



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 17. oktober 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Magnus Matningsdal
dommer Erik Møse
dommer Kristin Normann
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Erik Thyness

HR-2019-1923-A, (sak nr. 19-058563STR-HRET)
Anke over Hålogaland lagmannsretts dom 18. mars 2019

A (advokat John Christian Elden)

mot

Påtalemyndigheten (førstestatsadvokat Lars Fause)

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

(1) Dommer **Møse**: Saken gjelder saksbehandlingen ved domfellelse for samleie med en sovende kvinne – straffeloven § 292 bokstav a, jf. § 291 bokstav b. Spørsmålet er særlig om det er begått saksbehandlingsfeil i forbindelse med at to sakkyndige vitner forklarte seg ved telefonavhør, samt at det ene vitnet først en tid etter ankeforhandlingen i lagmannsretten sendte et skriftlig referat av sin muntlige forklaring til Den rettsmedisinske kommisjon for godkjenning, jf. straffeprosessloven § 147 andre ledd.

(2) Ved tiltalebeslutning 27. april 2018 ble A satt under tiltale ved Senja tingrett for overtredelse av straffeloven § 292 bokstav a, jf. § 291 bokstav b. Grunnlaget i tiltalebeslutningen var beskrevet slik:

«Lørdag 17. juni 2017 ca kl. 03.00 i leilighet C104 i Setermoen militærleir i Bardu førte han penis inn i skjeden til B og/eller førte en eller flere fingre inn i skjeden hennes mens hun sov og/eller på grunn av beruselse var ute av stand til å motsette seg handlingen.»

(3) Ved Senja tingretts dom 23. oktober 2018 ble A frifunnet fordi meddommerne kom til at det ikke var ført bevis for sovevoldtekt. Derimot ble det under dissens fra en meddommer ilagt oppreisnings- og erstatningsansvar.

(4) Etter anke fra Troms og Finnmark statsadvokatembeter avsa Hålogaland lagmannsrett 18. mars 2019 dom med slik domsslutning:

- «1. A, født 00.00.1996, dømmes for overtredelse av straffeloven (2005) § 292 bokstav a, jf. § 291 bokstav b til en straff av fengsel i 4 – fire – år.**
- 2. A dømmes til å betale oppreisningserstatning til B med 150 000 – etthundreogfemtusen – kroner innen 2 – to – uker fra dommen forkynnes.**
- 3. A dømmes til å betale erstatning for økonomisk tap til B med 8 550 – åttetusenfemhundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra dommen forkynnes.**
- 4. Saksomkostninger idømmes ikke.»**

(5) En meddommer stemte for frifinnelse og fant også at det ikke var klar sannsynlighetsovervekt for å idømme erstatning.

(6) A anket til Høyesterett over saksbehandlingen – mangelfulle domsgrunner, lovanvendelsen under skyldspørsmålet, straffutmålingen og avgjørelsen av det sivile kravet. Forsvareren som overtok saken for Høyesterett, anførte i et senere støtteskriv at det forelå en rekke forskjellige saksbehandlingsfeil. Støtteskrivet var inngitt tre uker etter utløpet av ankefristen. I sin henvisningsbeslutning 22. mai 2019 fant ankeutvalget at oversittelsen ikke burde legges tiltalte til last, og at anken derfor ikke skulle avvises for så vidt gjaldt disse ankegrunnene, jf. straffeprosessloven § 318 første ledd bokstav a.

(7) I henvisningsbeslutningen bemerket ankeutvalget at A hadde ankerett etter straffeprosessloven § 323 første ledd tredje punktum. Utvalget fant det enstemmig klart at de fleste av de påberopte ankegrunnene ikke kunne føre frem og nektet dem fremmet, jf. HR-2019-963-U. Beslutningen har slik slutning:

«Anken over straffekravet tillates fremmet til ankebehandling for så vidt gjelder spørsmål om det var en feil som skal tillegges virkning at det sakkyndige vitnet Johannessen ikke sendte referat av sin muntlige forklaring til Den rettsmedisinske kommisjon, og at de sakkyndige vitnene Midttun og Johannessen forklarte seg på telefon. For øvrig nektes anken over straffekravet fremmet. Det gis ikke samtykke til ny behandling i Høyesterett av sivile krav.»

- (8) Forsvarer har for Høyesterett nedlagt påstand om opphevelse av lagmannsrettens dom. Aktor har nedlagt påstand om at anken forkastes.
- (9) *Mitt syn på saken*
- (10) Det er på det rene at A og B, som var henholdsvis ansatt grenader og menig soldat ved samme militærforlegning, Setermoen, møttes for første gang lørdag 17. juni 2017 omkring kl. 02.00 utenfor et festivalområde. De slo følge tilbake til hans leilighet i forlegningen, der de kysset hverandre.
- (11) Ifølge B ga hun beskjed om at hun ikke ønsket sex, noe A sa at han respekterte. Hun sovnet fullt påkledd på sengen, men våknet neste morgen naken i hans seng. Da hun kom tilbake til sin bolig i forlegningen, merket hun ut på morgenen at hun blødde fra underlivet og hadde blod i trusen. Først samme kveld skjønte hun at hun kunne ha hatt sex hos A. Senere på kvelden oppsøkte hun legevakten og neste dag overgrepsmottaket ved Universitetssykehuset i Tromsø.
- (12) Materiale etter undersøkelse av biologiske spor ble sikret 18. juni kl. 14.00 og senere analysert ved Oslo universitetssykehus, Avdeling for rettsmedisinske fag. Uttalelsen avgitt 19. desember 2017 av rettsgenetisk sakkyndig, Helen Johannessen, inneholdt blant annet følgende konklusjoner:
- «Meget få sædceller kunne påvises i prøvene markert A1 (ytre kjønnslepper), A2 (indre kjønnslepper) og A4 (dypt i skjede). Prøvene ble videre undersøkt med fraksjonering av sæd- og epitelceller ... Sædfraksjonene for prøvene markert A2 og A4 ga ved analysen blandingsresultater med DNA fra minst to personer. Typeresultatene viser at sædfraksjonene i hovedsak inneholder DNA av samme type som fornærmede B ..., iblandet en mindre mengde DNA av samme type som siktede A ...»**
- (13) I den sakkyndiges materialbeskrivelse av prøve A4 (dypt i skjeden) heter det blant annet:
- «Sædfraksjonen: Humant DNA kunne påvises i fraksjonen, og den ble analysert. Fraksjonen, som ga typeresultat i alle 16 markører, ga et blandingsresultat. Kjønnsmarkøren viser både kvinnelig og mannlig opprinnelse.»**
- (14) Johannessens sakkyndige uttalelse ble godtatt av Den rettsmedisinske kommisjon 27. mars 2018.
- (15) Under hovedforhandlingen for Senja tingrett forklarte Johannessen seg ved telefonavhør etter anmodning fra aktor. Han begjærte også telefonavhør av et nytt sakkyndig vitne, Dina Midttun, som var overlege ved overgrepsmottaket ved legevakten i Oslo. Samme dag som Midttun forklarte seg for tingretten, 10. oktober 2018, sendte hun erklæring til Den rettsmedisinske kommisjon, som godkjente erklæringen 25. oktober 2018.
- (16) For tingretten forklarte Johannessen seg særlig om sædens nedbrytningstid, dvs. hvor lenge man kan påvise sædrester i skjeden etter avlevering. Midttuns forklaring gjaldt blant annet

muligheten for at sæd kunne forflytte seg fra utsiden av en kvinnes kjønnsorgan til innsiden av skjeden.

- (17) I påtalemyndighetens bevisoppgave for lagmannsretten var Johannessen og Midttun oppført som sakkyndige vitner. Begge forklarte seg ved telefonavhør under ankeforhandlingen. Midttun sendte samme dag, 13. mars 2019, en skriftlig tilleggserklæring til Den rettsmedisinske kommisjon, som godkjente erklæringen 25. mars 2019. Etter anmodning fra Høyesterett sendte Johannessen senere en tilleggsuttalelse om sin forklaring for lagmannsretten til Den rettsmedisinske kommisjon. Uttalelsen ble godkjent av kommisjonen 27. juni 2019.
- (18) Jeg kommer tilbake til de to vitnenes forklaringer for tingretten og lagmannsretten samt deres tilleggsforklaringer til kommisjonen.
- (19) *Fjernavhør av de sakkyndige vitnene*
- (20) At de to sakkyndige vitnene Johannessen og Midttun ble avhørt ved fjernavhør i lagmannsretten, reiser både spørsmål om deres manglende tilstedeværelse i retten og om at telefonavhøret ikke ble gjennomført som bildeavhør.
- (21) Jeg tar først standpunkt til om det var en saksbehandlingsfeil at de to sakkyndige vitnene ikke var personlig til stede i lagmannsretten under ankeforhandlingen.
- (22) Ifølge straffeprosessloven § 149 a kan sakkyndige avhøres ved fjernavhør. Dersom de ikke er oppnevnt av retten, gir de forklaring etter samme regler som vitner, jf. § 149. Det følger av § 109 a første ledd første punktum at vitner kan avhøres ved fjernavhør dersom de på grunn av den geografiske begrensningen i § 109 første ledd ikke har møteplikt. Siden både Johannessen og Midttun holdt til i Oslo, hadde de ikke plikt til å møte i Hålogaland lagmannsrett.
- (23) Etter § 109 a første ledd annet punktum bør fjernavhør ikke foretas om vitneforklaringen «kan være særlig viktig», eller hvor andre forhold «gjør det betenkelig». Om anvendelsen av disse kriteriene for så vidt gjelder sakkyndige heter det i Prop. 141 L (2009–2010) side 59:
- «Som flere høringsinstanser er inne på, vil det ofte kunne være betenkelig å la sakkyndige avhøres ved fjernavhør i straffesaker. Sakkyndigbeviset vil oftest være viktig, og den sakkyndige vil gjerne forklare seg om fagstoff som kan være vanskelig tilgjengelig for rettens medlemmer. I noen tilfeller vil bruk av illustrasjoner mv. gjøre den sakkyndiges forklaring lettere tilgjengelig. Bruk av illustrasjoner, plansjer mv. kan bli vanskeliggjort ved videoavhør. Departementet foreslår at de samme vilkårene skal gjelde for å avhøre sakkyndige ved fjernavhør som for vitner, jf. utkastet til endring av § 149 a i straffeprosessloven. Departementet understreker likevel at retten nøye må vurdere om det vil være betenkelig å la den sakkyndige avhøres ved fjernavhør. ...»**
- (24) Av dette følger at retten må foreta en konkret vurdering av behovet for at et sakkyndig vitne er til stede i retten. Jeg ser derfor nærmere på henholdsvis Johannessens og Midttuns vitneprov.
- (25) *Johannessen* ga forklaring i lagmannsretten ved fjernavhør umiddelbart etter at hennes sakkyndige uttalelse 19. desember 2017 om funnene ved voldektsmottaket var blitt opplest for retten. Det sentrale i uttalelsen var at vattpinnene benevnt A4 viste funn av sæd fra

tiltalte dypt inne i fornærmedes skjede. Dette er ikke på noe tidspunkt blitt bestridt. For tingretten ble hun som nevnt særlig eksaminert om nedbrytningstiden. Hun forklarte at etter ca. 36 timer begynner man å nærme seg grensen for når det er mulig å påvise sædrester i skjeden etter avlevering.

- (26) I sin skriftlige erklæring 13. juni 2019 til Den rettsmedisinske kommisjon redegjorde Johannessen for de spørsmål hun var blitt stilt i lagmannsretten. Også her stod nedbrytningstiden sentralt. Hun forklarte seg i samsvar med sin forklaring for tingretten, men foretok en beskjeden utdypning. De andre spørsmålene hun ble stilt av partene, var av mindre betydning.
- (27) *Midttun* ble i lagmannsretten ifølge sin erklæring 13. mars 2019 til Den rettsmedisinske kommisjon stilt spørsmål om sporsikring, og særlig om sæd kunne finne veien inn i skjeden fra utsiden av underlivet. Hennes forklaring for tingretten 10. oktober 2018, som var godtatt av kommisjonen, ble lest opp. På spørsmål forklarte hun at inntrengning av sæd ikke kunne skje på egen hånd, men forutsatte at sæden var innført i skjeden «mekanisk på noe vis». Generelt kunne ikke berøring med hånd eller fingre på utsiden medføre at sæd havner dypt i skjeden. Hun understreket ellers at hun ikke hadde foretatt rettsmedisinsk undersøkelse av B, og at hun ikke kunne uttale seg om analyse av spormateriale eller DNA-analyser. Slike spørsmål måtte rettes til rettsmedisinsk institutt. *Midttuns* forklaring for lagmannsretten var i det vesentlige i samsvar med hennes vitneprov for tingretten.
- (28) Etter dette kan jeg ikke se at det var noen saksbehandlingsfeil at Johannessen og *Midttun* forklarte seg for lagmannsretten ved fjernavhør og ikke var til stede i retten. Som nevnt er det uomtvistet at As sæd ble funnet dypt inne i Bs skjede. Forklaringene fra de to sakkyndige vitnene gjaldt hovedsakelig sædens nedbrytningstid og muligheten for innføring i skjeden, og de må ses på bakgrunn av at A anførte at sæden kunne ha kommet inn i skjeden ved fingring. Denne anførselen ble ikke tillagt vekt av lagmannsretten, som bemerket at A ifølge sin forklaring ikke hadde fingret fornærmede etter at han fikk utløsning.
- (29) Mens Johannessens forklaring knyttet seg til hennes tidligere erklæring, stod *Midttuns* forklaring kanskje noe mer sentralt, men heller ikke den kan sies å ha vært «særlig viktig», jf. § 109 a. Begge forklaringer var i samsvar med uttalelsene de hadde gitt for tingretten. Ingen av partene hadde hatt innsigelser til fjernavhør, hverken for tingretten eller lagmannsretten, og jeg kan ikke se at fjernavhør fremstod som «betenkelig».
- (30) Jeg ser så på spørsmålet om det var en saksbehandlingsfeil at fjernavhøret ble gjennomført som telefonavhør. Etter straffeprosessloven § 109 a andre ledd foretas fjernavhør ved bildeavhør, men hvis utstyr for bildeavhør ikke er tilgjengelig, kan lydavhør brukes. Tilsvarende regler er gitt i forskrift 12. august 2011 om fjernmøter og fjernavhør i straffesaker. Ifølge § 2 skjer fjernavhør ved bildeavhør av vitner eller sakkyndig, med mindre utstyr for bildeavhør ikke er tilgjengelig.
- (31) I Prop. 141 L (2009–2010) side 60 understreker Justisdepartementet hovedregelen om at fjernavhør som hovedregel bør skje ved bildeavhør:

«Som noen av høringsinstansene har pekt på, skjer de fleste fjernavhør i dag ved bruk av telefon. Ofte vil overføring av både lyd og bilde (videoavhør) være utelukket, fordi vitnet befinner seg et sted hvor slikt utstyr ikke er tilgjengelig (på sjøen, på plattform, på ferie osv.). Departementet viderefører likevel forslaget om at fjernavhør som hovedregel skal

gjennomføres ved videoavhør. Telefonavhør vil likevel kunne skje i de tilfellene videoutstyr ikke er tilgjengelig. At fjernavhøret eventuelt vil måtte skje bare ved bruk av telefon, vil kunne få betydning for rettens vurdering av om fjernavhør vil være betenkelig.»

- (32) Det er på det rene at Hålogaland lagmannsrett har utstyr for bildeavhør, men det er ikke opplyst at slikt utstyr var tilgjengelig der vitnene befant seg. I denne forbindelse minner jeg om at forskriften om fjernmøter og fjernavhør § 2 tredje ledd ikke krever at fjernavhør skjer fra en domstol, men også kan skje fra annet sted når dette finnes ubetenkelig, for eksempel vitnets arbeidssted. Selv om vitner fortrinnsvis skal avhøres ved bildeavhør i tråd med lovens hovedregel, viker jeg tilbake for å konstatere at telefonavhør uten bildeoverføring av de to sakkyndige vitnene var i strid med loven og dermed en saksbehandlingsfeil, slik denne saken ligger an. Jeg legger da også vekt på at ingen av partene hadde innvendinger mot telefonavhør uten bilde, og heller ikke senere krevde at lagmannsrettens beslutning skulle omgjøres slik at det ble foretatt bildeavhør.
- (33) Jeg tilføyer ellers at det ville vært en fordel om lagmannsretten – i likhet med tingretten – hadde gitt en uttrykkelig begrunnelse i rettsboken for hvorfor lovens vilkår for fjernavhør var oppfylt, selv om det etter straffeprosessloven § 19 ikke gjelder noe absolutt krav om å begrunne beslutninger, jf. Bjerke, Keiserud og Sæther: Straffeprosessloven, Kommentartutgave, 4. utg., side 79.
- (34) *For sen innsendelse til Den rettsmedisinske kommisjon*
- (35) Som jeg tidligere har vært inne på, ble Johannessens erklæring for lagmannsretten ikke sendt Den rettsmedisinske kommisjon umiddelbart, men først under behandlingen i Høyesteretts ankeutvalg.
- (36) Etter straffeprosessloven § 147 andre ledd skal en sakkyndig som under hovedforhandlingen gir uttalelser som «avvikler» eller «på vesentlige punkter utfyller» den skriftlige erklæringen som er avgitt, straks sende kommisjonen et referat av sin muntlige forklaring. Ved denne vurderingen er det blant annet relevant hvor sentralt utsagnet er i forhold til sakens sentrale bevisstema.
- (37) Mens Johannessens skriftlige erklæring 19. desember 2017 gjaldt det forhold at det var funnet sædceller fra A i Bs skjede, viser hennes tilleggsuttalelse 13. juni 2019, som tidligere nevnt, at det først og fremst var nedbrytningstiden for sædceller man var opptatt av da hun forklarte seg for lagmannsretten. Dette er nok i og for seg en utfylling av hennes skriftlige erklæring, men har relativt begrenset betydning sammenlignet med at det var påvist sæd fra A dypt i Bs skjede. Hennes vitneforklaring kan derfor ikke ses som noe avvik fra eller en vesentlig utfylling av den skriftlige erklæring hun tidligere hadde avgitt. På denne bakgrunn hadde Johannessen ingen plikt til å innsende referat av sin muntlige forklaring for lagmannsretten.
- (38) *Rettferdig rettergang*
- (39) Forsvareren har også gjort gjeldende at lagmannsrettens dom må oppheves fordi A ikke fikk en «fair trial» for lagmannsretten, jf. Grunnloven § 95 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6.

- (40) Dette var en av anførselene i støtteskrivet som ble innsendt av forsvareren for Høyesterett. Siden ankeutvalget ikke konkluderte på dette punkt, er jeg enig med forsvareren i at Høyesterett i avdeling kan behandle denne anførselen.
- (41) Det følger av det jeg allerede har sagt at gjennomføringen av de to vitneavhørene ikke kan anses for å være i strid med EMK artikkel 6. Lagmannsretten anså det forsvarlig med fjernavhør, noe det var hjemmel for. Manglende bildeavhør røkkes ikke ved at rettergangen som helhet var «fair». Det samme gjelder forsvarerens argumentasjon for at retten skulle ha oppnevnt sakkyndige, jf. ankeutvalgets beslutning avsnitt 15–17.
- (42) Heller ikke anførselen om brudd på kontradiksjonsprinsippet kan føre frem. A hadde samme forsvarer for begge instanser. Forsvareren var kjent med bevisførselen for tingretten og hadde full anledning til å stille spørsmål til de sakkyndige vitnene.
- (43) Slik bevisene i denne saken ligger an, kan jeg heller ikke se at det var en saksbehandlingsfeil at det ikke ble innhentet noen supplerende sakkyndig uttalelse om rettsmedisinske spørsmål. Det er nok så at Midttun i sine erklæringer understreket at hun ikke hadde slik kompetanse. Men det andre sakkyndige vitnet, Johannessen, arbeidet ved seksjonen for rettsgenetikk i straffesaker, Avdeling for rettsmedisinske fag ved Oslo universitetssykehus. Hennes uttalelser ble som nevnt godtatt av Den rettsmedisinske kommisjon. Jeg tilføyer at det ikke på noe tidspunkt er gjort gjeldende at det ble begått feil ved prøvetakingen i forbindelse med den rettsgenetiske undersøkelsen.
- (44) For øvrig minner jeg om at Høyesterett bør vise en viss tilbakeholdenhet med å overprøve lagmannsrettens egen vurdering av behovet for ytterligere bevisførsel, særlig der spørsmålet må avgjøres ut fra en samlet avveining av det totale og ofte sammensatte bevisbilde for lagmannsretten, jf. Rt-2008-1350 avsnitt 16.
- (45) Etter dette stemmer jeg for denne

D O M :

Anken forkastes.

- | | | |
|------|----------------------------|--|
| (46) | Dommer Normann: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (47) | Dommer Thyness: | Likeså. |
| (48) | Dommer Arntzen: | Likeså. |
| (49) | Dommer Matningsdal: | Likeså. |

(50) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.