



NORGES HØYESTERETT

Den 26. januar 2011 avsa Høyesterett dom i

HR-2011-00182-A, (sak nr. 2010/1792), straffesak, anke over dom,

A (advokat Håvard Fremstad – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Thorbjørn Klundseter)

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

- (1) Dommer **Øie**: Saken gjelder betydningen av at dommeravhør av tre barn i sak om familievold var avholdt uten at forsvareren hadde hatt mulighet for å konferere med den siktede forut for avhørene, og reiser særlig spørsmål om retten til kontradiksjon er frafalt.
- (2) Barneverntjenesten i X anmeldte 17. oktober 2008 A til Vestoppland politidistrikt for å ha utøvet vold mot hans tre barn født i 1999, 2001 og 2002.
- (3) Ved begjæring 23. oktober 2008 til daværende Toten tingrett – senere Gjøvik tingrett – ba politidistriktet om at det ble foretatt dommeravhør av de tre barna for å belyse arten og omfanget av en eventuell vold. Samtidig ble det anmodet om at advokat Gjølme ble oppnevnt som forsvarer for A. Toten tingrett oppnevnte samme dag advokat Gjølme som forsvarer på det offentliges bekostning, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd.
- (4) Dommeravhør ble gjennomført 24. oktober 2008 i lokalene til Barnehuset i Y. Avhørene av de tre barna var omfattende og varte fra klokken 09.00 til klokken 14.30. En spesialmedarbeider ved Gjøvik politistasjon foresto avhørene under dommerens kontroll. Til stede i observasjonsrommet var foruten dommeren blant annet advokat Gjølme, en

bistandsadvokat og en politiadvokat, som alle fikk anledning til å foreslå spørsmål til barna. Det fremgår av rettsboken at advokat Gjølme gjorde oppmerksom på at han ikke hadde vært i kontakt med den siktede før dommeravhøret, men at han hadde innkalt ham til et møte 27. oktober.

- (5) Samme dag som dommeravhørene fant sted, fattet barneverntjenesten hastevedtak om omsorgsovertakelse av de tre barna. Under samtalen med A 27. oktober ble advokat Gjølme dessuten oppmerksom på at det verserte barnefordelingssak, hvor A var representert ved advokat Løset. Advokat Gjølme kontaktet derfor straks advokat Løset og anmodet henne om å overta straffesaken slik at alle tre saker kunne bli behandlet av samme advokat. Advokat Gjølme opplyste samtidig at han i "forbindelse med dommeravhøret ble ... pålagt taushetsplikt om de opplysninger som fremkom, inntil A kunne bli avhørt av politiet". Advokat Løset fikk en kortform av de notater advokat Gjølme hadde gjort under avhørene med hovedtrekk av barnas forklaringer og hans egne synspunkter på den bevismessige betydningen av forklaringene.
- (6) Den 30. oktober 2008 ble det foretatt politiavhør av A med advokat Løset til stede. Advokat Løset hadde på dette tidspunktet ikke mottatt dokumentene i saken.
- (7) Advokat Løset anmodet 31. oktober 2008 om å bli oppnevnt som offentlig forsvarer for A. Toten tingrett avslo begjæringen 25. november 2008.
- (8) Ved brev 17. november 2008 til Vestoppland politidistrikt ba advokat Løset om å få opplyst om taushetsplikten overfor A var opphevet. Under henvisning til straffeprosessloven § 242 opplyste politiet 19. november at den fortsatt gjaldt.
- (9) Statsadvokatene i Hedmark og Oppland satte 8. juli 2009 A under tiltale ved Gjøvik tingrett for overtredelse av straffeloven § 219 om mishandling i familieforhold. Grunnlaget var at han i perioden februar 2006 til oktober 2008 hadde slått og/eller dratt i ørene på sine tre barn, og/eller kastet/dyttet dem mot en vegg og/eller en seng.
- (10) Den 22. september 2009 anmodet Vestoppland politidistrikt Gjøvik tingrett om å beramme hovedforhandling og oversendte bevisoppgave hvor det blant annet gikk frem at påtalemyndigheten under hovedforhandlingen ville avspille opptakene av dommeravhørene.
- (11) Tingretten berammet 24. september 2009 hovedforhandling til 6. januar 2010 og oppnevnte advokat Løset som offentlig forsvarer. Hovedforhandlingen ble senere omberammet til 12. april 2010.
- (12) Kopi av sakens dokumenter ble sendt advokat Løset 23. oktober 2009, mens kopi av videoopptakene ble oversendt 15. desember.
- (13) Den 17. november 2009 sendte advokat Løset inn vitneoppgave. Nye avhør av barna ble ikke begjært.
- (14) Gjøvik tingrett avsa 20. april 2010 dom med slik domsslutning:

"1. A, født 07.02.1975, dømmes for overtredelse av straffeloven § 219 første ledd til fengsel i 120 – etthundreogtjue – dager.

2. **A, født 07.02.1975, idømmes saksomkostninger med 2 000 – totusen – kroner.”**

- (15) Ved bevisvurderingen la tingretten ”avgjørende vekt på de fornærmedes forklaringer i dommeravhør”. Men det fremgår at tingretten fant at barnas forklaringer ble styrket av de øvrige vitneforklaringer.
- (16) A anket til Eidsivating lagmannsrett over bevisvurderingen under skyldspørsmålet, lovanvendelsen og straffutmålingen. I anken ble det blant annet anført at det var en risiko for at barnas mor hadde påvirket barnas forklaringer for å styrke sin egen stilling i den verserende barnefordelingssaken. Det ble også pekt på andre bevismessige svakheter ved dommeravhørene, som at forklaringene på flere punkter var uklare og inkonsekvente. Dette ble ytterligere utdypet i prosesskriv 5. oktober 2010. Men heller ikke i forsvarerens bevisopp gave for lagmannsretten ble det begjært nye dommeravhør.
- (17) Under ankeforhandlingen utvidet aktor det faktiske grunnlaget i tiltalen med følgende tillegg:
- ”og/eller sparket dem og/eller stengte dem nede i en kjeller og/eller dusjet dem med kaldt vann og/eller stengte ute i kulden på vinterstid og/eller drapstruet deres mor mens de hørte på.”**
- (18) Eidsivating lagmannsrett avsa 15. oktober 2010 dom med slik domsslutning:
- ”1. A, født 7. februar 1975, dømmes for overtredelse av straffeloven § 219 første ledd til fengsel i 120 – etthundreogtjue – dager.**
- 2. A dømmes til å betale saksomkostnader for tingretten med 2.000 – totusen – kroner og for lagmannsretten med 2.000 – totusen – kroner.”**
- (19) Lagmannsretten uttaler at ”[h]ovedbeviset” for domfellelsen var ”barnas egne forklaringer i barneavhørene”.
- (20) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder saksbehandlingen – krenkelse av retten til kontradiksjon – og straffutmålingen. A har prinsipielt lagt ned påstand om at både lagmannsrettens dom med ankeforhandling og tingrettens dom med hovedforhandling skal oppheves.
- (21) Aktor har bestridt at kravet til kontradiksjon er krenket og har særlig vist til at A – gjennom passivitet fra hans daværende forsvarers side – må anses for å ha frafalt retten til kontradiksjon.
- (22) *Mitt syn på saken*
- (23) Dommeravhørene ble foretatt i medhold av straffeprosessloven § 234 andre ledd, jf. § 239, og dokumentert under hoved- og ankeforhandlingene i medhold av § 298.
- (24) Den siktede har en grunnleggende rett til – gjennom sin forsvarer – å avhøre vitner mot seg. Det følger av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) at det som hovedregel krenker denne retten dersom en fallende dom ”bare eller i avgjørende grad” baseres på vitneforklaringer fra personer som den siktede ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre, se blant annet Rt. 2004 side 1789. Om gjennomføringen av denne retten ved dommeravhør av barn, heter det i Rt. 1999 side 586 på side 588 til 589:

”Det er en grunnleggende regel i straffeprosessen at siktede, gjennom sin forsvarer, skal ha hatt mulighet for å avhøre de vitner som føres mot ham, jf EMK artikkel 6 nr 3 bokstav d. En slik mulighet hadde siktede reelt sett ikke ved de aktuelle avhørene av fornærmede. Som påpekt hadde advokat Holand ikke hatt kontakt med siktede, og han var ikke kjent med den forklaring siktede hadde avgitt til politiet. Advokat Holand var derfor avskåret fra å få stilt fornærmede spørsmål ut fra de faktiske forhold siktede hevdet var riktige. Jeg ser ikke bort fra at det i enkelte situasjoner kan være nødvendig å gjennomføre barneavhør uten at forsvareren har hatt kontakt med siktede eller mistenkte. Men dersom avhøret skal kunne brukes som bevis under hovedforhandlingen – og når avhøret er et sentralt bevis i saken – må regelen være at siktede gjennom sin forsvarer, eventuelt gjennom et nytt avhør, skal ha hatt mulighet til å avhøre vitnet.”

- (25) En domfellelse kan følgelig ikke bare eller i avgjørende grad bygge på et dommeravhør dersom den siktede verken har vært til stede under avhøret eller har hatt mulighet til å få stilt spørsmål til vitnet gjennom sin forsvarer. Men dersom den siktedes rett til kontradiksjon senere har blitt tilstrekkelig ivaretatt gjennom et nytt avhør, vil begge avhør likevel kunne brukes som bevis, jf. Rt. 2003 side 1146 og Rt. 2010 side 600.

- (26) Som jeg har vært inne på, var A representert ved forsvarer under avhørene i samsvar med hovedregelen i § 239 første ledd siste punktum. Men forsvareren hadde ikke hatt mulighet til å konferere med ham forut for dommeravhørene, det ble ikke senere foretatt nye avhør av barna hvor A gjennom sin advokat fikk anledning til å stille spørsmål, og domfellelsene i både tingretten og lagmannsretten bygget i avgjørende grad på dommeravhørene. Dette tilsier som utgangspunkt at det var en saksbehandlingsfeil å benytte avhørene som bevis.

- (27) Da tiltale ble tatt ut, og advokat Løset ble oppnevnt som offentlig forsvarer, var hun imidlertid ikke lenger pålagt taushetsplikt som hindret henne i å konferere med A om dommeravhørene. Det følger av straffeprosessloven § 265 at forsvareren etter å ha mottatt sakens dokumenter og påtalemyndighetens bevisoppgave, uten unødig opphold skal ta kontakt med den tiltalte og drøfte hvordan forsvaret bør føres. Forsvareren skal deretter opplyse om hvilke bevis han eller hun vil føre. Man må kunne forutsette at en forsvarer er kjent med mulighetene for å begjære gjentatt dommeravhør når retten til kontradiksjon har vært satt til side ved et tidligere avhør, og at vedkommende orienterer klienten om denne muligheten. Det er generelt sett ikke for sent å begjære nye dommeravhør etter at tiltale er tatt ut. Når dette ikke ble gjort i den foreliggende sak, oppstår spørsmålet om A må anses for å ha oppgitt retten til kontradiksjon. Dette reiser i sin tur spørsmål om det er rettslig adgang til å oppgi denne retten, eventuelt hva som skal til for at retten skal anses som oppgitt.

- (28) Et viktig prinsipp i norsk straffeprosess er at den tiltalte som hovedregel ikke identifiseres med sin forsvarer. Utgangspunktet og hovedregelen er videre at rettssikkerhetsgarantiene er indispositive og ikke kan oppgis.

- (29) Etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er dette annerledes. EMD har uttrykkelig uttalt at den tiltalte i relasjon til EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d om retten til krysseksaminasjon, kan identifiseres med sin forsvarer, se Magnus Matningsdal, Siktedes rett til å eksaminere vitner side 93 med videre henvisninger. Dessuten kan retten til eksaminasjon oppgis – uttrykkelig eller stilltiende. Forutsetningen er imidlertid at avkallet har skjedd på en utvetydig måte, se EMDs dom 28. september 2010 i saken A. S. mot

Finland – saksnummer 40156/07 – med videre henvisning til praksis. Jeg viser til avsnitt 69 til 70 i dommen, hvor følgende er uttalt:

”69. The second question to be addressed is whether the applicant had, nevertheless, waived his right to examine A., the principal witness against him.

70. Neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial. However, such a waiver must, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance. In addition, it must not run counter to any important public interest”

- (30) Når en prosessuell rettighet følger av EMK, og ikke av interne norske bestemmelser, oppstår spørsmålet om også begrensninger i retten som følger av EMK og EMDs praksis, må legges til grunn etter norsk rett. Som det går frem av det jeg har sitert fra Rt. 1999 side 586 om gjennomføringen av retten til eksaminasjon ved dommeravhør av barn, viser Høyesterett her bare til EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, og ikke til interne norske rettsregler. Men også i norsk rett gjelder det et grunnprinsipp om rett til kontradiksjon. Etter mitt syn er det derfor ikke naturlig å se det slik at retten til eksaminasjon ved dommeravhør av barn alene er forankret i EMK og EMDs praksis, men at den er etablert i et samspill mellom norsk rett og de internasjonale menneskerettigheter.
- (31) Slik jeg ser det, er det en viss forskjell mellom bruk av dommeravhør og opplesning av politiforklaring etter straffeprosessloven §§ 296 og 297. Lovens forarbeider bygger på at det er adgang til å lese opp politiforklaringer dersom vilkårene i disse bestemmelsene er oppfylt, jf. Ot.prp. nr. 35 (1978–79) side 213–214 sammenholdt med Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 304. På bakgrunn av denne forutsetningen innebærer det en innskrenkende tolking når opplesning normalt er utelukket dersom vitnet ikke er til stede i retten og en fellende dom bare eller i avgjørende grad må baseres på forklaringer hvor siktede – eventuelt gjennom sin forsvarer – ikke har hatt mulighet til å få stilt vitnet spørsmål. Noen tilsvarende forutsetning er det så vidt jeg kan se, ikke gitt uttrykk for i relasjon til dommeravhørene. Jeg viser til Ot.prp. nr. 33 (1993–1994) side 26 til 27, hvor behovet for kontradiksjon tvert imot trekkes frem:

”Ut fra dette vil man også i fremtiden få enkelte dommeravhør som er foretatt uten at forsvareren har vært til stede. ... I slike tilfeller vil forsvareren som nå ha adgang til å se videoopptak, evt høre lydopptak eller lese det protokollerte avhøret før hovedforhandlingen. Dersom forsvareren mener at det er forhold som ikke er tilstrekkelig belyst, vil han kunne ta dette opp med dommeren slik at det eventuelt kan bli holdt et nytt avhør. Her må dommeren veie hensynet til at gjentatte avhør såvidt mulig skal unngås av hensyn til barnet (jf strpl § 234 annet ledd), mot hensynet til sakens opplysning og Menneskerettighetskonvensjonenes krav til en rettferdig rettergang. Det bør legges vekt på om det i den konkrete saken må antas å være en belastning for barnet å gjennomgå et nytt avhør. Det vil ofte, men ikke alltid være tilfellet. Det bør også legges vekt på om det finnes annet vesentlig bevismateriale i saken, noe som vil redusere behovet for nytt avhør, jf Rt 1990 side 319.”

- (32) Kontradiksjon er dessuten både innenfor EMK og intern norsk rett en meget viktig rettighet, som må praktiseres i samsvar med grunnkravet om en rettferdig rettergang – jf. kravet til ”fair trial” i EMK artikkel 6 nr. 1.
- (33) Man bør på denne bakgrunn etter mitt syn i alle fall være forsiktig med å godta at den tiltalte har gitt avkall på retten til kontradiksjon i forbindelse med dommeravhør som

følge av forsvarerens manglende disposisjoner. Om denne retten er oppgitt, kan dessuten enkelt avklares gjennom spørsmål fra retten eller aktor.

- (34) I denne sammenheng bemerker jeg at vår sak atskiller seg fra saken S. N. mot Sverige – saksnummer 34209/96 – hvor EMD kom til at retten til kontradiksjon ikke var krenket, idet forsvareren for tingsrätten uttrykkelig hadde erklært at han ikke begjærte ytterligere avhør.
- (35) Siden et dommeravhør vil kunne tjene som et middelbart – og ofte sentralt bevis – under hovedforhandlingen, bør kontradiksjon tilstrebes i størst mulig grad på etterforskningsstadiet, jf. også merknaden til § 9 i rundskriv G-1998-70 om forskrift om dommeravhør og observasjon m.m.
- (36) I rundskrivet er det videre uttalt at forsvareren som hovedregel ikke kan pålegges taushetsplikt overfor sin klient. Så vidt jeg kan se, foreligger det ikke noen uttrykkelig hjemmel for å pålegge forsvareren taushetsplikt om det som han selv har sett og hørt under avhøret. Når forsvareren har mottatt utskrift av avhøret og/eller video- og lydopptak, har taushetsplikt i praksis vært basert på straffeprosessloven § 242. Det innebærer at taushetsplikt bare kan pålegges for å unngå ”skade eller fare for etterforskingens øyemed eller for tredjemann”, jf. første ledd første punktum. Av hensyn til retten til kontradiksjon er det viktig at forsvareren ikke pålegges taushetsplikt lenger enn strengt nødvendig. Et slikt pålegg er dessuten i dårlig samsvar med opplysningsplikten i straffeprosessloven § 245 andre ledd i tilfeller hvor den siktede har vært utelukket fra et rettsmøte under etterforskningen.
- (37) Disse utgangspunkter ble ikke fulgt i den foreliggende sak. Forsvareren var frem til tiltale ble tatt ut, pålagt taushetsplikt overfor A om det som hadde fremkommet ved avhøret, og var derfor avskåret fra å drøfte med ham behovet og ønskeligheten av tilleggsavhør. Først da advokat Løset rundt ett år etter dommeravhørene ble oppnevnt som offentlig forsvarer og fikk tilsendt sakens dokumenter, hadde A reell mulighet til, i samråd med sin forsvarer, å vurdere behovet for ytterligere avhør hvor han gjennom forsvareren kunne stille spørsmål til barna. Dette var etter mitt syn svært uheldig. Jeg har vanskelig for å se at det var nødvendig å opprettholde taushetsplikten også lenge etter at A var avhørt av politiet. Både hensynet til best mulig opplysning av saken, til barna og til As muligheter for å gjenoppta kontakten med dem tilsa at det ikke gikk lenger tid enn nødvendig mellom dommeravhørene i oktober 2008 og eventuelle nye avhør. Også aktor har under prosedyren for Høyesterett gitt uttrykk for kritikk av påtalemyndighetens behandling av saken på etterforskningsstadiet.
- (38) I en slik situasjon er det etter mitt syn ikke rettferdig – ”fair” – å betrakte forsvarerens unnlattelse av å begjære tilleggsavhør etter at tiltale var tatt ut som et uttrykk for at A hadde oppgitt retten til kontradiksjon. Han hadde under hele etterforskningen benektet straffeskyld. Hans forsvarer hadde også fremsatt kritiske synspunkter på bevisverdien av dommeravhørene. Jeg minner her om det jeg tidligere har referert fra anken til lagmannsretten. Gode grunner kunne derfor synes å tilsa at det ble avholdt tilleggsavhør. A var imidlertid på denne tiden i ferd med å bygge opp igjen forholdet til sine barn, og jeg kan ikke se bort fra at han kan ha kviet seg for å begjære nye avhør i denne sårbare fasen. Dersom påtalemyndigheten hadde behov for å få avklart hvorvidt A ville begjære nye avhør, kunne dette enkelt ha vært løst ved en forespørsel til advokat Løset.

- (39) Min konklusjon er etter dette at var det en saksbehandlingsfeil at dommeravhøret ble brukt som det avgjørende bevis i saken.
- (40) Det følger av rettspraksis at det stilles små krav til sannsynliggjøring av at manglende kontradiksjon kan ha virket inn på resultatet, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd og for eksempel Rt. 2010 side 84 med videre henvisning. Forsvareren har vist til at nye avhør hvor A gjennom sin forsvarer gis anledning til å stille spørsmål, vil kunne avdekke hvorvidt barna har vært påvirket av moren, samt avklare punkter i forklaringene som fremtrer som inkonsekvente eller diffuse. Tatt i betraktning de beskjedne kravene til sannsynliggjøring av at feilen har virket inn, bør lagmannsrettens dom med ankeforhandling etter mitt syn oppheves.
- (41) I tidligere praksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg er det lagt til grunn at også tingrettens dom med hovedforhandling normalt måtte oppheves dersom en alvorlig feil ved lagmannsrettens saksbehandling også heftet ved tingrettens behandling, se Rt. 2001 side 304 og Rt. 2003 side 757. Høyesterett i avdeling har imidlertid i de senere år gitt uttrykk for et noe endret og mer nyansert syn på dette spørsmålet. Jeg viser til avgjørelsen i Rt. 2010 side 600 – som også gjaldt spørsmålet om et dommeravhør kunne brukes som bevis under hovedforhandlingen – og hvor det uttales i avsnitt 19 til 21:

”(19) Spørsmålet er om lagmannsretten – sett i lys av at kravet om kontradiksjon er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i vår prosessordning – likevel skulle ha opphevd tingrettens dom slik at saken kunne få en fullverdig behandling i to instanser. I så fall må begge instansers avgjørelser oppheves.

(20) I forbindelse med en tilsvarende problemstilling der feilen besto i inhabilitet hos fagdommeren i tingretten, uttalte førstvoterende i Rt. 2004 side 477 avsnitt 40:

’Forsvareren har anført at A hadde krav på behandling av narkotikaforbrytelsene i to instanser med uhildete dommere, men jeg kan ikke se at vår prosessordning gir ham noe absolutt krav på dette. Lovens ordning er at saksbehandlingsfeil som utgangspunkt skal kunne repareres i ankeinstansen. Dette er også i samsvar med EMK. Jeg vil her vise til Jørgen Aall: Rettergang og menneskerettigheter, 1995.’

(21) Det som her uttales, må også gjelde for vår sak. Når feilen ved tingrettens dom er rettet opp ved dommeravhøret som fant sted 3. desember 2009, og det for øvrig ikke hefter mangler av betydning ved gjennomføringen av avhøret og den måten dette ble presentert for lagretten på, er det ikke noe som tilsier at lagmannsrettens dom bør oppheves.”

- (42) Tilsvarende må det i den foreliggende sak kunne legges til grunn at saksbehandlingsfeilen kan rettes opp i lagmannsretten ved at det avholdes et tilleggsavhør av barna hvor As rett til eksaminasjon blir ivaretatt. Det er ikke anført at det er andre feil ved avhørene. Etter mitt syn må det da være tilstrekkelig at lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.
- (43) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (44) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (45) Dommer **Bull:** Likeså.
- (46) Dommer **Normann:** Likeså.
- (47) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (48) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Riktig utskrift bekreftes: