

## Borgarting lagmannsrett - LB-2012-75053

|            |  |
|------------|--|
| Instans    | Borgarting lagmannsrett - kjennelse  |
| Dato       | 2012-05-08   |
| Publisert  | LB-2012-75053  |
| Stikkord   | 22. juli-saken. Fornærmedes rett til å overhøre andre fornærmedes forklaringer før man selv har forklart seg.  |
| Sammendrag | Saken gjelder spørsmålet om de fornærmede fra Utøya i den såkalte 22. juli-saken skal tillates å overhøre forklaringene til andre fornærmede fra Utøya før de selv forklarer seg under hovedforhandlingen, jf straffeprosessloven § 289a. (Sammendrag hentet fra innledning) |
| Saksgang   | Oslo tingrett TOSLO-2011-188627-6 - Borgarting lagmannsrett LB-2012-75053.   |
| Parter     | A (advokat John Christian Elden), fornærmede i straffesak mot B (advokat Frode Elgesem).   |
| Forfatter  | Lagdommer Tone Aasgaard. Lagdommer Anne M. Samuelson. Lagdommer Per Racin Fosmark.   |

---

Saken gjelder spørsmålet om de fornærmede fra Utøya i den såkalte 22. julisaken skal tillates å overhøre forklaringene til andre fornærmede fra Utøya før de selv forklarer seg under hovedforhandlingen, jf straffeprosessloven § 289a.

Oslo tingrett besluttet 11. april 2012 (TOSLO-2011-188627-6) at «de fornærmede fra Utøya forklarer seg uten først å ha overhørt andre fornærmedes forklaringer».

Bistandsadvokat Elden har på vegne av fornærmede A og koordinerende bistandsadvokat Elgesem på vegne av en rekke andre ikke navngitte fornærmede påanket beslutningen til Borgarting lagmannsrett.

Lagmannsretten avsa 26. april 2012 (LB-2012-63457) kjennelse med slik slutning:

1. Ankene over tingrettens generelle lovtolkning og saksbehandlingen forkastes.
2. For øvrig avvises ankene.

Advokatene Elgesem og Elden påanket kjennelsen til Høyesteretts ankeutvalg. Ankeutvalget avsa 4. mai 2012 kjennelse (HR-2012-952-U) med slik slutning:

Lagmannsrettens kjennelse oppheves.

Advokat Elgesem har 5. mai 2012 inngitt ytterligere bemerkninger, som advokat Elden har sluttet seg til. Etter deres syn bør tingrettens beslutning oppheves, slik at tingretten for hver av de fornærmede tar standpunkt til spørsmålet om rett til tilstedeværelse. Forsvarerne og påtalemyndigheten har opplyst at de ikke har ytterligere å tilføye.

### **Lagmannsretten** bemerker:

Etter Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse legger også denne lagmannsrett til grunn at straffeprosessloven § 289a gir hjemmel for å nekte de fornærmede fra Utøya å overhøre andre fornærmedes forklaringer før de selv har forklart seg, også når tiltalte har forklart seg først. Videre legger lagmannsretten til grunn at den har full

kompetanse ved prøving av spørsmålet om fornærmedes rett til tilstedeværelse under andres fornærmedes forklaringer.

Straffeprosesslovens utgangspunkt er nå at fornærmede har anledning til å følge hovedforhandlingen i sin helhet, jf Ot.prp.nr.11 (2007-2008) side 72. Men paragraf § 289a andre ledd andre punktum lyder slik:

Fornærmede bør ikke høre på andre fornærmedes forklaringer før de selv forklarer seg.

Utgangspunktet er altså det motsatte når det gjelder fornærmedes adgang til å overhøre andre fornærmedes forklaringer før vedkommende selv har forklart seg. Formuleringen «bør» må imidlertid forstås slik at loven åpner for å gjøre unntak. Tingretten har bygget på det, og ankeutvalgets kjennelse må forstås på samme måte. Etter det lagmannsretten kan se gir lovforarbeidene liten konkret veiledning for spørsmålet om når fornærmede skal gis anledning til å overhøre andre fornærmedes forklaringer før han eller hun selv forklarer seg. I likhet med tingretten legger lagmannsretten til grunn at hensynet til sakens opplysning står sentralt ved den vurdering som må foretas, herunder at de fornærmede ikke skal påvirke hverandres forklaringer. Fornærmedes interesse av å høre andre fornærmedes forklaringer må veies opp mot hensynet til tiltaltes rettssikkerhet.

Fra tingrettens begrunnelse gjengis:

Retten har forståelse for at de fornærmede fra Utøya ønsker å overhøre hverandres forklaringer, og viser til bistandsadvokatens anførsler om at det for mange vil være viktig å få høre hva deres venner ble utsatt for og hvordan de opplevde 22. juli 2011.

Retten mener likevel at hovedregelen i straffeprosessloven § 289a annet ledd annet ledd ikke bør fravikes. Sakens alvor sammenholdt med hensynet til sakens opplysning taler for at de fornærmede fra Utøya forklarer seg uten først å ha overhørt andre fornærmedes forklaringer.

Selv om tiltalte erkjenner de faktiske forhold, vil spørsmålet om hans tilregnelighet på gjerningstidspunktet stå sentralt under hovedforhandlingen. Det foreligger to sakkyndige rapporter med motsatt konklusjon, og retten legger til grunn at også forklaringene fra de fornærmede på Utøya vil bidra til å kaste lys over tilregnelighetsspørsmålet. Det vises i denne forbindelse til epost 20. februar 2012 fra den sakkyndige Synne Sørheim hvor hun som svar på rettens spørsmål om omfanget av de sakkyndiges tilstedeværelse under hovedforhandlingen, blant annet skriver at «vitneavhør der det er gjort personlige observasjoner/har vært kommunikasjon med observanden anses av de sakkyndige å belyse de sakkyndiges mandat ytterligere».

Retten mener faren for å bli påvirket av andre fornærmedes forklaringer, kanskje særlig på det ubevisste plan, er til stede. Andres forklaringer vil kunne fylle ut svikt i egen hukommelse eller supplere egne opplevelser, eventuelt gi dem en annen valør. Slike nyanser vil det kunne være vanskelig å rette opp gjennom opplesning av de fornærmedes politiforklaring. Bevisverdien av de fornærmedes forklaringer vil følgelig kunne svekkes dersom de har overhørt forklaringene fra de andre fornærmede når de selv avgir sin forklaring.

Når det gjelder anførselen om at de fornærmede allerede har rett til innsyn i hverandres politiforklaringer, er det uklart for retten i hvilken grad de fornærmede på Utøya har satt seg inn i hverandres politiforklaringer. Retten tar ikke standpunkt til innsynsrettens rekkevidde, men legger til grunn at en rett til å overhøre hverandres forklaringer under hovedforhandlingen uansett vil kunne svekke verdien av egen forklaring slik som beskrevet over.

Lagmannsretten slutter seg til de hensyn tingretten har lagt vekt på. Tingretten trakk på den bakgrunn en felles konklusjon for samtlige fornærmede.

Høyesteretts ankeutvalg pekte i sin kjennelse på at spørsmålet om tilstedeværelse i retten i utgangspunktet må vurderes individuelt for den enkelte fornærmede. Men dersom alle de fornærmede eller grupper av dem er i samme situasjon, slik at vurderingen etter § 389a (skal vel være § 289a, Lovdatas anm.) blir den samme, må det kunne gis en felles begrunnelse.

Lagmannsretten har meget begrenset grunnlag for å vurdere om lovens utgangspunkt bør fravikes for enkelte fornærmede eller grupper av dem. Tingretten framhevet at selv om tiltalte har erkjent de faktiske forhold, vil spørsmålet om hans tilregnelighet stå sentralt under hovedforhandlingen. Lagmannsretten deler synet på at fornærmedes forklaringer om personlige observasjoner av og/eller kommunikasjon med tiltalte vil kunne få betydning ved bedømmelsen av tilregnelighetsspørsmålet. Lagmannsretten er enig i at i alle fall fornærmede som skal forklare seg om forhold som kan få betydning ved tilregnelighetsvurderingen, ikke bør få høre andre

fomærmedes forklaring på forhånd, jf at hensynet til sakens opplysning og tiltaltes rettssikkerhet her må veie tyngst. Situasjonen kan stille seg annerledes for fornærmede som ikke har gjort slike observasjoner. Men lagmannsretten utelukker ikke at andre konkrete omstendigheter kan tilsi at heller ikke (alle) disse bør få høre andre fomærmedes forklaringer før de selv forklarer seg, for eksempel at det på viktige punkter er motstrid mellom det tiltalte har forklart og fomærmedes politiforklaring eller innbyrdes mellom de fomærmedes politiforklaringer.

Tingretten har ikke foretatt noen individuell vurdering av de fornærmede. Det er en saksbehandlingsfeil som det antas at kan ha innvirket på tingrettens beslutning, jf straffeprosessloven § 385 andre ledd jf § 343 første ledd. Selv om lagmannsretten er enig i at i alle fall fornærmede som skal forklare seg om forhold som kan få betydning ved tilregnelighetsvurderingen, ikke bør få overvære andre fomærmedes forklaring før de selv har forklart seg, har den verken for denne gruppen eller for øvrige fornærmede tilstrekkelig grunnlag for å treffe realitetsavgjørelse, jf straffeprosessloven § 385 siste ledd. Etter lagmannsrettens syn er tingretten nærmest til å ta standpunkt til om det for enkelte fornærmede, eller grupper av dem, er grunnlag for å gjøre unntak fra lovens hovedregel. Dette må gjøres på bakgrunn av innspill fra forsvarerne og påtalemyndigheten, som kjenner de fomærmedes politiforklaringer, og deretter kommentarer fra bistandsadvokatene. I lys av lovens utgangspunkt deler imidlertid ikke lagmannsretten bistandsadvokatenes syn om at «det må foreligge konkrete og sterke grunner for å forby tilstedeværelse for den enkelte fornærmede», jf advokat Elgesems prosesskriv 5. mai 2012. Lagmannsretten kan heller ikke uten videre se at det kan trekkes noen parallell fra beslutningen om at fornærmede fra regjeringskvartalet fikk anledning til å overvære hverandres forklaringer.

På denne bakgrunn finner lagmannsretten det etter omstendighetene mest hensiktsmessig å oppheve tingrettens beslutning i sin helhet.

Kjennelsen er enstemmig.

### *Slutning*

*Tingrettens beslutning oppheves.*