

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS RETSBOG

Den 28. oktober 2020 holdt Østre Landsret møde i retsbygningen, Bredgade 59, København.

Som dommere fungerede landsdommerne Dorthe Wiisbye, Janni Christoffersen og Jesper Jarnit, førstnævnte som rettens formand.

Der foretoges

16. afd. nr. S-2738-20, S-2764-20 og S-2765-20:

Anklagemyndigheden

mod

KÆ2

Født januar 1986

(advokat AKÆ1 , besk.)

og

KÆ1

Født december 1983

(advokat advokat AKÆ2 , besk.)

Ingen var indkaldt eller mødt.

S-2738-20

Der fremlagdes udskrift af retsbogen fra Retten i Holbæk (rettens nr. 60-2515/2020) med bilag, rettens fremsendelsesbrev af 7. oktober 2020, kæreskrift af 6. oktober 2020 fra advokat AKÆ1 , kæresvarskrift af 9. oktober 2020 fra anklagemyndighe-

den, tillæg af 19. oktober 2020 til kæresvarskrift og mail af 20. oktober 2020 fra den for
KÆ2 beskikkede forsvarer, advokat AKÆ1 .

S-2764-20

Der fremlagdes udskrift af retsbogen fra Retten i Holbæk (rettens nr. 60-2515/2020) med bilag, rettens fremsendelsesbrev af 9. oktober 2020 samt kæreskrift af 9. oktober 2020 fra den for KÆ1 beskikkede forsvarer, advokat AKÆ2 .

S-2765-20

Der fremlagdes udskrift af retsbogen fra Holbæk Ret (rettens nr. 60-2515/2020) med bilag, rettens fremsendelsesbrev af 9. oktober 2020, kæreskrift af 8. oktober 2020 samt mail af 21. oktober 2020 fra den for F1 og F2 beskikkede bistandsadvokat, advokat AKÆ3 .

De tiltalte KÆ2 og KÆ1 , samt den for F1 og F2 beskikkede bistandsadvokat, advokat AKÆ3 , har kæret Retten i Holbæks kendelse af 5. oktober 2020, hvorved bestemtes, at videoafhøringerne af F1 og F2 kan anvendes som bevis i sagen.

KÆ2 , KÆ1 , advokat AKÆ3 og anklagemyndigheden har over for landsretten i det væsentlige gjort de samme synspunkter gældende, som blev fremført over for byretten forud for afsigelsen af kendelsen.

Udlændingestyrelsen har den 13. oktober 2020 forlænget F1's og F2's opholdstilladelser til den 10. juli 2022, hvor KÆ1's opholdstilladelse tillige udløber. Udlændingestyrelsen har som hjemmel henvist til udlændingelovens § 9, stk. 1, nr. 2, og Danmarks internationale forpligtelser.

Anklagemyndigheden har i forlængelse heraf i tillæg af 19. oktober 2020 til kæresvarskriftet supplerende anført blandt andet, at oplysningerne i Udlændingestyrelsens afgørelser af 13. oktober 2020 taler for, at det er særdeles uklart, om en eventuel dom om udvisning af de tiltalte vil få betydning for børnenes opholdsgrundlag.

Forsvareren for KÆ har heroverfor ved mail af 20. oktober 2020 supplerende anført blandt andet, at Udlændingestyrelsens afgørelser af 13. oktober 2020 ikke omhand-

ler den situation, som vil opstå, hvis de tiltalte på baggrund af børnenes vidneudsagn bliver dømt og udvist af Danmark.

Advokat AKÆ3 har ved mail af 21. oktober 2020 tilsluttet sig de supplerende bemærkninger fra KÆ's forsvarer.

Efter votering afsagdes følgende

k e n d e l s e :

Byrettens kendelse, der er afsagt under sagens hovedforhandling, kan i medfør af retsplejelovens § 968, stk. 4, ikke kæres. Da kæremålet imidlertid er af væsentlig og fundamental betydning for sagens videre behandling, og da hovedforhandlingen desuden er udsat i anledning af kæremålet, tages kæremålet undtagelsesvis under påkendelse.

F1 og F2 er som børn af de tiltalte i sagen omfattet af vidnefritagelsesreglen i retsplejelovens § 171, stk. 1, der også finder anvendelse på videoafhøringer, som er foretaget med henblik på at skulle bruges som bevis i retten.

Af de grunde, som er anført af byretten, tiltræder landsretten, at betingelserne for at pålægge vidnerne at afgive forklaring under denne sag angående overtrædelse af straffelovens § 245, stk. 1, og § 266 er opfyldt, jf. retsplejelovens § 171, stk. 3.

Af de grunde, som byretten har anført, og da det, som er anført af forsvarerne og bistandsadvokaten, ikke kan føre til et andet resultat, tiltræder landsretten endvidere, at bestemmelsen i retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1, om tab af velfærd ikke er til hinder for, at videoafhøringerne kan anvendes som bevis i sagen.

T h i b e s t e m m e s :

Byrettens kendelse stadfæstes.

Sagerne sluttet.

Retten hævet.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 28-10-2020

Janni Rasmussen

Retsassistent



Udskrift af retsbogen

Den 5. oktober 2020 kl. 14.00 blev retten sat af dommer Marianne T. Øllgaard med domsmændene

Retsmødet var offentligt.

Rettens nr. 60- /2020
Politiets nr. 1200- -19

Anklagemyndigheden

mod

KÆ1

Født december 1983 og

KÆ2

Født januar 1986

Ingen var mødt eller tilsagt.

Med bemærkning om, at parterne er underrettet om tidspunktet herfor, afsagde retten efter votering

Kendelse:

Påstande

Bistandsadvokaten har nedlagt påstand om, at videoafhøringerne af F1 og F2 ikke kan anvendes som bevis i sagen.

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om, at videoafhøringerne kan anvendes som bevis.

Forsvarerne har tilsluttet sig bistandsadvokatens påstand og protesteret mod, at videoafhøringerne anvendes som bevis i sagen.

Anbringender

Bistandsadvokaten har til støtte for sin påstand henvist til indholdet af retsplejelovens § 171, stk. 1, og stk. 2, nr. 1, nr. 2 og nr. 3. Betingelserne for at give vidnepålæg efter retsplejelovens § 171, stk. 3, er ikke til stede, hvorved bemærkes, at § 171, stk. 3, ikke kan bringes i anvendelse, såfremt § 171, stk. 2, nr. 1, er opfyldt. Betingelserne for at tillade dokumentation efter retsplejelovens § 871, stk. 4, er heller ikke opfyldt. Begge børn har den 7. september 2020, hvor han besøgte dem, udtrykkeligt givet udtryk for, at de ikke ønsker deres forklaringer anvendt som bevis i straffesagen mod deres forældre. F1

er anbragt på skole- og behandlingshjem, og F2
er anbragt i plejefamilie.

Det er ubestridt, at børnene i forbindelse med videoafhøringerne blev vejledt om indholdet af retsplejelovens § 171, stk. 1. Det medfører dog ikke, at man nu er afskåret fra at påberåbe sig bestemmelsen. Der er ingen tidsmæssig begrænsning herfor, og bestemmelsen kan påberåbes, indtil beviset er ført for retten, dvs. indtil videoafhøringerne er afspillet i retten. Først op til den oprindeligt berammede hovedforhandling blev bistandsadvokaten af anklagemyndigheden loyalt orienteret om Østre Landsrets 20. afdelings kendelse af 3. december 2019, hvorefter bistandsadvokaten fandt anledning til at protestere mod forklaringernes anvendelse som bevis i sagen. Der er ikke indeholdt nogen frist herfor i lovgivningen, og det fremgår heller ikke, at et samtykke ikke kan tilbagekaldes. Dette er tillige fastslået i praksis flere gange.

Lovgiver har flere gange set på vidnefritagelsesreglerne – også i forhold til børn. Det fremgår således af betænkning nr. 361/1962, om vidner, side 50, at de almindelige vidnefritagelsesregler også gælder for børn, og at det er af afgørende betydning at opretholde loyalitet og tryghed i familieforhold. Af betænkning nr. 622/1971 om efterforskning i straffesager fremgår det side 24, at udvalget havde overvejet, om man generelt burde forbyde udenretlige afhøringer af børn som vidner i straffesager mod deres forældre. Lovgiver har således været bevidst om, at børn vil kunne komme i en situation, hvor de skal vidne mod forældrene. I betænkningerne har man alene forholdt sig til forældrenes mulige strafansvar. På daværende tidspunkt forelå ikke også det forhold, at børnene selv kunne udsættes for velfærdstab ved forældrenes udvisning, hvilket derfor ikke er indgået i udvalgenes betragtninger.

I nærværende sag er kernen ikke så meget den fængselsstraf, forældrene risikerer, hvis de findes skyldige - men det forhold, at børnene enten skilles fra forældrene, hvis forældrene udvises til Afghanistan, og børnene fortsat vil have ophold i Danmark; eller det mere sandsynlige, at også børnene i tilfælde af udvisning af forældrene vil skulle rejse med ud af Danmark og til Afghanistan. Børnene taler dansk uden accent og er velintegrerede og velfungerende. En hjemsendelse vil indiskutabelt være en chokerende ændring i deres liv.

Der er i sagen tiltalt for overtrædelse af straffelovens § 245 og § 266 og for mishandling af børnene over en årrække. I tilfælde af domfældelse er der stor risiko for udvisning af de tiltalte. Børnene vil i så fald formentlig blive sendt ud af landet sammen med forældrene. Velfærdstabet vil da være absolut. Udvisningspåstanden er afgørende for vurderingen af, at betingelserne i retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1, er opfyldt. Uden udvisningspåstanden ville afhøringerne formentlig kunne anvendes i sagen som bevis. Fængselsstraf til forældrene vil ikke være udgøre et velfærdstab. Børnene er anbragt og vil ikke blive hjemgivet efter en domfældelse. I sager, hvor videoafhøringer er tilladt anvendt som bevis, har der ikke været påstand om udvisning med deraf følgende velfærdstab.

Retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 2, finder tillige anvendelse. Hvis forældrene bliver dømt på baggrund af videoafhøringerne af børnene, vil forældrene ved udvisning og hjemsendelse lide velfærdstab. Også retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 3, er til hinder for anvendelse af videoafhøringerne som bevis. Børnenes forklaringer under videoafhøringerne vil være den bærende årsag til udvisning og udsendelse af forældrene. Det vil føre til afskæring af enhver form for efterfølgende kontakt mellem forældre og børn og dermed reelt gøre børnene forældreløse. Hertil kommer, at de danske myndigheder ingen mulighed har for at beskytte børnene – herunder mod repressalier - hvis hele familien bliver udsendt. Både hvis alene forældrene og hvis børnene tillige udsendes, vil det føre til alvorlig risiko for, at børnene påføres væsentlig skade.

Børnenes tarv varetages ikke ved at straffe og udvise deres forældre, men ved at beskytte dem mod fremtidig vold. Det er allerede sket ved straffesagens indledning og ved anbringelsen af børnene uden for hjemmet. Det vil være i strid med børnenes tarv og EMRK at udvise forældrene og dermed børnene på grundlag af børnenes egne videoafhøringer.

Det er i overensstemmelse med gældende ret, at videoafhøringerne ikke kan anvendes som bevis i sagen. Overfor anklagemyndighedens opfattelse af, at det vil føre til en meningsløs retstilstand, hvor udenlandske forældre straffrit kan udsætte børn for vold, hvis blot de begge deltager i vold, der er så omfattende, at de risikerer udvisning, og sørger for, at børnene er de eneste vidner, står, at det hensyn ikke er tilstrækkeligt til tilsidesættelse af vidnefritagelsesreglerne. Loyaliteten overfor familien er indtil videre absolut. Hvis lovgiver har en anden opfattelse, må Folketinget efterfølgende justere på regelsættet.

Skyldige skal straffes for forbrydelser, men den samfundsmæssige primære interesse er at få standset volden, hvilket er sket. Sagen er en banal voldssag og er ikke længere interessant for samfundet. Forældrene får ikke børnene hjem, før myndighederne er overbevist om, at forældrene kan tage vare på børnene på en ordentlig måde.

Sagen kan uden anvendelse af videoafhøringerne fortsat føres. Videoafhøringerne er efter anklagemyndighedens opfattelse ikke det eneste bevis i sagen, idet der er andre beviser i sagen.

Hvis videoafhøringerne afskæres som bevis efter retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1, kan bestemmelsen i retsplejelovens § 171, stk. 3, ikke finde anvendelse, men der er heller ikke grundlag for i øvrigt at bringe bestemmelsen i stk. 3 i anvendelse. Østre Landsrets 6. afdeling fastslog ved kendelse af 14. marts 2019, at retsplejelovens § 171, stk. 3, ikke kunne anvendes i sagen, og at den omstændighed, at anklagemyndigheden undervejs ændrede udvisningspåstanden til en påstand om betinget udvisning ikke kunne føre til en anden vurdering. Det bemærkes, at U 2004.1047 H, hvor Højesteret tillod anven-

delse af vidneafhøringer, drejede sig om en voldssag, hvor der ikke var påstand om udvisning.

Dokumentation af afhøringerne vil være omgæelse af reglerne. Hvis ikke forklaringerne umiddelbart kan anvendes som bevis, kan de heller ikke anvendes ved dokumentation efter retsplejelovens § 871, stk. 4.

Forklaringerne kan således ikke anvendes som bevis i sagen; hverken umiddelbart eller ved dokumentation.

Anklagemyndigheden har til støtte for sin påstand henvist til, at retsplejelovens § 171, stk. 1, ikke kan påberåbes nu, og at betingelserne for anvendelse af § 172, stk. 2, er ikke opfyldt. Såfremt retten finder, at retsplejelovens § 171, stk. 1, kan påberåbes nu og/eller at § 171, stk. 2 finder anvendelse, anmodes retten om at bringe retsplejelovens § 171, stk. 3, i anvendelse. Subsidiært anmodes retten om at tillade, at videoafhøringerne kan dokumenteres efter retsplejelovens § 871, stk. 4. Såvel anvendelse af § 171, stk. 3, som dokumentation efter § 871, stk. 4, vil føre til afspilning af videoafhøringerne. Der er således ikke tale om, at børnene skal afgive indenretlige forklaringer eller om oplæsning af den skriftlige gengivelse af videoafhøringerne.

Formalia ved videoafhøringernes gennemførelse er overholdt. Forældremyndighedsindehaver var orienteret om videoafhøringerne uden at have modsat sig foretagelsen af afhøringerne, og begge børn blev i forbindelse med afhøringerne på helt sædvanlig vis vejledt om indholdet af retsplejelovens § 171, stk. 1, herunder om at de ikke havde pligt til at sige noget om personer, de var i familie med. Dermed er man nu afskåret fra at påberåbe sig bestemmelsen i retsplejelovens § 171, stk. 1.

Det er ubestridt, at børnene ikke i forbindelse med videoafhøringerne blev vejledt om indholdet af retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1-3, som er mere skønsmæssige regler. Der kunne ikke vejledes herom ved videoafhøringerne i den indledende efterforskning. På det tidspunkt vidste man ikke noget om, hvorvidt børnene kunne risikere at miste deres opholdsgrundlag og udsendelse. Det fordrer kendskab til sagens alvor og til forældrenes opholdsgrundlag og tilknytningsforhold. Den del klarlægges som noget af det sidste i sagens efterforskning. Det kan derfor ikke kræves, at der skal vejledes herom på det indledende stadie, hvor spørgsmålet er alt for komplekst og hypotetisk.

Det vil medføre en helt urimelig retstilstand, hvis der skal vejledes om retsplejelovens § 171, stk. 2, og hvis bestemmelsen fører til, at forklaringerne ikke kan anvendes som bevis i sagen. Det vil indebære, at en gruppe i befolkningen ikke kan retsforfølges som andre. Der vil i så fald være en type af straffesager, hvor forældrene enten vil gå fri for strafansvar, eller hvor der ikke kan nedlægges påstand om udvisning, hvis børnene risikerer udvisning sammen med forældrene. Det vil føre til en urimelig og uens retsanvendelse.

Det vil være i strid med børnekonventionens artikel 3, hvis ikke forklaringerne kan anvendes som bevis. Det bestrides, at børnenes tarv er tilgodeset ved anbringelsen uden for hjemmet. Det vil være i strid med børnenes tarv, hvis ikke forældrene retsforfølges. Straffesagen er formentlig hovedårsagen til anbringelsen af børnene uden for hjemmet. Det vil heller ikke være i overensstemmelse med børnenes tarv, hvis de skulle være vejledt om indholdet af retsplejelovens § 171, stk. 2. Hvis en sådan vejledning havde ført til, at forklaringerne ikke var blevet afgivet, ville børnene formentlig ikke være blevet fjernet fra hjemmet.

Udlændingestyrelsen har i sine udtalelser af 30. oktober 2019 om mulig udvisning af de tiltalte bemærket, at styrelsen i tilfælde af udvisning af forældrene vil tage stilling til, om børnene kan bevare opholdstilladelsen på selvstændigt grundlag. Udvisning af forældrene vil således ikke nødvendigvis føre til, at også børnene skal udsendes.

Såfremt anklagemyndigheden ikke får medhold i, at man nu er afskåret fra at påberåbe sig retsplejelovens § 171, stk. 1, anmodes retten om at pålægge vidnerne F1 og F2 vidnepligt efter retsplejelovens § 171, stk. 3. I denne sag er det som i andre straffesager af afgørende betydning at høre forklaringerne fra de forurettede, der har været udsat for vold. Der er andre øvrige beviser i form af personundersøgelser af børnene og vidner, men de forurettede kan som de eneste forklare om hele hændelsesforløbet. Forklaringerne er derfor af afgørende betydning for sagens udfald, og sagens beskaffenhed og dens betydning for vedkommende part eller samfundet berettiger til vidnepålæg. Det bemærkes herved, at de tiltalte er tiltalte for vold og mishandling efter straffelovens § 245 og trusler efter straffelovens § 266.

I U 2004.1047 H blev to drenge på 5 og 9 år pålagt at afgive forklaring i en sag, hvor drengenes mor var sigtet for særdeles grov vold mod morens kærestes mindre barn. Højesteret fastslog, at et vidnepålæg ikke var i strid med hverken EMRK artikel 8 eller børnekonventionens artikel 3. Vidnepålæg anvendes efter praksis jævnligt i sager om § 245-vold. Der er ikke megen praksis om vidnepålæg i sager om § 244-vold. I sagen, hvor Østre Landsret afsagde kendelse den 3. december 2019, og som drejede sig om § 244-vold, var der mellem parterne således også enighed om, at der ikke var grundlag for at bringe retsplejelovens § 171, stk. 3, i anvendelse. I U 2018.1874 V blev det dog pålagt en søster at afgive forklaring i en sag om æresrelateret § 244-vold og trusler mod hende.

Mere subsidiært anmodes retten om at tillade dokumentation af forklaringerne efter retsplejelovens § 871, stk. 4. Betingelserne for undtagelsesvis at tillade dokumentation efter bestemmelsen er opfyldte. Sædvanligvis lægges der ved afgørelsen heraf vægt på, om vidnet som i denne sag er behørigt vejledt, før forklaringen blev afgivet. Det er også et moment ved vurderingen, at forklaringerne ikke er det eneste bevis i sagen. Forklaringerne i denne sag er et vigtigt bevis; men ikke det eneste. Der er øvrige beviser i form af personun-

dersøgelser, fotos og vidner.

Østre Landsret har i kendelse af 3. december 2019 ikke forholdt sig til retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1. Østre Landsrets 4. og 6. afdeling har henholdsvis den 12. december 2018 og den 14. marts 2019 truffet afgørelse om, at retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1, og nr. 2, var til hinder for afspilning af videoafhøringer, og at der ikke var grundlag for vidnepålæg efter retsplejelovens § 171, stk. 3. Uanset dette bør retten alligevel tillade anvendelsen i denne sag. Der er tale om en principiel og generel problemstilling, som fortjener en afklaring en gang for alle.

Den for KÆ1 beskikkede forsvarer har til støtte for sin påstand henvist til, at retsplejelovens § 171, stk. 1, og stk. 2, nr. 1, er til hinder for anvendelse af videoafhøringerne som bevis i sagen, at betingelserne for vidnepålæg efter retsplejelovens § 171, stk. 3, ikke er opfyldte, og at der heller ikke er grundlag for at tillade dokumentation efter retsplejelovens § 871, stk. 4. Spørgsmålet om anvendelse af videoafhøringerne som bevis er afgørende for sagen og for retstilstanden i øvrigt. Han kan tilslutte sig bistandsadvokatens bemærkninger om spørgsmålet. Det er afgørende for vurderingen af, om forklaringerne kan antages at udsætte pigerne selv for tab af velfærd, at der er nedlagt påstand om udvisning af de tiltalte, og at børnenes opholdsgrundlag er afledt af forældrenes. Der er væsentlig risiko for, at pigerne ikke fortsat vil kunne opholde sig i Danmark, og for at forældrene udvises - evt. uden pigerne. Der er dermed risiko for tab af velfærd - uanset om kun forældrene eller også pigerne selv udvises ved domfældelse.

Det bestrides ikke, at pigerne er vejledt om retsplejelovens § 171, stk. 1, i forbindelse med videoafhøringerne. Der er ubestridt ikke vejledt om retsplejelovens § 171, stk. 2. Anklagemyndighedens argumentation om, at det er for kompliceret og hypotetisk allerede da at vejlede om risiko for tab af velfærd er uholdbar. Man kunne have indledt afhøringen, og hvis det undervejs viste sig at være relevant, kunne man på daværende tidspunkt have vejledt om retlighederne – på samme vis som indenretligt i tilfælde af risiko for selvinkriminering. Hvis ikke der kan vejledes straks eller undervejs under afhøringerne, kan man naturligvis efterfølgende påberåbe sig bestemmelsen og anfægte anvendelsen af forklaringerne som bevis. Det fremgår tillige af Østre Landsrets kendelse af 3. december 2019.

Reglerne om vejledning af børn i forbindelse med videoafhøring, som beskrevet i rigsadvokatmeddelelsen herom, har til formål at sikre, at der sker behørig vejledning og oplysning om rettighederne, fordi afhøringen er taget ud af retten og ind i et lokale. Det er et særligt ansvar at vejlede om parts nærmeste og efter forsvarets opfattelse bør der også vejledes om tab af velfærd. Det fremgår af betænkning 1554/2015 om vidneafhøring af børn, at det ikke er bistandsadvokatens opgave at vejlede om vidnefritagelsesreglerne, og at bistandsadvokaten skal undlade at give sådan vejledning. Det fremgår endvidere heraf, at større børn skal vejledes direkte, og at skillegrænsen ved normalt

udviklede børn går ved en alder på 7-8 år. I forlængelse heraf påhviler der politiet et udvidet ansvar for vejledning; ikke alene om retsplejelovens § 171, stk. 1, men også om tab af velfærd efter retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1. Det skete ikke, uanset at der efter sagens omstændigheder skulle være vejledt herom. Derfor er retten ikke afskåret fra at tage stilling til spørgsmålet på nuværende tidspunkt.

Betingelserne for pålæg efter retsplejelovens § 171, stk. 3, er ikke opfyldte. Der er andre beviser i sagen i form af objektive beviser og andre vidneforklaringer. Pålæg vil stride mod børnekonventionens artikel 3. Barnets tarv skal komme i første række og skal ikke tilsidesættes af andre hensyn.

Retten bør heller ikke tillade dokumentation af afhøringerne efter retsplejelovens § 871, stk. 4. Hvis retten nægter anvendelsen af videoafhøringerne grundet den manglende vejledning om retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1, om tab af velfærd, eller fordi der er risiko for tab af velfærd, vil tilladelse til dokumentation være en omgåelse. Dokumentation kan kun ske undtagelsesvist og vil være i strid med børnekonventionens artikel 3 og børnenes tarv, da det ikke vil beskytte mod risikoen for tab af velfærd.

Den for ^{KÆ2} beskikkede forsvarer har tilsluttet sig bistandsadvokatens og forsvarerkollegaens bemærkninger og supplerende henvist til, at Østre Landsret i to kendelser har fastslået, at der ikke er nogen tidsmæssig begrænsning for, hvor længe man kan begære vidnefritagelse.

Østre Landsrets kendelse af 3. december 2019 har ikke taget udtrykkelig stilling til anvendelsen af retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1, og vejledningsforpligtelsen herom, allerede fordi landsretten nægtede anvendelsen af videoafhøringerne under henvisning til retsplejelovens § 171, stk. 1. Sagerne er sammenlignelige. Når børnene ikke ønsker forklaringerne anvendt, er de vidnefritaget efter retsplejelovens § 171, stk. 1, og videoafhøringerne skal derfor ikke afspilles.

Der er endvidere spørgsmål om, hvorvidt der i forbindelse med videoafhøringerne er vejledt tilstrækkeligt, og om hvad retsvirkningen heraf er, såfremt dette ikke er tilfældet, samt om anvendelsen af retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1-3, særligt om tab af velfærd. Børnene er ubestridt ikke blevet vejledt herom. I forhold til anklagemyndighedens bemærkninger om, at det skulle være for tidligt at vejlede herom på det helt indledende stadie, og at det ville medføre en uhensigtsmæssig retsstilling, er det efter forsvarrets opfattelse mindst lige så absurd, hvis man aldrig skal vejlede om retsplejelovens § 171, stk. 2, hvilket vil være konsekvensen af anklagemyndighedens standpunkt. Politiet har efter retsplejelovens § 753 overtaget retsformandens vejledningsforpligtelse, hvilken ikke er overholdt i denne sag. Der foreligger derfor en formalitetsmangel i forhold til vidneafhøringerne. Også derfor skal de ikke tillades afspillet. Der er nedlagt påstand om udvisning. Pigernes opholdsgrundlag hviler på forældrenes opholdsgrundlag. Hvis forældre udvises,

vil børnene miste deres opholdsgrundlag, hvilket ubestrideligt må være tab af velfærd. Det er børnene ikke vejledt om ved videoafhøringerne. Utilstrækkelig vejledning må have samme konsekvens som manglende vejledning efter retsplejelovens § 171, stk. 1. Videoafhøringerne må derfor nægtes afspillet.

Det vil være udtryk for omgåelse af reglerne at anvende retsplejelovens § 171, stk. 3, som i øvrigt ikke finder anvendelse, hvis der er sket vidnefritagelse efter retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1.

Dokumentation efter retsplejelovens § 871, stk. 4, vil være en klar omgåelse af reglerne om vidnefritagelse. Ved Østre Landsrets kendelse af 3. december 2019 blev det afslået, at der kunne ske dokumentation af vidneafhøringerne i en situation, hvor børnene var vidnefritaget. Bestemmelsen har efter sin ordlyd karakter af en undtagelsesbestemmelse, og betingelserne for dens anvendelse er ikke opfyldte; særligt ikke hvis anvendelsen vil føre til samme resultat som efter de øvrige bestemmelser, som anklagemyndigheden har påberåbt sig. Dokumentation bør derfor ikke tillades.

Videoafhøringerne skal derfor ikke anvendes efter nogen af bestemmelserne. Den gældende retstilstand er uforenelig med anklagemyndighedens anmodning. Hvis retstilstanden skal ændres, er det Folketingets opgave.

Rettens begrundelse og resultat

De tiltalte er efter anklageskriftet tiltalt for i forening og efter forudgående aftale eller fælles indbyrdes forståelse i perioden fra februar 2014 frem til den 22. juni 2019 at have udøvet vold med karakter af mishandling efter straffelovens § 245, stk. 1, mod deres fire fælles børn, herunder F1 og F2

i. De er endvidere tiltalt for trusler efter straffelovens § 266. Der er nedlagt påstand om udvisning af de tiltalte. Det fremgår efter det oplyste af Udlændingestyrelsens udtalelser af 30. september 2019 om udvisningsspørgsmålet, at børnenes opholdstilladelse er betinget af forældrenes, og at styrelsen i tilfælde af udvisning af forældrene vil tage stilling til, om børnene kan bevare opholdstilladelse på selvstændigt grundlag. Det er oplyst, at alle fire børn, efter sagen tog sin begyndelse, er blevet anbragt uden for hjemmet.

Det er ubestridt, at F1 og F2 som de tiltaltes døtre er omfattet af retsplejelovens § 171, stk. 1. Det er endvidere ubestridt, at de er vejledt om indholdet af retsplejelovens § 171, stk. 1, i forbindelse med videoafhøringerne, hvorefter de afgav forklaringer. Uanset dette kan bistandsadvokaten ikke anses for at være afskåret fra på nuværende tidspunkt at påberåbe sig bestemmelsen.

Henset til karakteren og grovheden af den kriminalitet, der er rejst tiltale for, og efter det oplyste om forklaringernes afgørende betydning for sagens udfald, fører sagens beskaffenhed og dens betydning for samfundet til, at betingelserne for vidnepålæg i retsplejelovens § 171, stk. 3, er opfyldte. Da F1

og F2 er videoafhørt i medfør af retsplejelovens § 745 e, stk. 1, tillades videoafhøringerne anvendt som bevis under hovedforhandlingen, jf. retsplejelovens § 872. Det bemærkes herved, at dette under de foreliggende omstændigheder ikke kan anses for at være i strid med børnekonventionens artikel 3 eller EMRK artikel 8.

Det er ubestridt, at F1 og F2 i forbindelse med videoafhøringerne ikke blev vejledt om indholdet af retsplejelovens § 171, stk. 2, herunder særligt bestemmelsen i nr. 1. Den omstændighed fører efter rettens vurdering ikke til, at det allerede af den grund er udelukket at anvende forklaringerne som bevis i sagen. Der skal derfor foretages en vurdering af, om forklaringerne må antages at ville udsætte pigerne selv for tab af velfærd i retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1's forstand.

I betænkning 316/1962 om vidner indgik det i kommissoriet, at udvalget blandt andet skulle overveje, om den i den dagældende retsplejelovs § 170, stk. 1 og stk. 2 hjemlede adgang til at nægte forklaring burde udvides, ligesom udvalget også i øvrigt skulle undersøge, om der måtte være trang til at ændre retsplejelovens regler om vidner.

Betænkningen indeholder i kapitel 1 en redegørelse for den dagældende bestemmelse i retsplejelovens § 170, stk. 1 og stk. 2, herunder særligt nære pårørendes vidnepligt. Afsnit 1 om den historiske udvikling indeholder side 42ff. følgende gengivelse af motiverne til de oprindelige bestemmelser herom:

”Kommissionsudkastet af 1875 til lov om strafferetsplejen § 131, nr. 1 og 2 lød således:

”Vidnesbyrd kan nægtes:

- 1) Naar Vidnet maa antages ikke at kunne besvare et spørgsmaal uden at udsige noget, som umiddelbart udsætter det selv eller en Person, til hvem det staar i et af de under Nr. 2 nævnte Forhold, for Straf eller Beskjæmmelse eller velfærdstruende Formuetab,
- 2) Af den sigtedes Ægtefælle, Forældre eller Børn”...

Udkastet til lov om den borgerlige retspleje af 1877 § 208 nr. 1 og 2 lød således:

”Vidnet kan nægte at svare:

- 1) Naar det maa antages ikke at kunne besvare vedkommende Spørgsmaal uden at udsige Noget, som umiddelbart udsætter det selv, dets Ægtefælle, Forældre eller Børn for Beskjæmmelse eller Straf.
- 2) Naar det maa antages ikke at kunne besvare vedkommende Spørgsmaal uden at udsige Noget, som udsætter det selv, dets Ægtefælle eller Børn for Formuetab, der ikke kan anses for ganske uvæsentligt, eller for anden dermed i Klasse staaende Skade; dog kan Vidnesbyrd ikke nægtes angaaende Retshand-

ler, ved hvilke Vidnet har ladet sig bruge som Vitterlighedsvidne, eller hvor det som Hjemmelsmand, Borgen eller Fuldmægtig af Hensyn til Parten naturligere maa anses for pligtig til at give Oplysning om Forholdet ...”

Den anden proceskommissions udkast af 1899 til lov om strafferetsplejen hjemlede i § 100 vidnefritagelse, ”naar Besvarelsen af et Spørgsmål maa forudsættes at ville udsætte Vidnet selv for Tab af borgerlig Agtelse eller Velfærd.” I motiverne til udkastet ... anføres synspunkterne for og imod vidnefritagelse for nærpårørende i straffesager:

”Det er fra flere Sider med Styrke hævdet, at det haarde og frastødende, der i og for sig altid ligger i at forlange Vidnesbyrd af nogen af disse Personer i kriminelle Sager, kommer til at træde særlig grelt og potenseret frem, naar Vidnesbyrdet skal afgives mundtlig i offentlig Retsmøde, og at den Samvittighedskollision og Fristelse til falsk Vidnesbyrd eller Mened, hvori disse Personer let vilde bringes, naar de skulde vidne mod deres nærmeste, bliver saa meget desto misligere, jo mere Betydningen af egen Tilstaaelse som Oplysningsmiddel træder tilbage.

Naar man alligevel har ment at maatte fastholde de nævnte personers Vidnepligt, er det ud fra den Betragtning, at det under det ny System netop bliver af særlig Vigtighed ikke at begrænse Adgangen til Vidnebevis samtidig med, at man ved Opgivelsen af det inkvisitoriske Forhør stiller Retshaandhævelsen under vanskeligere Vilkaar end hidtil, at man ved at paalægge disse Personer Vidnepligt ikke indfører noget nyt, men blot holder sig til den bestaaede Ret, at den bestaaede Ret paa dette Omraade hidtil ikke har været Genstand for særlige Angreb eller Beklagelser, samt at det selvfølgelig er Meningen, at Adgangen til at kræve nærstaaendes Vidnesbyrd kun bør benyttes i Nodstilfælde og med Varsomhed, hvorhos man endelig mener i væsentlig Grad at have forringet Betydningen af de mod de nærstaaendes Vidnepligt anførte Betragtninger ved i § 112 udtrykkelig at give Retten Beføjelse til efter Omstændighederne at undlade at tage saadanne i Ed.”

Der tages endvidere i motiverne ... afstand fra en generel vidnefritagelse i tilfælde, hvor vidnet udsætter sig selv (eller sine nærpårørende) for straf, idet det udtales:

”Ved Ordene ”Tab af Velfærd” ... har man villet udtrykke, at Tabet, for at tjene som Undskyldningsgrund, maa være af alvorlig og indgribende Betydning for den Paagældende. At Vedkommende udsætter sig for Straf er kun Undskyldningsgrund, forsaavidt Straffen kan betegnes som velfærdstruende for ham.”

Den gældende regel i retsplejelovens § 170 stk. 2, 1. pkt. svarer til proceskommissionens udkast. Stk. 2, 2. pkt. er indsat ved retsplejelovsændringen i 1932 ...

Den anden proceskommissions udkast af 1899 til lov om den borgerlige retspleje § 147 stk. 1 og 2 hjemlede vidnefritagelse, ”Naar Besvarelsen af et Spørgsmaal maa forudsættes at ville udsætte Vidnet selv, dets Ægtefælle, Forældre eller Børn for

Tab af borgerlig Agtelse eller Velfærd" samt med hensyn til "Meddelelser, som Vidnets Ægtefælle under Ægteskabet har gjort Vidnet."

I motiverne ... til denne bestemmelse tages der afstand fra den første proceskommissions udkast, der fandtes for vidtgående og for vagt og derfor procesfremkaldende. Det hedder videre i motiverne:

"For at Retsplejen skal kunne røgte sin betydningsfulde Opgave paa tilfredsstillende Maade, er det af største Vigtighed, at der ikke gives Vidnerne adgang til under alle Slags mere eller mindre intetsigende Paaskud at vægre sig ved at komme frem med Sandheden. Kun virkelige alvorlige Vægringsgrunde bør i saa Henseende komme i Betragtning ..."

Det på rigsdagen fremsatte forslag var overensstemmende med proceskommissionens udkast. Efter forslag af landstingsudvalget indføjedes imidlertid i 1. led efter "Velfærd": "eller dog for et væsentligt Formuetab eller anden hermed i Klasse staaende Skade" og i 2. led efter "Vidnet": "for saa vidt Vidnet selv eller dets Ægtefælle herved kan skades"...

Udvalget motiverede udvidelsen af vidnefritagelsen i 1. led således:

"Det synes Udvalget at være for meget forlangt, at en Privatmand i en rent civil Sag, hvor altsaa ingen højere offentligretlig Interesse er til Stede, skal være nødsaget til at bringe en anden Privatmand i en ham uvedkommende Sag det Offer at aflægge et Vidnesbyrd, som kan skade hans egne Interesser i væsentlig Grad, ja endog maaske pådrage ham selv Skade af en meget større Værdi end det, hele Sagen drejer sig om. Muligvis gaar den gældende Ret noget for vidt, for saa vidt som det antages, at enhver direkte Interesse, selv om den er i og for sig ubetydelig, giver Ret til at nægte at vidne, og det er derfor foreslaaet, at Vidnet kun kan vægre sig, naar Vidnesbyrdet kunde paadrage det et væsentligt Formuetab eller anden dermed i Klasse staaende Skade, ved hvilket sidste der navnlig er tænkt på Fabrikations- eller andre Forretningshæmmeligheder, hvis Aabenbarelse kan skade Vidnet meget alvorligt, om det end ikke i Øjeblikket er muligt at anslaa Skaden derved til et bestemt beløb. Derimod synes Lovforslaget at gaa Vidnet for nær, naar kun Tab af Velfærd skal give Ret til at nægte sit Vidnesbyrd; Tab af flere Tusinde Kroner behøver for en velstaaende Mand ikke at være Tab af Velfærd, uagtet det nok derfor kan være meget føleligt for ham, men at han i en anden privats Interesse skulde udsætte sig herfor og maaske endog i en Sag, der kun drejer sig om et ringe Beløb, synes ikke at være billigt. Vidnet maa naturligvis nærmere oplyse, at dets Vægning er begrundet, og det kan jævnlig være vanskeligt nok for Vidnet, men det ses ikke, at dette bliver anderledes, enten Reglen formuleres paa den ene eller den anden Maade, eller anderledes end den er nu. Og hvad Rettens Bedømmelse af Forholdet angaar, da er det vistnok ikke mindre vanskeligt at bedømme, om noget kan kaldes "Tab af Velfærd" end om det kan kaldes "væsentlig Formuetab"; det sidste vil efter Udvalgets Skøn i Reglen være lettere. Thi for at afgøre, om noget er Tab af Velfærd, er det nødvendigt at have en anderledes omfattende Oversigt over en Mands hele økonomiske Stilling end for at afgøre, om noget er væsentlig

Formuetab.”

...”

Udvalgets forslag til ny fælles bestemmelse om vidnefritagelse havde som anført i betænkningen side 97 følgende indhold:

”§ 170.

En parts nærmeste har ikke pligt til at afgive forklaring som vidne.

Et vidne har ikke pligt til at afgive forklaring, såfremt forklaringen antages at ville udsætte vidnet selv eller hans nærmeste for straf eller tab af velfærd. Det samme gælder, såfremt forklaringen antages at kunne medføre anden væsentlig skade; men retten kan i dette tilfælde pålægge vidnet at afgive forklaring, når forklaringen anses for at være af afgørende betydning for sagens udfald, og sagens beskaffenhed og dens betydning for vedkommende part eller samfundet findes at berettige dertil.

...”

I afsnit IV, Udvalgets bemærkninger, hedder det om nærpårørendes vidnepligt side 47ff.:

”...

Ved overvejelserne af de her foreliggende spørgsmål anser udvalget det for hensigtsmæssigt, at der, således som det er tilfældet efter den refererede fremmede lovgivning, sondres mellem tilfælde, hvor der i en retssag er tale om afhøring af en parts, herunder en sigtets eller tiltalts, nærmeste som vidner (nedenfor under A) og tilfælde, hvor afgivelse af forklaring kan volde et vidne selv eller hans nærmeste skade - uden hensyn til, at de ikke er part i sagen (nedenfor under B) ...

A. ...

Udvalget anser det derfor for rigtigt og forsvarligt, at der i dansk ret, ligesom det som nævnt i vidt omfang er tilfældet efter fremmed ret, indføres en regel, hvorefter en parts nærmeste fritages for vidnepligt, såvel i borgerlige sager som i straffesager, således at denne fritagelse alene bortfalder, hvor dette følger af lovgivningens regler om anmeldelses-, afværgelses- eller oplysningspligt, jfr. f.eks. lov om børne- og ungdomsforsorg nr. 170 af 31. maj 1961 § 119.

B. Tilfælde, hvor afgivelse af forklaring kan volde et vidnes nærmeste skade, vil være omfattet af den under A omtalte regel, når vidnets nærmeste er part i sagen. Er dette ikke tilfældet, vil en særlig regel fortsat være påkrævet. ...

2. I borgerlige sager angår fritagelsen efter den gældende § 170 i øvrigt ”tab af borgerlig agtelse eller velfærd eller dog ... et væsentligt formuetab eller anden hermed i klasse stående skade”, i straffesager alene ”tab af borgerlig agtelse eller velfærd”.

Udvalget mener ikke, at der er tilstrækkelig grund til at udforme bestemmelserne forskelligt for straffesager og borgerlige sager; de betragtninger, der anføres i motiverne til udkastet fra 1899 til lov om strafferetsplejen § 100 ... til støtte for en sær-

lig begrænset adgang til vidnefritagelse i straffesager, kan således efter de siden retsplejereformens gennemførelse gjorte erfaringer ikke længere fastholdes.

I øvrigt forekommer de kriterier, den nuværende bestemmelse i § 170, stk. 1 bygger på, i det store og hele egnede til også at danne grundlag for den fremtidige regel. Ud over medtagelse af risiko for straf bør dog også kriteriet "væsentligt formuetab eller anden i klasse hermed stående skade" erstattes af det mere smidige udtryk "anden væsentlig skade". Hermed tilsigtes ikke nogen realitetsændring. Det må således efter udvalgets opfattelse fastholdes, at en skade for at kunne komme i betragtning skal være væsentlig...

3. Efter den nuværende regel i § 170 stk. 1 gælder der ingen undtagelse fra den af bestemmelsen omfattede vidnefritagelse i borgerlige sager. Udvalget kan tiltræde dette, for så vidt afgivelse af forklaring antages at ville udsætte vidnet eller hans nærmeste for straf, jfr. det, der ovenfor er anført herom, eller tab af velfærd. Er der derimod tale om "anden væsentlig skade" finder udvalget, at hensynet til oplysning af retssager af større betydning kan være så vægtigt, at hensyn til den – ikke velfærdstruende – skade, forklaringen kan påføre vidnet, undtagelsesvis må vige. Der er i disse tilfælde heller ikke fuldt så stærke grunde til undtagelsesfri vidnefritagelse, som i de under A nævnte tilfælde..."

I bemærkningerne til udvalgets forslag til en ny § 170 hedder det på side 104:

"...

Stk. 1 fritager en parts nærmeste for pligt til at afgive forklaring som vidne. Bestemmelsen sonderer ikke mellem borgerlige sager og straffesager, og den fastsætter ingen undtagelser fra vidnefritagelsen; ...

Stk. 2 angår vidnefritagelse i tilfælde, hvor forklaringen antages at ville udsætte vidnet selv eller hans nærmeste for straf, tab af velfærd eller anden væsentlig skade. Reglen er uden betydning i tilfælde, hvor vidnets nærmeste er part i sagen, idet stk. 1 i så fald finder anvendelse.

...

Efter 1. pkt. kan vidnepligt ikke pålægges, såfremt den pågældende ved at afgive forklaring udsætter sig selv eller sine nærmeste for straf eller tab af velfærd. Reglen er i overensstemmelse med bestemmelsen i retsplejelovens § 765 om sigtedes ret til at nægte at udtale sig, og den fjerner den tvivl, som hidtil har rådet på dette område, bl.a. som følge af ordene i § 170, stk. 1 og 2: "tab af borgerlig agtelse"

..."

Det lovforslag om ændring af blandt andet vidnereglerne, der blev fremsat på baggrund af udvalgets betænkning, og hvorved § 171 fik den gældende formulering, indeholder følgende bemærkninger vedrørende den foreslåede § 171, jf. FT 1964-65, tillæg A, sp. 319-320:

"...

Udkastet, der i forhold til gældende ret ville medføre en væsentlig begrænsning i pligten til at afgive vidneforklaring, er blevet kritiseret fra forskellig side, bl.a. af

retsplejerådet, idet det navnlig er anført, at det er betænkeligt at give en *ubetinget* adgang til fritagelse i det foreslåede omfang.

Under hensyn til den rejste kritik anser justitsministeriet det ikke forsvarligt at søge udkastet gennemført i den foreliggende form. I forslaget er kritikken taget til følge derved, at der i stk. 3 er givet retten en almindelig adgang til efter en afvejning af de forskellige hensyn at pålægge vidnet at afgive forklaring, bortset fra tilfælde, hvor forklaringen antages at ville udsætte vidnet selv for straf eller tab af velfærd.”

Den i denne sag foreliggende situation er ikke beskrevet i forarbejderne til den nugældende og tidligere bestemmelser.

Det er efter de foreliggende oplysninger uafklaret, hvilken betydning – om nogen – en eventuel dom om udvisning af de tiltalte vil kunne få for børnenes opholdsgrundlag og forhold i øvrigt. Det kan derfor ikke fastslås, at anvendelsen af forklaringerne som bevis i sagen - der vedrører en tiltale for forældres mishandling af egne børn inden for hjemmets fire vægge – må antages at ville udsætte pigerne for tab af velfærd i retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1's forstand, jf. herved tillige U 2004.1047 H. Bestemmelsen er derfor ikke til hinder for, at vidneafhøringerne kan anvendes som bevis i sagen.

Bestemmelsen i retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 2, har efter rettens opfattelse i denne sag ikke noget selvstændigt indhold ved siden af retsplejelovens § 171, stk. 1, og fører derfor ikke til, at forklaringerne ikke kan anvendes som bevis i sagen. Heller ikke bestemmelsen i retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 3, fører til, at forklaringerne ikke kan anvendes som bevis.

Bistandsadvokatens og forsvarernes protester mod anvendelsen af videoafhøringerne som bevis tages derfor ikke til følge.

Derfor bestemmes:

Videoafhøringerne af F1 og F2 kan anvendes som bevis i sagen.

Sagen blev udsat til næste retsmøde den 29. oktober 2020 kl. 9.30.

Retten hævet.

Marianne T. Øllgaard

Udskriftens rigtighed bekræftes.
RETTEEN I HOLBÆK, den 5. oktober 2020

Susanne Dahlmann Petersen

Kontorfuldmægtig