforklaring ikke fikk adgang til å gi uttrykk for sitt syn på det konkrete dommeravhør, begikk lagmannsretten en saksbehandlingsfeil når den ikke grep inn i advokat Klomsæts prosedyre og stanset formidlingen av Bjørklunds syn på dommeravhøret.
- (42) Jeg går så over til å behandle spørsmålet om hvilken virkning denne feilen skal tillegges.
- (43) Dersom det ikke er tale om en saksbehandlingsfeil som omfattes av oppregningen i straffeprosessloven § 343 andre ledd, er det et vilkår for at feilen skal gi grunnlag for å oppheve den avgjørelse som er truffet, at ”det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold”, se § 343 første ledd.

- (44) Ved avgjørelsen av hvor stor grad av sannsynlighet som må kreves for at feilen kan ha virket inn på dommens innhold, taler gode grunner for å skille mellom frifinnende og fellende dommer. For at en fellende dom skal oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, er det etter sikker rettspraksis tilstrekkelig at det foreligger en rimelig mulighet for at feilen har hatt betydning. Dersom dommen er frifinnende, og feilen er av en slik karakter at påtalemyndigheten burde ha tatt spørsmålet opp under hovedforhandlingen, bør det imidlertid etter min mening stilles krav om en noe større grad av sannsynlighet for at feilen kan ha virket inn. Jeg finner støtte for en slik differensiering i rettsavgjørelser om betydningen av feil som består i at retten ikke har oppfylt sin plikt etter straffeprosessloven § 294 til å påse at saken blir fullstendig opplyst, se for eksempel Rt. 1972 side 1218 på side 1219, Rt. 1982 side 1858 (Inr. 177/1982), Rt. 1984 side 462 på side 464 og Rt. 1987 side 266. Etter min mening bør det i tilfeller hvor påtalemyndigheten burde ha tatt spørsmålet opp under hovedforhandlingen, stilles som vilkår for å oppheve en frifinnende dom på grunn av saksbehandlingsfeil, at det foreligger bortimot sannsynlighetsovervekt for at feilen har hatt betydning.
- (45) I det foreliggende tilfellet burde aktor, som hadde professor Bjørklunds rapport for hånden, etter min oppfatning ha reagert når advokat Klomsæt under henvisning til rapporten gjengav det Bjørklund hadde uttalt om det konkrete avhør. Når dommen er frifinnende, og aktor ikke protesterte mot opplesningen, må det derfor stilles noe høyere krav til sannsynlighet for at opplesningen har påvirket innholdet av lagrettens kjennelse enn i tilfeller hvor det er tale om å oppheve en fellende dom på grunn av saksbehandlingsfeil.
- (46) Advokat Klomsæt har i brevet av 25. januar 2005 til lagmannsretten gitt uttrykk for at det han gjengav fra professor Bjørklunds rapport om det konkrete dommeravhør, ble fremført for "en meget lydhør og observant lagrette".
- (47) Spørsmålet om hvor stor betydning opplesningen av Bjørklunds syn på det konkrete dommeravhør kan ha hatt, må imidlertid vurderes på bakgrunn av at Bjørklund fikk forklare seg om generelle problemer ved avhør av barn, og at hans syn på det konkrete avhør i stor grad bygger på de generelle problemene som han hadde påpekt. I tillegg må det på bakgrunn av forsvarerens begjæring om å få fremlegge Bjørklunds rapport, ha fremstått som sannsynlig for lagretten at Bjørklund stilte seg kritisk til dommeravhøret.
- (48) Ved vurderingen av hvilken betydning en rettergangsfeil kan ha hatt, må det også legges vekt på om det under hovedforhandlingen ble fremsatt innsigelse fra noen av partene, jf. Rt. 1968 side 30 på side 31 og Rt. 1985 side 397 på side 401. Dette gir en indikasjon på hvordan sakens aktører oppfattet betydningen av feilen.
- (49) I den foreliggende sak er det på det rene at aktor for lagmannsretten ikke protesterte mot opplesningen – til tross for at han hadde rapporten foran seg og ved selvsyn kunne konstatere at det var Bjørklunds synspunkter som ble formidlet.
- (50) Aktor for lagmannsretten har forklart at han vurderte protest, men at han ble overrumplet og forventet at lagmannsretten skulle gripe inn. Etter min oppfatning må man likevel av det faktum at aktor ikke protesterte, kunne trekke den slutning at han neppe kan ha vurdert opplesningen å ha særlig stor betydning.

- (51) I samme retning trekker de redegjørelser som lagmannsrettens administrator – lagdommer Åse Berg – har avgitt. Hun har uttalt at hun vurderte å gripe inn overfor advokat Klomsæt, men at hun – som ikke hadde rapporten for hånden – var usikker på i hvilken grad han leste opp fra rapporten, og i hvilken grad han bare gav uttrykk for egne vurderinger basert på det Bjørklund hadde redegjort for i sin forklaring for retten.
- (52) På grunnlag av en samlet vurdering av disse forholdene er jeg kommet til at det ikke finnes tilstrekkelig grunnlag for å anta at formidlingen av professor Bjørklunds oppsummeringer og konklusjoner vedrørende det konkrete dommeravhør kan ha virket inn på innholdet av lagrettens kjennelse.
- (53) Påtalemyndighetens anke må etter dette forkastes.
- (54) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

- (55) Dommer **Stang Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (56) Dommer **Flock:** Likeså.
- (57) Dommer **Øie:** Likeså.
- (58) Dommer **Aasland:** Likeså.
- (59) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: