



NORGES HØYESTERETT

Den 12. desember 2005 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2005-01932-A, (sak nr. 2005/594), straffesak, kjæremål,

A

(advokat Erling O. Lyngtveit)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Pål S. Berg)

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

- (1) Kst. dommer **Kaasen**: Saken gjelder begjæring om gjenopptagelse av straffesak.
- (2) Ved Eidsivating lagmannsretts dom av 3. november 1988 ble A dømt for overtredelse av straffeloven § 195 første ledd første straffalternativ og § 207 første alternativ, for utuktig omgang med et ca. tre år gammelt barnebarn. Straffen ble satt til fengsel i to år, og A ble også dømt til å betale 20 000 kroner i oppreisning til fornærmede. A vedtok lagmannsrettens dom. Dommen ble avsagt etter annen gangs behandling i lagmannsretten, etter at lagrettens fellende kjennelse først ble satt til side av et flertall av de juridiske dommere. Ved behandlingen av saken forelå blant annet erklæringer fra lege Eli Berg og avdelingsoverlege ved X sykehus Erik Hovland, samt en senere felles erklæring fra disse. Ved annen gangs behandling i lagmannsretten forelå det også sakkyndigerklæringer fra avdelingsoverlege Helge Michalsen, --- sykehus, og psykolog Svein Mossige.
- (3) Den 18. april 2000 begjærte A saken gjenopptatt. Begjæringen ble behandlet av Agder lagmannsrett, som ved kjennelse av 25. juli 2002 ikke tok den til følge. Under behandlingen av saken innhentet lagmannsretten en felles sakkyndigerklæring fra universitetsstipendiat og lege Arne K. Myhre, Regionsykehuset i Y, og overlege Geir Borgen, Nasjonalt ressurscenter for seksuelt misbrukte barn. Lagmannsrettens kjennelse ble påkjært til Høyesteretts kjæremålsutvalg, som ved kjennelse av 20. desember 2002 forkastet kjæremålet, jf. Rt. 2002 side 1726.
- (4) Den 22. august 2003 begjærte A på ny saken gjenopptatt. Begjæringen er behandlet av Eidsivating lagmannsrett, som gjenoppnevnte assistentlege Myhre og overlege Borgen som sakkyndige. Lagmannsretten avholdt muntlige forhandlinger 20. og 21. januar 2005. Foruten forklaring fra de oppnevnte sakkyndige, mottok lagmannsretten forklaringer fra

nå spesialist i allmennmedisin, førsteamanuensis Eli Berg, tidligere avdelingsoverlege Erik Hovland, psykolog Svein Mossige og spesialist i klinisk psykologi Annika Melinder. Den 8. mars 2005 avsa lagmannsretten kjennelse med slik slutning:

”Begjæringen om gjenopptakelse tas ikke til følge.”

- (5) A har påkjært lagmannsrettens kjennelse. Høyesteretts kjæremålsutvalg har besluttet at saken i sin helhet skal avgjøres av Høyesterett etter reglene i høyesterettsloven av 25. juni 1926 nr. 2 § 6 annet ledd. Justitiarius har bestemt at partsforhandlinger skal finne sted etter de regler som gjelder for ankesaker.
- (6) Det er ikke fremlagt nytt materiale for Høyesterett, og partene har i det vesentlige opprettholdt sine anførsler. Saken står for så vidt i samme stilling som for lagmannsretten. Høyesterett har full kompetanse i saken.
- (7) Den kjærende part, A, har – under henvisning til argumentasjonen i kjæremålet – i det vesentligste anført:
- (8) Det gjøres prinsipalt gjeldende at vilkårene for gjenopptakelse er til stede etter straffeprosessloven § 391 nr. 3, subsidiært at gjenopptakelse bør besluttet etter § 392 annet ledd.
- (9) Det har forekommet feiltolkninger og misforståelser ved behandlingen av de medisinske spørsmål i saken. Lagmannsretten har ikke ryddet opp i dette. I uttalelsen av 18. mai 1987 fra Berg og i felleserklæringen av 3. september 1987 fra Berg og Hovland gis det uttrykk for at jomfruhinnen ikke var til stede. Dette var avgjørende for domfellelsen. Både de oppnevnte sakkyndige og Berg og Hovland er nå helt klare på at jomfruhinnen hele tiden har vært til stede. At jomfruhinnen var til stede, er en viktig ny omstendighet som er egnet til å medføre frifinnelse, og er et særlig forhold som gjør dommen tvilsom, jf. straffeprosessloven § 392 annet ledd. Lagmannsretten behandler ikke dette.
- (10) Ved annen gangs behandling av straffesaken i lagmannsretten forelå det en sakkyndig uttalelse fra overlege Michalsen fra Barnepoliklinikken ved --- sykehus, hvor det konstateres for stor vaginalåpning og bare så vidt rester av hymen. Det konstateres at dette ikke kan være selvpåført, og at ”slike skader av hymen kan heller ikke tenkes oppstått som følge av en annen type skade enn et seksuelt overgrep”. Av redegjørelsen fra de oppnevnte sakkyndige i den første gjenopptagelsessaken – Myhre og Borgen – fremgår at en stor tverrdiameter for jomfruhinneåpningen i dag anses som et uspesifikt funn, det vil si at funnet kan ha mange forskjellige forklaringer. Man kan derfor ikke på grunnlag av uttalelsen fra overlege Michalsen legge til grunn at jomfruhinneåpningens størrelse tilsa at det hadde forekommet seksuelt overgrep.
- (11) Stor jomfruhinneåpning er nå tatt ut av klassifikasjonslisten, og kan ikke lenger ses som et funn. Da gjenstår bare rødhet og hevelse, som er et uspesifikt funn, og hyppig forekommende hos barn som ikke er misbrukt. Lagmannsretten har oversett eller ikke forstått As sentrale anførsel om at tiltalen bare gjelder inntrengning i skjede med penetrasjon av jomfruhinnen. Mer eller mindre såre og hovne kjønnslepper sier ingenting om dette, og er således ikke relevant for gjenopptagelsesspørsmålet. Erklæringene fra Myhre og Borgen av 21. desember 2000 og 24. april 2003 må anses som nye bevis, som synes egnet til å medføre frifinnelse. Overlege Michalsens sikre konklusjon om seksuelt

misbruk må ha vært det mest tungtveiende bevis for straffeskyld. Hans uriktige uttalelse villedet den dømmende rett på det mest sentrale punktet, og må i dag være uten beviskraft. Bergs forklaring for lagmannsretten 20. januar 2005 var preget av sterkt engasjement, en beskrivelse av fornærmede som ikke har dekning i det som ble notert da undersøkelsen ble foretatt i 1987, og av forsvar for alt det hennes første erklæring satte i gang.

- (12) I likhet med overlege Michalsen, ble også psykolog Mossige engasjert som sakkyndig ved annen gangs behandling av straffesaken i lagmannsretten. Før Mossige begynte arbeidet, mottok han erklæringen fra Michalsen. Mossiges uttalelse virker ensidig, og han så ikke at sikkert misbruk lå som en forutsetning for alt som ble sagt og tenkt, helt fra dr. Bergs første erklæring. Det er lagt til grunn i en lang rekke avgjørelser at bevisverdien av etterforskningen svekkes når den bygger på en ubegrunnet forutsetning om konstatert misbruk. Det er også en lang rekke andre svakheter ved uttalelsen fra Mossige. Han drøfter ikke den omstendighet at fornærmede var bare tre år da etterforskningen pågikk, og ved kommentarer om ansenhet hos fornærmede ser han helt bort fra det sjokk hun må ha fått ved å være tatt bort fra sitt hjem og sine kjente omsorgspersoner. Mossige tar heller ikke i betraktning at fornærmedes liv har vært svært vanskelig, og at hun har fått vite at "tissen hennes er ødelagt" uten at hun har kunnet gi noen forklaring.
- (13) Mossige har heller ikke gjort en uhildet og forsvarlig vurdering av det som fremkom i avhør hos psykolog Kavli og av uttalelser fra fornærmede til Berg. Også for øvrig har Mossiges uttalelse svakheter, blant annet i form av en lite kritisk innstilling og en foreldet slutning fra samspill mellom domfelte og fornærmede til seksuelle overgrep. Alle svakhetene medfører at uttalelsen fra Mossige har liten bevisverdi. Det må også tas i betraktning at de avhørsmetoder som psykolog Kavli benyttet, innebar et utilbørlig press, og er kritisert av andre psykologer. Fornærmede i denne saken sto i mot presset, men et tilsvarende press har i andre saker fått andre barn til å "innrømme" misbruk som ikke har funnet sted.
- (14) Den kjærende part har nedlagt slik påstand:
- "Saken avgjort ved Eidsivating lagmannsretts dom av 3. november 1988 mot A gjenopptas."**
- (15) *Påtalemyndigheten* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (16) Lagmannsrettens forkastelse av den annen gjenopptagelsesbegjæring er riktig, og påtalemyndigheten slutter seg til rettens begrunnelse. Lagmannsretten har gjengitt dr. Bergs forklaring om at fornærmede under undersøkelsen 14. mai 1987 "var veldig hoven, og at det var dette som gjorde at hun ikke kunne se jomfruhinnen. Rødheten så ut som et gnagsår hvor huden var flekkvis borte og oppsprukket i de store kjønnslepper". Lagmannsretten har etter den umiddelbare bevisførsel med fire sakkyndige vitner og to oppnevnte sakkyndige som hørte og kommenterte hverandres forklaringer – også dr. Bergs – ikke funnet grunn til å betvile dr. Bergs observasjon. På dette grunnlag løftet de sakkyndige funnet på fornærmede fra klasse 2 "uspesifikke funn" til klasse 3 "avvikende funn". I klassifikasjonslisten beskrives dette som funn som sjelden ses normalt, og i svært liten grad i normalstudier. De er imidlertid observert i varierende hyppighet i studier av antatte og høyst sannsynlig misbrukte barn. Bevisumiddelbarheten er her sentral.

- (17) Psykolog Mossige har gjort en selvstendig undersøkelse basert på omfattende og også egeninnsamlet materiale, og fastholdt sine konklusjoner i lagmannsretten, selv om han uttaler at han kanskje ville ordlagt seg noe annerledes i enkelte av rapportens avsnitt i dag. I lagmannsretten fremkom at også fornærmedes forhold i dag peker klart i retning av at overgrep er skjedd.
- (18) A er domfelt for utuktig omgang ved inntrengen av finger og/eller ved å ha ført sin erigerte penis inn mellom hennes kjønnslepper og foretatt samleiebevegelser. Disse handlingene fører ikke til varige fysiske skadevirkninger, og er fullt forenlige med de observasjoner de sakkyndige har foretatt. Valget mellom alternativene har ingen betydning for subsumsjonen, og kan heller ikke føre til "en vesentlig mildere rettsfølge", jf. straffeprosessloven § 391 nr. 3. Det foreligger heller ikke andre forhold som begrunner bruk av denne bestemmelsen eller slike tungtveiende hensyn som medfører at bestemmelsen i straffeprosessloven § 392 annet ledd er anvendelig.
- (19) Påtalemyndigheten har nedlagt påstand om at kjæremålet forkastes.
- (20) *Mitt syn på saken:*
- (21) Jeg behandler først hvorvidt gjenopptagelse kan kreves på grunnlag av straffeprosessloven § 391 nr. 3. Etter denne bestemmelsen kan gjenopptagelse til gunst for siktede finne sted når det påberopes en "ny omstendighet" eller et "nytt bevis" som "synes egnet til å føre til frifinnelse eller ... til anvendelse av en mildere strafferegulering eller en vesentlig mildere rettsfølge". En rimelig mulighet har i Høyesteretts praksis vært ansett som tilstrekkelig, se eksempelvis Rt. 1999 side 690. Det kreves altså ikke sannsynlighetsovervekt. Vurderingstemaet er hvilken betydning de nye omstendigheter eller bevis ville hatt dersom de hadde foreligget for retten da saken ble pådømt og hadde kunnet ses i sammenheng med de bevis som den gang forelå for den dømmende rett, jf. Rt. 2003 side 940 avsnitt 39. Det er først når frifinnelse mv. etter en slik samlet bevisbedømmelse fremstår som en rimelig mulighet at de nye forhold gir grunnlag for gjenopptagelse etter bestemmelsen.
- (22) Omstendigheter og bevis er nye når de ikke har vært ført for den dømmende rett og derfor ikke har kunnet påvirke utfallet. Normalt kan nye vurderinger av bevis som har vært ført for den dømmende rett, ikke anses som nye omstendigheter. Men nye sakkyndigerklæringer kan bli ansett som nye bevis, selv om de ikke er basert på nytt bevismateriale, i hvert fall hvis evalueringene er basert på ny faglig innsikt som har alminnelig tilslutning fra fagmiljøet, jf. Rt. 2001 side 1521 på side 1538. På disse vilkår vil altså nye sakkyndige vurderinger av opprinnelige sakkyndige uttalelser kunne være nye bevis.
- (23) Ved avgjørelsen av hva som anses som nytt i forhold til straffeprosessloven § 391 nr. 3, må det sammenlignes med hva som ble fremlagt for den dømmende rett. Det kan ikke i seg selv forhindre gjenopptagelse etter denne bestemmelsen at de omstendigheter som påberopes, har vært fremlagt i forbindelse med en tidligere gjenopptagelsesbegjæring.
- (24) De forhold den kjærende part påberoper seg som nye, har tilknytning til sakkyndige erklæringer fra leger og psykologer som forelå for den dømmende rett i 1988. Det hevdes at senere sakkyndige vurderinger av erklæringene basert på ny faglig innsikt tilsier at erklæringene ikke ga det grunnlag for domfellelse som retten har tillagt dem. De nye

vurderinger er derfor – hevdes det – nye omstendigheter som er egnet til å føre til frifinnelse mv.

- (25) Jeg anser det hensiktsmessig først å gjennomgå i sammenheng de medisinske erklæringer som ble avgitt på sakens forskjellige stadier, for deretter å se på de psykologiske erklæringene for seg.
- (26) Da straffesaken første gang ble behandlet i lagmannsretten i mai 1988, ble det fremlagt erklæringer fra to leger, som også forklarte seg som sakkyndige for retten. Jeg finner grunn til å sitere forholdsvis utførlig fra deres skriftlige erklæringer.
- (27) Spesialist i allmennmedisin Eli Berg avga legeerklæring 18. mai 1987, basert på undersøkelse av fornærmede 14. mai foranlediget av at barnehagen den 12. mai hadde reagert på at hun var ”betydelig hoven og rød nedentil”. Av erklæringen fremgår blant annet:

”Ved undersøkelsen (...) er B tillitsfull, snakker godt for alderen. Vi forklarer henne at vi skal skifte bleie. Hun går med på å legge seg på stellebenken, men straks vi begynner å løsne på bleiesnippene, får hun et redd uttrykk i ansiktet, og legger begge hender nedentil samtidig som hun sier: ”Ikke putte noe der!” Vi forsikrer henne at det skal vi ikke. Vi tar av bleien, og straks hun er bar kommer igjen begge hender og legger seg over underlivet, og hun gjentar: ”Ikke putte noe der!” Da hun ble lagt på benken hadde hun en noe uvanlig adferd ved at hun uten motstand plasserte begge bein i full sprikende stilling, noe som er uvanlig i denne alderen på Helsestasjonen. Det var et misforhold mellom protesten i blikket og hennes passive ryggliggende stilling.

Ved inspeksjon av ytre kjønnsorganer er det fortsatt rødhet og hevelse av kjønnsleppene, men tanten forteller at det er betydelig mindre enn det var 2 dager tidligere. Vaginalåpningen viser seg vidt åpenstående med avrundede kanter og uten tegn til bevart jomfruhinne. Dette tyder på at det ikke er skjedd en penetrasjon for første gang i løpet av de siste dager, heller at noe har passert forbi åpningen ved flere anledninger over tid. Forholdene er å sammenligne med de man finner hos voksne, seksuelt aktive kvinner.

Ved denne siste delen av undersøkelsen, hvor kjønnsleppene ble holdt noe til side, for å se nøye i hele området, kommer hendene hennes for tredje gang fram og holder over åpningene og sier: ”Ikke putte noe der!”

De ytre kjønnsorganers utseende, forhistorien med sårhet nedentil ved flere anledninger, samt Bs uttalelser om at vi ikke skulle putte noe der, gjør at vi straks kontaktet Barnevernet i X for å si i fra at vi på Helsestasjonen (helsesøster Kjersti Skarderud og undertegnede) finner grunn til mistanke om seksuelle overgrep overfor B.”

- (28) Fornærmede ble 22. mai 1987, dvs. 8 dager etter dr. Bergs undersøkelse, undersøkt av avdelingsoverlege og spesialist i gynekologi Erik Hovland ved X sykehus. Av hans erklæring datert 29. mai fremgår blant annet:

”Ved inspeksjon finnes normale forhold rundt skjedeinngangen. Ingen tegn til betennelse eller tidligere traumer. Huden er helt intakt. Det spikes litt i skjedeåpningen, og man finner da en møydomshinne som har en åpning som muligens er litt stor, men dog sannsynlig innenfor normal variasjonsbredde. Den sirkulære slimhinneåpningen er blek, men ikke skarpkantet som forventet. Det er ingen rifter, sår eller andre tegn til sykdom eller skader i jomfruhinnen. Den er som anført litt vid, men dette kan like gjerne være forårsaket av egen seksuell aktivitet.

Konklusjon: Ved undersøkelse i dag finner man ingen sikre tegn på at B skulle være seksuelt utnyttet. Det er litt påfallende vid åpning i jomfruhinnen, men slimhinnene er bleke og normale frasett litt avrundet i kanten sirkumferensen rundt. Dette oppfattes som mulig naturlig innenfor normal variasjonsbredde. I denne sammenheng skal det presiseres og anføres at ytre og indre genitalia har en påfallende sterk og hurtig tilhelingssevne. Traumer påført pasienten for 7-8 dager siden kan i et såvidt lang tidsramme heles fullstendig.”

- (29) Dr. Berg og dr. Hovland avga 3. september 1987 en felles ”tilleggserklæring som forklarer de tilsynelatende divergerende kliniske vurderinger” i de to nevnte erklæringene. Her heter det blant annet:

”Det mistenkte seksuelle overgrepet må ha skjedd seinest mandag 11/5-87, men tidsrommet 9/5-11/5 er mulig. Denne vurderingen bygger på at ved lokale mekaniske påkjenninger/irritasjoner vil kroppen reagere med maximal hevelse/betennelsesreaksjon ca. ett døgn etter skaden/traumet. Kfr. beskrevet større hevelse tirsdag 12/5 i forhold til torsdag 14/5.

De ytre kjønnsorganer har en rask tilhelingssevne, slik at hevelse som beskrevet kan være sanert allerede etter få dager. (...)

Undersøkelse utført av dr. Eli Berg torsdag 14/5-87 viste betydelig hevelse og rødhet av de ytre kjønnsorganer. Undersøkelse av dr. Erik Hovland fredag 29/5-87, – altså vel 14 dager seinere – , viste ingen hevelse eller tegn på skade. Han konkluderer med at traumer påført for så lang tid siden som i dette tilfellet forventes å være helt tilhelet ved undersøkelsestidspunktet 29/5-87.

Når det gjelder den såkalte jomfruhinnen kan den ha noe ulikt utseende hos barn, men alle har en større eller mindre slimhinnebrems rundt den runde skjedeåpningen. Pga. den tynne, noe flikete folden vil synsinntrykket være en stjerneformet åpning.

Hos B var de kliniske funn unormale ved at jomfruhinnen ikke var til stede som noen slimhinnebrems, og skjedeåpningen var rund og åpenstående slik man finner hos voksne seksuelt aktive kvinner.”

- (30) Jeg tilføyer at det må legges til grunn at dr. Hovlands undersøkelse fant sted 22. mai, ikke 29. mai 1987.
- (31) De tre erklæringene fra Berg og Hovland ble ikke fremlagt for lagmannsretten ved annen gangs behandling i november 1988. Legene ble imidlertid avhørt som vitner, og det må antas at retten gjennom dette ble gjort kjent med deres erklæringer.
- (32) Lagmannsretten oppnevnte ved annen gangs behandling som sakkyndig overlege Helge Michalsen ved Barnepoliklinikken, --- sykehus. Av hans erklæring datert 3. oktober 1988 fremgår at han har lest sakens dokumenter, og at han av fostermoren har fått ytterligere opplysninger forut for undersøkelsen av fornærmede. Videre skriver dr. Michalsen:

”Ved us. her i dag er hun 4 ½ år gammel. Hun er trygg og tillitsfull, samarb. meget greit. (...) Ved å trekke litt i de store kjønnslepper får man god oversikt over inngangen til vagina. Åpningen i hymen er ca. 1 cm (10 mm) i diameter, det er såvidt en hyminalkant tilstede. (...) Ingen synlige arr baktil eller i perineum. (...) Det tas bilder for dokumentasjon av funn.

Vurdering: Jeg har ikke samtalt med B omkring det farfar skal ha gjort. De opplysninger som er gitt fra komparenter, som er journalført i avhør hos politiet, er forsåvidt talende nok. Det er ingen grunn til å tro at B skal ha funnet på dette av seg selv. (...) De funn som er gjort i genitalregionen er ikke normale. Hun har for stor vaginalåpning, selv i ikke helt avslappet tilstand, og det er bare såvidt rester av hymen.

Dette taler for at hymen har vært penetrert, men det er umulig å si hvorvidt dette skyldes bruk av finger, penis eller en annen gjenstand. Vi regner det ellers for utelukket at jenter skal kunne gjøre dette på seg selv f.eks. i forbindelse med onani. Slike skader av hymen kan heller ikke tenkes oppstått som følge av en annen type skade enn et seksuelt overgrep.”

- (33) Det må legges til grunn at heller ikke Michalsens erklæringer ble fremlagt for lagmannsretten, men at erklæringen ble kjent for retten gjennom hans forklaring.
- (34) De synspunkter og vurderinger som fremkommer i erklæringene fra legene Berg, Hovland og Michalsen, og som altså må ha vært viktige elementer i den dømmende retts bevisvurdering, ble underkastet vurdering av nye sakkyndige oppnevnt av Agder lagmannsrett ved den første begjæring om gjenopptagelse av saken i 2000.
- (35) Universitetsstipendiat/lege Arne K. Myhre og overlege Geir Borgen ble gitt som mandat ”å avgi en sakkyndig uttalelse om de medisinske funn som i sin tid ble gjort på fornærmede i saken, særlig sett i lys av nyere forskning på området”. I sin erklæring av 21. desember 2000 gjennomgår Myhre og Borgen de tidligere erklæringer fra Berg, Hovland og Michalsen, og konkluderer som følger:
- ”Ved gjennomgang av legeerklæringer og fotodokumentasjon fra de tre ovennevnte undersøkelsene, er det positive medisinske funn 14.05.87 og 03.10.88. Det første funnet er rødhet og hevelse av det ytre kjønnsorgan, det andre funnet er en horisontal tverrdiameter som er større enn det som er beskrevet i eksisterende normalstudier. Det siste funnet lar seg ikke etterprøve ved måling på bildene og baserer seg derfor på undersøkende leges anslag ved undersøkelsen.**
- Begge funnene oppfattes i dag som uspesifikke, dvs. at de kan ha mange forskjellige forklaringer. Det første funnet må sees i sammenheng med opplysninger om mulige årsaksforklaringer i sykehistorien. Funnet av en stor tverrdiameter ble tidligere lagt vekt på som et tegn på overgrep. I de seinere årene har dette funnet, dersom det forekommer som et isolert funn, ikke blitt oppfattet som en indikasjon på seksuelle overgrep”. (Referansehenvisninger utelatt.)**
- (36) Erklæringen ble forelagt den rettsmedisinske kommisjon, som ikke hadde bemerkninger.
- (37) Foranlediget av spørsmål fra domfeltes forsvarer uttaler Myhre og Borgen i brev av 24. april 2003 at ”Dr. Bergs funn av rødhet/hevelse kan, avhengig av barnets tidligere sykehistorie og utsagn, eventuelt støtte en mistanke om at overgrep er begått. Vi har ikke tilstrekkelig med opplysninger til å kunne ta stilling til dette”.
- (38) Når det på dette grunnlag skal vurderes om det foreligger nye omstendigheter eller bevis som nevnt i straffeprosessloven § 391 nr. 3, er det særlig på to punkter at forskjeller mellom de siterte erklæringer er av interesse: Hvorvidt fornærmede hadde jomfruhinne og hvilken betydning dens fravær eller størrelse har som indikasjon på seksuelle overgrep.
- (39) Den dømmende rett la til grunn at det var ”en liten kant igjen av hennes møydomshinne”. Retten bygget da særlig på forklaringer fra Berg og Hovland. Det er på dette grunnlag vanskelig å følge den kjærende part i at det i forbindelse med lagmannsrettens behandling av annen gjenopptagelsesbegjæring er fremkommet som ”en ny opplysning” at jomfruhinnen var til stede på det aktuelle tidspunkt.

(40) Med noe varierende styrke uttrykker alle de legeerklæringer som forelå for den dømmende rett, at den store åpningen i jomfruhinnen isolert sett er en indikasjon på at seksuelt misbruk har funnet sted. Etter erklæringen fra Myhre og Borgen må det legges til grunn at det i fagmiljøet ikke lenger anses for å være grunnlag for slike slutninger, fordi det nå legges til grunn at åpningens normale variasjon er betydelig større enn man tidligere antok. Denne faglige revurderingen av hvordan funnene riktig skal tolkes, må anses som en ny omstendighet eller et nytt bevis i forhold til straffeprosessloven § 391 nr. 3.

(41) Før jeg går over til å vurdere hvorvidt denne nye omstendigheten ”synes egnet” til å føre til frifinnelse mv., skal jeg behandle spørsmålet om det også foreligger nye omstendigheter i tilknytning til psykologerklæringene.

(42) Ved første gangs behandling i lagmannsretten ble det fremlagt en rapport fra psykolog Turid Kavli ved Z pedagogisk-psykologisk kontor, datert 29. juni 1987. Rapporten er basert på fire samtaler med fornærmede i perioden 20. mai til 26. juni 1987, hvor ”hensikten ... har vært å få B til å fortelle om hva som har skjedd”. Samtalene ”dreide seg i hovedsak om det at B hadde vært så sår på ”tissen”/”tusken”, og hvordan hun hadde blitt det”. Det fremgår at B i begynnelsen av samtalene vegret seg mot å snakke om dette temaet, men at hun etter hvert ble

”ganske åpen på å snakke om at hun hadde vært sår, men hun ville/kunne ikke si noe om hvordan. På slutten av andre samtaletime sa hun ”Jeg kan ikke si det, for farmor blir så sint.” I tredje time var derfor farmor med for å forsikre om at hun ikke skulle bli sint. B gjentok i denne timen gang på gang: ”Farmor er ikke sint på meg.” (...) Hun sa også: ”Jeg klarer ikke si det, jeg,” når vi spurte om hvordan. Helt til slutt, sittende på farmors fang, sier hun: ”Det var farfar.” Dette gjentok hun tydelig og klart flere ganger, og på spørsmål om hva da, sa hun: ”Det var farfar som gjorde det.” På gjentatt oppfordring om å forklare hva farfar gjorde, svarte hun: ”Han slo meg.” Da sa farmor med høy stemme: ”Nei, det har farfar aldri gjort!”
I fjerde samtale var begge fosterforeldrene med B. Vi prøvde igjen å få henne til å fortelle om hva som hadde skjedd, men hun vegret seg fortsatt sterkt. Hun stammet ikke lenger, men hun ble tydelig fortvilt og lei seg når vi presset henne. Mot slutten gjentok hun at det var farfar, men vi greide ikke å få henne til å forklare mer om hva det var farfar gjorde.”

(43) I den avsluttende vurdering skriver psykolog Kavli blant annet at Bs reaksjoner i lys av hennes generelle tillitsfullhet ”gjør det ... usannsynlig å tro at de fysiske skadene er påført under lek eller i annen uskyldig sammenheng”, og at det er

”nærliggende å si at overgrepet må være utført av en person/personer hun er avhengig av og har tillit til, og som dermed kan ha stor makt og kontroll over henne. Opplevelsen av overgrepet vil da være svært traumatisk, og det kan medføre at hun ikke har særlig klare forestillinger om hva som egentlig har skjedd.”

(44) Psykolog Mossiges erklæring av 25. oktober 1988 er basert på ”utsagn, reaksjoner og atferdsmønster hos B som er kommet frem i tidligere vitneavhør eller som er kommet frem under de møter som den sakkyndige har hatt med B selv” og med vitner og tiltalte i perioden 3. til 24. oktober 1988. Han var kjent med erklæringene fra dr. Michalsen og psykolog Kavli. Mossiges konklusjon er som følger:

**”Den sakkyndige mener at det foreligger mange og sterke indikasjoner på at seksuelle overgrep har funnet sted overfor B:
 Den innlærte og automatiserte seksualiserte adferden med tilnærmelser overfor menn.**

Spesifike utsagn om hva som har skjedd.

Hemmeligholdelse.

Det foreligger også materiale som ganske klart peker i retning av at farfar har vært forøveren av de seksuelle overgrep:

Spesifike utsagn fra B hvor farfar er nevnt. Den sterke følelsesmessige involvering mellom farfar og B.

Bs seksuelle berøring av farfar utløst av den nære fysiske kontakten.”

- (45) I tilknytning til den første begjæringen om gjenopptagelse innhentet forsvareren en erklæring fra stipendiat Annika Melinder, Psykologisk institutt, Universitetet i Oslo og Ph.D. Candidate Kristen Weede Alexander datert 1. oktober 2001. De uttaler her at det ”Dags dato, rå(d)er konsensus omkring det forhold at det ikke finnes noen generelt aksepterte syndromer, symptomer eller atferds indikatorer – inklusive lek – som kan skille misbrukte barn fra ikke misbrukte barn”. På den annen side uttaler de at en ”omforent forskningsfront gir støtte til at seksuell adferd hos barn er mer forekommende i grupper av barn som har vært seksuelt misbrukt enn blant barn som ikke har vært det”. Videre redegjør de generelt for bevisverdien av utsagn fra tre år gamle barn. Basert på psykolog Mossiges undersøkelser og hans gjengivelse av materialet i saken konkluderer de med at ”forskning ikke er entydig på disse punktene og at man i dag ville resonnerer noe mer over andre forklaringer, og drøfte forskjellige forklaringsmodeller. Det betyr ikke at vi ikke er bekymret og ser alvorlig på hva B har uttrykt med ord og i sin adferd. Utfra det materialet som vi har hatt tilgang på, kan vi ikke slutte at overgrep har skjedd. Vi kan heller ikke slutte at det ikke har skjedd”.
- (46) Da psykolog Mossige, med den kunnskap han da hadde ervervet siden den fellende dom, avga sakkyndig vitneforklaring i lagmannsretten i forbindelse med nærværende gjenopptagelsessak, fastholdt han sin konklusjon, men ville ”muligens ha ordlagt seg noe annerledes i enkelte avsnitt av sin rapport”.
- (47) Det er således fremlagt indikasjoner på at det innen fagmiljøet har funnet sted en viss endring i oppfatningen av hvilken betydning små barns oppførsel og verbale utsagn har for å fastslå mulige overgrep. Indikasjonene er imidlertid ikke sterke og entydige, og de synes ikke å avvike markert fra de oppfatninger som uttrykkes i erklæringene, særlig i Mossiges. Jeg finner det derfor tvilsomt om disse opplysningene kvalifiserer som nye omstendigheter eller bevis etter straffeprosessloven § 391 nr. 3. Det er imidlertid ikke nødvendig for meg å ta standpunkt til dette, siden jeg er kommet til at de øvrige materielle vilkår etter § 391 nr. 3 ikke er til stede. Jeg ser heller ikke grunn til i denne forbindelse å gå nærmere inn på betydningen av psykolog Kavlis erklæring og den kritikk forsvareren har reist mot hennes metoder basert på dokumentasjon fra en annen sak. Jeg nevner likevel at erklæringen uttrykkelig bygger på den forutsetning at fornærmede ”hadde vært sår på ”tissen”/”tusken””, og at det klart fremgår av erklæringen at Kavli nærmest måtte trekke svarene ut av fornærmede. Kavli ble ikke ført som vitne i lagmannsretten i forbindelse med nærværende gjenopptagelsesbegjæring.
- (48) Jeg går så over til å behandle de øvrige vilkår etter straffeprosessloven § 391 nr. 3. Nye omstendigheter, i form av endrede faglige syn på jomfruhinnen som indikasjon på seksuelt overgrep og eventuelt også vedrørende verdien av utsagn fra små barn om mulige overgrep, kan bare begrunne gjenopptagelse dersom de ”synes egnet til å føre til frifinnelse eller ... anvendelse av en mildere strafferegel eller en vesentlig mildere rettsfølge”.

- (49) A er dømt for å ha ført ”sin finger inn mellom kjønnsleppene og/eller inn i skjeden til sitt barnebarn (...) og/eller (...) sin erigerte penis inn mellom hennes kjønnslepper”, jf. spørsmålet til lagretten. Av premissene for straffutmålingen fremgår at den dømmende rett la til grunn at ”tiltalte har ført sin finger inn i fornærmedes skjede og at dette er grunnen til at det bare er en liten kant igjen av hennes møydomshinne. Retten legger også til grunn at tiltalte har ført sin erigerte penis inn mellom Bs kjønnslepper eller langs disse og gjort samleiebevegelser”. Det er derfor korrekt når lagmannsretten under behandlingen av nærværende begjæring bemerker at det ikke er lagt til grunn for dommen eller ved de senere behandlinger av gjenopptagelsesspørsmålet at jomfruhinnen på noe tidspunkt har vært borte. Det kan likevel ha hatt betydning at den dømmende rett antok at åpningen i jomfruhinnen var stor. Når det nå ikke kan legges til grunn at jomfruhinnens tilstand gir en selvstendig indikasjon på at det fant sted inntrengning i skjeden, må det derfor – avhengig av hvordan de øvrige bevis bedømmes – antas at en ny pådømmelse vil kunne føre til at alternativet ”inntrengning” ikke anses bevist. Hvorvidt dette i seg selv innebærer tvil også mht. om det annet alternativ, som ikke innebar inntrengning, vil bli ansett bevist ved en ny prøving, skal jeg straks komme tilbake til. Men hvis man forutsetter at denne delen av domfellelsen opprettholdes, innebærer et mulig bortfall av første alternativ – inntrengningen – ingen subsumsjonsendring. Heller ikke kan straffutmålingen antas å bli ”vesentlig mildere” dersom dette faktum legges til grunn. Skal den endrede oppfatningen av jomfruhinnen som indikator på overgrep begrunne gjenopptagelse, må det derfor være fordi den ”synes egnet” til å føre til frifinnelse.
- (50) Som nevnt må avgjørelsen etter straffeprosessloven § 391 nr. 3 treffes på grunnlag av en samlet bevisbedømmelse hvor det avgjørende er om det fremstår som en rimelig mulighet at frifinnelse ville blitt resultatet om de nye omstendigheter og bevis hadde foreligget for den dømmende rett, jf. eksempelvis Rt. 2001 side 1521 på side 1537.
- (51) Det jeg her har å bygge på, er grunnlaget for domfellelsen i 1988 sammenholdt med de sakkyndige erklæringer som senere er fremlagt, og som jeg har redegjort for. En rekke forhold inngikk i den dømmende retts vurdering, blant annet dr. Bergs observasjoner mht. rødhet, hevelse og fornærmedes utsagn – ”ikke putte noe der” – den 14. mai 1987, fornærmedes seksualiserte atferd, psykolog Mossiges observasjoner og i tillegg alle omkringliggende omstendigheter, blant annet belyst gjennom vitneforklaringer. På hvert av disse punktene kan det isolert sett finnes andre forklaringer enn at det foreligger overgrep. Det er imidlertid det samlede bevisbilde som avgjør om de nye omstendigheter synes egnet til å føre til frifinnelse. Jeg bemerker i denne forbindelse at det synes klart at det er dette Høyesteretts kjæremålsutvalg – under behandlingen av den første gjenopptagelsesbegjæringen – har siktet til med bemerkningen om at jomfruhinnens åpning og rødheten/hevelsen utgjør to funn som må ”legges sammen”: Funnene medfører ikke at det foretas en høyere plassering i klassifikasjonslisten av anogenitale funn, men de må ses i sammenheng ved den samlede tolkning av bevisbildet.
- (52) Domfellelsen av A bygger på at den dømmende rett etter umiddelbar bevisførsel ikke var i rimelig tvil om hans skyld. Bevisføringen i forbindelse med begjæring om gjenopptagelse er derimot som utgangspunkt middelbar. Dette tilsier ofte forsiktighet ved vurderingen av hva som ”synes egnet” til å føre til frifinnelse, jf. Rt. 2000 side 2142 på side 2150. I vår sak ble imidlertid de påberopte nye omstendigheter – endringene i sakkyndige vurderinger som følge av ny faglig innsikt – fremlagt under lagmannsrettens behandling av nærværende gjenopptagelsesbegjæring, og de to oppnevnte sakkyndige Myhre og Borgen samt de fire sakkyndige vitner Berg, Hovland, Mossige og Melinder

fikk anledning til å kommentere hverandres erklæringer. Lagmannsretten hadde derfor førstehånds inntrykk av de omstendigheter som påberopes som gjenopptagelsesgrunn. Det er ikke begjært bevisopptak eller oppnevning av sakkyndige for Høyesterett. Jeg kan ikke se det annerledes enn at saken således reelt sett er dårligere opplyst for Høyesterett enn den var for lagmannsretten da den behandlet nærværende begjæring.

- (53) Dette gjelder også det forhold at lagmannsretten, etter denne umiddelbare bevisføringen omkring de sakkyndiges erklæringer, uttrykkelig ikke fant grunn til å betvile dr. Bergs observasjon da hun i retten forklarte at undersøkelsen 14. mai 1987 – dvs. mer enn 17 år tidligere – viste at fornærmedes rødhet ”så ut som et gnagsår hvor huden var flekkvis borte og oppsprukket i de store kjønnslepper”. Som nevnt førte denne beskrivelsen til at de oppnevnte sakkyndige omklassifiserte funnet til ”avvikende funn”.
- (54) I det samlede bevisbilde står det etter dette for meg som sentralt at lagmannsretten, etter å ha hørt de sakkyndige, fastslår at det ikke lenger kan være til stede noen tvil om forståelsen av de oppnevnte medisinske sakkyndiges erklæring, og at det ikke foreligger forhold som synes egnet til å føre til frifinnelse. Men også på det middelbare grunnlag Høyesterett må bygge på, synes de påberopte nye omstendigheter i form av faglig revurdering av normal anatomi og utsagnskraften i små barns uttalelser og væremåte verken hver for seg eller samlet å være egnet til å føre til frifinnelse. Jeg tilføyer at saken står i en annen stilling enn den påberopte sak i Rt. 2003 side 940; legeerklæringen fra dr. Michalsen inntok der en mer sentral plass, se særlig avsnitt 53, og det manglet begivenhetsnære observasjoner som de som i vår sak foreligger i dr. Bergs første erklæring.
- (55) Jeg er etter dette kommet til at det ikke er grunnlag for gjenopptagelse etter straffeprosessloven § 391 nr. 3.
- (56) Jeg går så over til å behandle spørsmålet om straffeprosessloven § 392 annet ledd kan begrunne gjenopptagelse. Etter denne bestemmelsen kan gjenopptagelse til gunst for domfelte i alle tilfelle besluttes når ”særlige forhold gjør det tvilsomt om dommen er riktig, og tungtveiende hensyn tilsier at spørsmålet om siktedes skyld blir prøvd på ny”. Det gjelder her ingen begrensninger mht. hvilke ”særlige forhold” som kan være relevante; det kan etter omstendighetene tas hensyn også til arten og kvaliteten av de bevis eller den beviskjede den dømmende rett har bygget på, jf. Rt. 2000 side 2142 på side 2149. Vilårene for gjenopptagelse skal være strenge, se Ot.prp. nr. 78 (1992–93) side 63. Bestemmelsen er oppfattet som en ”ytterste sikkerhetsventil”, jf. Rt. 2001 side 1521 på side 1538, og er ment brukt der dommen fremstår som tvilsom og ”saken alt i alt stiller seg slik at det etter rettens oppfatning bør skje en ny prøvelse av saken for at man skal føle seg overbevist om at ingen urett er skjedd”, jf. Straffeprosesslovkomiteens innstilling (1969) side 344.
- (57) At skyldspørsmålet i saken har voldt tvil, fremgår av at lagrettens fellende kjennelse ved første gangs behandling ble satt til side av et flertall av de juridiske dommere. Ved annen gangs behandling, i motsetning til ved første gangs, svarte lagretten nei på spørsmålet om hvorvidt den utuktige omgang besto i samleie. Denne forhistorien kan utgjøre et ”særlig forhold”, jf. Rt. 1996 side 1018, og taler for at terskelen for tvil om dommens riktighet er lavere enn om domfellelsen hadde skjedd ved første gangs behandling. Imidlertid er vilkåret for gjenopptagelse strengt. De forhold som kunne tilsi at det bør skje en ny prøvelse, er alle enten allerede vurdert av den dømmende rett eller – som jeg har nevnt –

underkastet bevisumiddelbarhet i lagmannsretten i forbindelse med nærværende gjenopptagelsesbegjæring. Bedømmelsen i forhold til § 392 annet ledd har således viktige trekk felles med den bedømmelsen jeg allerede har foretatt av vilkårene etter § 391 nr. 3. På dette grunnlag er jeg etter en samlet vurdering av bevismaterialet kommet til at det heller ikke er grunnlag for gjenopptagelse etter straffeprosessloven § 392 annet ledd.

(58) Kjæremålet over lagmannsrettens avgjørelse om ikke å ta gjenopptagelsesbegjæringen til følge må etter dette bli å forkaste.

(59) Jeg stemmer for slik

K J E N N E L S E :

Kjæremålet forkastes.

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

(61) Dommer **Coward:** Likeså.

(62) Dommer **Oftedal Broch:** Likeså.

(63) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(64) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Kjæremålet forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: