

## Norges Høyesteretts ankeutvalg - HR-2012-952-U - Rt-2012-719

Instans	Norges Høyesteretts ankeutvalg - Kjennelse.
Dato	2012-05-04
Publisert	HR-2012-952-U - Rt-2012-719
Stikkord	22. juli-saken. Straffeprosess. Fornærmedes rett til å overhøre andres forklaringer. Lagmannsrettens kompetanse.
Sammendrag	Fornærmede fra Utøya anket over tingrettens beslutning om at de ikke kunne få overhøre andre fornærmedes vitneforklaringer før de selv har forklart seg under hovedforhandlingen, jf. strpl. § 289a. Ankeutvalget fant i motsetning til lagmannsretten at beslutningen ikke var «uangripelig etter sin art», jf. strpl. § 377, slik at lagmannsrettens hadde full kompetanse til å prøve den. Strpl. § 289a fikk anvendelse uansett om de fornærmede forklarte seg før eller etter tiltalte. Strpl. § 93c kunne heller ikke føre til noe annet resultat.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2011-188627-6 - Borgarting lagmannsrett LB-2012-63457 - Høyesterett HR-2012-952-U, (sak nr. 2012/820), straffesak, anke over kjennelse.
Parter	I: A (advokat John Christian Elden) mot Den offentlige påtalemyndighet. II: Fornærmede i straffesak (advokat Frode Elgesem) mot Den offentlige påtalemyndighet.
Forfatter	Skoghøy, Øie og Webster.

- 
- (1) Saken gjelder beslutning om ikke å tillate at de fornærmede fra Utøya i den såkalte 22. juli-saken får overhøre andre fornærmedes vitneforklaringer før de selv har forklart seg under hovedforhandlingen, jf. straffeprosessloven § 289a.
  - (2) En av bistandsadvokatene for de fornærmede reiste overfor Oslo tingrett spørsmål om det var innvendinger mot at de fornærmede fra Utøya fikk anledning til å overhøre hverandres vitneforklaringer.
  - (3) Ved brev 11. april 2012 avsa Oslo tingrett beslutning (TOSLO-2011-188627-6) om at «de fornærmede fra Utøya forklarer seg uten først å ha overhørt andre fornærmedes forklaringer».
  - (4) Beslutningen ble anket av koordinerende bistandsadvokat Frode Elgesem. I tillegg anket advokat John Christian Elden beslutningen på vegne av blant andre A. Borgarting lagmannsretts avsa 26. april 2012 kjennelse med slik slutning:
    - «1. Ankene over tingrettens generelle lovtolkning og saksbehandling forkastes.
    2. For øvrig avvises ankene.»
  - (5) Lagmannsretten kom til at tingrettens beslutning er «uangripelig etter sin art», jf. straffeprosessloven § 377, slik at lagmannsrettens kompetanse var begrenset til å prøve tingrettens generelle lovtolkning og om det var begått grovere saksbehandlingsfeil.
  - (6) Advokat Frode Elgesem har inngitt anke på vegne av *de fornærmede som representeres av de koordinerende bistandsadvokatene*. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning. I korte trekk anføres at lagmannsretten uriktig har lagt til grunn at tingrettens avgjørelse er uangripelig etter sin art, jf. straffeprosessloven § 377. Lagmannsretten har videre uriktig lagt til grunn at straffeprosessloven § 289a kommer til anvendelse. Bestemmelsen er

forbeholdt den situasjonen der det er flere fornærmede som skal forklare seg før tiltalte. Under enhver omstendighet har lagmannsretten uriktig lagt til grunn at spørsmålet om tilstedeværelse kan avgjøres samlet for alle de fornærmede på Utøya. Lagmannsretten skulle ha vurdert spørsmålet konkret i relasjon til den enkelte fornærmede, og avgjørelsen skulle ha vært begrenset til de fornærmede som kan gi forklaring av særlig betydning for tilregnelighetsspørsmålet.

- (7) Det er nedlagt slik påstand:  
«Lagmannsrettens kjennelse oppheves.»
- (8) Advokat Elden har inngitt anke på vegne av *AUFs generalsekretær A*. I korte trekk anføres at lagmannsretten har tolket rettens kompetansebegrensning feil. Det er anført at når de fornærmedes rett til en rettfærdig rettergang er beskyttet av EMK, tilsier en avveining i den fornærmedes disfavør at avgjørelsen bør underkastes full prøving ved anke, jf. EMK artikkel 6 nr. 1 og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol.
- (9) Det er videre en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke har undergitt anken fra A en individuell prøving.
- (10) Advokat Elden har for øvrig sluttet seg til anførselene fra advokat Elgesem, uten å nedlegge noen konkret påstand.
- (11) *Tiltalte* har inngitt bemerkninger til ankene og anført at lagmannsrettens kjennelse er korrekt.
- (12) Det er nedlagt slik påstand:  
«Ankene forkastes.»
- (13) *Påtalemyndigheten* er kjent med ankene, men har ikke kommet med bemerkninger.
- (14) **Høyesteretts ankeutvalg** bemerker at anken gjelder en videre anke hvor utvalgets kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning, jf. straffeprosessloven § 388. Så langt det er spørsmål om å anvende Den europeiske menneskerettskonvensjon - EMK - har utvalget imidlertid kompetanse til også å prøve den konkrete subsumsjonen, jf. for eksempel Rt-2012-12 avsnitt 13.
- (15) Utvalget ser først på spørsmålet om lagmannsrettens kompetanse.
- (16) Straffeprosessloven § 377 fastsetter at det ikke er adgang til å anke over kjennelser og beslutninger som «etter sin art» er uangripelige. Slike avgjørelser kan bare ankes på det grunnlag av at «de hviler på en uriktig lovtolkning og også på grunnlag av i hvert fall grovere saksbehandlingsfeil», jf. Rt-1997-1193.
- (17) Paragraf 377 tar særlig sikte på avgjørelser som er så skjønnsmessige eller situasjonsbestemte at en adgang til overprøving ville være uhensiktsmessig, jf. Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess, 4. utgave ved Tor-Geir Myhrer side 559. Som det fremheves på side 560, er imidlertid den store hovedregel at skjønnsmessige avgjørelser kan overprøves. Det gjelder også når ankedomstolen ikke fullt ut har det samme grunnlaget for sin avgjørelse som underinstansen. Men forskjellen i avgjørelsesgrunnlag kan tilsi forsiktighet med å sette underinstansens avgjørelse til side.
- (18) Høyesteretts ankeutvalg har tidligere - uten nærmere drøftelse - lagt til grunn at utvalget har full kompetanse der lagmannsretten har tatt stilling til spørsmålet om et vitne kan være til stede under hovedforhandlingen i en straffesak før vedkommende selv har avgitt forklaring, jf. straffeprosessloven § 129, se Rt-2011-440 avsnitt 9. Etter utvalgets syn må det samme gjelde ved spørsmålet om å tillate at fornærmede får overhøre andre fornærmedes vitneforklaringer før de selv har forklart seg under hovedforhandlingen, jf. § 289a. Selv om det er tale om en skjønnsmessig avgjørelse, er den verken så skjønnsmessig eller situasjonsbestemt at overprøving er uhensiktsmessig.
- (19) Lagmannsretten har i sin begrunnelse vist til Rt-1998-76, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg la til grunn at en prosessledende avgjørelse om rekkefølgen i bevisføringen som hovedregel er unntatt fra overprøving. Som begrunnelse viste kjæremålsutvalget til at det ved avgjørelsen vil være et sentralt spørsmål:  
«hva dommeren finner hensiktsmessig for fremdriften av saken, og avgjørelsen er av så skjønnsmessig karakter at den som hovedregel må være 'etter sin art' uangripelig, jf. straffeprosessloven § 377. Det vesentlige er at retten ved sine avgjørelser må ta hensyn til at saken blir tilstrekkelig opplyst. Videre understrekes at en tiltalt ved dette standpunktet ikke fratras noen rettsikkerhetsgarantier idet det kan gjøres gjeldende som ankegrunn mot dommen at saken som følge av dommerens avgjørelser ikke har blitt

tilstrekkelig opplyst.»

- (20) Spørsmålet i den foreliggende sak beror ikke på en hensiktsmessighetsvurdering. I tillegg kommer at det gjelder rettigheter og plikter for en rekke fornærmede, og at de fornærmede ikke er i en slik posisjon at de kan bruke en mulig feil som ankegrunn mot dommen.
- (21) Utvalget konkluderer etter dette med at lagmannsretten hadde full kompetanse. Lagmannsrettens uriktige oppfatning om sin kompetanse kan ha virket inn på resultatet i saken, jf. straffeprosessloven § 385 tredje ledd, jf. § 343 første ledd. Kjennelsen må derfor oppheves.
- (22) Utvalget går nå over til spørsmålet om straffeprosessloven § 289a gir hjemmel til å nekte de fornærmede fra Utøya å følge hverandres forklaringer.
- (23) Lagmannsretten har ved tolkningen av straffeprosessloven § 289a gitt sin tilslutning til tingrettens lovtolkning, hvor det uttales:
- «Retten er ikke enig med de koordinerende bistandsadvokatene i at straffeprosessloven § 289a annet ledd annet punktum om at de fornærmede ikke bør overhøre hverandres forklaringer før de selv forklarer seg, er forbeholdt de tilfelle der tiltalte forklarer seg etter de fornærmede. Hensynet til sakens opplysning, som begrunner bestemmelsen, gjør seg gjeldende på samme måte i begge situasjoner, jf. den generelle begrunnelsen i NOU 2006:10 s. 241. Hvorvidt tiltalte skal forklare seg før eller etter de fornærmede er et annet spørsmål, som sakens parter i stor grad har herredømme over, jf. Ot.prp.nr.11 (2007-2008) s. 72.»
- (24) Lagmannsretten tilføyer:
- «For lagmannsretten er det sentrale at hensynet bak hovedregelen om at de fornærmede ikke skal påvirke hverandres forklaringer må gjelde uansett om tiltalte forklarer seg før eller etter de fornærmede.»
- (25) Dette er etter utvalgets syn uttrykk for en riktig lovtolkning.
- (26) Foranlediget av anførselene tilføyer utvalget at det følger av straffeprosessloven § 93c at fornærmede «har rett til å være til stede i alle rettsmøter, med de forbehold som gjelder etter §§ 245 og 284». I forarbeidene, Ot.prp.nr.11 (2007-2008), side 111, er det imidlertid presisert at bestemmelsen er en ren henvisningsbestemmelse, begrunnet i pedagogiske hensyn, og at selve retten til å være til stede reguleres av andre bestemmelser. Paragraf 93c gir derfor ikke støtte til et annet tolkningsresultat enn det de tidligere instanser har kommet til.
- (27) Det siste spørsmålet anken til Høyesterett reiser, er om det i saker med flere fornærmede kan gis en samlet avgjørelse om rett til tilstedeværelse under forklaringen til andre fornærmede. Utgangspunktet er at spørsmålet må vurderes individuelt for den enkelte fornærmede. Men dersom alle de fornærmede eller grupper av fornærmede er i samme situasjon, slik at vurderingen etter straffeprosessloven § 389a (skal være § 289a, red. anm.) blir den samme, må det kunne gis en felles begrunnelse.
- (28) Lagmannsretten uttaler om dette:
- «I et så komplekst saksforhold som 22. juli-saken representerer, må en enkeltavgjørelse som denne kunne tas på prinsipielt grunnlag. Etter en konkret vurdering av problemstillingen og med dommerens kjennskap til saken må tingretten kunne basere sin avgjørelse på en generell oppfatning om at avgjørelsen for alle de fornærmede gavner en sikker saksbehandling. Dette må særlig gjelde når avgjørelsen er sammenfallende med lovens hovedregel og dermed ivaretar de hensyn lovgiver har lagt til grunn.»
- (29) Det er etter utvalgets syn noe uklart hva lagmannsretten nærmere mener med å treffe avgjørelsen på «prinsipielt grunnlag». Siden kjennelsen uansett må oppheves fordi lagmannsretten har bygget på uriktig rettsoppfatning om sin kompetanse, går ikke utvalget nærmere inn på dette spørsmålet.
- (30) Kjennelsen er enstemmig.

*Slutning:*

*Lagmannsrettens kjennelse oppheves.*