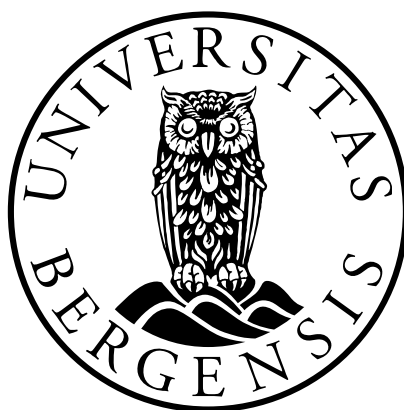


RETTSSIKKERHET VED TILRETTELAGTE AVHØR

Mistenkte og siktedes stilling ved tilrettelagte avhør

Kandidatnummer: 196

Antall ord: 13 635



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Tema og problemstilling.....	3
1.1 Videre fremstilling.....	4
1.2 Avgrensning.....	5
1.3 Metode.....	5
1.4 Begrepsavklaring.....	6
1.4.1 Barn og særlig sårbare personer.....	6
1.4.2 Politiets objektivitetsplikt.....	7
1.4.3 Statens barnehus.....	7
1.5 Historisk utvikling av barneavhør i Norge.....	8
2 Rettskildebildet.....	11
2.1 Grunnloven.....	11
2.2 Motstriden i Grunnloven § 95 og § 104.....	12
2.3 Folkerettslige forpliktelser.....	13
2.4 Forholdet mellom norsk rett og Norges folkerettslige forpliktelser.....	15
2.5 Reglene i Straffeprosessloven.....	17
2.5.1 Paragraf 239.....	17
2.5.2 Paragraf 239 a.....	17
2.5.3 Paragraf 239 b og 239 c.....	18
2.5.4 Paragraf § 239 d.....	21
3 Rettferdig rettergang.....	22
3.1 EMDs krav ved føring av middelbare bevis.....	22
3.1.1 Storkammeravgjørelser.....	22
3.1.2 Vronchenko mot Estland.....	25
3.1.3 A.S mot Finland.....	27
3.2 Tilfredsstillende reglene om tilrettelagte avhør kravene oppstilt i EMDs praksis?.....	30
3.2.1 Kontradiksjon og varsling ved tilrettelagte avhør.....	30
3.2.2 Forsvarerbistand under tilrettelagte avhør.....	33
4 Oppsummering og harmonisering.....	36
5 Rettspolitiske betraktninger.....	38
5.1 Ulike nordiske løsninger.....	38

5.1.1	Island.....	38
5.1.2	Sverige	39
5.1.3	Danmark.....	40
5.2	Bør modellen med tilrettelagte avhør justeres?	41
	Litteraturliste.....	46

1 Tema og problemstilling

Bekjempelse av vold og seksuelle overgrep mot særlig barn har de siste årene vært et viktig satsningsområde fra politiske myndigheter, riksadvokaten og andre aktører.^{1 2 3}

Oppmerksomheten på området har medført markant økning i antallet anmeldelser, etter statistikk fra STRASAK har antallet anmeldelser av seksuell omgang med barn under 16 år økt med 150 % fra 2012 til 2016.⁴ Fortsatt antas det likevel å være store mørketall.⁵ For å intensivere arbeidet ble det innført nye bestemmelser i Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter strprl) om tilrettelagte avhør.⁶ Bestemmelsene § 239 - 239 f trådte i kraft 2. oktober 2015 og avløste den tidligere dommeravhørsordningen.

Endringene er gjort med den hensikt å korte ned ventetiden på avhør samt effektivisere og forenkle etterforskningen slik at flere overgrep kan avdekkes og barn kan gis sterkere vern.⁷ Et grep for å nå målene er omorganiseringen av avhørene gjennom ansvarsoverføringen fra domstolen til politiet. Påtalemyndigheten skal dermed innta en objektiv rolle i å belyse faktum og deretter aktorere saken.⁸ Avhøret skal som tidligere føres som middelbart bevis i hovedforhandling jf. strprl § 298. Siktetes kontradiksjon ivaretas ved muligheten for supplerende avhør der hans spørsmål indirekte kan stilles barnet jf. strprl § 239 c i forkant av hovedforhandling.

For å senke terskelen for bekymringsmeldinger om mulige overgrep og effektivisere etterforskningen er en endring fra tidligere hovedregelen om utsatt varsling av mistenkte. I de tilfeller siktelse er tatt ut, men siktede likevel ikke skal varsles er hovedregelen at heller ikke forsvarer varsles jf. strprl § 239 d, bokstav b. Etter departementets vurdering gir dette barn og sårbare personer bedre vern enn tidligere fordi etterforskningen i større grad kan skjermes og fordi mistenkte ikke vil kunne påvirke barnets forklaring.⁹

¹ Handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014 og Prop 12 S (2016-2017)

² Redd Barna, Kartlegging av befolkningens kunnskaper og holdninger til seksuelle overgrep mot barn, 2015 s. 2

³ Riksadvokatens mål og prioriteringsrundskriv 1/2015 s. 10, 1/2016 s. 7 og 1/2017 s. 7

⁴ Politiet, Anmeldt kriminalitet og straffesaksbehandling 2016 s. 18-19

⁵ NOVA rapport nr. 20/2007 s. 9-12

⁶ Lov 4. september 2015 nr. 87 om endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig fornærmede og vitner)

⁷ Prop 112 L (2014-2015) s. 6

⁸ Strprl § 239 a

⁹ Prop 112 L (2014-2015) s. 6 og s. 48-49

Prosessuelle prinsipper som varsling, bevisumiddelbarhet og kontradiksjon er dermed nedtonet til fordel for taktiske hensyn i etterforskning av vold og overgrep. En fare ved for tung vektlegging av etterforskningshensyn er at balansen mellom rettssikkerheten for den mistanken rettes mot og hensynet til effektiv etterforskning blir skjev.

En rekke internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert medfører sikreplikten ovenfor barn og sårbare voksne.¹⁰ Sikreplikten skal gjennomføres både gjennom et beskyttende lovverk og gjennom effektiv håndhevelse av lovverket.¹¹ Et for tyngende og effektivt strafferettsapparat i denne sammenhengen kan likevel være problematisk etter forpliktelsene Norge har etter Europarådets konvensjon 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) art. 6 som gir siktede rett til en rettferdig rettergang. Den overordnede problemstillingen i oppgaven vil dermed være hvorvidt tilrettelagte avhør balanserer hensynet til mistenkte og siktedes rettigheter på en heldig måte. Problemstillingene som særlig berøres er hovedreglene i strprl § 239 b første ledd om utsatt varsling av mistenkte og § 239 d, bokstav b, om unnlatt varsling av siktedes forsvarer i de tilfellene siktede skal gis utsatt varsling om tilrettelagte avhør.

1.1 Videre fremstilling

Avhandlingen vil videre i kapittel 1 raskt gå gjennom avgrensning, metode, begrepsavklaring og historisk utvikling. I kapittel 2 vil relevante grunnlovsbestemmelser, folkerettslige forpliktelser og sentrale bestemmelser om tilrettelagte avhør bli redegjort for slik at hensynene bak reglene kan belyses. Spørsmålene oppgaven reiser om mistenkte og siktedes rettigheter ved føring av middelbare bevis der barnet utgjør et hovedvitne redegjøres for i kapittel 3 hvor gjeldende rett etter EMD vil forsøkes fastlagt. Videre vil det foretas en sammenligning av hvorvidt de nye reglene om tilrettelagte avhør harmonerer med hva som kan utledes fra EMD i kapittel 4. Fordi balansen mellom hensynet til den mistanken retter seg mot kontra hensynet til bekjempelse av overgrep i stor grad er et rettspolitisk spørsmål vil det rettspolitisk drøftes om reglene om tilrettelagte avhør finner god balanse ut fra grunnprinsipper i straffeprosessen og hensynet til barnet sett opp mot EMDs praksis og løsningene som er valgt i andre nordiske land avslutningsvis i kapittel 5.

¹⁰ EMK, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs Barnekonvensjon og FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne (CPRD)

¹¹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (Bergen 2011) s. 44 flg.

1.2 Avgrensning

Fokuset i oppgaven vil være på etterforskningsfasen av et mulig overgrep da det er på denne tiden muligheten for kontradiksjon av vitnet vil være aktuell.

Reglene om tilrettelagte avhør omfatter både barn under 16 år og særlig sårbare voksne, det er svært liten forskjell i reglene tilknyttet de to gruppene. På grunn av dette har jeg valgt å legge fokuset på barn under 16 år og avgrense mot de særlige utfordringer som gjelder når det tas tilrettelagte avhør av psykisk utviklingshemmede og andre grupper sårbare voksne. I avhandlingen vil begrepet vitne brukes om både vitner og fornærmede.

Det vil ikke bli forsøkt på en vurdering av bevistyngheten tilrettelagte avhør bør ha, eller i hvilken grad barn eller psykisk utviklingshemmede er troverdige vitner utover en henvisning til den generelle svakhet ved at vitnene er barn og psykisk utviklingshemmede.

Et rettssikkerhetsspørsmål som dukker opp i tilknytning til siktedes rettigheter ved tilrettelagte avhør er om barn og psykisk utviklingshemmede som begår alvorlig kriminalitet også burde avhøres ved tilrettelagte avhør som obligatorisk regel. Etter dagens regler har kun vitner denne retten. Siktede barn og sårbare voksne skal som utgangspunkt avhøres med samme rettigheter og plikter som voksne siktede.¹²

En vurdering av disse spørsmålene vil bære for langt og vil ikke være tema for oppgaven.

1.3 Metode

Ettersom Norge er folkerettslig forpliktet til å vedta lover og tolke disse innen rammene av våre folkerettslige forpliktelser vil EMK og domstoltolkning fra EMD vektlegges i avhandlingen.

Fordi reglene om tilrettelagte avhør trådte i kraft 2. oktober 2015 eksisterer det per nå lite høyesterettspraksis som kan benyttes som rettskilder ved fortolkningen. På grunn av dette vil forarbeidet Prop 112 L (2014-2015) til de nye reglene om tilrettelagte avhør isteden bli tillagt større tyngde ved fortolkningen. Etterarbeidet «Arbeidsgruppe for gjennomgang av regelverket om dommeravhør og observasjon av barn og psykisk utviklingshemmede»

¹² Sæverud-utvalget s. 48, jf. også ordlyden i strprl § 239 og påtaleinstruksen § 8-12 som gjelder vitner

(Sæverud-utvalget) har vært sentral for forarbeidet, og gir argumentasjon og støtte som er anvendt i oppgaven.

Det eksisterer i liten grad litteratur som konkret omhandler de nye reglene om tilrettelagte avhør. Et unntak er en betenkning til reglene om tilrettelagte avhør skrevet av Professor Jon Petter Rui ved juridisk fakultet i Bergen. Betenkningen er inntatt i Sæverud-utvalgets rapport¹³ og også gjengitt i Tidsskrift for strafferett¹⁴ og blir brukt som støtte i oppgaven. Øvrig litteratur som brukes vil overveiende være generell litteratur knyttet til EMK.

3. november 2016 avga straffeprosessutvalget utredning NOU 2016 nr. 24 om utkast til ny straffeprosesslov. I rapporten finnes det forslag til endringer av gjeldende modell med tilrettelagte avhør. Tanker herfra vil anvendes til å underbygge argumentasjonen. Ettersom NOU 2016 nr. 24 ikke har resultert i lov er den likevel foreløpig av begrenset vekt.

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Barn og særlig sårbare personer

Etter De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) art. 1 defineres et barn som en person under 18 år. Etter reglene om tilrettelagte avhør § 239 skal tilrettelagte avhør benyttes ved avhør av vitner under 16 år og det vil med barn i oppgaven derfor menes barn under 16 år.

Særlig sårbare personer er etter ordlyden i § 239 tredje ledd «...vitner med psykisk utviklingshemming eller annen funksjonsnedsettelse som medfører samme behov for tilrettelagte avhør...» Fordi slike vitner, på grunn av kognitive vansker ofte har vanskeligheter med å gi en god forklaring for retten skal disse avhøres ved tilrettelagte avhør jf. § 239 tredje ledd. Psykisk utviklingshemmede og andre sårbare personer følger i all hovedsak de samme regler som barn ved tilrettelagte avhør og jeg har som nevnt i punkt. 1.2 valgt å avgrense til barn under 16 år.

¹³ Sæverud-utvalget s. 126-139

¹⁴ Jon Petter Rui, Nytt fra menneskerettighetsdomstolen, *Tidsskrift for strafferett* nr. 3/2011 s. 328-337

1.4.2 Politiets objektivitetsplikt

Politiet skal avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare forhold i samsvar med regler gitt i eller i medhold av lov.¹⁵ Politiet er organisatorisk underlagt Justis- og beredskapsdepartementet, men under etterforskning underlagt påtalemyndigheten jf. strprl § 225.¹⁶ For både politiet og påtalemyndigheten gjelder det en objektivitetsplikt på alle stadier av etterforskningen etter strprl § 226 jf. § 55.

Objektivitetsplikten ved etterforskning angis i strprl § 226 tredje ledd: *«Er en bestemt person mistenkt, skal etterforskningen søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham.»*

Departementet uttaler at det foreligger en skjerpet objektivitetsplikt for politiet under tilrettelagte avhør. Etter § 239 a er avhørsleder pålagt tilsvarende plikt som den domstolen tidligere hadde i strprl § 136 om å våke over at saken blir fullstendig opplyst.¹⁷

1.4.3 Statens barnehus

Statens barnehus er lokalet der avhør av barn foretas. Etter § 239 f skal alle tilrettelagte avhør som utgangspunkt tas på barnehus. Det finnes i dag 11 barnehus i Norge, disse er administrativt underlagt Politiet.¹⁸ Avhøret tas av en spesialutdannet polititjenesteperson under ledelse av en påtalejurist med utvidet påtalekompetanse som følger avhøret fra et bisitterrom sammen med de andre aktørene. Ansatte ved barnehuset har barnefaglig kompetanse eller spesialkompetanse om psykisk utviklingshemmede, og ivaretar og følger opp barn som er innkalt til avhør som vitner eller fornærmet jf. forskrift om tilrettelagte avhør § 5. De ansatte ved barnehuset skal også med sin kompetanse sikre at avhørsleder får et godt grunnlag for sine beslutninger ved å gi råd og innspill om vitnet.¹⁹ Tilstedeværende i bisitterrommet skal være vitnets bistandsadvokat og siktedes forsvarer når siktede er varslet, avhøret kan følges av representant fra barnevernet, vitnets verge eller øvrige representanter fra påtalemyndigheten eller politiet jf. § 239 d.

¹⁵ Politiloven § 2

¹⁶ Politiloven § 15 og NOU 1984:27 s. 11

¹⁷ Prop 112 L (2014-2015) s. 49 og s. 108

¹⁸ Statens barnehus, Årsrapport/POD 2015 s. 4

¹⁹ Forskrift om tilrettelagte avhør § 5

1.5 Historisk utvikling av barneavhør i Norge

Egne regler om barneavhør er ikke et nytt fenomen i Norge. Den første bestemmelsen om barneavhør kom allerede i 1926²⁰ og kom til uttrykk i straffeprosessloven av 1887 § 332 siste ledd hvor det fremgikk:

«I saker om forbrydelser eller forseelser mot sedelighet trer opplesning av rettslig forklaringer som er avgitt av vidner under 16 år (...) i stedet for personlig avhøring, medmindre retten av særlige grunner finner det uundgåelig å måtte innhente vidnets muntlige forklaring»

Bestemmelsen medførte at vitner under 16 år som hovedregel kunne slippe å bli ført som muntlige vitner under hovedforhandling slik barnet hadde måttet tidligere. Hensynet bak regelen var, den gang som nå, å beskytte barnet²¹ og kom etter initiativ fra Norske Kvinders Nationalråd som mente man ved å la barn slippe å forklare seg direkte for retten kunne motvirke «...uheldige følger av at barn gang på gang og ofte med lange mellomrum skal gjenopfriske minner og omhandle forhold de helst bør få glemme snarest mulig».²²

I forarbeidene til § 332 siste ledd er det inntatt et skriv fra riksadvokaten. Etter riksadvokatens syn trakk hensynet til barnet i retning av at barn bør slippe å avgi forklaring for retten, mens hensynet til barns rettssikkerhet trakk i retning av at barn fremdeles burde føres som direkte vitner. Riksadvokatens bekymring var at indirekte vitnesbyrd kunne svekke forklaringens bevisverdi fordi retten ikke våget å tillegge forklaringen samme vekt som hvis barnet hadde forklart seg direkte for retten.²³

Det er interessant å merke seg at riksadvokaten i forarbeidet til § 332 siste ledd nevner at barnevitner i sedelighetssaker er mye diskutert internasjonalt, men at han ikke vet om noe land som har lovregulert forholdet.²⁴ I følge Anne Robberstad tyder ting på at Norge var første land i verden som innførte egne regler om at barn kunne slippe å avgi forklaring direkte for retten.²⁵

²⁰ Lov om forandringer i lov 1. Juli 1887 om rettergangsmåten i straffesaker 12. mars 1926 nr. 4

²¹ Anne Robberstad, *Bistandsadvokaten* (Oslo 2014) s. 132 med henvisning til Innst.O.nr. 18 (1926) s. 1

²² Robberstad (2014) s. 132 med henvisning til Innst.O.nr. 18 (1926) s. 1

²³ Robberstad (2014) s. 132 med henvisning til Ot.prp. nr. 6 (1926) s. 3

²⁴ Robberstad (2014) s. 132 med henvisning til Ot.prp. nr. 6 (1926) s. 3

²⁵ Robberstad (2014) s. 132

Ved vedtakelsen av § 332 siste ledd vedtok man at forklaringen som hovedregel skulle tas imot av en dommer utenfor rettsmøte. Dommeren skulle avhøre barnet personlig, tidvis sammen med barnets forelder der dette var mulig, men uten at representanter fra påtalemyndigheten eller forsvarer var tilstede.²⁶

Ordningen ble revurdert i 1969 i utkastet til dagens straffeprosesslov. Der ble det foreslått at avhøret skulle tas opp på lydbånd og at en representant fra påtalemyndigheten samt forsvareren skulle være tilstede under avhøret av barnet. På denne måten kunne unøyaktigheter ved dommerens avhør korrigeres, bakgrunnen var frykt for at ordningen var for lite egnet til å sikre siktedes rettsikkerhet.²⁷

Flertallet av høringsuttalelsene var kritiske og mente at tilskuere kunne virke forstyrrende på forklaringen og skape en følelse av utrygghet for barnet, synspunktet hos flertallet var at dommeren, som den objektive part best ivaretok både barnet og den mistenktes rettigheter og fikk opplyst saksforholdet slik at resultatet ble materielt riktig. Ved at man tok lydopptak mente høringsinstansene at også rettsikkerheten ville bli ivarettatt.²⁸

Departementet stilte seg bak høringsinstansenes kritiske syn på lovutkastet og videreførte dommeravhørsordningen som før i straffeprosessloven av 1981 i § 239 med krav til at avhøret ble tatt opp på lydbånd²⁹. I 1994 ble det vedtatt at avhøret skulle tas opp på videokassett og at dommeren som hovedregel skulle tilkalle en særlig skikket person til å ta imot forklaringen.³⁰

Fra nyere tid kan det nevnes tre sentrale dommer som endret gjeldende rett og som har vært sentrale for utformingen av modellen med tilrettelagte avhør.

Rt. 1993 s. 1118 hvor Høyesterett konkluderte med at et dommerleddet avhør rammes av ordlyden i strprl § 82 «*Den mistenkte får stilling som siktet når (...) forfølgning mot ham er innledet ved retten.*»³¹ Dette medførte at mistenkte i dommeravhørssaker etter 1993 automatisk fikk status som siktet og medførte lovendring til at forsvareren som hovedregel skulle overvære avhøret.³²

²⁶ Straffeprosessloven av 1887 §§ 266 tredje ledd og 275 tredje ledd.

²⁷ NUT 1969:3 s. 275-276

²⁸ Ot.prp.nr 35 (1978-1979) s. 188-189

²⁹ Ot.prp.nr 35 (1978-1979) s. 190

³⁰ Innst.O.nr.39 (1993-1994) kapittel 5 (komiteens merknader)

³¹ Rt. 1993 s. 1118 s. 1120

³² Lov 1. juli 1994 nr. 50 om endringer i straffeprosessloven m.v § 239

I Rt. 1999 s. 586 la Høyesterett til grunn at siktede i saker der det er tatt dommeravhør etter EMK art. 6 nr. 3 d har krav på å komme i kontakt med forsvarer før dommeravhøret tas slik at han fikk mulighet til å kontradiktere barnet indirekte gjennom forsvareren. Blir avhøret tatt uten at dette har vært tilfelle må avhøret foretas på nytt eller avskjæres av hensyn til kontradiksjonen.³³

Rt. 2011 s. 93 slo fast at det ikke foreligger identifikasjon mellom siktede og forsvarer ved tilrettelagte avhør. Dette medfører at forsvareren ikke kan foreta prosesshandlinger uten at siktede har vært inkludert i prosessen eller forespurt om spørsmål han ønsker stilt til vitnet.³⁴

³³ Rt. 1999 s. 586 på s. 589

³⁴ Rt. 2011 s. 93 avsnitt 28 og 38-39

2 Rettskildebildet

2.1 Grunnloven

Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (heretter Grl) verner både barn og siktede.

Av § 104 annet og tredje ledd følger det: *«Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»*

Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie»

Barn har i kraft av å være mennesker tilsvarende vern som voksne. Bakgrunnen for en egen bestemmelse er barns ofte svake stilling, og ønsket om å løfte frem deres sårbare stilling og sikre deres behov.³⁵

«Barnets beste» tyder etter ordlyden på å være et hensyn som skal vektlegges tungt i handlinger og avgjørelser som gjelder barn. En naturlig språklig forståelse av «*grunnleggende hensyn*» tilsier at «*barnets beste*» i utgangspunktet bør gis større tyngde enn andre interesser i tilfeller hvor det foreligger konflikt mellom barnet og et kryssende hensyn.

Grl § 95 sikrer siktedes rett til rettferdig rettergang. Av bestemmelsen fremgår det:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig...»

En rettferdig rettergang er fundamentet for at rettstaten skal ha noen realitet. Etter forarbeidene til § 95 er sentrale elementer i begrepet retten til å la seg representere av en advokat, retten til å gjøre seg kjent med anklagene mot seg, retten til kontradiksjon ved å forsvare seg mot anklager, retten til tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar og retten til å føre og eksaminere vitner.³⁶

³⁵ Innst. 169 S (2012-2013) s. 14

³⁶ Innst. 69 S (2012-2013) s. 11

2.2 Motstriden i Grunnloven § 95 og § 104

Grunnloven § 95 gir siktede rett til kontradiksjon, i kjernen av denne rettigheten er mulighet til å krysseksaminere vitner. Det er på det rene at en total gjennomføring av denne retten kan være skremmende og ubehagelig for barnet, særlig om barnet selv er fornærmet i saken slik at slik gjennomføring kan være i strid med barnets beste.

Retten til kontradiksjon er likevel en grunnlovsvernet rett. Fordi barnet i mange tilfeller utgjør det sentrale bevis for å dømme tiltalte synes det avgjørende at tiltalte gis romslig anledning til å kontradiktere anklagene ved å stille barnet spørsmål slik at uriktige domfellelser unngås.

Det oppstår da en motstridssituasjon mellom Grl § 95 og § 104 med lik trinnhøyde. Avveiningen mellom disse rettighetene utgjør mye av rammen rundt avhandlingen. For å videre kunne vurdere hvordan tilrettelagte avhør kan avveie hensynene ser jeg det som hensiktsmessig først å vise til hvordan grunnlovsbestemmelsene skal avpasses i forhold til hverandre.

Etter Grl § 104 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn.

Det fremgår av forarbeidene til Grl § 104 at formuleringen «*barnets beste*» med vilje ligner ordlyden i Barnekonvensjonen art. 3 og at praksis relatert til denne bestemmelsen vil være nyttige i grunnlovsfortolkningen av hvordan barnets beste skal forstås.³⁷

I Rt. 2015 s. 693 viser Høyesterett til FNs barnekomites generelle kommentar til art. 3 (CRC) for hvordan § 104 skal tolkes.³⁸ I CRC fremgår det at art. 3 nr. 1 favner over et bredt område med mange typetilfeller slik at «*barnets beste*» må fortolkes fleksibelt når det kolliderer med andre rettigheter.³⁹

I Rt. 2015 s. 833 var spørsmålet om en mor med aleneomsorg for en 16 åring med psykiske lidelser skulle idømmes ubetinget fengsel eller samfunnsstraff. Høyesterett uttalte om fortolkningen av Grl § 104 og Barnekonvensjonen art. 3: «*Det følger av disse bestemmelsene at ved handlinger og avgjørelser som gjelder barn, skal barnets beste være et grunnleggende*

³⁷ Dok nr. 16 (2011-2012) s. 192

³⁸ Rt. 2015 s. 693 avsnitt 10

³⁹ General Comment no. 14 avsnitt 39

hensyn. At barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, betyr imidlertid ikke at det alltid skal få utslagsgivende vekt.»⁴⁰

CRC – General Comment No. 14 som Høyesterett anvendte som tolkningskilde⁴¹, uttaler om kollisjonstilfeller mellom hensynet til barnet og andre hensyn: *«If harmonization is not possible, authorities and decision-makers will have to analyse and weigh the rights of all those concerned, bearing in mind that the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration means that the child's interests have high priority and not just one of several considerations. Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best.»⁴²*

Kommentaren harmonerer med Høyesteretts slutning. Barnets beste har ikke utslagsgivende tyngde i alle kollisjonstilfeller, men skal vektes med prioritet foran andre hensyn i en helhetlig vurdering.

I lys av dette kan det konkluderes med at hensynet til barnets beste gir § 104 forrang ovenfor § 95. § 104 kan dermed beskjære utgangspunktene om umiddelbar vitneføring og muntlig krysseksaminasjon som tiltalte ellers ville hatt rett på, om dette kolliderer med hensynet til barnets beste.

2.3 Folkerettslige forpliktelser

Etter Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter mrl) § 2 skal blant annet EMK og Barnekonvensjonen gjelde som norsk rett.

Det fremgår av mrl § 3: *«Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning»*

EMK Art. 8 pålegger Norge en folkerettslig forpliktelse til å beskytte borgernes, herunder barns rett til privatliv og fysisk integritet. Barnekonvensjonen art. 19 forplikter Norge å: *«...treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk...»*

⁴⁰ Rt. 2015 s. 833 avsnitt 14

⁴¹ Rt. 2015 s. 693 avsnitt 10 og Rt. 2015 s. 833 avsnitt 14

⁴² General comment No. 14 avsnitt 39

Norge har dessuten ratifisert De forente nasjoners internasjonale konvensjon 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) og undertegnet Europarådets konvensjon 12. juli 2007 om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbruk (Lanzarote-konvensjonen).

EMK Art. 6 pålegger staten plikt til å sikre siktede rettferdig rettergang.

For oppgaven vil art. 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 være av særlig interesse.

Det fremgår av Art. 6 nr. 1: *«For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov...»*

Etter art. 6 nr. 3 bokstav d fremgår det: *«Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal ha følgende minsterettigheter:*

Å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham, og få innkalt og avhørt vitner på hans vegne under samme vilkår som vitner ført mot ham»

Kjerneområdet for retten til kontradiksjon er muligheten for krysseksaminasjon enten fra siktede eller gjennom dennes forsvarer jf. ordlyden *«...Å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham...»*

Utgangspunktet for gjennomføring av krysseksaminasjon etter hovedbevislæren er fastslått i Ünterpertinger mot Østerrike fra 1986. I dommen knesetter EMD hovedregelen tiltaltes rett til å krysseksaminere vitner som vil være sentrale i å bevise tiltaltes skyld, såkalte hovedbevis. Faktum i dommen var en familievoldssak der mor og datter, nektet å avgi forklaring eller la seg krysseksaminere i retten ved å henvise til vitnefritaksregelen fordi tiltalte var faren i familien. Aktor leste isteden opp politiforklaringene de to hadde avgitt tidligere i politiavhør slik at tiltalte kun fikk kontradiktere aktors opplesning og ikke kunne krysseksaminere vitnene. Dette medførte at kontradiksjonen ikke ble gjennomført på forsvarlig måte og ledet til krenkelse av art. 6 ettersom mor og datter utgjorde hovedbevis for å bevise tiltaltes skyld.⁴³

I spørsmålet om rettergangen har vært rettferdig må art. 6 nr. 3 sammenholdes med artikkelens nr. 1 for å se om rettergangen har vært rettferdig samlet sett. Dette medfører at

⁴³ Ünterpertinger mot Østerrike avsnitt 28-33

selv om det ikke foreligger noen klar enkeltkrenkelse av kravene som er opplistet i ordlyden vil rettergangen likevel kunne bryte med art. 6.⁴⁴

Artikkel 6 nr. 3 bokstav d har sitt tyngdepunkt under hovedforhandling,⁴⁵ men gjelder under hele rettergangen og kan få anvendelse på etterforskningsfasen.⁴⁶ Fordi barneavhør trer istedenfor muntlige avhør i hovedforhandling vil tilrettelagte avhør falle innunder art. 6.⁴⁷

2.4 Forholdet mellom norsk rett og Norges folkerettslige forpliktelser

Grunnlovens § 92 ble endret gjennom en grunnlovsrevisjon 13. mai 2014.⁴⁸ Bestemmelsen har nå følgende ordlyd: «*Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.*»

EMK og Barnekonvensjonen er bindende traktater om menneskerettigheter for Norge og er også inkorporert i lovgivningen gjennom mrl § 2.

I HR-2016-2554-P konkluderte Høyesterett enstemmig i at § 92 ikke er å forstå som en inkorporasjonsbestemmelse som gir alle Norges folkerettslige forpliktelser trinnhøyde med Grunnloven. Bestemmelsen skal forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve og respektere menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.⁴⁹

Forarbeidsinnstillingen til bestemmelsen uttrykker at formålet fra lovgiver var å styrke menneskerettighetene og å presisere myndighetenes plikt til å respektere disse ved å eksplisitt uttale dette i Grunnloven.⁵⁰

Bestemmelsen må derfor forstås som en presisering av den positive plikten staten har til å sikre og respektere folkerettslig bindende menneskerettighetene i Norge gjennom harmonisering av lovverk, sosiale og administrative tiltak og i føringen av politikk.

⁴⁴ Strand og Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall* (Oslo 2015) s. 147

⁴⁵ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (Oslo 2015) s. 481

⁴⁶ Erik Møse, *Menneskerettigheter* (Oslo 2002) s. 339.

⁴⁷ Matningsdal, *Siktedes rett til å krysseksaminere vitner* (Bergen 2007) s. 237-238

⁴⁸ Res. 14. mai 2014 nr. 628

⁴⁹ HR-2016-2554-P avsnitt 69-70

⁵⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 4

I harmoniseringen foreligger det en skjønnsmargin for medlemstaten innen relative rammer. Dette har bakgrunn i den naturlige spennningen mellom medlemsstatenes egne rettslige særpreg og kulturer kontra EMK som en overordnet og universell menneskerettskonvensjon. I lys av denne spennningen har EMD utviklet prinsippet ”Margin of Appreciation”, Statens skjønnsmargin.⁵¹

Prinsippet om Statens skjønnsmargin går ut på at EMK og EMD setter rammer for myndighetenes utøvelse av inngrep ved å oppstille minimumsrettigheter. Innenfor rammene av minimumsrettighetene kan statene vektlegge andre hensyn og tilpasse lovverket på nasjonalt plan.⁵²

Hva gjelder avgjørelsene fra EMD kalibreres disse etter de faktiske forhold i en konkret sak. Dette medfører at EMDs praksis ikke alltid kan tillegges ubetinget generell virkning på lignende saker. EMDs praksis må vurderes opp mot konvensjonsbestemmelsenes formål og forholdsmessigheten ovenfor partene i den konkrete sak. Det klare utgangspunkt er at jo lenger statens myndigheter beveger seg vekk fra EMDs prinsipper jo bedre må begrunnelsen for fravikelsen forankres i andre mer tungtveiende hensyn.⁵³ En variabel i EMDs vurderinger er inngrepets styrke. Statens skjønnsmargin legger dermed i mange tilfeller opp til at myndighetene må vurdere forholdsmessigheten og formålmessigheten av inngrepet som skal foretas.⁵⁴

⁵¹ Se f.eks Handyside mot Storbritannia avsnitt 48-49 og Sunday-Times mot Storbritannia avsnitt 58-59

⁵² Strand og Larsen (2015) s. 80

⁵³ Rui (2011) 328-337

⁵⁴ Aall (2011) s. 144

2.5 Reglene i Straffeprosessloven

De sentrale bestemmelsene om tilrettelagte avhør for oppgaven er strprl §§ 239 – 239 d.

2.5.1 Paragraf 239

Bestemmelsen angir rammen for når tilrettelagte avhør skal benyttes og hvem som kan avhøres.

Det fremgår av bestemmelsens første og andre ledd:

«Tilrettelagt avhør skal benyttes ved avhør av vitner under 16 år i sak om overtredelse av straffeloven kapittel 26, §§ 273, 275, 282 eller 284.

Tilrettelagte avhør kan og benyttes ved avhør av vitner under 16 år i saker om andre straffbare forhold om hensynet til vitnet tilsier det...»

Forholdene der tilrettelagte avhør etter første ledd *skal* benyttes er saker om seksuallovbrudd, kroppsskade, drap, mishandling i nære relasjoner og kjønnslemlestelse og vitnet er under 16. Tilrettelagte avhør *kan* også tas i saker om andre straffbare forhold når vitnet er under 16 år.⁵⁵

2.5.2 Paragraf 239 a

§ 239 a angir den praktiske gjennomføringen av avhøret. Etter første ledd fremgår det:

«Tilrettelagt avhør tas av en politietterforsker under ledelse av en påtalejurist med utvidet påtalekompetanse. Avhørsleder fastsetter tidspunkt for avhøret. Avhørsleder skal ha et særlig ansvar for å fremkalle en klar og sannferdig forklaring og våke over at saken blir fullstendig opplyst»

Bestemmelsens første ledd gir uttrykk for ansvarsoverføringen fra domstolen til politiet. Ved vedtakelsen av bestemmelsen anså lovgiver det som nødvendig å presisere den generelle objektivitetsplikten til påtalemyndigheten i strprl § 226 tredje ledd jf. § 55 fjerde ledd.⁵⁶

Etter tredje ledd følger det:

⁵⁵ Prop 112 L (2014-2015) s. 107

⁵⁶ Prop 112 L (2014-2015) s. 52

«Tilrettelagte avhør skal tas opp på video. Dersom det av hensyn til vitnet ikke lar seg gjøre å ta videoopptak av avhøret skal det tas lydopptak.»

EMD har lagt til grunn at opptak av avhør er en absolutt minimumsgaranti for å garantere mistenktes rettssikkerhet etter EMK art. 6 i tilfeller der vitnet som har avgitt forklaringen utgjør et hovedbevis og umiddelbarhetsprinsippet må fravikes av hensyn til vitnet.⁵⁷

Det følger av Forskrift om tilrettelagte avhør at avhører må gjennomføre Politihøgskolens spesialutdanning i avhør av barn og unge.⁵⁸ Hensynet til mistenktes rettssikkerhet tilsier at dette er en nødvendig ordning ettersom det kan plantes feilinformasjon hos barn eller innhentes upresise eller feilaktige forklaringer om riktige avhørsteknikker ikke benyttes.⁵⁹

2.5.3 Paragraf 239 b og 239 c

§ 239 b gir utgangspunktene for mistenkte og siktedes stilling under etterforskningen og ved gjennomføringen av tilrettelagte avhør. Etter første ledd fremgår det:

«Første tilrettelagte avhør av et vitne skal som hovedregel tas uten at mistenkte blir varslet. Er mistenkte allerede siktet i saken og det anses ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen, skal han likevel varsles om avhøret. Har politiet skjellig grunn til å mistenke en navngitt person og det anses ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen at vedkommende varsles, skal politiet ta ut siktelse og varsle om avhøret.»

Bestemmelsen angir en hovedregel om utsatt varsling av mistenkte i saker om tilrettelagte avhør. Hensynet bak er at vitner kan komme i potensielt farlige situasjoner om mistenkte varsles og at terskelen for å melde fra kan bli lavere for fornærmede selv⁶⁰ og for andre som sitter med mistanker.⁶¹ Forarbeidene legger videre til grunn at regelen om utsatt varsling er godt egnet til å oppfylle forpliktelsen til å beskytte barn etter Grunnloven § 104 og internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert.⁶²

Etterforskningstaktisk er regelen god. Ved å holde avhøret skjult gis ikke mistenkte anledning

⁵⁷ A.S mot Finland, avsnitt 56

⁵⁸ Forskrift om tilrettelagte avhør § 4

⁵⁹ Kari Trøften Gamst, *Profesjonelle barnesamtaler* (Oslo 2013) 63-65

⁶⁰ St.Meld. 45 (2012-2013) s. 37

⁶¹ Prop 112 L (2014-2015) s. 53-54

⁶² Prop 112 L (2014-2015) s. 59

til å forsøke å påvirke vitnets forklaring i forkant. Man unngår også at mistenkte rekker å kvitte seg med bevismateriale.⁶³

Forarbeidene hevder en hovedregel om varsling ville medført en uforholdsmessig situasjon for politiet ettersom det i mange tilfeller da ville være nødvendig med forebyggende aksjoner for å hente ut barn, pågripe mistenkte eller forsøke å beslaglegge bevismateriale før mistenkte varsles.⁶⁴ Forarbeidene hevder videre at regelen ivaretar mistenkte fordi han unngår belastningen i å bli utsatt for tvangsinngrep i forebyggende aksjoner for de tilfeller mistanken avkreftes.⁶⁵

Av bestemmelsens tredje og fjerde ledd fremgår det:

«Når tilrettelagt avhør er gjennomført uten varsel, skal påtalemyndigheten så snart som mulig avgjøre om det er grunnlag for å ta ut siktelse.

Tas det ut siktelse, skal siktede og forsvarer straks få adgang til å gjøre seg kjent med de dokumenter i saken som det er adgang til etter § 242, herunder videoopptak av tilrettelagte avhør. Påtalemyndigheten skal ved forkynning informere siktede om at siktede har adgang til å begjære supplerende avhør av vitnet og at videoopptak av tilrettelagte avhør vil kunne tre i stedet for vitnets personlige forklaring under hovedforhandlingen. Avhørsleder skal gi siktede en frist til å begjære supplerende avhør og siktede skal gis anledning til å rådføre seg med sin forsvarer før fristen går ut.»

Tredje og fjerde ledd omhandler muligheten siktede har til kontradiksjon. Etter forarbeidene skal terskelen for å ta ut siktelse være lav slik at mistenkte får fordel av rettighetene ved å være siktet og anledning til kontradiksjon.⁶⁶ Etter 239 c skal det gjennomføres supplerende avhør om siktede begjærer det, med mindre avhørsleder etter en samlet vurdering finner at dette vil være uforholdsmessig for vitnet jf. § 239 c.

Innvilges begjæringen kan siktede fremsette spørsmål til vitnet om forhold som fremstår uklare eller ikke enda er blitt belyst av politiet. Spørsmål som tar sikte på forhold som

⁶³ Prop 112 L (2014-2015) s. 53 og s. 110

⁶⁴ Prop 112 L (2014-2015) s. 53

⁶⁵ Riksadvokatens retningslinjer tilrettelagte avhør 2015 s. 8-9

⁶⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 57

allerede er belyst skal i utgangspunktet ikke gjentas.⁶⁷ Det er avhørsleder som avgjør om begjæringen skal tas til følge jf. § 239 c tredje ledd, ved uenighet kan spørsmålet kan bringes inn for retten etter § 239 c fjerde ledd.

Etter departementets forklaring i forarbeidene fungerer tilrettelagte avhør todelt. Tilrettelagte avhør består av innledende avhør og supplerende avhør, der innledende avhør fungerer som en forundersøkelse for å bekrefte eller avkrefte mistanken om at barnet er blitt utsatt for noe kriminelt. Innledende avhør gjennomføres med lav terskel og som hovedregel uten å varsle mistenkte/siktede eller forsvarer.⁶⁸ På grunnlag av hva som kommer fram i innledende avhør vurderes det om saken skal henlegges eller om mistenkte skal siktes. Ved siktelse er man over i neste del der siktede får oppnevnt forsvarer etter strprl § 94, gjøres kjent med sakens dokumenter etter strprl § 242 og får anledning til å begjære supplerende avhør etter strprl § 239 c.

Etter forarbeidets syn gir dette siktede bedre kontradiksjon enn tidligere fordi han nå får forberede spørsmål *etter* at han har sett opptaket av avhøret.⁶⁹ Slik regelen fungerer har en nå sammenlignet med tidligere en situasjon der kontradiksjonen utsettes for siktede.

At regelen gir en bedret stilling for siktede begrunnes i at mistenkte etter Rt. 1993 s. 1118 tidligere automatisk fikk siktet status når det ble foretatt dommeravhør.⁷⁰ Av hensyn til bevisforspillelsesfaren dette medførte var det den gang ikke uvanlig å gjennomføre dommeravhøret ved å hente barnet på skolen eller i barnehagen om morgenen og følge det til barneavhørslokalet. Omtrent samtidig pågrep politiet mistenkte og tok med ham til politiavhør. Kontradiksjonen ble så ivaretatt ved at siktede fikk konferert med forsvarer rett før dommeravhøret tok til.⁷¹ I riksadvokatens retningslinjer for tilrettelagte avhør kritiseres denne ordningen fordi den var dårlig egnet til å ivareta siktedes kontradiksjon og uforholdsmessig inngripende i de tilfeller mistanken ble avkrefte under dommeravhøret.⁷²

⁶⁷ Prop 112 L (2014-2015) s. 113

⁶⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 56

⁶⁹ Prop 112 L (2014-2015) s. 49

⁷⁰ Riksadvokatens retningslinjer tilrettelagte avhør 2015 s. 9

⁷¹ Riksadvokatens retningslinjer tilrettelagte avhør 2015 s. 9

⁷² Riksadvokatens retningslinjer tilrettelagte avhør 2015 s. 9

2.5.4 Paragraf § 239 d

§ 239 d første ledd angir hvem som skal være tilstede for å overvære avhøret.

«Tilrettelagte avhør skal følges av:

a. *Vitnets bistandsadvokat*

b. *Siktetes forsvarer, dersom siktede er varslet om avhøret, så fremt det kan skje uten at det er til skade eller fare for vitnet eller etterforskningen»*

Ser man ordlyden i sammenheng med hovedregelen i § 239 b om at mistenkte gis utsatt varsling, må det legges til grunn at bestemmelsen i praksis medfører at forsvarer i sjeldne tilfeller vil være tilstede under innledende avhør.

Bakgrunnen for regelen er departementets fortolkning av gjeldende rett etter Rt, 1999 s. 586 og Rt. 2011 s. 93.⁷³

I Rt. 2011 s. 93 uttaler Høyesterett at gjeldende rett i Norge er at forsvarer ikke identifiseres med siktede og at prosesshandlinger advokaten foretar eller unnlater ikke går utover siktede.⁷⁴ Dommen er tillagt stor betydning i forarbeidene hvor det legges til grunn som utilstrekkelig å ivareta tiltaltes rettigheter ved at forsvarer har vært tilstede uten at disse har vært i kontakt med hverandre og det ikke begjæres supplerende avhør. Et argument for ikke å varsle forsvarer er etter forarbeidene også at forsvarer vil ha dårlige forutsetninger for å vite hvilke spørsmål han bør stille vitnet når han ikke har konferert med siktede.⁷⁵ Riksadvokaten har lagt til grunn samme syn i dette spørsmålet tidligere.⁷⁶

⁷³ Prop 112 L (2014-2015) s. 58

⁷⁴ Rt. 2011 s. 93 avsnitt 28

⁷⁵ Prop 112 L (2014-2015) s. 55

⁷⁶ Ot.prp nr.33 (1993-1994) s. 23-24

3 Rettferdig rettergang

3.1 EMDs krav ved føring av middelbare bevis

Når barn er vitner i straffesaker er det i flere europeiske land regler om at barnet kan slippe å bli ført i hovedforhandling eller undergå direkte krysseksaminasjon.⁷⁷

Som det fremgår i det videre har EMD akseptert fravikelse fra utgangspunktene om bevisumiddelbarhet og direkte krysseksaminasjon i art. 6 dersom årsaken kan begrunnes i tungtveiende hensyn og det kan gjøres tiltak som på andre måter ivaretar en rettferdig rettergang for siktede. I denne sammenheng kan det at vitnet er mindreårig i seg selv aksepteres som et tilstrekkelig tungtveiende hensyn.⁷⁸

For å belyse hvilke rettigheter siktede skal ha og i hvilken grad man kan fravike fra ordlyden før det vil kunne være konvensjonsstridig har jeg tatt utgangspunkt i fire dommer fra EMD om kontradiksjon ved føring av middelbare bevis. Dette er storkammeravgjørelsen Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia fra 2011 og den ferske storkammeravgjørelsen Schatschaschwili mot Tyskland fra 2015, disse tar for seg overordnede prinsipper ved føring av middelbare bevis. De øvrige to er dommeravgjørelsene A.S mot Finland fra 2010 og Vronchenko mot Estland fra 2013. Disse fremstår som mest relevante når det gjelder middelbar bevisføring der vitnet er et barn. Dommeravgjørelsene fortolkes i lys av en rekke andre tilsvarende, men eldre lignende saker hvor barn utgjør hovedvitner.

3.1.1 Storkammeravgjørelser

Storkammeravgjørelsen Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia kaster lys over hvilke overordnede prinsipper som skal legges til grunn for vurderingen når retten til kontradiksjon i art. 6 kolliderer med hensynet til vitnet i art. 8.

Saken gjaldt en begjæring fra engelsk politi om føring av anonymt vitne. Politiet mente det var holdepunkter for at vitnet eller vitnets familie kunne utsettes for represalier om identiteten ble kjent for tiltalte. Begjæring ble tatt til følge av engelsk rett.

⁷⁷ Sæverud-utvalget s. 22-26

⁷⁸ Se eksempelvis A.S mot Finland avsnitt 55, S.N mot Sverige avsnitt 47 og B mot Finland avsnitt 43

Ved vurderingen av om føringen av det anonyme vitnet krenket tiltaltes rett til kontradiksjon startet EMD med å angi hovedregelen etter ordlyden i art. 6 om vitneføring etter hovedbevislæren:

«Article 6 § 3 (d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings.»⁷⁹

Om fravikelse fra utgangspunktet etter art. 6 nr. 3 d og hovedbevislæren uttaler EMD:

«Finally, given the extent to which the absence of a witness adversely affects the rights of the defence, the Court would emphasise that, when a witness has not been examined at any prior stage of the proceedings, allowing the admission of a witness statement in lieu of live evidence at trial must be a measure of last resort. Before a witness can be excused from testifying on grounds of fear, the trial court must be satisfied that all available alternatives, such as witness anonymity and other special measures, would be inappropriate or impracticable»⁸⁰

Man kan trekke ut fra uttalelsene at muntlig krysseksaminasjon og umiddelbar bevisføring utgjør den klare hovedregelen, men at unntak er mulig om dette er nødvendig og kontradiksjonen kan ivaretas på en annen tilstrekkelig måte. Essensen fra dommen som kan anvendes på avhandlingens problemstilling er likevel EMDs uttalelse om at fravikelse fra muntlig krysseksaminasjon kun skal være utveien når alle tilgjengelige alternativer er vurdert som uegnet eller umulige.

En naturlig fortolkning av dette er at fravik fra utgangspunktet om krysseksaminasjon skal foretas etter en forholdsmessighetsvurdering ut fra prinsippet om mildeste inngrep.

For å eksemplifisere bør anonym vitneføring som en klar hovedregel unngås fordi dette bryter med konvensjonsteksten i art. 6 som utgjør utgangspunktet for straffesaksgjennomføringen og fordi tiltaltes kontradiksjonsmulighet begrenses. Der det likevel vurderes som helt nødvendig

⁷⁹ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 108

⁸⁰ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 125

skal det, slik EMD må tolkes, vurderes hvordan føringen kan skje på en så lite inngripende måte som mulig. Holder det at vitnets navn anonymiseres eller kan det gjøres tilpasninger i retten slik at tiltalte ikke kan se vitnet, men fremdeles har krysseksaminasjonen i behold?

Fra Schatschaswili mot Tyskland kan det trekkes ut uttalelser som underbygger forståelsen av at prinsippet om mildeste inngrep legges til grunn ved fravikelse fra utgangspunktene i art. 6. Spørsmålet var opplesning av politiforklaring fra to hovedvitner som hadde forlatt Tyskland av frykt for gjerningspersonene. Tysk påtalemyndighet klarte ikke å oppnå kontakt med vitnene slik at de kunne føres som umiddelbare bevis og krysseksamineres etter hovedbevislæren. Forklaringene vitnene hadde avgitt i politiavhør ble isteden lest opp.⁸¹

EMD uttalte:

«The Court reiterated in that judgment that Article 6 § 3 (d) enshrined the principle that, before an accused could be convicted, all evidence against him normally had to be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument (see Al-Khawaja and Tahery)»⁸²

«According to the principles developed in the Al-Khawaja and Tahery judgment, it is necessary to examine in three steps the compatibility with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention of proceedings in which statements made by a witness who had not been present and questioned at the trial were used as evidence.

The Court must examine

(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statements as evidence

(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction

⁸¹ Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 12-54

⁸² Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 103

(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair.»⁸³

At det må foreligge «good reasons» for fravikelse kan tas til inntekt for at fravikelse skal skje etter prinsippet om mildeste inngrep. Ser man punktet i sammenheng med punkt ii og iii om at retten skal vurdere hvorvidt vitnet eller vitnets forklaring utgjør et hovedbevis og hvorvidt det foreligger tilstrekkelige tiltak for å avbalansere forsvaret når vitnets forklaring ikke kan utsettes for muntlig krysseksaminasjon er det tydelig at fravikelser skal gjennomgå en forholdsmessighetsvurdering.

I spørsmålet om vekting er Al-Khawaja og Schatschaschwili storkammeravgjørelser. Dermed har det formodningen mot seg at EMD kommer til et annet resultat i overskuelig fremtid. De skal derfor gis tung vekt videre i redegjørelsen for gjeldende rett ved middelbar bevisføring og i spørsmålet om tilrettelagte avhør er i tråd med EMDs krav.

3.1.2 Vronchenko mot Estland

Faktum i Vronchenko mot Estland fra 2013 var domfellelse av tiltalte i alle instanser i Estland for en rekke overgrep mot sin 8 år gamle stedatter. I forkant av domstolsbehandlingen ba siktede ved to anledninger om at han og fornærmede kunne konfronteres slik at han personlig kunne krysseksaminere henne. Første forespørsel ble avslått av påtalemyndigheten, andre forespørsel ble aldri besvart. Estisk politi foretok selv totalt tre videoavhør av fornærmede, men spurte aldri siktede om det var spørsmål han ønsket stilt slik at disse kunne fremsettes indirekte gjennom den som avhørte jenta. Siktede og forsvarer tok på sin side heller aldri opp denne muligheten med politiet.⁸⁴

Under rettssakene ble videoavhør av fornærmede avspilt og utgjorde hovedbevis for å dømme tiltalte. Fornærmede selv ble ikke ført som vitne under rettsforhandlingene etter at en psykologuttalelse konkluderte med at direkte forklaring ville kunne være skadelig for jenta.⁸⁵

⁸³ Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 107

⁸⁴ Vronchenko mot Estland avsnitt 6-25

⁸⁵ Vronchenko mot Estland avsnitt 12

Tiltalte hevdet for EMD at retten til rettferdig rettergang etter art. 6 var krenket når han ikke hadde fått anledning til å kontradiktere hovedbeviset gjennom krysseksaminasjon under hovedforhandling. Han klaget også over at han ikke hadde fått stille fornærmede spørsmål i forkant av hovedforhandlingen.⁸⁶

Ved vurderingen av om fravikelsen fra ordlyden i EMK art. 6 medførte krenkelse viste EMD til storkammeravgjørelsen Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og vurderte samme momenter som senere ble oppstilt i Schatschaschwili.⁸⁷

EMD konkluderte med at det var gode grunner for å fravike fra utgangspunktet om bevisumiddelbarhet under hovedforhandling i lys av psykologuttalelsen. Videre var det åpenbart at jenta utgjorde et hovedbevis.⁸⁸

I spørsmålet om det var tilstrekkelig avbalanserende faktorer ble det sentrale spørsmålet for EMD hvorvidt det var vurdert tiltak som var mindre inngripende for fornærmede utover å bli fysisk konfrontert med siktede. Slike mindre inngripende tiltak kunne ifølge EMD for eksempel være indirekte kontradiksjon ved at siktedes spørsmål ble stilt gjennom en politimann eller at siktedes forsvarer kunne delta i avhørene som ble foretatt.⁸⁹ Slike mindre inngripende tiltak ble imidlertid aldri vurdert av påtalemyndigheten i Estland. Dette medførte at kravet til avbalanserende faktorer ikke var oppfylt og at retten til rettferdig rettergang samlet sett ble ansett krenket.⁹⁰

Vronchenko legger til grunn det samme som storkammeravgjørelsene om at en vurdering av mindre inngripende tiltak alltid skal vurderes der siktedes rettigheter etter art. 6 må beskjæres av hensyn til vitnet.

⁸⁶ Vronchenko mot Estland avsnitt 45

⁸⁷ Vronchenko mot Estland avsnitt 57

⁸⁸ Vronchenko mot Estland avsnitt 58-59

⁸⁹ Vronchenko mot Estland avsnitt 61-66

⁹⁰ Vronchenko mot Estland avsnitt 66

3.1.3 A.S mot Finland

A.S mot Finland fra 2010 legger eksplisitt til grunn minimumskravene som skal være til stede når det gjelder avbalanserende faktorer og er vektlagt ved utformingen av tilrettelagte avhør i forarbeidene.⁹¹

Saken gjaldt bekymring fra en lærer om at en åtte år gammel elev kunne være utsatt for overgrep. Politiet ble koblet inn og en politietterforsker avhørte senere gutten på et barnesykehus under iaktakelse av tre barneleger som fulgte avhøret bak et enveisspeil. Etter avhøret og en medisinsk undersøkelse ble det konkludert med at gutten mest sannsynlig var blitt utsatt for et seksuelt overgrep fra en nær bekjent av guttens familie.⁹²

Seks måneder etter avhøret avga en av barnelegene en rapport til politiet hvor det fremgikk at nye avhør kunne være skadelig for gutten og måtte unngås. Dagen etter ble antatt gjerningsmann avhørt som mistenkt og konfrontert med guttens forklaring. Mistenkte anså anklagen som fullstendig absurd, men ønsket i lys av rapporten ikke å kreve nytt avhør. Kort tid etter utferdighet påtalemyndigheten tiltale mot mistenkte.⁹³

Under hovedforhandlingen rettet ikke tiltalte innsigelse mot at avhøret ble avspilt som bevis. Tiltalte mente opptaket viste absurditeten i anklagene og beviste at gutten kun fortalte innøvde setninger. Retten mente imidlertid avspilling var i strid med finsk straffeprosesslov når tiltalte ikke var gitt anledning til å kontradiktere vitnet og avskjærte det.⁹⁴ Tiltalte ble frikjent, men senere dømt i ankesdomstolen der avhøret ble avspilt som bevis. Høyesterett avviste anken.⁹⁵

Til faktum bemerket EMD at siktedes unnlattelse i å begjære nytt avhør av gutten ikke kunne bebreides ham i lys av legerapporten⁹⁶ og konkluderte med at kontradiksjonen var blitt så begrenset at det etter art 6 nr. 3 d sammenholdt med nr. 1 ikke var gitt en rettfærdig rettergang.⁹⁷

⁹¹ Prop 112 L (2014-2015) s. 60-62

⁹² A.S v. Finland avsnitt 9

⁹³ A.S mot Finland avsnitt 10-13

⁹⁴ A.S mot Finland avsnitt 16

⁹⁵ A.S mot Finland avsnitt 23-24

⁹⁶ A.S mot Finland avsnitt 65

⁹⁷ A.S mot Finland avsnitt 75

I dommens avsnitt 56 lister EMD opp tre eksplisitte minimumskrav som må være oppfylt når avspilling av barneavhøret trer i stedet for personlig forklaring:

*«In acknowledging the need to strike a balance between the rights of the defendant and those of the alleged child victim, the Court finds that the following minimum guarantees must be in place: the suspected person shall be informed of the hearing of the child, he or she shall be given an opportunity to observe that hearing, either as it is being conducted or later from an audiovisual recording, and to have questions put to the child, either directly or indirectly, in the course of the first hearing or on a later occasion.»*⁹⁸

Prop 112 L (2014-2015) legger til grunn at Norge må oppfylle minimumskravene ved gjennomføringen av tilrettelagte avhør for å unngå konvensjonskrenkelse.⁹⁹

Minimumskravene er:

1. Siktede skal varsles
2. Siktede skal overvære avhøret når det skjer eller senere gjennom audiovisuelt opptak
3. Siktede skal ha mulighet til å direkte eller indirekte kunne kontradiktere vitnet ved første avhør eller senere

Minimumskrav nr. 2 og 3 må naturlig være til stede for at kontradiksjonen skal ha noen realitet og fremstår ikke som problematiske å forstå. EMD kommer ikke nærmere inn på hva som menes i krav nr. 1 om at mistenkte skal varsles, og det har hersket noe usikkerhet rundt hva som egentlig er ment.^{100 101}

Kravet konteksten oppstilles i tilsier at EMD mener varsling er en minimumsrettighet på samme måte som minimumskrav 2 og 3. Kravet sier likevel ikke eksplisitt at mistenkte skal varsles *før* avhør, noe som kan tilsa at EMD mener det er et minimumskrav at mistenkte varsles, men at det er opp til medlemsstatene å vurdere om det skal gis utsatt varsel.

Sæverud-utvalget uttaler at om man legger til grunn en forståelse om at mistenkte kan varsles *etter* avhøret, altså at det er tilstrekkelig at mistenkte blir varslet om at avhøret er foretatt i det

⁹⁸ A.S mot Finland avsnitt 56

⁹⁹ Prop 112 L (2014-2015) s. 60-63

¹⁰⁰ Prop 112 L (2014-2015) s. 41 og Sæverud-utvalget s. 35-36

¹⁰¹ Rui (2011) s. 328-337

han også blir gjort kjent med siktelse og saksdokumenter, vil setningen ikke ha noen selvstendig betydning.¹⁰²

Prop 112 L (2014-2015) vektlegger i tolkningen vernet vitner har etter EMK art. 8.¹⁰³

Gjennom en slik fortolkning taler det sterkt imot å foreta en presiserende tolkning om før-varsel. Legger man til grunn et før-varsel som en absolutt minimumsrettighet vil man etter departementets mening få en regel der politiet indirekte oppfordrer mistenkte til å kvitte seg med bevismateriale eller forsøke å påvirke vitner som skal avhøres. Slik kan det oppstå fare for å spolere hele etterforskningen.¹⁰⁴ Hensynet til ofre og etterforskning bør her gis utslagsgivende vekt i retning av at det ikke kan ha vært EMDs mening å sette opp et før-varsel som generell minimumsrettighet.

Rui har forsøkt å gi svar på hvorfor EMD da formulerer seg som de gjør. Rui bemerker til dommen og kravet om varsel at det godt kan tenkes at EMD ville kommet til et annet resultat om det var etterforskningshensyn som tilsa utsatt varsling. Rui peker til dette på at det i dommen ikke finnes noen begrunnelse på hvorfor påtalemyndigheten brukte 6 måneder på å varsle eller ta ut siktelse slik at mistenkte kunne varsles.¹⁰⁵ Det forelå med andre ord ingen god grunn til å begrense mistenktes rettigheter på en slik måte som medførte at kontradiksjonen falt helt bort.

Etter Ruis syn må de tre kravene til varsel som EMD oppstiller forstås som utgangspunkt for medlemstatene som kan fravikes ved god grunn.¹⁰⁶ Dette harmonerer med storkammeravgjørelsene og Vronchenko som legger til grunn at konvensjonsteksten utgjør rettesnoren som kun skal fravikes når andre hensyn gir gode grunner og begrensningen er forholdsmessig og gjøres så lite inngripende som mulig.

¹⁰² Sæverud-utvalget s. 35

¹⁰³ Prop 112 L (2014-2015) s. 53 og s. 58-64

¹⁰⁴ Prop 112 L (2014-2015) s. 41

¹⁰⁵ Rui (2011) s. 328-337

¹⁰⁶ Rui (2011) s. 328-337

3.2 Tilfredsstillere reglene om tilrettelagte avhør kravene oppstilt i EMDs praksis?

3.2.1 Kontradiksjon og varsling ved tilrettelagte avhør

Forarbeidene til de nye reglene om tilrettelagte avhør har i spørsmålet om tilrettelagte avhør er i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser særlig sett til minimumskravene EMD oppstilte i AS mot Finland.¹⁰⁷

Ut fra tolkningen av hvordan kravet til varsel etter punkt 3.1.3 må forstås og hvordan varsling skal avveies mot hensynet til vitnet kan det legges til grunn at de norske reglene om tilrettelagte avhør ikke i utgangspunktet er problematiske. Reglene oppfyller minimumskravene i A.S mot Finland slik departementet legger til grunn¹⁰⁸ ved at det så raskt som mulig skal avgjøres om det er grunnlag for å sikte mistenkte slik at han kan varsles og får se opptak av avhøret jf. strprl § 239 b og ved at han kan begjære supplerende avhør hvor han får sine spørsmål stilt jf. § 239 c tredje ledd.

Storkammeravgjørelsene og Vronchenko kan likevel tyde på at utformingen av tilrettelagte avhør er uheldig fordi de ligger for nære minimumskravene.

I Sæverud-utvalgets rapport ble det i forbindelse med menneskerettsspørsmålet inntatt en betenkning fra Professor Jon Petter Rui. I betenkningen stiller Rui opp en glideskala for gjennomføringen av kontradiksjon i barneavhør.¹⁰⁹

Glideskalaen starter med avhørstilfellet tilsvarende EMKs utgangspunkt etter ordlyden i art. 6 nr. 3 d og hovedbevislæren etter Ünterpertinger om at alle sentrale bevis mot siktede skal produseres i siktedes nærvær og kunne kontradikteres på grunnlag av umiddelbar bevisførsel.¹¹⁰ Eksempel på barneavhør som er nærmest dette er der avhøret gjennomføres ved at siktede og forsvarer får være tilstede i samme rom som vitnet når det forklarer seg og gitt full mulighet til krysseksaminasjon. Fra dette utgangspunktet legger Rui til grunn at numrene trinnvis kan distanseres mer og mer fra utgangspunktet om muntlig krysseksaminasjon om dette kan forankres i gode grunner.. Det laveste trinn i Ruis skala er

¹⁰⁷ Prop 112 L (2014-2015) s. 60-62

¹⁰⁸ Prop 112 L (2014-2015) s. 49

¹⁰⁹ Sæverud-utvalget s. 126-139

¹¹⁰ Sæverud-utvalget s. 126

tilfellet der verken siktede eller forsvarer får være tilstede når vitnet forklarer seg og det ikke gis anledning til nytt avhør. Kontradiksjonen gjennomføres ved at siktede og forsvarer får argumentere mot avhøret når det spilles av under hovedforhandlingen.¹¹¹

I både AS mot Finland og Vronchenko mot Estland ble kontradiksjonen gjennomført ved at tiltalte og forsvarer fikk argumentere mot opptaket under hovedforhandling. Dette medførte krenkelse og har også medført krenkelse i tilsvarende saker.¹¹² En innretning av rettergangen i samsvar med laveste trinn i Ruis glideskala bryter med minimumskravene oppstilt i A.S mot Finland og må forutsetningsvis antas å normalt medføre krenkelse i nye saker.

Sæverud-utvalget og Rui gikk opprinnelig inn for en bestemmelse om at varsling skulle utgjøre hovedregelen, men at dette kunne fravikes gjennom en romslig regel av hensyn til vitnet eller etterforskningen.¹¹³ Dette samsvarer med hva som kan legges til grunn fra EMD-praksis og det generelle polisiære og etterforskningsmessige subsidiaritetsprinsipp om at sterkere inngrep ikke må anvendes med mindre svakere inngrep må anses utilstrekkelige eller uhensiktsmessig.¹¹⁴

Fortolkningen av Storkammeravgjørelsene og hva som legges til grunn av Sæverud-utvalget og Rui trekker da i retning av at departementets vektlegging av å oppfylle det som må forstås som minimumskrav blir for snever.¹¹⁵

I norsk rett eksisterer det ikke noe eksplisitt forbud mot at mistenkte eller siktede får overvære tilrettelagte avhør når de gjennomføres og kontradiktere vitnet. Gjeldende rett ved dommeravhør har likevel vært at siktede ikke har fått anledning til dette av hensyn til barnet.¹¹⁶ Departementet la til grunn at både hensynet til barnets beste og etterforskningen med styrke taler for at dette utgangspunktet ble videreført som gjeldende rett.¹¹⁷ Etter EMD er dette også uproblematisk så lenge årsaken kan forankres i gode grunner. Både barnet og etterforskningen er slike grunner. Etter EMD og Rui kan det likevel trekke i retning å være uheldig ikke å vurdere muligheten for direkte kontradiksjon der disse hensynene ikke gjør seg sterkt gjeldende, f.eks. når eldre barn eller voksne sårbare personer avhøres.

¹¹¹ Sæverud-utvalget s. 137

¹¹² Se f.eks. P.S mot Tyskland avsnitt 26 og 31, Bocos-Cuesta mot Nederland avsnitt 71-74 og Rosin mot Estland avsnitt 59-63

¹¹³ Sæverud-utvalget s. 37

¹¹⁴ Auglend og Mæland, *Politirett* (Oslo 2016) s. 904

¹¹⁵ Sæverud-utvalget s. 136

¹¹⁶ Prop 112 L (2014-2015) s. 100

¹¹⁷ Prop 112 L (2014-2015) s. 100

Hva gjelder varsling hevdet Prop 112 L (2014-2015) at en hovedregel om varsling ikke var tilstrekkelig for å beskytte barn etter Grunnloven § 104, Barnekonvensjonen art. 19 og EMK art. 8 og mente en hovedregel kunne medføre uheldige konsekvenser i fare for tap av bevis, vitnepåvirkning og ressursbruk hos politiet.¹¹⁸

Etterforskningsmessig har Prop 112 L (2014-2015) gode poenger. Overgrepbilder og nedlastinger utgjør i mange saker viktige bevis mot tiltalte. Det finnes eksempler på at politiet har beslaglagt materiale som knytter mistenkte direkte til straffbare handlinger fordi mistenkte selv sitter på bilder eller opptak han har tatt av de straffbare handlingene.¹¹⁹ Et annet poeng er at mistanker om overgrep ofte kan være vage uten at politiet forstår omfanget eller alvorligheten av det barnet har vært utsatt for før barnet avhøres. I slike tilfeller vil mistenkte raskt kunne se en interesse i å destruere beviser eller manipulere barnet til å forklare seg falskt om varsling gis for tidlig ved en feil. Slik sett står tilrettelagte avhør i en litt spesiell stilling og «*barnets beste*» etter Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen art. 19 kan tilsi at det er nødvendig å operere med en hovedregel om utsatt varsling for å hindre at enkelte overgrep aldri avdekkes.

Avveiningen er vanskelig, men det bør likevel påpekes som en betenkelighet å operere med en hovedregel som skaper risiko for at man utsetter varsling i tilfeller der dette ikke var nødvendig. Dette avviker fra tunge og bærende prosessuelle prinsipper i norsk straffeprosess og er heller ikke i tråd med hva som kan utledes fra EMD. En regel som i liten grad legger opp til en vurdering av spørsmålet om nødvendighet skaper utvilsomt fare for at mistenkte kan få en uforholdsmessig begrensning av sin kontradiksjon med de konsekvenser dette kan medføre for ham.

Utkastet til ny straffeprosesslov konkluderer med at en hovedregel om utsatt varsling i for streng grad begrenser mistenktes rettigheter.¹²⁰ Utkastet hevder modellen legger seg for tett inntil minimumskravene i EMD slik avhandlingen også trekker i retning av.¹²¹ I utkastet er det skrevet forslag til en ny regel om tilrettelagte avhør hvor straffeprosessutvalget ønsker å snu hovedregelen om utsatt varsel til at mistenkte som utgangspunkt skal varsles, og at

¹¹⁸ Prop 112 L (2014-2015) s. 53

¹¹⁹ LB-2015-106198

¹²⁰ NOU 2016:24 s. 289

¹²¹ NOU 2016:24 punkt s. 105 og s. 289

varsling kun kan unnlates om konkrete etterforskningshensyn tilsier det.¹²² Rettskildene peker på at dette ville være en løsning som ligger nærmere opp til gjeldende rett.

3.2.2 Forsvarerbistand under tilrettelagte avhør

Det kan ikke oppstilles noe eksplisitt krav fra EMD til at mistenkte eller siktede har krav på å la seg bistå av tilstedeværende forsvarer under den fysiske gjennomføringen av barneavhør, spørsmålet vil for EMDs vedkommende inngå i en helhetlig vurdering av om prosessen har vært forsvarlig totalt sett. Fra de overordnede slutninger fra storkammeravgjørelsene kan det likevel tyde på at det problematiske i departementets vektlegging av minimumsrettigheter også gjør seg gjeldende i dette spørsmålet.

Ved at mistenkte og siktede normalt ikke varsles om innledende avhør jf. § 239 b første ledd er den praktiske hovedregelen i § 239 d at forsvarer heller ikke varsles før innledende avhør.

Fra storkammeravgjørelsene kan det trekke i retning av at regelen om unnlatt forsvarervarsel ikke harmonerer godt med prinsippet om mildeste inngrep. Prinsippet om mildeste inngrep skulle tilsi at det ville harmonert bedre om oppnevnte forsvarere som den klare hovedregel ble varslet og gitt anledning til å være tilstede, men kunne utelates om det forelå gode grunner for å unnlate varsling.

Bakgrunnen for regelen i § 239 d er som nevnt i punkt 2.5.4 at gjeldende norsk rett etter Rt. 1999 s. 586 og 2011 s. 93 legger til grunn en regel om at det ikke eksisterer identifikasjon mellom siktede og forsvarer¹²³. I Rt. 1999 s. 586 hadde ikke tiltalte fått konferere med forsvarer forut for innledende avhør eller ved supplerende avhør slik at han ikke fikk noen av sine spørsmål stilt¹²⁴. I Rt. 2011 s. 93 begjærte ikke forsvareren supplerende avhør, dette kunne ifølge Høyesterett ikke ligge tiltalte til last.¹²⁵ Begge dommene medførte at avhøret måtte avskjæres som bevis fordi tiltaltes rett til kontradiksjon ikke var ivaretatt. En slutning fra dommene må være at Høyesterett krever at siktede er gitt mulighet for kontradiksjon og at forsvareren ikke kan foreta prosesshandlinger med virkning for siktede uten at siktede er inkludert i spørsmålet.

¹²² NOU 2016:24 kommentar til § 10-7 s. 584 og §§ 3-11, 3-15 s. 553-554

¹²³ Rt. 2011 s. 93 avsnitt 28

¹²⁴ Rt. 1999 s. 586 domsammendraget

¹²⁵ Rt. 2011 s. 93 domsammendraget

For at siktedes kontradiksjon skal være ivaretatt må det avgjørende dermed være at han har fått anledning til å gjennomse avhøret i ettertid, får være med i beslutningen om supplerende avhør skal begjæres og ha medbestemmelse i hvilke forhold som skal belyses ved et supplerende avhør.

På de to siste punktene skiller norsk rett seg fra EMD-retten. EMD har uttrykkelig lagt til grunn identifikasjon mellom siktede og forsvarer. I S.N mot Sverige medførte forsvarerens beslutning om å ikke delta i supplerende avhør at siktede og forsvarer ble identifisert med hverandre. Tiltaltes klage til EMD over at hverken han eller forsvarer var tilstede for å kontradiktere vitnet var forgjeves.¹²⁶ At slik identifikasjon gjelder for EMD blir også nevnt i A.S. mot Finland¹²⁷ og er påpekt av Høyesterett.¹²⁸

Sammenlignet med EMD-retten gir gjeldende norsk rett muligens et bedre vern for siktede. Det var særlig i lys av at norsk rett ikke opererer med en slik identifikasjon at regelen om unnlatt forsvarervarsel ble lagt til grunn¹²⁹.

Ut fra slutningen fra Rt. 1999 s. 586 og Rt. 2011 s. 93 at det avgjørende for at siktedes kontradiksjon er at han inkluderes i prosessen er det likevel vanskelig å se at det vil være i strid med norsk rett at forsvarer er tilstede så lenge siktede inkluderes i prosessen senere.

Straffeprosessutvalget underbygger denne fortolkningen og fremholder i sitt utkast at forsvarerdeltakelse ikke er problematisk, men tvert imot nødvendig for å oppnå bedre likestilling mellom partene som også er et viktig prinsipp i EMK-retten¹³⁰.

Prop 112 L (2014-2015) argument mot forsvarers tilstedeværelse er at det for de tilfeller der forsvarer ikke har snakket med klienten i forkant vil være dårlige forutsetninger for forsvarer å stille spørsmål. Videre antas det at tilstedeværelsen i noen tilfeller kan være uheldig for barnets forklaring fordi barn ikke alltid forstår forsvarsadvokatens rolle og kan se på forsvareren som gjerningsmannens ”kompanjong”¹³¹.

Ut fra prinsippet om mildeste inngrep, hensynet til rettssikkerhet og den generelle retten til å la seg bistå av forsvarer synes det likevel usikkert om dette er sterke nok argumenter for å

¹²⁶ S.N. mot Sverige avsnitt 44 og 45

¹²⁷ A.S mot Finland avsnitt 64-66

¹²⁸ Rt. 2011 s. 93 avsnitt 28-29

¹²⁹ Prop 112 L (2014-2015) s. 56

¹³⁰ NOU 2016:24 s. 31 kommentar til §§ 3-11 og 3-15 s. 553-554

¹³¹ Prop 112 L (2014-2015) s. 56

innta hovedregelen om unnløtelse i å varsle forsvarer slik at forsvarere ikke varsles der det ikke foreligger gode grunner for en slik unnløtelse.

4 Oppsummering og harmonisering

I avhandlingens del 2 er det gjort rede for hensynene bak reglene om tilrettelagte avhør. I del 3 er det vektlagt hva som er gjeldende rett fra EMD om krav til utforming og gjennomføring av utenrettslige avhør for at siktedes rettergang skal oppfylle EMK art. 6.

Fra storkammeravgjørelsene kan det utledes en hovedregel om at avhør som tas med sikte på å bli benyttet som middelbare bevis under hovedforhandling der vitnet ikke selv møter bør gjennomføres så nær ordlyden i art. 6 som mulig med umiddelbar bevisføring og mulighet for full krysseksaminasjon fra forsvarers side.

Som det er gjort rede for kan denne hovedregelen fravikes om det foreligger tilstrekkelig tungtveiende hensyn. Et akseptert hensyn er hensynet til mindreårige vitner som etter både EMDs praksis og andre internasjonale konvensjoner tillegges betydelig vekt.

Ved fravikelse av hovedregelen kan det utledes fra *Al-Khawaja and Tahery mot Storbritannia* og *Schatschaswili mot Tyskland* at omfanget av fravikelsen må være forholdsmessig og egnet til å nå formålet etter prinsippet om mildeste inngrep. I tillegg må tilstrekkelige avbalanserende faktorer være tilstede slik at siktede gis en rettferdig rettergang.

I tilknytning til avbalanserende faktorer for å avhjelpe forsvarers situasjon ved at det ikke vil være mulig å utfordre vitnet gjennom muntlig krysseksaminasjon skal prosessen som et minimum sikre at siktede varsles, at siktede gis anledning til å observere avhøret mens det skjer eller senere gjennom et audiovisuelt opptak og at siktede får sine spørsmål stilt til vitnet direkte når det skjer eller indirekte senere i et supplerende avhør.

Med støtte i EMD-praksis, departementets fortolkninger i forarbeidet Prop 112 L (2014-2015) og juridisk teori fra Jon Petter Rui ligger det i rettskildene at krav til før-varsel danner et utgangspunkt, men at tidspunkt for varsling er fleksibelt ut fra hensynet til vitnet og etterforskningen så lenge det finnes gode grunner for å utsette varslingen.

Ettersom gjennomføringen i Norge omgår tilfellene der krenkelse tidligere er konstatert kan det konkluderes med at reglene om tilrettelagte avhør møter minimumskravene og er i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser i å sikre siktede retten til en rettferdig rettergang.

Slik avhandlingen legger til grunn kan det likevel innvendes mot reglene at det er lagt til grunn en for snever forståelse av EMDs praksis - grunnleggende ved at bestemmelsene om tilrettelagte avhør ikke er utformet med en kjerne etter ordlyden i EMK art. 6 som det så kan fravikes fra, men med en kjerne som allerede utgjør avvik fra artikkelens ordlyd.

Ut fra forståelsen av at et avhør gjennomført etter ordlyden i art. 6 gir best grad av kontradiksjon medfører hovedreglene om utsatt varsling av mistenkte i § 239 b og hovedregelen i § 239 d om unnlatt varsling av forsvarer når siktede ikke varsles større innhugg i retten til kontradiksjon og forsvarerbistand enn hva som i noen tilfeller ville vært nødvendig. Tilrettelagte avhør har således potensial til å gi unødvendige begrensninger av siktedes rettigheter fordi reglene ikke er konstruert etter mønster av art. 6.

Gjennom slike hovedregler kan det argumenteres for at de norske reglene ikke legger opp til en tilstrekkelig god vurdering av hvorvidt det vil være mulig å gjennomføre et tilrettelagt avhør på en mildere måte for mistenkte og siktede som ligger nærmere ordlyden i EMK art. 6, eller til en vurdering av om det foreligger gode grunner for å beskjære mistenkte rettigheter. Dette kan fremstå å være i strid med EMDs praksis.

Prinsippet «Margin of appreciation» som det ble gjort rede for i pkt. 2.4 kan likevel trekke i retning av at dette ikke bryter med Norges forpliktelser og tolke vekk striden.

Prinsippet legger til grunn at det er innenfor statens skjønnsmargin å vektlegge ulike hensyn så lenge man beveger seg innenfor rammene av minimumskravene som kan utledes fra konvensjonspraksis. Når reglene om tilrettelagte avhør er i tråd med minimumsrettighetene tyder dette på at det er innenfor statens skjønnsmargin å vektlegge hensynet til mindreårige og sårbare vitner i en annen grad enn det praksis fra EMD tilsier uten at dette nødvendigvis krenker konvensjonen.

Konklusjonen på spørsmålet om Norge oppfyller EMDs krav må med det bli at tilrettelagte avhør etter prinsippet om «Margin of appreciation» ikke kan oppfattes som konvensjonsstridige så lenge mistenkte har sine minimumsrettigheter i behold. Sammenlignet med EMDs fremgangsmåte for fravikelser kan hovedreglene om utsatt varsling likevel kritiseres for å være avvikende og uheldig utformet.

5 Rettspolitiske betraktninger

5.1 Ulike nordiske løsninger

I forbindelse med spørsmålet om tilrettelagte avhør på en god måte finner balanse mellom hensynet til siktede og vitnet har jeg vurdert modellene i de andre nordiske land. I denne sammenheng vil jeg overfladisk ta for meg modellene på Island og Sverige og gå noe nærmere inn på den danske modellen for å kaste lys over løsningene disse landene har valgt. Dette er interessant for å se om løsningene i nabolandene balanserer hensynet til barnet, siktede og hva som kan legges til grunn som gjeldende rett fra EMD på en bedre måte enn Norge.¹³²

5.1.1 Island

Islands modell bygger på den tidligere norske dommeravhørmodellen,¹³³ men har også noen forskjeller fra vår tidligere ordning blant annet ved at de ofte bruker barnepsykologer som avhørere.¹³⁴

Den islandske straffeprosesslovens 59. gr. a. angir at fornærmede under 15 år i avgir forklaring for dommeren.¹³⁵ Barneavhør på Island er dommerledet og gjennomføres på «Barnahus».¹³⁶ Forsvarer, bistandsadvokat og påtalejurist har rett til å være tilstede og følger avhøret på videolink fra et siderom og kan formidle spørsmål gjennom avhører.¹³⁷ Siktede har ikke forbud mot å være tilstede, men utestenges hvis dommeren vurderer at det vil være belastende for vitnet eller kunne påvirke forklaringen.¹³⁸ Avhøret spilles av i hovedforhandling med mindre dommeren ser særlig grunn til at fornærmede avgir forklaring.¹³⁹

¹³² Jeg benytter begrepet «mistenkt» videre ettersom begrepet benyttes i de relevante utenlandske bestemmelsene

¹³³ Robberstad (2014) s. 132

¹³⁴ Prop 112 L (2014-2015) s. 17

¹³⁵ meðferð sakamála laga 59. gr.

¹³⁶ Prop 112 L (2014-2015) s. 17

¹³⁷ Prop 112 L (2014-2015) s. 16

¹³⁸ Prop 112 L (2014-2015) s. 16

¹³⁹ Prop 112 L (2014-2015) s. 17

5.1.2 Sverige

I Sverige ledes avhøret av åklagaren som utgjør laveste trinn av påtalemyndigheten. En systemforskjell mellom Norge, Danmark, Island og Sverige er at åklagaren ikke er integrert i politiet.¹⁴⁰ Etter rättegångsbalken 23. kapittel 10 § har vitnets bistandsadvokat rett til å være tilstede under avhøret, om mulig skal et nøytralt «*trovärdigt vitne*» tilkalles. Av hensyn til barnet bør et av barnets foresatte få delta så fremt det kan skje uten skade for etterforskningen.

Alle barn under 15 år, psykisk syke og utviklingshemmede i Sverige avhøres ved lyd eller bildeavhør uavhengig av hva forholdet gjelder. Hvorvidt det anvendes lyd- eller videoavhør beror på alvorlighet og særtrekk ved vitnet. Avhørene foretas hos politiet eller på «Barnens hus».¹⁴¹

Mistenkte og forsvarer varsles ikke om innledende avhør, men får se opptaket av avhøret og kan begjære nytt avhør i etterkant om det antas å ha betydning for etterforskningen.¹⁴² Ved nytt avhør har mistenkte rett til å være tilstede sammen med forsvarer og får kontradiktere vitnet slik åklagaren tillater.¹⁴³ Avslag på begjæring om nytt avhør eller klage på hvordan kontradiksjonen tillates kan bringes inn for retten etter 23. kap 19 § 2 st. i rättegångsbalken.

En forskjell fra Norge er at 35. kapittel 4 § i rättegångsbalken opererer med en hovedregel under hovedforhandling der retten skal vurdere om det av hensyn til vitnet er nødvendig å gjøre unntak fra prinsippet om bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon. Dette til forskjell fra strprl § 298 der hovedregelen under hovedforhandling er at tilrettelagte avhør trer istedenfor muntlig forklaring.

¹⁴⁰ Rättegångsbalken 7. kapittel 2 §. Laveste trinn av påtalemyndigheten på Island og Danmark er politimesterembetene jf. Meðferð sakamála laga 18 gr. og Retsplejeloven § 95

¹⁴¹ Prop 112 L (2014-2015) s. 15

¹⁴² Rättegångsbalken 23. kap. 18 b §

¹⁴³ Rättegångsbalken 23. kap. 10 § 4. st. og 11 §

5.1.3 Danmark

I Danmark kan prinsippet om bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon fravikes gjennom spesialregelen om «videoavhør» i rettsplejeloven § 872 av hensyn til vitnet, når vitnet antas å utgjøre et hovedbevis i saken.¹⁴⁴

Reglene om gjennomføring av videoavhør i Danmark følger av Retsplejeloven § 731 a og § 745 e samt forarbeidene i betænkning nr. 1420/2002 og betænkning 1554/2015. Den danske riksadvokaten har gitt utfyllende retningslinjer i riksadvokatens meddelelse om videoavhør 31.03.2016.¹⁴⁵

Barn under 13 år skal som hovedregel avhøres ved videoavhør jf. rettsplejeloven § 745 e. Avhøret ledes av en politijurist fra anklagemyndigheden. Eldre barn og psykisk utviklingshemmede står politiet friere til å ikke avhøre ved videoavhør og man prøver å unngå dette når vitnet kan avgi muntlig forklaring under hovedforhandling.¹⁴⁶ At politiet i Danmark står friere til å vurdere nødvendigheten av videoavhør gjenspeiles også i statistikken der kun 1097 danske barn ble avhørt ved videoavhør i 2015¹⁴⁷ mot 4680 barn i Norge samme år.¹⁴⁸ Det finnes ingen hovedregel om utsatt varsling eller forhåndsvarsling før videoavhør skal foretas i rettsplejeloven, men etter dansk juridisk litteratur utgjør utsatt varsling normalen.¹⁴⁹

Mistenkte skal varsles samme dag som avhøret og senest innen 2 uker, når varsling gis skal han se avhørsopptaket sammen med forsvarer hos politiet og informeres om retten til oppfølgende avhør.¹⁵⁰ Mistenkte kan begjære oppfølgende avhør etter § 745 stk. 3, men skal etter samme bestemmelse nektes å overvære når avhøret gjennomføres.

Den sentrale forskjellen fra de norske reglene er den danske regelen om obligatorisk forsvareroppnevning og tilstedeværelse under videoavhør. Der videoavhøret forventes å bli benyttet som bevis i hovedforhandling skal det etter rettsplejeloven § 731 a oppnevnes forsvarer for den som er siktet, mistenkt eller måtte bli mistenkt. Den danske riksadvokaten

¹⁴⁴ Betænkning 1554/2015 s. 21

¹⁴⁵ Riksadvokatmeddelelsen 31.03.2016

¹⁴⁶ Riksadvokatmeddelelsen 31.03.2016 s. 5

¹⁴⁷ Socialstyrelsen, årsstatistik for børnehusene 2015 s. 7

¹⁴⁸ Statens barnehus, Årsrapport/POD 2015 tabell 1

¹⁴⁹ Eva Smith, *Straffeprocessen* (København 2008) s. 330

¹⁵⁰ Smith (2008) s. 330

bemerket at forsvareroppnevning er obligatorisk i alle saker der mistenkte ikke selv har utpekt forsvarer allerede.¹⁵¹ Ukjente mistenkte får dermed også oppnevnt forsvarer i Danmark.

Ved barneavhør er tilstedeværelse et ufravikelig krav for forsvareren jf. retsplejeloven § 745 e, og betænkning 1420/2002 om avhøret skal benyttes som bevis.¹⁵² Plikten gjelder uansett om barnet er fornærmet eller er vitne i saken.¹⁵³ Forsvareren har rett til å stille spørsmål indirekte gjennom politietterforskeren som avhører barnet jf. retsplejeloven § 745 e stk. 3.

Rigsadvokatmeddelelsen uttaler at forsvarer skal gis adgang til alle sakens dokumenter i forkant av avhøret. I følge rigsadvokaten sikrer dette rettighetene til den mistenkte eller den som ikke enda er mistenkt og kan minske behovet for supplerende avhør av barnet.¹⁵⁴

Dersom fristen for forsvareren som blir oppnevnt er for kort skal retten oppnevne ny forsvarer fra rettskretsen som kan møte.¹⁵⁵ I de tilfeller det er helt umulig å få tak i forsvarer eller det ikke er mulig for politiet å underrette om avhøret, fremgår det av retsplejeloven § 745 d at det kun kan foretas etterforskingsskritt som ikke kan utsettes. Forarbeidene viser likevel til at faren for at retten avskjærer videobeviset medfører at det i praksis aldri foretas videoavhør uten forsvarer i Danmark.¹⁵⁶

5.2 Bør modellen med tilrettelagte avhør justeres?

Norge har med de nye reglene om tilrettelagte avhør vektlagt hensynet til avdekking av overgrep og etterforskning i tyngre grad enn de overordnede prosessuelle hensynene som går frem av konvensjonsteksten i art. 6 og som vektlegges av EMD. Ut fra praksis kan det likevel legges til grunn at Norge gjennom reglene omgår tilfeller som er konvensjonsstridige og oppfyller minstekravene til at siktede får en rettfærdig rettergang.

Som vist til i punkt 5.1 skiller den norske modellen seg fra islandsk, svensk og dansk rett ved at disse landene i annen grad vurderer muligheten for direkte krysseksaminasjon eller sikrer mistenkte og siktedes rettigheter gjennom dommerledet avhør eller oppnevning og tilstedeværelse av forsvarer under alle avhør.

¹⁵¹ Rigsadvokatmeddelelsen 31.03.2016 s. 11

¹⁵² Betænkning 14/2002 punkt 8.4, tredje avsnitt

¹⁵³ Smith (2008) s. 328

¹⁵⁴ Rigsadvokatmeddelelsen 31.03.2016 s. 12

¹⁵⁵ Smith (2008) s. 329

¹⁵⁶ Betænkning 1420/2002 punkt. 3.6.3, tredje avsnitt

Når den norske modellen fraviker EMDs utgangspunkter og tilsynelatende gir mistenkte og siktede svakere vern sammenlignet med prosessene i Sverige, Danmark og Island kan rettspolitiske betraktninger trekke i retning av at modellen med tilrettelagte avhør bør justeres gjennom vektlegging av andre hensyn.

Advokatforeningen har påpekt som en fare ved ordningen i dag at en påtaleansvarlig politijurist ofte vil kunne vurdere avhøret fra påtalemyndighetens ståsted, bevisst eller ubevisst. Selv om det ikke er tilsiktet gir dette grunn til å frykte at politiadvokatens posisjonering, både generelt og i den konkrete sak, vil kunne få betydning for prosessledende beslutninger. For eksempel med tanke på hvilke spørsmål som tillates stilt.¹⁵⁷ En risiko er da at avhøret kan ta gal retning fra start og bli vanskelig å snu for forsvarer og siktede.

At det gis dårlig muligheter innledningsvis bryter noe med det bærende hensyn i straffeprosessen om å søke materielt riktige dommer gjennom så god belysning av faktum som mulig slik at skyldige kan straffes og uriktige domfellelser unngås. Etter straffeprosessutvalgets syn medfører dagens modell en for stor risiko for uriktige domfellelser.¹⁵⁸ Hensynet til barnet kan da trekke i retning av at dette bør avbøtes ved bedre vern for mistenkte. En uriktig domfellelse av et barns omsorgsperson vil åpenbart være svært uheldig og belastende for et barn og dets utvikling.¹⁵⁹ Slik sett kan barnet og den tiltalte ha sies å ha sammenfallende interesse i at mistenkte og siktedes rettigheter styrkes.

For de tilfeller siktede ikke skal varsles, har argumentet for unnlatt varsel til oppnevnt forsvarer vært ønsket om å effektivisere avhørene.¹⁶⁰ Ved å innkalle færre aktører til avhør antok Sæverud-utvalget at antall avhør kunne økes og tas raskere.¹⁶¹ Dette ble også lagt til grunn av departementet.¹⁶²

Robberstad har stilt seg kritisk til dette og hevder sammen med Advokatforeningen at argumentet er vanskelig å forstå når den lange tidsbruken tidligere i all hovedsak skyldtes

¹⁵⁷ Prop 112 L (2014-2015) s. 45

¹⁵⁸ NOU 2016:24 s. 289

¹⁵⁹ NOU 2016:24 s. 289

¹⁶⁰ Prop 112 L (2014-2015) s. 56

¹⁶¹ Sæverud-utvalget s. 32

¹⁶² Prop 112 L (2014-2015) s. 55

ressursmessige forhold hos politiet.¹⁶³ At politiet var skyld i tidsbruken er noe motstridende også påpekt av Sæverud-utvalget selv.¹⁶⁴

Effektivitetshensynet i å unnlate å varsle forsvarer synes i lys av dette ikke som et sterkt forankret argument. Forsvarerens rolle i å påse at avhøret tas korrekt og at nødvendige faktiske forhold belyses kan på den annen side tilsi at forsvareren bør være med fordi tilstedeværelse kan være egnet til å løfte avhørets kvalitet og bevisverdi. Dermed kan hensynet til barnet også tilsi at forsvarers tilstedeværelse er ønskelig. Varsling av oppnevnt forsvarer bør slik sett være obligatorisk når det ikke er klare hensyn som taler mot.

Et sentralt hensyn i straffeprosessen er at prosessen må være egnet til å innby til tillit utad. Som nevnt i punkt 1.4.2 er påtalemyndigheten drevet av en streng objektivitetsplikt. Samtidig blir politiet ikke alltid ansett som en objektiv part utad.¹⁶⁵ Ved at avhøret nå ledes av en politiadvokat og ikke en dommer, forsterkes dette problemet. Et spørsmål er da om mistenktes rettigheter ikke bør styrkes gjennom rettsoppnevnt forsvarer slik som i Danmark?

Etter dagens regler har kun siktede krav på rettsoppnevnt forsvarer jf. strprl § 94. Mistenkte har rett til å engasjere forsvarer, men fordi han som hovedregel ikke varsles har han i dag ingen forutsetning for dette. Fra straffeprosessutvalget påpekes det som en skjevhet ved dagens ordning at fornærmede i mange tilfeller får bistandsadvokat, mens mistenkte blir stående uten.¹⁶⁶ Utvalget tar derfor til orde for å innføre en bestemmelse i straffeprosessloven om at det oppnevnes forsvarer for mistenkte i alle tilrettelagte avhør.¹⁶⁷

Etter nøye gjennomgang av de danske forarbeidene fra 2002 og 2015 til deres regler om videoavhør fremgår det ikke at forsvareroppnevning og tilstedeværelse sinker eller blir vurdert som problematisk for gjennomføring av avhør der. Dette på tross av at Danmark praktiserer en svært omfattende og obligatorisk forsvarertilstedeværelse for alle tilfeller der det foretas videoavhør med tanke på hovedforhandling.

Riksadvokaten har tidligere vært kritisk til en slik bestemmelse fordi det ikke finnes klar hjemmel til å pålegge forsvarere taushetsplikt ovenfor klienten i slike saker.¹⁶⁸ Dette ble også

¹⁶³ Robberstad (2014) s. 169-170, Prop 112 L (2014-2015) s. 45

¹⁶⁴ Sæverud-utvalget s. 13

¹⁶⁵ NOU 2016:24 s. 289.

¹⁶⁶ Strprl § 107 a

¹⁶⁷ NOU 2016:24 § 3-15 s. 31

¹⁶⁸ Ot.prp.nr. 33 (1993-1994) kapittel IV, punkt. 3.3

utslagsgivende i vurderingen av en slik regel i forbindelse med vedtakelsen av reglene om tilrettelagte avhør.¹⁶⁹

Samtidig finnes lignende bestemmelser allerede i straffeprosessloven. Strprl § 100 a tredje ledd hjemler kontaktforbud for ”skyggeadvokater” ovenfor mistenkte ved skjulte tvangsmidler.¹⁷⁰ Faren i lekkasjer fra forsvarer bør dermed relativt enkelt kunne sikres gjennom en lovendring som gir klar hjemmel til å gi forsvarere kontaktforbud ovenfor mistenkte i saker om tilrettelagte avhør. Hensynene som gjør seg gjeldende ved skjulte tvangsmidler skiller seg imidlertid fra tilrettelagte avhør ved at tilrettelagte avhør ikke på samme måte utgjør tvangsinngrep mot mistenkte og ved at de kan kontradikteres før rettsbehandling. Dette kan tilsi at en forsvarer ikke er like nødvendig i slike saker.

Spørsmålet om forsvareroppnevning for mistenkte volder antakelig dessuten en prosessøkonomisk utfordring som ikke går klart frem i NOU 2016 nr. 24. Innledende avhør fungerer som forundersøkelser for å avkrefte eller bekrefte mistanke.¹⁷¹ I de fleste tilfeller blir mistanken avkreftet og saken henlagt fordi man iverksetter innledende avhør også ved lav grad av mistanke.¹⁷² Dette er ønskelig og nødvendig for å oppdage barn som utsettes for overgrep i det skjulte der mistankene er vage. Her skiller vår ordning seg fra Danmark ved at Norge i stor grad benytter innledende avhør som forundersøkelser, og således gjennomfører nær fem ganger flere avhør enn Danmark.¹⁷³ Antallet skal dessuten økes ytterligere fremover.¹⁷⁴

En fare ved utvalgets forslag er at de prosessøkonomiske konsekvensene av forsvareroppnevning i et slikt omfang kan medføre at ambisjonene om innledende avhør i fremtiden må nedskaleres slik at færre barn oppdages. Fordi det foretas et så stort antall innledende avhør med lav terskel vil også mistanken om straffbare forhold være svært varierende fra sak til sak og ofte raskt avkreftes. Straffeprosessutvalgets forslag om oppnevning av forsvarer ved alle tilrettelagte avhør fremstår derfor noe uhensiktsmessig

¹⁶⁹ Prop 112 L (2014-2015) s. 55

¹⁷⁰ tvangsinngrep mot mistenkte med utsatt varsling medfører ikke stilling som siktet før underretning gis jf. strprl § 82 tredje ledd, men gir krav på oppnevnt forsvarer som holdes hemmelig for mistenkte jf. strprl § 100 a

¹⁷¹ Prop 112 L (2014-2015) s. 56

¹⁷² Jeg fikk delta som bisitter ved tilrettelagt avhør i forbindelse med masteroppgaven og fikk dette opplyst fra avhørsleder

¹⁷³ Se tall og henvisning i oppgavens punkt 5.1.3

¹⁷⁴ Prop 112 L (2014-2015) s.104

praktisk og økonomisk slik ordningen bør virke om samfunnet effektivt skal kunne avdekke overgrep mot barn ettersom mørketallene som nevnt fremdeles antas å være store.

Hensynet til tillit tilsier likevel at modellen bør justeres. En hybridløsning mellom tilrettelagte avhør og islandsk dommeravhør, der politiet foretar forundersøkelse ved innledende avhør og det deretter gjennomføres dommerledet avhør med anledning til kontradiksjon når politiet har konkludert med straffbare forhold kan kanskje være en prosessøkonomisk løsning som ivaretar hensynet til tillit bedre enn i dag. Av hensyn til tiltaltes kontradiksjon og sakens oppklaring er det folkerettslig og prosessuelt også gode argumenter for at det som klar hovedregel bør foretas en vurdering av muligheten for krysseksaminasjon av de eldste barna og de sårbare voksne ved supplerende avhør eller under hovedforhandling slik som i Danmark og Sverige.

Av hensyn til forpliktelsene til å beskytte barn etter Grunnloven § 104, Barnekonvensjonen art. 19 og Lanzarote-konvensjonen er det holdepunkter for at en videreføring av modellen med tilrettelagte avhør er nødvendig. En justering av modellen kan likevel antakelig ivareta hensynet til barnet som i dag og samtidig ivareta den mistanken retter seg mot bedre.

En vektlegging bort fra effektivitets- og etterforskningshensyn til fordel for de mer grunnleggende og gjennomsyrende prinsippene i straffeprosessen om varsling, kontradiksjon og tillit synes mer egnet for å ivareta den mistanken retter seg mot uten at det nødvendigvis må gå på bekostning av barnet. Ved å snu hovedregelen til at utsatt varsling må begrunnes i etterforskningshensyn og justere prosessen ved å f.eks. la domstolen lede supplerende avhør, og styrke muligheten for kontradiksjon og krysseksaminasjon for siktede vil man i større grad unngå uriktige domfellelser, ivareta hensynet til en tillitsvekkende prosess, skape bedre likestilling mellom partene og ha en ordning som er bedre i tråd med våre folkerettslige forpliktelser.

Litteraturliste

Litteratur

- Jørgen Aall (2015) Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015)
- Jørgen Aall (2011) Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011)
- Auglend og Mæland (2016) Auglend, Ragnar og Henry John Mæland, *Politirett*, 3. utgave (Oslo 2016)
- Kari Trøften Gamst (2013) Gamst, Kari Trøften, *Profesjonelle barnesamtaler* (Oslo 2013)
- Magnus Matningsdal (2007) Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner: opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn* (Bergen 2007)
- Erik Møse (2002) Møse, Erik, *Menneskerettigheter* (Oslo 2002)
- Strand og Larsen (2015) Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezenovic, *Menneskerettigheter i et nøtteskall* (Oslo 2015)
- Eva Smith (2008) Smith, Eva, *Straffeprocessen*, 2. utgave (København 2008)

Anne Robberstad (2014)

Robberstad, Anne, *Bistandsadvokaten*, 3. utgave (Oslo 2014)

Jon Petter Rui (2011)

Rui, Jon Petter, Nytt fra menneskerettighetsdomstolen, *Tidsskrift for strafferett* 03/2011 s. 328-337

Lover og forskrifter

Grunnloven

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Straffeprosessloven av 1887

Lov 7. januar 1887 nr. 5 om rettergangsmaaden i straffesager

Endringslov til straffeprosessloven av 1887

Lov om forandringer i lov 1. juli 1887 om rettergangsmaaden i straffesager 12. mars 1926 nr. 4

Straffeprosessloven

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Endringslov til straffeprosessloven

Lov 1. juli 1994 nr. 50 om endringer i straffeprosessloven m.v.

Politoloven

Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet

Menneskerettighetsloven

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Grunnlovsendring	Res. 14. mai 2014 nr. 628, Kunngjøring av Stortingets vedtak 13. mai 2014 om endringer i Grunnloven
Endringslov til straffeprosessloven	Lov 4. september 2015 nr. 87 om endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlige fornærmede og vitner)
Påtaleinstruksen	Forskrift 28. Juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten
Tilrettelagte avhør-forskriften	Forskrift 24. september 2015 nr. 1098 om tilrettelagte avhør av barn og særlig sårbare fornærmede og vitner

Rettspraksis

Rt. 1993 s. 1120

Rt. 1999 s. 586

Rt. 1999 s. 1118

Rt. 2003 s. 1146

Rt. 2011 s. 93

Rt. 2015 s. 693

Rt. 2015 s. 833

HR-2016-2554-P

LB-2015-106198

Forarbeider

Innst.O.nr. 18 (1926)	Gjengitt fra Robberstad (2014) s. 132
Ot.prp.nr. 6 (1926)	Gjengitt fra Robberstad (2014) s. 132
NUT 1969 nr. 3	Innstilling om rettergangsmåten i straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven) Justis- og politidepartementet
Ot.prp.nr. 35 (1978-1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffesakloven)
NOU 1984:27	Ny påtaleinstruks
Innst.O.nr. 39 (1993-1994)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven m.v (styrking av kriminalitetsofres stilling)
Ot.prp nr.33 (1993-1994)	Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v (styrking av kriminalitetsofres stilling)
Innst.169 S (2012-2013)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap om fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Meld. St. 45	Frihet og likeverd – om mennesker med utviklingshemning
Innst.186 S (2013-2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Christian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf

	Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske rettigheter
Et liv uten vold 2014	Handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014-2017, Justis- og beredskapsdepartementet, 2014
Prop 112 L (2014-2015)	Endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre sårbare fornærmede og vitner)
NOU 2016 nr. 24	Ny straffeprosesslov
Prop 12 S (2016-2017)	Opptappingsplan mot vold og overgrep (2017-2021)

Etterarbeid, rundskriv og andre offentlige publikasjoner

Dok.nr.16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, 2011
Arbeidsgruppens rapport 2012 (Sæverud-utvalget)	Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker. Rapport fra arbeidsgruppen for gjennomgang av regelverket om dommeravhør og observasjon av barn og psykisk utviklingshemmede, 2012 https://www.regjeringen.no/contentassets/58bdb19885394a5eb28f21279dfb41ea/rapport_dommeravhor.pdf lastet ned 27.05.2017

Statens barnehus årsrapport 2015

Statens barnehus,
Årsrapport/Politidirektoratet, 2015

https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politidirektoratet/Vedlegg_3592.pdf

lastet ned 27.05.2017

Riksadvokatens retningslinjer (2015)

Tilrettelagte avhør – direktiver og retningslinjer, 2015

Riksadvokatens rundskriv (1/2015)

Mål og prioriteringsrundskriv nr. 1/2015

Riksadvokatens rundskriv (1/2016)

Mål og prioriteringsrundskriv nr. 1/2016

Riksadvokatens rundskriv (1/2017)

Mål og prioriteringsrundskriv nr. 1/2017

Andre rapporter

Mossige og Stefansen, NOVA rapport 20/2007

Vold og overgrep mot barn og unge: En selvrporteringsstudie blant avgangselever ved videregående skole, 2007

http://www.nova.no/asset/3059/1/3059_1.pdf

lastet ned 27.05.2017

IPSOS MMI for Redd barna 2015

Kartlegging av befolkningens kunnskap og holdninger til seksuelle overgrep mot barn, 2015

<https://www.reddbarna.no/jegerher/verktoy/rapporter> lastet ned 27.05.2017 (rapporten må lastes ned fra siden)

Politiet, anmeldt kriminalitet og straffesaksbehandling 2016

Kommenterte STRASAK-tall

https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politidirektoratet/Vedlegg_4442.pdf lastet ned 27.05.2017

Utenlandske lover, forarbeid, rundskriv og offentlige publikasjoner

Meðferð sakamála laga

Lög um meðferð sakamála 2008 nr. 88 12. júní

Rättegångsbalken

Rättegångsbalk 1942:740

Retsplejeloven

Lov om rettens pleje (LBK nr. 1257 af 13.10.2016 gældende)

Betænkning nr. 1420/2002

Betænkning om gennemførelse af straffesager om seksuelt misbrug af børn

Betænkning nr. 1554/2015

Betænkning om videoafhøring af børn og unge i straffesager

Rigsadvokatmeddelelsen 31.03.2016

Rigsadvokatens meddelelse om videoafhøring, 31. marts 2016

Årsstatistik om børnehusene 2015

Årsstatistik om børnehusene, Socialstyrelsen, 2015

<https://socialstyrelsen.dk/udgivelser/arsstatistik-om-bornehusene-2015> lastet ned 27.05.2017

Internasjonale konvensjoner og rettskilder

EMK	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter
SP	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember om sivile og politiske rettigheter
Barnekonvensjonen	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter
CPRD	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne
Lanzarote-konvensjonen	Europarådets konvensjon 12. juli 2007 om beskyttelse av barn mot seksuelt misbruk og seksuell utnyttning
General comment nr. 14 fra FNs barnekomité	(GC-2013-14-CRC) General Comment No. 14 (2013) The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/RC_C_GC_14_ENG.pdf lastet ned 27.05.2017

Avgjørelser fra EMD

Handyside mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (5493/72) 7. desember 1976
Sunday Times mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (6548/74) 26. april 1979
Ünterpertinger mot Østerrike	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (9120/80) 24. november 1986
P.S mot Tyskland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (33900/96) 20. desember 2001
S.N mot Sverige	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (34209/96) 2. juli 2002
Bocos-Cuesta mot Nederland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (54789/00) 10. november 2005
B mot Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (17122/02) 24. april 2007
A.S mot Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (40156/07) 28. september 2010
Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (26766/05) 15. desember 2011
Vronchenko mot Estland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (59632/09) 18. juli 2013
Rosin mot Estland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (26540/08) 19. desember 2014
Schatschaschwili mot Tyskland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, (9154/10) 15. desember 2015