



NORGES HØYESTERETT

Den 22. desember 2005 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2005-02006-A, (sak nr. 2005/1306), straffesak, anke,

I

A (advokat Øyvind Solberg – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(førstestatsadvokat Jørn S. Maurud)

II

Den offentlige påtalemyndighet

(førstestatsadvokat Jørn S. Maurud)

mot

A

(advokat Øyvind Solberg – til prøve)

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

- (1) Dommer **Matningsdal**: Saken gjelder spørsmålet om en utskrivningspliktig som av overbevisningsgrunner vil søke fritak for militærtjeneste, kan gjøre det før sesjonen og dermed unnlate å møte til sesjon inntil søknaden er endelig avgjort, jf. lov av 19. mars 1965 nr. 3 om fritaking for militærtjeneste av overbevisningsgrunner § 2 sammenholdt med § 3.
- (2) A, født 00.00.1985, ble høsten 2003 innkalt til sesjon med fremmøte 4. februar 2004. Den 24. desember 2003 undertegnet han skjema for søknad om fritaking for militærtjeneste av overbevisningsgrunner. Dette ble fulgt opp i et brev til Justisdepartementet datert 30. desember 2003 med opplysning om at han ikke aktet å møte til sesjon, idet han – med bakgrunn blant annet i en pasifistisk grunnholdning – ikke anerkjenner militærvesenet som institusjon. Under henvisning til blant annet en korrespondanse fra 1988 mellom Justisdepartementet og Generaladvokaten anførte han at innkalling unntaksvis kan frafalles overfor mannskap som av prinsipielle grunner ikke vil møte til sesjon. Han bad om at søknaden ble behandlet etter denne unntaksregelen.

- (3) Justisdepartementet oversendte saken til Vernepliktsverket som rette vedkommende. I brev datert 22. januar 2004 til A opplyste Vernepliktsverket at det ikke var "noe lovgrunnlag for å nekte fremmøte til sesjon". Det ble konkludert med at "tidligere tilsendte innkallingskort med frammøtedato 04.02.2004 opprettholdes".
- (4) A godtok ikke avslaget, og den 31. januar 2004 klaget han til Justisdepartementet. Klagen, som ble mottatt av departementet 2. februar 2004, avsluttes med at han forventet at "sesjonsinnkallelsen gis tentativ utsettelse, i påvente av departementets avgjørelse". Departementet oversendte den 10. mars 2004 saken til Vernepliktsverket. I mellomtiden hadde A unnlatt å møte til sesjon den 4. februar 2004.
- (5) Den 30. juni 2004 satte statsadvokatene i Oslo A under tiltale ved Indre Follo tingrett for overtredelse av lov av 17. juli 1953 nr. 29 om verneplikt § 49 jf. § 48 nr. 2. Grunnlaget var følgende:

"Onsdag 4. februar 2004 unnlot han uten tillatelse eller annen gyldig grunn å møte opp ... til lovlig innkalt sesjon."

- (6) Ved tingrettens dom av 31. desember 2004 ble han dømt i samsvar med tiltalebeslutningen til en straff av fengsel i 90 dager som ble gjort betinget med en prøvetid på to år. Dommen er avsagt under dissens fra den ene meddommeren.
- (7) A anket dommen til Borgarting lagmannsrett, hvor han ved dom av 29. juni 2005 ble frifunnet. Dommen er avsagt under dissens. Lagmannsretten kom enstemmig til at uteblivelsen fra sesjon var rettsstridig. Flertallet, to fagdommere og to meddommere, kom imidlertid til at skyldkravet ikke var oppfylt, idet han etter flertallets vurdering ikke hadde handlet forsettlig, da han mente å ha gyldig grunn til uteblivelse.
- (8) A har anket lagmannsrettens frifinnende dom til Høyesterett, idet det anføres at uteblivelsen fra sesjon var lovlig. Med denne begrunnelsen har siktede adgang til å anke en frifinnende dom, jf. straffeprosessloven § 307 første ledd. Frifinnelsen er også påanket av påtalemyndigheten, som anfører at lagmannsrettens lovanvendelse er uriktig med hensyn til forståelsen av forsettskravet. Subsidiært anføres det at domsgrunnene er mangelfulle. Høyesteretts kjæremålsutvalg har tillatt begge ankene fremmet.
- (9) *Jeg er kommet til at As anke ikke fører fram, mens påtalemyndighetens anke må føre til at lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.*
- (10) Tiltalen gjelder som nevnt overtredelse av vernepliktloven § 49 jf. § 48. Grunndeliktet er § 48 nr. 2, som har følgende innhold:

"Med bøter straffes den som forsettlig eller uaktsomt ... uten gyldig forfall uteblir fra eller kommer for sent til møte som han er innkalt til i medhold av denne lov, møter i ikke edru tilstand, forlater møtet uten tillatelse eller ved sin opptreden hindrer eller forstyrrer møtets gang."

- (11) Den aktuelle møteplikten følger av lovens § 27 tredje ledd, som fastsetter at "[t]il sesjonen innkalles alle utskrivningspliktige som ikke er blitt klassifisert tidligere og som ikke har fått utsettelse med utskrivning i henhold til § 21". Unntaksbestemmelsen i § 21 er ikke aktuell.

- (12) Spørsmålet i vår sak er om søknad om fritak for militærtjeneste av overbevisningsgrunner kan oppheve eller utsette møteplikten til sesjon. Militærnektekterloven § 2 andre ledd første punktum fastsetter at slik søknad "tidligst [kan] settes fram på sesjonen eller etter at den vernepliktige på annen måte er klassifisert". Isolert sett utelukker denne bestemmelsen at det fremsettes søknad før sesjonen med den følge at den utskrivningspliktige deretter kan utebli fra sesjonen.

- (13) A anfører imidlertid at lovens § 3 åpner for unntak. Denne bestemmelsen har følgende innhold:

"Når en vernepliktig forholder seg som nevnt i den militære straffelovs § 34, jfr. § 35, eller i vernepliktslovens § 48, og det er grunn til å tro at dette skyldes grunner som angitt i denne lovs § 1, skal hans militære foresatte, utskrivningsmyndighetene eller påtalemyndigheten henstille til ham å søke seg fritatt for militærtjeneste.

Etterkommer han ikke oppfordringen, kan påtalemyndigheten på egen hånd begjære vedtaksorganenes avgjørelse av saken. Det samme gjelder dersom den vernepliktige ved erklæring til offentlig myndighet, offentlig opptreden, deltaking i organisasjon eller på annen måte har gitt grunn til å anta at han av overbevisningsgrunner ikke vil oppfylle sin militære tjenesteplikt.

Bestemmelsene i §§ 2 og 9 får tilsvarende anvendelse ved behandlingen av saker etter denne paragraf."

- (14) I Rt. 1989 side 43 kom Høyesterett til at den utskrivningspliktige ikke selv kan søke om fritak for militærtjeneste før han har vært på sesjon. Høyesterett kom videre til at også overbeviste pasifister må møte til sesjon. Om betydningen av militærnektekterloven § 3 heter det:

"Etter fritaksloven § 3 annet ledd kan påtalemyndigheten begjære departementets avgjørelse av spørsmålet om fritak. Det som anføres om denne bestemmelse i Ot.prp. nr. 42 (1962-63) 16-17, kan tyde på at man har tenkt seg at påtalemyndigheten skulle kunne ta spørsmålet opp også om den utskrivningspliktige nekter å møte til sesjon. I § 3 tredje ledd er det imidlertid uttrykkelig sagt at bestemmelsene i § 2 får tilsvarende anvendelse ved behandlingen av saker etter § 3. Jeg finner det ikke nødvendig å ta standpunkt til om også påtalemyndighetens begjæring etter § 3 annet ledd først kan fremsettes når den tjenestepliktige har vært på sesjon, idet en tjenestepliktig ikke vil være fritatt for fremmøte ved sesjon selv om en søknad om fritak for militærtjeneste skulle være til behandling. Bestemmelsen i fritaksloven § 9 gjelder bare innkallelse til 'ordinær tjeneste' og omfatter ikke plikten til fremmøte ved sesjon."

- (15) I denne saken, hvor domfeltes anke ble forkastet, hadde domfelte uteblitt fra sesjon i årene 1983, 1984, 1985, 1986 og 1987. Det var altså tale om en langt mer omfattende uteblivelse enn i vår sak.
- (16) Forsvareren har anført at denne avgjørelsen ikke kan være avgjørende, idet de relevante rettskildene er ufullstendig vurdert. Denne anførselen krever at den tidligere rettsstilstanden og forarbeidene til militærnektekterloven §§ 2 og 3 gjennomgås, idet forsvareren for det første har anført at Høyesterett har misforstått forarbeidene til militærnektekterloven § 2.
- (17) Etter lov 17. juni 1937 nr. 10 om vernepliktige civilarbeidere § 1 kunne en utskrivningspliktig som oppfylte vilkårene for fritak, "fritas for utskrivning". Den

någjeldende militærnekteerloven ble forberedt av et utvalg – Rodeutvalget – som avgav innstilling i 1955. I innstillingen uttales det på side 25 at fritak forut for militær klassifisering ikke er hensiktsmessig. Utvalget foreslo derfor at ”søknad om fritakelse og overføring tidligst kan innleveres på sesjon etter at militær klassifisering er foretatt, og da bare av utskrivningspliktige som er i eller over normal utskrivningsalder”. Dette forslaget ble fulgt opp i Ot.prp. nr. 21 (1958), jf. lovutkastet § 3 andre ledd første punktum.

- (18) Under det videre lovarbeidet ble det reist innvendinger mot noen av de forslagene som var fremsatt i proposisjonen. Som følge av dette ble det fremmet ny proposisjon – Ot.prp. nr. 42 (1962–63). Denne proposisjonen avvek sterkt fra den forrige proposisjonen med hensyn til behandlingen av fritakssakene. Den foreslåtte regelen i det tidligere lovutkastet § 3 andre ledd første punktum ble flyttet til § 2 andre ledd første punktum med en mindre språklig endring som er uten betydning for bestemmelsens innhold. Om dette forslaget uttales det på side 16:

”Departementet vil også holde fast på forslaget fra Utvalget og i Ot.prp. nr. 21 for 1958 om at søknad først skal kunne settes fram etter at vedkommende har vært på sesjon.”

- (19) Etter dette kan jeg ikke se at avgjørelsen i Rt. 1989 side 43 bygger på noen misforståelse av forarbeidene til militærnekteerloven § 2.
- (20) Det er for det andre anført at Høyesterett heller ikke kan ha vært oppmerksom på en brevveksling mellom Justisdepartementet og Generaladvokaten fra november og desember 1988 hvor departementet uttaler at ”et mannskap kan fritas av overbevisningsgrunner selv om han ikke er klassifisert”. Etter min mening er det uten betydning om Høyesterett eventuelt var ukjent med dette utsagnet. Det var loven sammenholdt med dens forarbeider Høyesterett skulle tolke. Brevet og den senere korrespondansen tyder dessuten på at departementet tenkte på tilfeller hvor den utskrivningspliktige allerede har uteblitt fra sesjon, og hvor man må komme ut av en fastlåst situasjon. Korrespondansen tok altså sikte på tilfeller hvor det allerede er pådratt straffansvar som følge av uteblivelse mv.
- (21) Jeg går ikke nærmere inn på denne brevvekslingen, idet det avgjørende er hva som er anvendelsesområdet for militærnekteerloven § 3. Første ledd gjelder ”[n]år en vernepliktig forholder seg som nevnt i den militære straffelovs § 34 jfr. § 35, eller i vernepliktslovens § 48”. Det samme må gjelde for andre ledd. Henvisningen til den militære straffelov innebærer at bestemmelsen for det første kommer til anvendelse for den som ”forlater eller bliver borte fra det Sted, hvor det paaligger ham som militær Pligt at være tilstede”. Det er med andre ord bare faktisk uteblivelse, og ikke trussel om uteblivelse, som rammes. Det samme gjelder for henvisningen til vernepliktsloven § 48 hvor nr. 2 som nevnt er det aktuelle alternativet i vår sak.
- (22) Henvisningen i § 3 tredje ledd til §§ 2 og 9 trekker i samme retning. Av særlig interesse i denne sammenheng er at § 9 bare utsetter plikten til å møte til militærtjeneste inntil fritakssaken er endelig avgjort. Sesjon er ikke nevnt.
- (23) Jeg kan ikke se at overbeviste pasifisters plikt til å møte til sesjon er i strid med grunnleggende menneskerettigheter. Om dette uttaler Rodeutvalget i sin innstilling på side 25 at ”[p]å den annen side kan selv overbeviste pasifister ikke komme i noen fritakende overbevisningskonflikt ved at de må møte frem til sesjon”. Jeg legger til grunn at departementet var enig i dette, idet det som nevnt fulgte opp utvalgets forslag på dette

punkt. I denne innstillingen synes ikke forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon å være vurdert. Men i denne sammenheng viser jeg til at konvensjonens artikkel 4 nr. 3 bokstav b viser at det ikke er folkerettsstridig å pålegge en pasifist militærtjeneste. Det samme gjelder da selvsagt også for det enkelte lands adgang til å pålegge vedkommende å møte til sesjon.

- (24) Min konklusjon er etter dette at militærnektekterloven § 3 ikke kommer til anvendelse med mindre det allerede foreligger en ulovlig uteblivelse fra sesjon. Bestemmelsen gav dermed ikke adgang til å fritta A fra å møte til sesjon. Det er en lovgiveroppgave å vurdere om det bør være en slik adgang. Hans anke må etter dette forkastes.
- (25) Med hensyn til påtalemyndighetens anke bemerker jeg at skyldkravet i vernepliktsloven § 49 er forsett. Flertallet uttaler innledningsvis at A unnlot å møte ”ut fra den oppfatning at han hadde gyldig forfall”. Deretter heter det:

”A hadde satt seg inn i Justisdepartementets praksis og standpunkt når det gjaldt fremmøteplikten, som han mente innebar at han ikke hadde noen absolutt plikt til å møte på sesjonen 4. februar 2004. Han redegjorde for sitt standpunkt i god tid før sesjonsdatoen, ved brev til Justisdepartementet av 30. desember 2003. Han anså ikke Vernepliktsverkets brev av 22. januar 2004 med beskjed om at han måtte møte som det endelige resultat. Hvorvidt A pr telefon med Vernepliktsverket hadde fått forespeilet utsettelse, slik han påstår, er mer uklart. A mente at han var berettiget til å unnlate å møte inntil klagen var endelig avgjort. Han hadde argumentert inngående for sitt standpunkt om at sesjon for ham utgjorde en del av det militærapparat som var uforenelig med hans pasifistiske grunnsyn. Det kan etter flertallets syn ikke legges til grunn at det for ham var overveiende sannsynlig at han ikke ville få utsettelse, tvert imot at han regnet med at han ville få utsettelse.

Det anses ikke sannsynlig at A ville ha unnlatt å møte om klagen var blitt endelig avgjort i hans disfavør. Det legges til grunn at A ikke ønsket å unndra seg siviltjeneste.

Med en så streng straffebestemmelse som i vernepliktsloven § 49, der minimumsstraffen er tre måneder, maksimum tre år [dette er ikke riktig – maksimum er to år], inngår det etter flertallets syn i vurderingen av om forsett foreligger, at det må stilles krav til at hjemmelsgrunnlaget og den lovstridige handling fremstår klart for dem det gjelder.”

- (26) Selv om Høyesterett er avskåret fra å foreta en bevisvurdering under skyldspørsmålet, må lagmannsrettens henvisning til brevet av 22. januar 2004 innebære at det kan trekkes inn i vurderingen, idet brevet ved denne henvisningen må anses gjort til en del av lagmannsrettens domsgrunner. Da det i brevet uttales at det ikke var ”noe lovgrunnlag for å nekte fremmøte til sesjon”, og at fremmøtedatoen ”oppretholdes”, skulle lagmannsretten ha drøftet om As villfarelse var en rettsvillfarelse etter straffeloven § 57, eller om man stod overfor en faktisk villfarelse etter § 42. Henføres villfarelsen under § 57, er det bare den unnskyldelige villfarelse som fritar for straff.
- (27) Etter mitt syn tilsier et effektivitetshensyn at det klart foreligger en rettsvillfarelse dersom A trodde at hans klage var tilstrekkelig til å suspendere møteplikten. For tilsvarende spørsmål i relasjon til den militære straffelov § 34 viser jeg til Rt. 1982 side 1117, 1983 side 551, 1986 side 531 og 1993 side 85. Noen av lagmannsrettens uttalelser kan tyde på at den har lagt til grunn at det forelå en rettsvillfarelse – ikke minst utsagnet om at ”A mente at han var berettiget til å unnlate å møte inntil klagen var endelig avgjort”. Andre utsagn kan derimot tyde på at flertallet la til grunn at villfarelsen var av faktisk karakter. Dette støttes av at det overhodet ikke drøftes om en eventuell rettsvillfarelse var

unnskyldelig. Flertallets domsgrunner er etter dette så uklare at utgangspunktet må være at lagmannsrettens dom med ankeforhandling må oppheves.

- (28) Før jeg tar endelig stilling til om dommen skal oppheves, finner jeg det nødvendig utenom anken, jf. straffeprosessloven § 342 andre ledd nr. 1, å drøfte om vernepliktloven § 49 kan anvendes på en utskrivningspliktig som klart oppfyller vilkårene for å bli fritatt for militærtjeneste av overbevisningsgrunner, og som av den grunn nekter å møte til sesjon. Spørsmålet er om han dermed ”søker å unndra seg utskrivning”.
- (29) Det er uten videre klart at A er ”utskrivningspliktig”, jf. vernepliktloven § 20. Etter min mening tar imidlertid ”utskrivning” først og fremst sikte på den fordelingen på forskjellige forsvarsgrener, våpenarter mv. som reguleres i lovens § 34. Dette følger av lovens § 35, hvor det heter at ”[r]esultatet av utskrivningen meddeles den enkelte mann på den måte Kongen bestemmer”.
- (30) Ved fordelingen av de tjenestepliktige skal det etter § 33 ”tas sikte på at avdelingene i krig kan settes opp så raskt som mulig, samtidig som deres behov for faglært og høyere utdannet personell søkes tilgodesett”. Militærnektekloven kapittel III forutsetter ikke noen tilsvarende vurdering for personer som skal utføre siviltjeneste, og sesjonen har heller ikke som formål å gi grunnlag for hvor de skal tjenestegjøre. Det er derfor ikke naturlig å tale om ”utskrivning” for deres vedkommende.
- (31) Etter min mening må det med ”utskrivning” i § 49 siktes til fordeling på forskjellige forsvarsgrener, våpenarter mv. Dette støttes av at loven fra 1937 om vernepliktige civilarbeidere § 1 fastsatte at ”[v]ernepliktige (befalingsmenn og menige) og utskrivningspliktige kan av det regjeringsdepartement som Kongen bestemmer, på ansøknings fritas for militær tjeneste (fritas for utskrivning) og overføres til civilt arbeid”. Minstestrafen i § 49 på fengsel i 90 dager taler også for at ”utskrivning” i denne bestemmelsen ikke kan omfatte personer i As situasjon.
- (32) I Rt. 1986 side 666 kom Høyesterett til at § 49 kunne anvendes på en person som hadde unnlatt å returnere tilsendte blanketter mv. og unnlatt å fremskaffe attest fra lege. Videre forutsatte Høyesterett i Rt. 1989 side 43 at § 49 kan anvendes på en person som av overbevisningsgrunner søkte fritak for militærtjeneste, og av den grunn uteble flere ganger fra sesjon. Og i Rt. 1993 side 794 ble bestemmelsen anvendt på en person som hadde unnlatt å returnere sesjonspapirer – spørsmålsblankett for klassifisering og egenerklæring om helse – til utfylling og retur med sikte på klassifisering utenfor sesjon etter vernepliktloven §§ 26 flg. Spørsmålet var her primært om ”søker å unndra” innebærer at det gjelder et hensiktskrav – noe som ble besvart benektende.
- (33) Etter min mening kan imidlertid ikke disse avgjørelsene være avgjørende – dels fordi to av dem gjelder andre situasjoner enn hva som er tilfellet i vår sak, og dels fordi det aktuelle tolkingsspørsmålet ikke er nærmere behandlet i noen av sakene.
- (34) Mitt standpunkt er etter dette at selv om As uteblivelse fra sesjon var ulovlig, kan han likevel ikke straffes for overtredelse av vernepliktloven § 49. Spørsmålet blir dermed om lagmannsrettens frifinnelse skal opprettholdes, eller om den frifinnende dommen skal oppheves slik at A eventuelt kan domfelles etter vernepliktloven § 48 nr. 2.

- (35) I denne sammenheng tar jeg utgangspunkt i at lagmannsretten ikke kunne nøye seg med å frifinne når den kom til at skyldkravet i § 49 ikke var oppfylt. Lovens § 48 rammer også uaktsom overtredelse, og da dette straffebudet prosessuelt klart er samme forhold som straffebudet i § 49, skulle lagmannsretten ha vurdert om § 48 var overtrådt.
- (36) Påtalemyndigheten har imidlertid ikke anført denne saksbehandlingsfeilen som ankegrunn. Spørsmålet blir dermed om Høyesterett utenom anken kan tillegge den vekt til skade for A. I denne sammenheng bemerker jeg at selv om et tilfelle hvor retten har pådømt et annet forhold enn det som er omhandlet i tiltalebeslutningen, ikke er medtatt i oppregningen av absolutte opphevelsesgrunner i straffeprosessloven § 343 andre ledd, er det likevel fast praksis for at også denne feilen behandles som en absolutt opphevelsesgrunn. Det følger av § 342 andre ledd nr. 4 at ved de absolutte opphevelsesgrunnene kan ankedomstolen utenom anken også oppheve til tiltaltes skade.
- (37) I vår sak består imidlertid feilen i at lagmannsretten ikke etterlevde sin plikt til å vurdere et alternativt straffebud. Da denneplikten er begrunnet i hensynet til dommens rettskraftvirkning, jf. Rt. 1981 side 1028, må også manglende etterlevelse av denneplikten behandles som en absolutt opphevelsesgrunn – noe det synes å være fast praksis for. Da den gjeldende straffeprosessloven, i motsetning til hva som fulgte av straffeprosessloven av 1887 § 392 andre ledd, også gir adgang til ved de absolutte opphevelsesgrunnene utenom anken å oppheve til tiltaltes skade, må dette også gjelde i et tilfelle som det foreliggende. Og etter min mening bør denne kompetansen benyttes. Jeg viser særlig til den tidligere høyesterettspraksis som gav atskillig støtte for at § 49 kunne anvendes i et tilfelle som det foreliggende, og at anvendelsen av § 49 først ble tatt opp av Høyesterett under ankebehandlingen.
- (38) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E:

1. As anke forkastes.
2. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (39) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (40) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (41) Dommer **Stang Lund:** Likeså.
- (42) Dommer **Aasland:** Likeså.

(43) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. As anke forkastes.
2. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.