



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 22. mai 2025 av Høyesterett i avdeling med

dommer Aage Thor Falkanger

dommer Espen Bergh

dommer Erik Thyness

dommer Thom Arne Hellerslia

dommer Thomas Chr. Poulsen

HR-2025-974-A, (sak nr. 24-198602STR-HRET)

Anke over Borgarting lagmannsretts dom 15. oktober 2024

A

(advokat Omar Tashakori – til prøve)

mot

Påtalemyndigheten

(førstestatsadvokat Thomas Frøberg)

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

- (1) Dommer **Poulsen:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder adgangen til å lese opp fra politiforklaringen til fornærmede i en straffesak, som møter som vitne til hovedforhandlingen, men gjør bruk av sin rett til å nekte å forklare seg som nærstående til tiltalte. I tillegg reiser saken spørsmål om skriftlige bevis som inneholder en gjengivelse av forklaringer vitnet har gitt til helsevesenet og krisesenteret, kan leses opp.
- (3) A ble 7. november 2023 satt under tiltale for overtredelse av straffeloven § 271 (kroppskrenkelse). Grunnlaget var vold mot ektefellen B ved tre anledninger:
- «a)
En gang i juni 2021 i --- gate 0 i Oslo, eller i Oslo slo han med knyttet hånd B gjentatte ganger i hodet og i ansiktet, han tok også kvelertak på henne med begge hendene.
- b)
Fredag 5. november 2021 i --- gate 0 i Oslo, eller i Oslo slo han med knyttet hånd B 5-6 ganger i hodet, og flere ganger på nesen.
- c)
Mandag 27. desember 2021 i området ved Kirkeristen i Oslo, slo han B gjentatte ganger i hodet og i ansiktet med knyttet og åpen hånd. Han sparket henne også på leggen.»
- (4) B var innkalt som vitne og møtte til hovedforhandlingen i Oslo tingrett, men benyttet sin rett som siktedes ektefelle til ikke å forklare seg, jf. straffeprosessloven § 122.
- (5) Aktor ønsket da å lese opp hennes politiforklaring i saken, avgitt 28. desember 2021. Dessuten ville aktor lese opp et journalnotat fra Oslo universitetssykehus, legevakten, datert 6. november 2021, journalnotat fra Oslo kommune, helseetaten, av 6. november 2021 samt journalnotat av 27. desember 2021 fra Oslo krisesenter.
- (6) Alle disse journalnotatene inneholder blant annet gjengivelser av hva B har forklart om voldshendelsene i tiltalen.
- (7) Under hovedforhandlingen besluttet tingretten at gjengivelse av det B hadde sagt i politiforklaringen og journalene om post c, kunne leses opp. Begrunnelsen for å tillate opplesning var at forklaringene ikke var avgjørende bevis for denne tiltaleposten.
- (8) Etter tingrettens syn kunne derimot gjengivelse i politiforklaringen og journalene om det fornærmede hadde sagt om post a og b, ikke leses opp, da forklaringene var avgjørende bevis for disse postene. Møtende aktor la etter dette ned påstand om frifinnelse for post a og b.

- (9) Oslo tingrett avsa 8. mai 2024 dom der A ble dømt etter post c, men frifunnet etter post a og b. Straffen ble satt til betinget fengsel i 45 dager.
- (10) Påtalemyndigheten anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for de to tilfellene A ble frifunnet for.
- (11) Fornærmede møtte til ankeforhandlingen i Borgarting lagmannsrett, men nektet på ny å forklare seg om forholdene i tiltalen. På samme måte som i tingretten ønsket da aktor å lese opp fornærmedes politiforklaring av 28. desember 2021 og de tre journalnotatene. Forsvareren protesterte igjen mot opplesning.
- (12) Lagmannsretten kom til at *journalnotatene* kunne leses opp, under henvisning til at det var tale om dokumentbevis som ikke var utarbeidet i sakens anledning. At dokumentene refererer fornærmedes forklaring om tiltalepunktene, kunne ikke lede til et annet resultat.
- (13) Når det gjaldt *politiforklaringen*, la lagmannsretten til grunn at det som gjaldt post a, ikke kunne leses opp. Derimot kunne det som knyttet seg til post b, leses opp. Forskjellen skyldtes bevisituasjonen – opplesningen ville etter lagmannsrettens syn være et avgjørende bevis for post a, men ikke for post b. Aktor la etter dette ned påstand om frifinnelse for post a.
- (14) Ved Borgarting lagmannsretts dom 15. oktober 2024 ble A frifunnet for post a, men dømt for post b. Straffen for dette, sammenholdt med post c, som han var endelig dømt for i tingretten, ble satt til betinget fengsel i 60 dager.
- (15) A har anket domfellelsen for post b til Høyesterett. Anken gjelder saksbehandlingen. Han anfører at det å tillate opplesning av politiforklaringen og journalnotatene medførte en krenkelse av hans rettigheter etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6. A har lagt ned påstand om at lagmannsrettens dom oppheves for så vidt gjelder domfellelsen for post b.
- (16) Påtalemyndigheten har tatt til motmæle og påstår at anken må forkastes.

Mitt syn på saken

Høyesteretts kompetanse

- (17) Høyesterett har full kompetanse til å overprøve lagmannsrettens saksbehandling. Det vil si at ikke bare lovtolkningen og den konkrete subsumsjonen kan prøves fullt ut, men også bevisbedømmelsen knyttet til saksbehandlingen.
- (18) Som jeg skal komme tilbake til, er forklaringens bevisverdi, sett opp mot andre bevis, et viktig vurderingstema ved spørsmål om opplesning av vitners politiforklaringer. Lagmannsretten har, blant annet som følge av den umiddelbare bevisførselen, et klart bedre grunnlag enn Høyesterett til å vurdere bevisverdien av en forklaring. Dette kan tilsi at Høyesterett utviser en viss tilbakeholdenhet med å overprøve lagmannsrettens vurdering av bevisene. Slik denne saken ligger an, kommer imidlertid ikke problemstillingen på spissen.

Rettslige utgangspunkter om opplesning av en forklaring som et vitne tidligere har avgitt i saken

- (19) Utgangspunktet i norsk prosessrett er fri bevisførsel og fri bevisvurdering. Skal bevis avskjæres, må det foreligge et rettslig grunnlag for dette, jf. for eksempel Rt-2013-323 avsnitt 20.
- (20) Under hovedforhandling i straffesak gjelder muntlighetsprinsippet og prinsippet om bevisumiddelbarhet, jf. straffeprosessloven § 278 første og andre punktum. Vitner skal derfor som hovedregel forklare seg muntlig under hovedforhandlingen, jf. straffeprosessloven § 296 første ledd første punktum.
- (21) Straffeprosessloven § 296 andre ledd og § 297 åpner adgang for opplesning av en forklaring som et vitne tidligere har gitt i anledning av saken, typisk en politiforklaring. Bestemmelsene regulerer to forskjellige situasjoner. Paragraf 296 andre ledd, som gjelder der et vitne møter under hovedforhandlingen, har slik ordlyd:
- «Ved avhøret kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, eller når det gjelder punkter som vitnet nekter å uttale seg om eller erklærer at det ikke husker. Det samme gjelder skriftlig erklæring som vitnet tidligere har gitt i anledning av saken.»
- (22) At et vitne nekter å forklare seg, kan for eksempel skyldes at vitnet er siktedes nærstående og dermed fritatt for vitneplikt, jf. § 122.
- (23) I § 297 reguleres adgangen til opplesning der et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen. Bestemmelsen lyder slik:
- «Når et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen, kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift. Opplesning kan alltid skje når tiltalte uteblir uten gyldig fravær i sak hvor forelegg er utferdiget eller som bare gjelder inndragning.
- En skriftlig erklæring som vitnet har gitt i anledning av saken, kan bare leses opp såfremt begge parter samtykker eller rettslig avhør ikke kan foretas.»
- (24) Begge bestemmelsene må leses i lys av begrensningene som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6 nr. 3 bokstav d, som lyder slik:
- «Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
- ...
- d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance at examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him. ...»
- (25) Artikkel 6 nr. 3 er en presisering av hovedregelen om rettferdig rettergang i artikkel 6 nr. 1. Bokstav d gir siktede for det første rett til *kryssseksaminering*, det vil si til å avhøre vitner som blir ført mot ham. Videre gis siktede rett til å føre *egne vitner*. Begge rettigheter kan ses som utslag av siktedes rett til *kontradiksjon*. Der påtalemyndigheten ønsker å lese opp

en forklaring som et vitne tidligere har gitt i saken, er det retten til krysseksaminering som setter skranker.

- (26) Adgangen til slik opplesning har vært behandlet i en rekke saker for Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Én av to grunnleggende dommer er EMDs storkammerdom 15. desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*. Som det er påpekt i Rt-2013-1412 avsnitt 17–22, stilte EMD her opp tre kriterier som skal vurderes: For det første om det er en god grunn for å tillate opplesning, det vil si om det er en god grunn til at vitnet ikke var til stede under rettssaken, og da særlig om alle rimelige tiltak – «all reasonable efforts» – er satt i verk for å få vitnet til å møte. For det andre om en eventuell domfellelse bare eller i avgjørende grad vil være basert på politiforklaringen – «the sole or decisive rule». Hvis det er tilfellet, må det for det tredje vurderes om det foreligger faktorer som i tilstrekkelig grad oppveier at tiltalte ikke har fått stilt spørsmål til vitnet. De tre kriteriene kalles gjerne Al-Khawaja-testen.

- (27) EMD presiserte og videreutviklet Al-Khawaja-testen i storkammerdom 15. desember 2015 *Schatschaschwili mot Tyskland*. I dommen 2. mai 2023 *Strassenmeyer mot Tyskland* avsnitt 70 oppsummerer EMD den utviklingen som Schatschaschwili-dommen medførte:

«70. Those principles [Al-Khawaja-testen] were further clarified in *Schatschaschwili* (cited above, §§ 111-31), in which the Grand Chamber confirmed that the absence of a good reason for the non-attendance of a witness could not, of itself, be conclusive of the lack of fairness of a trial, although it remained a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness, and one which might tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d). Furthermore, given that its concern was to ascertain whether the proceedings as a whole were fair, the Court should not only review the existence of sufficient counterbalancing factors in cases where the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the applicant's conviction, but also in cases where it found it unclear whether the evidence in question was the sole or decisive factor but was nevertheless satisfied that it carried significant weight and that its admission might have handicapped the defence. The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair would depend on the weight of the evidence of the absent witness. The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors would have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair.»

- (28) Schatschaschwili-dommen presiserer altså særlig to punkter i Al-Khawaja-testen: For det første angående *betydningen av at det ikke foreligger god grunn for opplesning* (trinn 1). At det ikke foreligger en god grunn, er ikke i seg selv avgjørende for om rettergangen har vært rettferdig. Men foreligger det ikke en god grunn for opplesningen, vil dette være et tungtveiende moment i den samlede vurderingen.
- (29) For det andre presiseres *betydningen av forklaringens bevisverdi* (trinn 2). Det er ikke bare der en eventuell domfellelse *bare eller i avgjørende grad* vil være basert på politiforklaringen, at det må foretas en vurdering av om det foreligger faktorer som i tilstrekkelig grad oppveier at siktede ikke har fått stille spørsmål til vitnet (trinn 3 – «the counterbalancing test»). Også der forklaringen har *betydelig vekt* («significant weight»), må det foretas en slik helhetsvurdering av om rettergangen har vært rettferdig. Hvor mye som kreves av *balanserende faktorer* («counterbalancing factors») for å veie opp for at siktede ikke har fått stille spørsmål til vitnet, er – slik det også er påpekt i HR-2024-935-U avsnitt 20 – relativt i forhold til bevisets vekt. Jo viktigere forklaringen er i det samlede bevisbildet, desto større vekt må de balanserende faktorene ha.

- (30) Som Schatschaschwili-dommen viser, er trinn 2 og 3 delvis overlappende, ved at bevisverdien av forklaringen og øvrige bevis har betydning på begge stadier.
- (31) I Schatschaschwili-dommen omtaler EMD eksempler på balanserende faktorer som i den helhetsvurderingen som skal gjøres i trinn 3, kan veie opp for manglende kryssforhør. Dette er oppsummert i Strassenmeyer-dommen avsnitt 71. Her nevnes blant annet at retten nærmer seg beviset med forsiktighet, herunder at retten er seg bevisst at beviset skal tillegges mindre vekt enn ved umiddelbar vitneførsel, og begrunner hvorfor den anser beviset pålitelig. Det er også av betydning om det foreligger videoopptak av forklaringen, som gir retten og partene mulighet til å iaktta vitnets opptreden under utspørringen, og dermed kan danne seg et selvstendig inntrykk av vitnets troverdighet. Videre kan det legges vekt på om det foreligger andre bevis som støtter vitnets forklaring, for eksempel forklaringer fra personer som vitnet rapporterte hendelsene til umiddelbart etter at de fant sted. Endelig må siktede gis anledning til å gi sin egen versjon av hendelsene og til å så tvil om troverdigheten til det fraværende vitnet. Også andre muligheter til å stille vitnet spørsmål skriftlig eller under etterforskningen har betydning.
- (32) I den helhetsvurderingen som skal foretas, vil det også være av betydning hvor stort det konkrete behovet for krysseksaminasjon er. Til illustrasjon kan nevnes Rt-2013-1412 avsnitt 24, der det blant annet ble lagt vekt på at forsvareren mente at det var behov for å stille spørsmål til fornærmede om hvorfor hun hadde trukket tilbake anmeldelsen og endret sin forklaring.
- (33) Det jeg har sagt til nå om praksis fra EMD, som Høyesterett har bygd på, har gjeldt tilfeller der vitnet *ikke er til stede* under hovedforhandlingen, altså den situasjonen som er regulert i straffeprosessloven § 297. For situasjonen der vitnet møter under hovedforhandlingen, men *nektet å forklare seg*, jf. straffeprosessloven § 296 andre ledd, ble det i norsk rett tidligere lagt til grunn at vitnets forutgående forklaring til politiet eller retten normalt kunne leses opp – også om det utgjorde det eneste eller avgjørende beviset, jf. Rt-2004-1974 avsnitt 13.
- (34) I EMDs dom 28. august 2018 *Cabral mot Nederland* ble imidlertid Al-Khawaja-testen anvendt også for et tilfelle der et vitne møtte, men nektet å forklare seg under henvisning til vernet mot selvinkriminering, jf. avsnitt 33. Og i dom 26. juli 2018 *N.K. mot Tyskland* avsnitt 56 ble testen benyttet i et tilfelle der tiltalte ektefelle var fornærmet. Fornærmede møtte, men valgte å benytte seg av retten til å forholde seg taus.
- (35) Dette betyr at det i utgangspunktet ikke lenger er samme grunn til å skille mellom tilfeller der vitnet ikke er til stede under hovedforhandlingen, og tilfeller der vitnet møter, men velger å benytte en rett til å forholde seg taus, for eksempel fordi vitnet er siktedes nærstående, jf. straffeprosessloven § 122. I begge situasjoner avhenger adgangen til opplesning av om Al-Khawaja-testen er tilfredsstillt.
- (36) Det kan likevel reises spørsmål om det at vitnet møter, kan ha betydning som moment når testen anvendes. I HR-2022-1703-A avsnitt 28 uttaler førstvoterende, etter å ha gjengitt Cabral- og N.K.-dommene:

«Dette innebærer at vitnets fremmøte har mindre betydning for adgangen til å føre politiforklaringen som bevis nå, enn hva fremmøtet synes å ha hatt etter den praksis som forelå i 2004. Jeg kan imidlertid ikke se at den relativt kasuistiske EMD-praksis som så langt foreligger, klarlegger at fremmøtet er irrelevant. Her viser jeg til at EMD

i flere avgjørelser fremhever at dersom vitnet møter, får retten mulighet til å se vitnet i vitneboksen 'and assess his demeanour in response to cross-examination', se blant annet kammerdom 17. oktober 2019 i saken *Oddone og Pecci mot San Marino* avsnitt 100 med henvisninger. Den er avsagt etter de nevnte Cabral- og N.K.-dommene.

Al-Khawaja-testen munner uansett ut i en helhetsvurdering etter EMK artikkel 6 nr. 1, med sikte på å avgjøre om rettergangen samlet sett blir rettferdig om politiforklaringen føres. De konkrete omstendighetene knyttet til vitnets fremmøte kan i den forbindelse ikke utelukkes å få betydning.»

- (37) Jeg nevner at betydningen av at retten får mulighet til å se vitnet under hovedforhandlingen og da kan vurdere hvordan vitnet reagerer på forsøk på krysseksaminering, også ble trukket fram av EMD som et relevant moment under Al-Khawaja-testen i dom 31. mars 2016 *Seton mot Storbritannia* avsnitt 62 og i avvisningsavgjørelse 3. juli 2018 *Breijer mot Nederland* avsnitt 35.
- (38) Det kan altså ikke utelukkes at det at retten får mulighet til å se vitnet under hovedforhandlingen, kan få betydning for vurderingen av om Al-Khawaja-testen er tilfredsstilt. For eksempel kan det tenkes at vitnet, selv om han eller hun ikke ønsker å svare på spørsmål knyttet til det forholdet tiltalen gjelder, likevel vil svare på andre, tilstøtende spørsmål. Det kan også tenkes at vitnet vil besvare spørsmål om hvorfor det velger å forholde seg taust om det straffbare forholdet. Som nevnt har EMD som eksempler på balanserende faktorer («counterbalancing factors») pekt på at retten gir en begrunnelse for hvorfor den anser vitnets oppleste forklaring som pålitelig, samt at tiltalte gis anledning til å så tvil om troverdigheten til vitnet. I denne forbindelsen minner jeg imidlertid om at det sentrale i troverdighetsvurderingen bør være innholdet i forklaringen, og ikke det inntrykket den som forklarer seg, ytre sett, gir i retten, jf. HR-2025-458-A avsnitt 36.
- (39) Jeg oppsummerer det jeg til nå har sagt, på følgende måte: Der et vitne ikke møter under hovedforhandlingen, eller nekter å forklare seg, kan opplesning av en forklaring som vitnet tidligere har gitt til politiet eller retten, først skje etter en vurdering av (1) om det er gode grunner til at vitnet ikke møter eller forholder seg taust, (2) om forklaringen er det eneste eller avgjørende beviset, eller om det har betydelig vekt, og (3) om det foreligger tilstrekkelige balanserende faktorer som veier opp for den manglende muligheten for krysseksaminasjon, og som gir trygghet for at rettssaken, samlet sett, er rettferdig.
- (40) Dersom det ikke foreligger en god grunn til at vitnet ikke møter eller forholder seg taust, er det ikke i seg selv avgjørende for om rettergangen har vært rettferdig. Men foreligger det ikke en god grunn, vil dette være et tungtveiende moment i den samlede vurderingen. Ved vurderingen av om rettergangen sett under ett er rettferdig, står den tidligere forklaringens bevisverdi sentralt. Jo viktigere forklaringen er, desto større vekt må de balanserende faktorene ha. At vitnet møter, slik at retten får mulighet til å se vitnet og kan vurdere hvordan vitnet reagerer på forsøk på krysseksaminering, kan etter omstendighetene få betydning som en oppveiende faktor.
- (41) Jeg tilføyer at retten som regel bør vente med å ta stilling til om Al-Khawaja-testen er tilfredsstilt til den øvrige bevisførselen, eller iallfall det vesentligste av denne, er gjennomført. Normalt vil retten først da ha tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til bevisverdien av forklaringen og eventuelt om det foreligger tilstrekkelige balanserende faktorer.

Særlig om bruk av skriftlige bevis eller andre realbevis som inneholder en gjengivelse av forklaring et vitne har gitt

- (42) Sitasjonen som det her siktes til, er at vitnet som ikke møter eller velger å forholde seg taust under hovedforhandlingen, har uttalt seg om det forholdet tiltalen gjelder uavhengig av straffesaken, for eksempel til helsevesenet. Vitnets forklaring er så blitt nedfelt skriftlig i journal eller referat, og dette dokumentet er blitt innhentet av politiet til bruk i straffesaken på grunnlag av at vitnet har gitt fritak fra taushetsplikten.
- (43) A har anført at ved bruk av de delene av dokumentet som inneholder en gjengivelse av vitnets forklaring om det forholdet tiltalen gjelder, utløses – på samme måte som ved opplesning av politiforklaringer – retten til krysseksaminasjon overfor vitnet, slik at de aktuelle delene av dokumentet ikke kan brukes som bevis uten at Al-Khawaja-testen er tilfredsstilt. Det er ikke krevd krysseksaminasjon av den som har utarbeidet dokumentet – det vil si den som har gjengitt fornærmedes forklaring. Videre er det heller ikke bestridt at de delene av dokumentene som ikke inneholder en gjengivelse av fornærmedes forklaring om forholdene tiltalen gjelder, slik som legens beskrivelser av fysiske skader, fritt kan leses opp.
- (44) I straffeprosessloven skilles det mellom to typer dokumenter – de som har blitt til og eksisterer uavhengig av straffesaken, og de som har blitt til med sikte på å tjene som bevis i straffesaken, for eksempel en politirapport om ransaking eller beslag.
- (45) Det er bare den førstnevnte kategorien som prosessuelt regnes som «skriftlige bevis». Slike dokumenter kan i utgangspunktet fritt leses opp under hovedforhandlingen, jf. straffeprosessloven § 302.
- (46) Den andre kategorien omtales i loven som «skriftlig erklæring» som et vitne «har gitt i anledning av saken». Slike dokumenter kan bare leses opp dersom vilkårene i straffeprosessloven § 296 andre ledd siste punktum (vitnet møter) eller § 297 andre ledd (vitnet møter ikke) er oppfylt. Dersom vitnet møter, behandles opplesning av en skriftlig erklæring på samme måte som opplesning av tidligere forklaringer til politiet eller retten. I tilfeller hvor vitnet ikke møter, kan en skriftlig erklæring bare leses opp dersom begge parter samtykker eller rettslig avhør ikke kan foretas.
- (47) Spørsmålet saken reiser, er om opplesning av dokumenter som er blitt til uavhengig av straffesaken, og dermed *prosessuelt* er skriftlige bevis, må undergis begrensninger i lys av siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Spørsmålet har vært belyst i noen tidligere høyesterettsavgjørelser.
- (48) Avgjørelsen i Rt-2003-219 gjaldt bruk av en legeerklæring som fornærmede hadde samtykket i at politiet innhentet under etterforskningen mot hennes samboer. Høyesterett konkluderte i avsnitt 19 med at opplysninger i erklæringen som direkte bygde på legejournalen, ikke var avgitt i anledning saken, og § 297 andre ledd var ikke til hinder for opplesning. Journalen inneholdt blant annet opplysninger om hva fornærmede hadde forklart til legen.
- (49) Høyesterett vurderte så forholdet til EMK. I avsnitt 21 uttaler førstvoterende:

«I forhold til EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d – kravet til rettferdig rettergang og tiltaltes rett til å avhøre aktoratets vitner – er det naturlig å se legens journal fra undersøkelsen av fornærmede som et skriftlig bevis, som ikke er blitt til i anledning saken. Jeg vil derfor anta at selve journalen må kunne fremlegges i sin helhet for retten, også med annenhånds opplysninger om hva fornærmede har forklart til legen, uten at det berører tiltaltes rett til krysseksaminasjon av vitner, jf. artikkel 6 nr. 3 bokstav d. På samme måte vil journalopplysninger som tas inn i en legeerklæring til bruk i senere straffesak, som situasjonen er her, neppe reise problemer i forhold til artikkel 6. Jeg viser til hva jeg har uttalt om det tilsvarende spørsmål i tilknytning til straffeprosesslovens § 297 annet ledd.»

- (50) Uttalelsen om at et skriftlig bevis kan legges fram uten at det berører tiltaltes rett til krysseksaminasjon av vitner, synes til en viss grad å være nyansert i HR-2020-2137-A. Den avgjørelsen gjaldt blant annet spørsmål om retten til krysseksaminasjon hindret at chat-logger som tiltalte hadde deltatt i, og som eksisterte før etterforskningen startet, ble framlagt som bevis, uten at den som tiltalte hadde hatt kontakt med, ble innkalt som vitne. Høyesterett holdt det her åpent om bruk av et skriftlig bevis utløser retten til krysseksaminasjon, men viser til at det i så fall bare vil være aktuelt dersom innholdet i det skriftlige beviset er omstridt, noe det ikke var i den aktuelle saken, jf. avsnitt 55.
- (51) Når det gjelder avgjørelser fra EMD, nevner jeg først dom 4. mai 2017 i *Chap Ltd mot Armenia*, som gjaldt en sak om tilleggsskatt for et TV-selskap, der det hadde blitt lagt fram en rapport fra skattemyndighetene. I rapporten ble det blant annet vist til dokumenter oversendt fra lederen for den nasjonale kringkastingskommisjonen, samt uttalelser fra flere andre personer. Foretaket ble nektet å føre disse personene som vitner. Etter å ha pekt på at vitnebegrepet i artikkel 6 nr. 3 bokstav d er autonomt, og omfatter enhver forklaring som i vesentlig grad («to a material degree») kan tjene som bevis for en domfellelse, se avsnitt 47, uttalte EMD at alle personene måtte regnes som vitner mot foretaket i konvensjonens forstand, se avsnitt 48–49. EMD mente at det at foretaket ble nektet å eksaminere disse vitnene, krenket foretakets rett etter artikkel 6 nr. 3 bokstav d, siden dokumentene og uttalelsene som var omtalt i rapporten, var «decisive» for fastsettelsen av tilleggsskatten overfor foretaket, og det ikke var noen balanserende faktorer som kunne kompensere for manglende eksaminasjon, se avsnitt 50–51.
- (52) Seton-dommen, som jeg tidligere har nevnt, gjaldt spørsmål om bruk av et lydopptak utløste retten til krysseksaminasjon. En drapstiltalt person hadde anklaget en tredjeperson, Pearman, for å ha utført drapet. Pearman – som sonet fengselsstraff for et annet lovbrudd – nektet å forklare seg, men hadde i telefonsamtaler benektet at han hadde noe med drapet å gjøre. Fengselets opptak av telefonsamtalene ble tillatt ført som bevis. EMD mente at Pearman måtte anses som et vitne mot tiltalte, siden hans uttalelse i opptaket ble benyttet av påtalemyndigheten til å imøtegå tiltaltes eneste argument for frifinnelse. Derfor ble retten til krysseksaminasjon utløst, og EMD anvendte Al-Khawaja-testen for å vurdere om det at lydopptaket var blitt spilt av uten at tiltalte kunne stille spørsmål til Pearman, krenket tiltaltes rett etter artikkel 6 nr. 3 bokstav d.
- (53) Disse avgjørelsene viser at EMD har åpnet for at retten til krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d kan gjelde også ved bruk av skriftlige bevis og andre typer realbevis, slik som lydopptak. Dersom et realbevis reelt sett inneholder en vitneforklaring, kan påtalemyndighetens bruk av beviset altså utløse retten til krysseksaminasjon overfor den som har gitt forklaringen.

- (54) Problemstillingen i vår sak gjelder imidlertid den særlige situasjonen at en forklaring i et skriftlig bevis gjengir forklaringen fra en *tredjeperson som andrehåndsupplysninger*. Eksempelvis kan dette være ved at en lege i journal eller erklæring, i tillegg til å komme med egne observasjoner om for eksempel skader, gjengir hva fornærmede har forklart om det straffbare forholdet. Etter hva jeg kan se, er det ikke holdepunkter i EMDs praksis for at bruk av skriftlige bevis eller andre realbevis der forklaringen fra et vitne som ikke har forklart seg under hovedforhandlingen, er gjengitt som *andrehåndsupplysninger*, utløser en rett for siktede til å eksaminere dette vitnet.
- (55) Hvis det var tilfellet, ville det etter min mening innebære at enhver forklaring som gjengir en tredjepersons forklaring («hearsay» i snever forstand), ville utløse en rett til krysseksaminasjon av tredjepersonen. Dette er det klart ikke grunnlag for i EMDs praksis. Snarere tvert imot – som nevnt har EMD understreket at dersom et vitne ikke møter, kan forklaringer fra personer som vitnet rapporterte hendelsene til umiddelbart etter de fant sted, bidra til å *veie opp for* manglende krysseksaminering av vitnet, jf. Strassenmeyer-dommen avsnitt 71, punkt iii.
- (56) Jeg vil likevel ikke utelukke at det kan tenkes tilfeller der det stiller seg annerledes, for eksempel der andrehåndsupplysninger som gjengis i et realbevis, er framskaffet som ledd i myndighetenes informasjonsinnhenting for å avdekke lovbrudd. Saken her gir imidlertid ikke grunnlag for å gå nærmere inn på dette.
- (57) I den foreliggende saken er det som nevnt ikke krevd krysseksaminering av den som i de skriftlige bevisene gjengir fornærmedes forklaring. Partenes argumentasjon for Høyesterett har heller ikke på mer generelt grunnlag hatt fokus på denne problemstillingen.
- (58) Saken gir derfor ikke grunn til å si noe nærmere om når retten til krysseksaminasjon eventuelt utløses overfor den som i et realbevis gjengir en tredjepersons forklaring som andrehåndsupplysninger, utover at et minstekrav i tilfelle må være at innholdet er bestridt, jf. HR-2020-2137-A avsnitt 55. Jeg ser imidlertid ikke bort fra at det etter omstendighetene kan være et reelt behov for å spørre den som har gjengitt en tredjepersons forklaring, om hvordan forklaringens pålitelighet ble oppfattet og de nærmere omstendighetene rundt forklaringen. Jeg minner her om bestemmelsen i straffeprosessloven § 294 om rettens ansvar for å «våke over at saken blir fullstendig opplyst», som kan medføre en plikt for retten til å innkalle vitnet. Vurderingen etter EMK vil også i denne situasjonen være om rettergangen samlet sett er rettferdig, jf. artikkel 6 nr. 1.
- (59) Jeg konkluderer etter dette med at dersom skriftlige bevis eller andre realbevis reelt sett inneholder en vitneforklaring, kan påtalemyndighetens bruk av beviset utløse retten til krysseksaminasjon overfor den som har gitt forklaringen. Men der den som har gitt forklaringen, også gjengir forklaringen fra en tredjeperson som ikke har forklart seg under hovedforhandlingen som *andrehåndsupplysninger*, utløses normalt ingen rett til å krysseksaminere *tredjepersonen*. Har for eksempel en lege i journalen gjengitt forklaringen til et vitne som ikke har forklart seg for retten, vil en eventuell rett til krysseksaminasjon ved bruk av journalen som bevis gjelde legen, ikke vitnet.

Den konkrete vurderingen

Var det en saksbehandlingsfeil at journalnotatetene ble tillatt ført som bevis?

- (60) Som nevnt kom lagmannsretten til at selv om fornærmede benyttet seg av sin rett til å nekte å avgi forklaring, jf. straffeprosessloven § 122, kunne journalnotater fra legevakten, helseetaten i Oslo kommune og Oslo krisesenter legges fram i sin helhet, også de delene som gjenga hva fornærmede hadde forklart om forholdene i tiltalen. Lagmannsretten viste til at det ikke var tale om dokumenter utarbeidet i sakens anledning. Det ble lagt til grunn at det ikke er grunnlag for en analogisk anvendelse av Al-Khawaja-testen for dokumentbevis som ikke er utarbeidet i sakens anledning, og som refererer fornærmedes forklaring om tiltalepunktene.
- (61) I lagmannsrettens kjennelse om ikke å avskjære journalene som bevis heter det blant annet:
- «For lagmannsrettens vurdering er det et sentralt moment at forklaringen fornærmede har gitt til legen, sosionomen og til krisesenteret, fyller andre formål enn en politiforklaring. Slik lagmannsretten vurderer det, vil det kunne føre til vanskelige avgrensninger dersom slike bevis skal avskjæres på grunn av manglende kontradiksjon. Hvordan beviset er kommet i stand, og muligheten for siktede til å ettergå beviset, føre motbevis og stille spørsmål til vitnet, vil derimot ha betydning for bevisets vekt.»
- (62) Lagmannsretten viste til at siden tiltalte ble gitt anledning til å kommentere bevisene og føre motbevis for retten, var rettergangen forsvarlig.
- (63) Ut fra det jeg har sagt om når retten til krysseksaminasjon utløses i tilfeller der et realbevis gjengir forklaringen til et vitne som ikke forklarer seg under hovedforhandlingen, er lagmannsrettens rettsanvendelse riktig. Som lagmannsretten påpeker, fyller forklaringen som fornærmede har gitt til legen, sosionomen og til krisesenteret, andre formål enn en politiforklaring.
- (64) Selv om fornærmedes forklaring om forholdene i tiltalen ble gjengitt i journalene, utløser ikke bruk av journalene en rett til å krysseksaminere fornærmede. En eventuell rett til krysseksaminasjon måtte i dette tilfellet gjelde de personene som har utarbeidet journalene og som har gjengitt fornærmedes forklaring. Som nevnt har dette ikke blitt krevd fra A' side, og jeg kan heller ikke se at det er noe i saken som tilsier at retten hadde en selvstendig plikt til å innkalle vitnene, jf. straffeprosessloven § 294. Dermed var det ingen saksbehandlingsfeil at lagmannsretten tillot bruk av journalene som bevis.

Var det en saksbehandlingsfeil at fornærmedes politiforklaring ble lest opp?

- (65) Ved vurderingen av om fornærmedes politiforklaring skulle leses opp, tok lagmannsretten korrekt utgangspunkt i at Al-Khawaja-testen gjelder også for tilfeller der vitnet møter, men nekter å forklare seg.
- (66) Under trinn 1 la lagmannsretten til grunn at det at fornærmede benyttet seg av sin rett etter straffeprosessloven § 122 til å nekte å forklare seg, utgjør en god grunn for opplesning. Det er ikke tvilsomt, og heller ikke bestridt, at dette er riktig, jf. for eksempel N.K.-dommen avsnitt 57.

- (67) I tilknytning til trinn 2 om forklaringens bevisverdi mente som nevnt lagmannsretten at det måtte skilles mellom post a og b i tiltalen. For post a, der det ikke ble tillatt opplesning, mente lagmannsretten at politiforklaringen ville være et avgjørende bevis. Om forklaringens betydning for post b, der opplesning ble tillatt, heter det i lagmannsrettens kjennelse om bevisavskjæring:

«For tiltalens post b er situasjonen en annen. Her foreligger det flere bevis som kan danne grunnlag for en domfellelse. Det foreligger journaler fra skadelegevakten og helseetaten, og nedtegnelser fra krisesenteret, som alle underbygger at fornærmede ble utsatt for den voldshendelsen som står beskrevet i tiltalens post b. Beskrivelsen fornærmede ga overfor helsepersonell, samsvarer med legens beskrivelser av funnene.

Lagmannsretten viser også til bevisførselen som har vært rundt forholdet i tiltalens post c, og som siktede er endelig dømt for. Lagmannsretten har fått beskrevet hendelsen av vitner, og sett deler av hendelsen på video fra overvåkingskamera. Lagmannsretten mener at siktedes opptreden under denne hendelsen, samlet sett viser et modus som underbygger hendelsen 5. november 2021. Karakteren av voldsutøvelsen er svært lik, og hendelsene ligger nært i tid. Lagmannsretten har også fått beskrevet at det var et turbulent forhold mellom de to, med gjentakende vold.

Etter dette mener lagmannsretten at fornærmedes politiforklaring ikke vil være et avgjørende bevis for en eventuell domfellelse etter tiltalens post b.»

- (68) Jeg finner ikke grunn til å sette til side lagmannsrettens konklusjon om at fornærmedes politiforklaring ikke var et avgjørende bevis i relasjon til tiltalen post b.
- (69) Her nevner jeg særskilt at lagmannsretten ikke kan kritiseres for å ha lagt vekt på at det fantes andre bevis i form av gjengivelsen av fornærmedes forklaring i journalene. Jeg minner igjen om at EMD har godtatt at forklaringer fra personer som vitnet rapporterte hendelsene til umiddelbart etter de fant sted, er relevante støttebevis, jf. Strassenmeyer-dommen avsnitt 71, punkt iii.
- (70) Selv om fornærmedes politiforklaring ikke var et avgjørende bevis, mener jeg det ikke er tvilsomt at forklaringen må anses å ha betydelig («significant») vekt, jf. Strassenmeyer-dommen avsnitt 70. Lagmannsretten synes ikke å ha tatt stilling til om politiforklaringen hadde betydelig vekt. Dette har imidlertid ikke hatt noen betydning, siden lagmannsretten uansett har foretatt en trinn 3-vurdering av om det foreligger tilstrekkelige balanserende faktorer.
- (71) Når det så gjelder trinn 3 – om rettssaken samlet sett var rettferdig til tross for manglende mulighet for krysseksaminasjon av fornærmede – bemerker jeg følgende: I kjennelsen om bevisavskjæring la lagmannsretten vekt på at tiltalte ble gitt anledning til å imøtegå fornærmedes forklaring ved selv å avgi forklaring for lagmannsretten, noe han avsto fra, og til å kommentere fornærmedes politiforklaring etter opplesning. Dette er relevante momenter, jf. Strassenmeyer-dommen avsnitt 71, punkt vi.
- (72) I dommen har lagmannsretten under skyldspørsmålet for post b lagt avgjørende vekt på andre bevis, særlig journalnotatene fra skadelegevakten, helseetaten og krisesenteret, jf. Strassenmeyer-dommen avsnitt 71, punkt iii.

- (73) Videre har lagmannsretten utvist varsomhet ved vurderingen av politiforklaringens bevisverdi, dels ved å være «særlig forsiktig» med å tillegge forklaringen vekt, og dels ved å begrunne hvorfor forklaringen er pålitelig, jf. Strassenmeyer-dommen avsnitt 71, punkt i.
- (74) I saken her mener jeg det også må få en viss betydning at fornærmede møtte under hovedforhandlingen. Det framgår av tingrettens dom at fornærmede svarte på noen spørsmål, blant annet om hvorfor hun trakk politiforklaringen. Dette kunne retten ta i betraktning ved vurderingen av om politiforklaringen var pålitelig. Jeg nevner også at forsvareren etter det opplyste ikke ba om å få stille andre spørsmål til fornærmede.
- (75) Endelig nevner jeg at fornærmedes politiforklaring ble sikret ved lydopptak. Som nevnt er tilgjengeligheten av videoopptak av politiforklaringen et relevant moment, jf. Strassenmeyer-dommen avsnitt 71, punkt ii. Selv om lydopptak ikke gir et like godt grunnlag som et videoopptak til å gjøre en selvstendig vurdering av vitnets troverdighet, vil det likevel gi «et helt annerledes levende og autentisk bilde av det som er foregått» enn en skriftlig gjengivelse, jf. Straffeprosesslovkomiteens innstilling, NUT 1969: 3, side 306. Forsvareren ba imidlertid ikke om at avspilling av lydopptaket skulle tre istedenfor opplesning, jf. straffeprosessloven § 300.
- (76) I lys av disse momentene mener jeg at det forelå tilstrekkelige balanserende faktorer som veier opp for den manglende muligheten for krysseksaminasjon av fornærmede. Jeg er derfor ikke i tvil om at rettssaken samlet sett var rettferdig, til tross for at fornærmedes politiforklaring ble lest opp uten at tiltalte hadde mulighet for krysseksaminasjon.

Konklusjon

- (77) Jeg har etter dette kommet til at lagmannsretten ikke har begått noen saksbehandlingsfeil, og anken skal derfor forkastes.
- (78) Jeg stemmer for slik

D O M :

Anken forkastes.

- | | | |
|------|---------------------------|--|
| (79) | Dommer Hellerslia: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (80) | Dommer Bergh: | Likeså. |
| (81) | Dommer Thyness: | Likeså. |
| (82) | Dommer Falkanger: | Likeså. |

(83) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.