

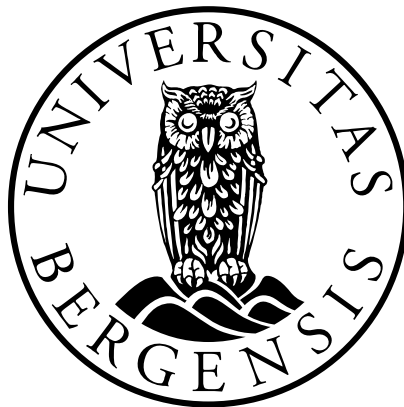
# Særlig sårbare vitner i sedelighetssaker

*De rettslige rammene for balansering av siktedes  
og fornærmedes rettigheter i norsk straffeprosess*

Kandidatnummer: 192997

Veileder: Anne Marie Frøseth Anfinsen

Antall ord: 11312



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

27.05.14

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema for oppgaven og problemformulering .....	3
1.2 Begrepsavklaringer.....	4
1.2.1 Særlig sårbare vitner og fornærmede .....	4
1.2.2 Siktede.....	5
1.2.3 Sedelighetssaker .....	6
1.2.4 Andre sentrale begrep.....	6
2 Grunnleggende straffeprosessrettslige prinsipper som styrer avveiningen mellom siktede og det sårbare vitnet .....	7
2.1 Generelt .....	7
2.2 Uskyldspresumsjonen og dens underliggende prinsipper .....	7
3 Nærmere om siktedes rett til kontradiksjon .....	10
3.1 Det kontradiktoriske prinsipp i norsk prosessrett.....	10
3.2 Siktedes kontradiktoriske rettigheter ved dommeravhør av sårbare vitner.....	11
4 Fornærmedes stilling i straffeprosessen .....	13
4.1 Noen utgangspunkter.....	13
4.2 Fornærmede generelt i straffeprosessen.....	13
4.3 Mindreårige fornærmede i straffeprosessen.....	15
4.4 Mindreårige fornærmede i sedelighetssaker .....	16
5 Avveiningen av hensynet til siktede og det sårbare vitnet i Høyesterett og EMD.....	18
5.1 Noen utgangspunkter.....	18
5.2 Høyesterettspraksis om særlig sårbare vitner.....	18
5.2.1 Generelt .....	18
5.2.2 Rt. 1990 s. 319.....	19
5.2.3 Rt. 1994 s. 748.....	20
5.2.4 Rt. 1994 s. 1532.....	21
5.2.5 Rt. 2011 s. 93.....	22
5.2.6 Oppsummering .....	23
5.3 Konvensjonspraksis om særlig sårbare vitner .....	24
5.3.1 Lindquist mot Sverige (1997) .....	24

5.3.2	P.S. mot Tyskland (2001).....	26
5.3.3	S.N. mot Sverige (2002).....	27
5.3.4	B. mot Finland og W. mot Finland (2007).....	29
5.3.5	A.S. mot Finland (2010).....	30
5.3.6	Oppsummering .....	31
5.4	Diskusjon av rettskildematerialet .....	32
6	Avslutning .....	35
	Litteraturliste .....	37

# 1 Innledning

## 1.1 Tema for oppgaven og problemformulering

Saker om seksuelle overgrep mot barn er et vanskelig tema som har skapt diskusjoner både på Stortinget, i juridiske fagmiljøer, i media og i samfunnet generelt. Mange kryssende hensyn og interesser gjør seg gjeldende i disse sakene, og det er særlig barns rettsstilling som har vært gjenstand for debatt.

Barns vitneprov er i de fleste sedelighetssaker det viktigste bevis, ettersom det sjelden er andre vitner til den påståtte ugjerningen. På grunn av sine ikke fullstendig utviklede språklige og kognitive ferdigheter, har barn og andre sårbare vitner imidlertid ofte vanskeligheter med å avgi sitt vitneprov på en adekvat måte.<sup>1</sup> Samtidig skal barn og andre sårbare personer utsettes for en minst mulig belastning i sitt møte med rettsapparatet, og minst mulig konfrontasjon med siktede.<sup>2</sup> Denne retten kan utledes av den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter: EMK) artikkel 8, som regulerer retten til respekt for privatliv og familieliv.

Det nevnes kort at EMK ble inkorporert i norsk lovgivning ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), og skal etter denne lovs § 2 ved motstrid gå foran norsk lov.

På den andre siden står hensynet til siktede, og hans kontradiktoriske rettigheter etter EMK artikkel 6. Etter denne bestemmelsen skal det legges til rette for at siktede skal få kunnskap om de anførsler og bevis som blir brukt mot ham og at han selv skal få muligheten til å imøtegå disse.<sup>3</sup>

I saker om seksuelle overgrep må det altså foretas en avveining mellom siktedes rettigheter og det sårbare vitnets rettigheter. Senere skal vi se at dette i realiteten er en avveining mellom retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 og retten til privatliv etter EMK artikkel 8. En jevnbyrdig balansegang hvor begge hensyn fullt ut blir ivaretatt kan vanskelig oppnås,

---

<sup>1</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, *Observasjon av barn etter straffeprosessloven § 239 tredje ledd*, Bergen 1999 s. 11.

<sup>2</sup> Magnus Matningsdal, *Siktetes rett til å eksaminere vitner*, Bergen 2007 s. 217.

<sup>3</sup> Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Oslo 2009 s. 54-55, hvor han blant annet viser til Rt. 1997 s. 1019.

og det oppstår derfor et spenningsfelt. Dette spenningsfeltet blir tydeligere og mer betent når det er snakk om barn som sårbare vitner.

Et sentralt poeng som vil bli utdypet nærmere er at avveiningen av disse motstridende interessene må skje innenfor rammene for uskyldspresumsjonen. Denne presumsjonen er nedfelt i EMK artikkel 6 nr. 2.<sup>4</sup>

Det er også viktig å ha i bakhodet at det overordnede målet hele til enhver tid er å oppnå materielt riktige dommer. I forlengelsen av dette må det nevnes at denne avhandlingen ikke handler om at det sårbare vitnet til enhver pris skal få siktede dømt for det påståtte forholdet; det er snarere et spørsmål om barnets situasjon setter en stopper for å få pådømt den aktuelle saken. Dette samsvarer også med den mer generelle samfunnsinteressen på området.

Målet med denne avhandlingen er å finne ut av hvordan Høyesterett og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg veier disse kryssende hensynene mot hverandre, og da med særlig blick på hvordan hensynet til det sårbare vitnet blir ivaretatt. Jeg ønsker å finne svar på spørsmålet om vi i norsk rett går langt nok i å beskytte det sårbare vitnet innenfor de rammer som finnes, eller om det er rom for å ta ytterligere hensyn til barnet. Her er det sentralt å se på hvilke konkrete rammer som denne avveiningen må foretas innenfor. Det legges til at fokus vil være på stadiet for etterforskning og hovedforhandling, og ikke andre deler av rettergangsprosessen.

Avhandlingens problemstilling er derfor hvordan hensynet til siktede og det sårbare vitnet blir veid mot hverandre i EMD og Høyesterett, og om praksis fra EMD tilsier at norsk rett kan gå lengre i å ta hensyn til fornærmede enn det Høyesterett har gjort frem til i dag.

## **1.2 Begrepsavklaringer**

### **1.2.1 Særlig sårbare vitner og fornærmede**

Med begrepet særlig sårbare vitner siktes det til personer som av ulike årsaker er særlig svake og som av den grunn behøver et spesielt vern i straffesaker. Det kan for eksempel være barn eller personer med en psykisk utviklingshemming. I denne avhandlingen vil begrepet først og fremst bli brukt om barn. Det tenkes da på barn under 16 år, ettersom 16 år er den øvre grense

---

<sup>4</sup> Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo"*, Bergen 2003 s. 27.

for dommeravhør etter lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsprosessen i straffesaker (straffeprosessloven) § 239. Barn er særlig sårbare hovedsakelig som følge av deres lavere utviklede evner til kommunikasjon, deres svake hukommelse, samt at den informasjonen som barn lagrer inn er lettere påvirkbar enn hos voksne.<sup>5</sup>

Enkelte steder vil begrepet fornærmet bli benyttet i stedet for særlig sårbare vitner. Fornærmet er den som har vært utsatt for en straffbar handling,<sup>6</sup> herunder den som er ”innehaver av en slik interesse som vedkommende straffebud tar sikte på å beskytte”.<sup>7</sup> Det bemerkes at til tross for bruken av begrepet ”fornærmet”, vil denne avhandlingen i størst mulig grad bli skrevet ut fra et objektivt ståsted, det vil si ut fra en forutsetning om at den siktede kan være uskyldig.

### 1.2.2 Siktete

Når får en person stilling som siktet? Reglene for dette er angitt i straffeprosessloven § 82. Bare personer som får formell status som siktet etter denne bestemmelsen har fulle partsrettigheter,<sup>8</sup> herunder blant annet rett til å få oppnevnt forsvarer.

Regelen i straffeprosessloven § 82 angir tre alternative måter for hvordan en person kan få status som siktet. Det aktuelle vilkåret i mitt henseende er andre alternativ, nemlig at ”forfølgning mot ham er innledet ved retten”.<sup>9</sup> Spørsmålet blir om dette vilkåret leder til at en person får status som siktet ved dommeravhør av barn etter straffeprosessloven § 239.

Dommeravhør etter reglene i § 239 foregår utenfor rettsmøte, noe som skal utdypes nærmere senere. Ordlyden i straffeprosessloven § 82 andre alternativ kan dermed tolkes dithen at mistenkte ikke får stilling som siktet ved dommeravhør.<sup>10</sup> I rettspraksis har man likevel tolket det slik at en bestemt mistenkt må få status som siktet ved dommeravhør. I Rt. 1993 s. 1118 slo Kjæremålsutvalget fast at

”begjæring om dommeravhør av barn i denne henseende må betraktes som forfølgning ved retten”. (side 1120)

---

<sup>5</sup> Rapport fra arbeidsgruppe: ”Dommeravhør og observasjon av barn”, 2004 punkt 4.2 og 5.5.1.

<sup>6</sup> NOU 2006: 10, *Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter* s. 16.

<sup>7</sup> Johs. Andenæs/Tor-Geir Myhrer, s. 86.

<sup>8</sup> Johs. Andenæs/Tor-Geir Myhrer, s. 54.

<sup>9</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 61.

<sup>10</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 61.

Det ble vist til at Straffeprosesslovkomiteen i 1969 synes å ha forutsatt at begjæring om dommeravhør skulle betraktes som forfølgning ved retten. Det er imidlertid et krav at forfølgningen må være *rettet mot* den mistenkte.<sup>11</sup>

Status som siktet oppnås altså ved begjæring om dommeravhør av barn etter straffeprosessloven § 239, så lenge etterforskningen er rettet mot vedkommende. Det er som nevnt også andre måter man kan oppnå status som siktet, men disse ville ikke bli gått nærmere inn på.

### **1.2.3 Sedelighetssaker**

Oppgaven vil bli skrevet med sikte på straffesaker som angår sedelighet. En forbrytelse mot sedeligheten er det samme som en seksualforbrytelse, og er en samlebetegnelse på begrepene ”seksuell omgang”, ”seksuell handling” og ”seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd”.<sup>12</sup>

Seksualforbrytelsene er regulert i det nittende kapittel i lov 22. mai 1902 nr. 10 om straff (straffeloven), og begrepene ”seksuell omgang”, ”seksuell handling” og ”seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd” kommer blant annet til uttrykk i §§ 192-197, 199, 200, 201, 202a og 203.

Begrepet ”sedelighetssaker” er ikke nærmere definert i loven, men har et avklart innhold fastlagt i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.<sup>13</sup>

### **1.2.4 Andre sentrale begrep**

Begrepene uskyldspresumsjon, kontradiksjon og dommeravhør er også sentrale begreper i denne avhandlingen. Disse vil bli gjort grundig rede for under egne punkt, henholdsvis punkt 2.2, 3.1 og 3.2.

---

<sup>11</sup> Magnus Matningsdal, s. 229.

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009), *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)* s. 211.

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 212.

## **2 Grunnleggende straffeprosessrettslige prinsipper som styrer avveiningen mellom siktede og det sårbare vitnet**

### **2.1 Generelt**

Når hensynet til siktede og det sårbare vitnet skal balanseres mot hverandre i sedelighetssaker, er det visse rettslige rammer som rettsanvenderen må holde seg innenfor. Sagt på en annen måte: Avveiningen blir styrt av noen grunnleggende prinsipper. I dette avsnittet vil de mest sentrale rammene – eller prinsippene – bli gjennomgått.

### **2.2 Uskyldspresumsjonen og dens underliggende prinsipper**

Uskyldspresumsjonen er et grunnleggende og sentralt prinsipp i norsk strafferett, og dermed også et grunnleggende element i straffesaker som gjelder overgrep mot barn. Denne presumsjonen går ut på at ”enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist”.<sup>14</sup> Den er et verktøy som skal sikre materielt riktige dommer, og dermed sørge for at borgerne ikke blir utsatt for vilkårlige og uberettigede inngrep i forbindelse med påståtte straffbare forhold.<sup>15</sup>

Som nevnt innledningsvis er uskyldspresumsjonen nedfelt i EMK artikkel 6 nr. 2, og er gjort til formell norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 2.<sup>16</sup>

For at uskyldspresumsjonen skal bli en realitet, er det utviklet en rekke underliggende prinsipper som skal ivareta dette hensynet. Også disse prinsippene kan sies å styre avveiningen mellom hensynet til siktede og det sårbare vitnet.

For det første er det påtalemyndighetens ansvar å føre bevis for at tiltalte er skyldig. Dette omtales gjerne som at påtalemyndigheten har bevisbyrden, og blir ofte uttrykt gjennom det

---

<sup>14</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 27.

<sup>15</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 27.

<sup>16</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 27.



latinske uttrykket ”in dubio pro reo”, hvilket kan oversettes til at tvil skal komme tiltalte til gode.<sup>17</sup>

Et annet viktig hensyn som skal sikre uskyldspresumsjonens gjennomslagskraft, er det strenge beviskravet man opererer med i straffesaker. Beviskravet angir kravet til bevisets styrke, og i strafferetten gjelder det et krav opp mot hundre prosent sannsynlighet. Bakgrunnen for dette strenge beviskravet er hovedtanken om at det er bedre at skyldige går fri, enn at uskyldige blir straffedømt.

Når vi er inne på det strenge beviskravet som et styrende prinsipp, kan det også nevnes at det eksisterer et prinsipp om fri bevisbedømmelse.<sup>18</sup> Årsaken til dette er at det antas å være størst sannsynlighet for å få frem det riktige faktum når dommeren ikke er bundet til regler om hvordan de ulike bevisene skal vektet og vurderes. Når det gjelder vurderingen av bevisene, kan det i tillegg nevnes at det er to måter å vurdere et bevis på: Den første er soliditeten eller troverdigheten til det enkelte bevis isolert sett, mens den andre måten er å se det i lys av de øvrige bevisene i saken. Hvorvidt man benytter begge eller bare den ene måten, kommer an på forholdene i den konkrete saken. Det viktigste er at dommerne er bevisste på begge disse måtene å vurdere bevis på.

Et tredje hensyn som skal ivareta uskyldspresumsjonen er at den siktede skal behandles som om han var uskyldig inntil fellende dom foreligger. Videre skal den frikjente etter at frikjennende dom er avsagt, behandles som en uskyldig person.<sup>19</sup>

Oppsummert kan man altså si at avveiningen av siktedes rettigheter mot hensynet til fornærmedes vern må skje *uten at uskyldspresumsjonen og dens underhensyn blir svekket*. Man kan så stille seg spørsmålet om dette kan føre til en begrensning i rettsapparatets effektivitet, i den forstand at det blir vanskeligere å bekjempe kriminalitet.<sup>20</sup> I så fall vil hensynet til å beskytte den fornærmede bli skadelidende. Vi skal imidlertid se at handlingsrommet innenfor uskyldighetspresumsjonen er nokså vidt og dynamisk – kanskje større enn norsk rett utnytter. Det er med andre ord rom for å ivareta hensynet til det sårbare vitnet til tross for uskyldspresumsjonens eksistens.

---

<sup>17</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 27.

<sup>18</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 61.

<sup>19</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 68.

<sup>20</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 68.

I tillegg er det viktig å ha i bakhodet at også andre verktøy enn selve straffeprosessen er med på å ivareta hensynet til barnet. Det siktes da særlig til muligheten for å føre en sivil sak i etterkant av en frikjennende straffesak, hvor den frikjente etter lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) kan bli nektet samværsrett med barnet og/eller bli fratatt foreldreansvaret. Dette er aktuelt ved sedelighets- og voldsproblematikk hos samværsforelder. Å føre sivil sak i etterkant av en frikjennende straffesak er en mulighet all den tid beviskravet i sivilprosessen er midlere enn i straffeprosessen. Dette temaet tilhører imidlertid det sivil- og barnevernsrettslige området, og vil derfor ikke bli behandlet nærmere i denne avhandlingen.

# 3 Nærmere om siktedes rett til kontradiksjon

## 3.1 Det kontradiktoriske prinsipp i norsk prosessrett

Det kontradiktoriske prinsipp er et grunnleggende prinsipp i norsk prosessrett, og anses å være en bærebjelke i vår prosessordning.<sup>21</sup> Prinsippet innebærer at partene skal ha mulighet til å imøtegå hverandres anførsler og bevis, før dom blir avsagt.<sup>22</sup> Hovedbegrunnelsen for retten til krysseksaminasjon er hensynet til siktedes rettssikkerhet.<sup>23</sup>

Kontradiksjon skal sørge for at saken blir best mulig opplyst, samt sikre at kvaliteten på de slutningene man trekker fra det aktuelle bevismaterialet blir best mulig.<sup>24</sup> Dette innebærer at det kontradiktoriske prinsipp må ses i sammenheng med prinsippet om fri bevisførsel som er nevnt ovenfor. Videre har praksis fra EMD slått fast at tiltaltes rett til å imøtegå påtalemyndighetens bevis også er et viktig element i uskyldighetspresumsjonen.<sup>25</sup> Som en følge av dette kan det som nå skal sies om kontradiksjon anses som en del av – og som en videreføring av – avhandlingens punkt 2. For oversiktens skyld gjøres dette likevel til et eget punkt.

Kontradiksjonsprinsippet er et så grunnleggende rettsstatsprinsipp at det anses som konstitusjonell sedvanerett.<sup>26</sup> Det er også et sentralt element i kravet om rettferdig rettergang – ”fair hearing” – i EMK, jf. artikkel 6 nr. 1 og nr. 3.<sup>27</sup>

At kontradiksjonsprinsippet kan utledes av artikkel 6, fører til at avveiningen mellom hensynet til siktede og hensynet til fornærmede i realiteten en avveining av artikkel 6, på siktedes side, mot artikkel 8, på den fornærmedes side. Dette er også nevnt tidligere. Fornærmedes rettigheter etter artikkel 8, vil bli gått nærmere inn på senere.

Når det gjelder innholdet i retten til kontradiksjon, ble det nevnt innledningsvis at det

---

<sup>21</sup> Magnus Matningsdal, s. 15. Se også Rt. 2005 s. 1590, avsnitt 26.

<sup>22</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 179.

<sup>23</sup> Ørnulf Øyen, ”Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme og miljøtilhørighet – rettstilstanden etter storkammersaken Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia”, *Tidsskrift for strafferett*, 2012 s. 165-183 (s. 167).

<sup>24</sup> Magnus Matningsdal, s. 15-16.

<sup>25</sup> Asbjørn Strandbakken, s. 179, som viser til *Harris/O’Boyle/Warbrick* 1995 s. 244, note 13.

<sup>26</sup> Johs. Andenæs/Tor-Geir Myhrer, s. 55, hvor han viser til Rt. 1997 s. 1019.

<sup>27</sup> Johs. Andenæs/Tor-Geir Myhrer s. 55.

absolutte utgangspunkt er at det er siktede selv som skal få kunnskap om de anførsler og bevis som blir brukt mot ham, og at det er siktede selv om skal få muligheten til å imøtegå disse.<sup>28</sup> Dersom dette ikke er tilfellet, er siktedes rett til kontradiksjon begrenset.<sup>29</sup> Jo mer begrenset kontradiksjonen er, desto dårligere forutsetninger har man for å få frem den fullstendige materielle sannhet. Som utgangspunkt er det altså ikke tilstrekkelig at siktedes kontradiktoriske rettigheter utøves gjennom forsvareren.

For å illustrere dette, kan følgende eksempel oppstilles: I sedelighetssaker mot barn er det ofte en nær relasjon mellom siktede og det fornærmede barnet. Her er det siktede som kan kjenne barnet best, og han kan dermed være kjent med forhold som for eksempel kan ha betydning for vitnets troverdighet.<sup>30</sup> Det kan også være deler av barnets forklaring som han kan ønske å nyansere eller forklare. At siktede selv får muligheten til å påpeke slike forhold, gjør at saken kan komme i et annet lys sammenliknet med de tilfeller hvor siktede ikke har rett til å være tilstede og kontradiksjonen må utøves gjennom forsvareren.

I det følgende skal vi imidlertid se at ordningen rundt dommeravhør av barn utfordrer siktedes rettigheter på dette punkt.

## **3.2 Siktedes kontradiktoriske rettigheter ved dommeravhør av sårbare vitner**

Det har vært skiftende syn på hvilke partsrettigheter siktede skal ha ved dommeravhør av barn. Et standpunkt som likevel har stått fast er at siktede selv ikke har tillatelse til å være tilstede når barnet blir avhørt. Slik har det vært siden 1926, da vi fikk reglene om dommeravhør.<sup>31</sup> Dette antyder at siktedes kontradiksjon ikke er optimal i disse sakene.

Begrunnelsen for at siktede ikke har tillatelse til å være tilstede ved dommeravhøret har hele tiden vært hensynet til barnet. Man har valgt å ta hensyn til den særlige påkjenning barnet blir utsatt for gjennom konfrontasjon med den påståtte gjerningsmannen. Særlig i saker om sedelighet anser man behovet for å skåne barnet som stort, og det er også i slike saker dommeravhør oftest blir brukt.

---

<sup>28</sup> Magnus Matningsdal, s. 16.

<sup>29</sup> Ørnulf Øyen, s. 165-166.

<sup>30</sup> Magnus Matningsdal, s. 16 og Ørnulf Øyen, s. 167-168.

<sup>31</sup> Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, *Barn som vitner*, Oslo 2007 s. 68.

Ordningen rundt dommeravhør av barn er regulert i straffeprosessloven § 239, og det er også her vi finner lovreglene rundt siktedes kontradiktoriske rettigheter i disse sakene. Det er allerede nevnt at siktede ikke har tillatelse til å være tilstede under avhøret. Barnet skal forklare seg ”utenfor rettsmøte”, og avhøret skal som hovedregel foretas av en ”særlig skikket person”, jf. § 239 første ledd første og annet punktum. Siktedes kontradiktoriske rettigheter i disse spesielle sakene, er til en viss grad ivaretatt ved at siktede er representert ved sin forsvarer under avhøret. Han har imidlertid ikke en ubetinget rett til å være tilstede. Det følger av straffeprosessloven § 239 første ledd siste punktum at forsvarer ”som hovedregel” skal gis anledning til å overvære avhøret, hvis ikke hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen taler mot det. Hvorvidt forsvareren skal gis anledning til å være tilstede, er dommerens beslutning. Dette følger av forskrift 2. oktober 1998 nr. 925 om dommeravhør og observasjon samt endringer i straffeprosessloven, straffeloven og påtaleinstruksen (forskrift om dommeravhør og observasjon m.m.).

I de tilfeller hvor forsvareren er tilstede under avhøret, får han ikke stille spørsmål direkte til barnet. Spørsmålene han ønsker stilt formidles til dommeren, som igjen videreformidler disse til personen som avhører barnet, jf. forskrift om dommeravhør og observasjon m.m. Kontradiksjonen utøves altså indirekte. Høyesterett har ansett dette for å være tilstrekkelig i forhold til EMK<sup>32</sup>, jf. Rt. 1994 s. 748 (s. 750) og Rt. 1995 s. 1248 (kjm.utv., s. 1251). Det må likevel hevdes at denne fremgangsmåten begrenser forsvarerens muligheter til krysseksaminasjon, ettersom det er andre som har kontrollen over kommunikasjonen med barnet.

Uansett er dette i strid med utgangspunktet om at det er siktede selv som skal få kunnskap om de anførsler og bevis som blir brukt mot ham, og at det er siktede selv om skal få muligheten til å imøtegå disse. Siktedes rett til kontradiksjon kan derfor på langt nær sies å være optimal ved dommeravhør av barn.

Ordningen med dommeravhør av barn etter strpl. § 239 må derfor sies å utfordre siktedes rett til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. Den bryter med siktedes rettssikkerhetsgarantier, noe som kan få konsekvenser for siktedes rettsstilling. Begrunnelsen for dette er altså at man ønsker å ta hensyn til det sårbare vitnet.

---

<sup>32</sup> Magnus Matningsdal, s. 230.

## 4 Fornærmedes stilling i straffeprosessen

### 4.1 Noen utgangspunkter

Sedelighetssaker aktualiserer som nevnt to ulike hensyn. På den ene siden står siktedes vern og rettigheter, hvilket ble gjennomgått i det foregående punk. Her ble det også nevnt at siktedes rettigheter kan sies å komme til uttrykk gjennom EMK artikkel 6.

På den andre siden står hensynet til den fornærmede. Også han har krav på nærmere angitte rettigheter som skal hensyntas i disse sakene. I korte trekk kan disse sies å gå ut på at han har krav på minst mulig belastning med rettsapparatet, samt minst mulig konfrontasjon med siktede. I tilfeller hvor det eksisterer en risiko for fremtidige overgrep eller voldshandlinger mot fornærmede, må det gjelde en rett til å slippe konfrontasjon med siktede også i ettertid. Denne risikoen må sies å være størst i sedelighetssaker hvor det er en nær relasjon mellom fornærmede og siktede.

Som antydnet innledningsvis, kan disse rettighetene på fornærmedes hånd utledes av artikkel 8. Fornærmede gis her en rett til beskyttelse av sitt privatliv, og en måte å gjennomføre dette på er altså å gjøre fornærmedes møte med rettsapparatet minst mulig tyngende, og å unngå konfrontasjon med siktede i den grad dette er mulig. Det nærmere innholdet av fornærmedes rettigheter etter artikkel 8 vil bli belyst gjennom analysen av EMD-praksisen nedenfor.

Men først skal vi gå nærmere inn på hvilken stilling fornærmede har i straffeprosessen. Denne gjennomgangen vil bli inndelt i tre ulike nivå: Første nivå er *fornærmede generelt* i straffeprosessen, andre nivå er *mindreårige* fornærmede generelt i straffeprosessen, mens tredje og siste nivå er mindreårige fornærmede i *sedelighetssaker*. En slik inndeling vil forhåpentligvis kunne skape et oversiktlig og informativt bakgrunnstappe for å kunne forstå hvilken stilling fornærmede har i disse sakene, samt den spenningen som oppstår i forholdet til siktedes rettigheter.

### 4.2 Fornærmede generelt i straffeprosessen

På generell basis må den fornærmede kunne sies å ha betydelige og legitime interesser i straffesaken.<sup>33</sup> Den som har blitt utsatt for en straffbar handling har interesse i at det blir fastslått gjennom rettsvesenet at det har skjedd en urett mot vedkommende, hvem som er ansvarlig, og at det reageres mot lovbruddet.<sup>34</sup> Rettssaken blir på denne måten både av følelsesmessig og symbolsk betydning. I tillegg kommer den rent praktiske betydningen rettssaken kan ha for den krenkede. Med dette tenkes først og fremst på siktedes ønske om beskyttelse mot nye straffbare handlinger fra den samme gjerningsmannen. Rettssaken kan også ha praktisk betydning i form av et ønske om oppreisning og erstatning.

For å få en klarest mulig oppfatning av hvilken stilling fornærmede har i straffeprosessen i dag, er det hensiktsmessig å se på på rettsutviklingen som har funnet sted. På verdensbasis var Norge tidlig ute med å gi fornærmede rettigheter i straffeprosessen.<sup>35</sup> Det ser man blant annet ved innføringen av lovreformen om dommeravhør som fant sted i 1926. Lovregler om vitneavhør av barn i sedelighetssaker ble da tilføyd i straffeprosessloven av 1887 ved lov av 12. mars 1926 nr. 4.<sup>36</sup> Siktedes rettssikkerhet hadde ingen sentral plass ved innføringen av lovreformen. Etter hvert ble dette imidlertid sterkt kritisert, og denne kritikken ble tatt hensyn til i innstillingen til straffeprosessloven i 1969.<sup>37</sup> Det ble da lovfestet blant annet at det skulle oppnevnes forsvarer for siktede, og at barnets forklaring skulle tas opp på lydbånd. I 1994 ble det også vedtatt at en regel om at forsvareren som hovedregel skulle få være tilstede i avhøret, se straffeprosessloven 239 første ledd fjerde punktum. Denne regelen kom i kjølvannet den økte fokuseringen på siktedes rettssikkerhet på 1990-tallet.<sup>38</sup> Interessene på fornærmedes hånd sto i bakgrunn for dette endimensjonale fokuset på siktedes interesser i dette tiåret.

På 2000-tallet skjedde det imidlertid igjen en betydelig utvikling i retning av større anerkjennelse av fornærmedes legitime interesser. Dette var ikke noe man så bare i straffeprosessen, men en tendens som gikk igjen på flere rettsområder. I straffeprosessen ble det gjennomført flere lovendringer hvor fornærmede ble tilkjent rettigheter som fikk en sentral plass i lovgivningen, se først og fremst lovendring 7. mars 2008 nr. 5.<sup>39</sup> Norsk

---

<sup>33</sup> NOU 2006: 10 s. 16.

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 11 (2007-2008), *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)* s. 25.

<sup>35</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 19.

<sup>36</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 19.

<sup>37</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 22.

<sup>38</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 25.

<sup>39</sup> NOU 2006: 10, Ot.prp. nr. 11 (2007-2008) og Innst. O. nr. 27 (2007-2008), *Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)*..

rettsvesen erkjente på nytt at fornærmede har legitime interesser i straffesaker. Blant annet het det i forarbeidene til 2008-reformen at

”Utvalget mener det ikke er noen tvil om at fornærmede har legitime interesser i få fastslått gjennom rettsvesenet at det har skjedd urett mot vedkommende, hvem som er den ansvarlige og at det reageres mot lovbruddet.”<sup>40</sup>

Om og eventuelt i hvilken grad dette ga utslag i høyesterettspraksis, skal vi se på senere.

Med erkjennelsen av fornærmedes legitime interesser i straffesaken, har det også blitt lagt til rette for, og godtatt, at fornærmede ivaretar disse rettighetene. Det nevnes her at fornærmede blant annet har fått en rekke prosessuelle rettigheter, deriblant rettigheter knyttet til innsyn, imøtegåelse av opplysninger fra den annen part og rettigheter knyttet til å det å kunne gi uttrykk for sine synspunkter.<sup>41</sup>

I takt med anerkjennelsen av fornærmedes rettigheter, har det også blitt tatt større hensyn til den belastning en rettssak representerer for den fornærmede. Dette er helt i tråd med artikkel 8. Fornærmedes interesse i at rettergangen foregår på en skånsom måte har blitt tilgodesett gjennom en rekke regler, for eksempel ved begrensninger i adgangen til å stille spørsmål eller i dokumentinnsyn, samt begrensninger når det gjelder siktedes tilstedeværelse. I disse tilfellene må det ofte foretas en avveining av siktedes og fornærmedes rettigheter.<sup>42</sup> Senere skal vi se at dommeravhør av barn i sedelighetssaker er et eksempel på dette.

### **4.3 Mindreårige fornærmede i straffeprosessen**

Straffeprosessloven skiller i utgangspunktet ikke mellom voksne og barn når den gir rettigheter til fornærmede i straffesaker. Hovedregelen er at alle fornærmede behandles likt, uansett om de er barn eller voksne.

På den annen side er det liten tvil om at det melder seg særskilte behov i saker hvor den fornærmede er et barn. Barn har ulike forutsetninger og erfaringer, og trenger derfor tilpassede og fleksible ordninger.<sup>43</sup> Av den grunn kan barn som fornærmede i straffesaker sies

---

<sup>40</sup> NOU 2006: 10 s. 125.

<sup>41</sup> NOU 2006: 10 s. 16.

<sup>42</sup> NOU 2006: 10 s. 104.

<sup>43</sup> Rapport fra arbeidsgruppe: ”Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker”, 2012 s. 17.



å representere en stor utfordring, både når det gjelder utforming av regelverk og praktisk gjennomføring av saken.<sup>44</sup>

Begrunnelsen for hvorfor straffesaker blir spesielle når den fornærmede er et barn kan søkes på flere plan. For det første er mindreårige fornærmede ofte mer sårbare og trenger i mange tilfeller andre til å handle for seg både rettslig og faktisk.<sup>45</sup> De har et annet utviklingsnivå og større behov for beskyttelse både under straffesaken og i ettertid. Også de begrensede kommunikasjons- og formidlingsevnene bidrar til at bistand fra voksne blir helt avgjørende. Dette er med på å gjøre barn som fornærmede til en særlig utsatt gruppe, og kan tilsi at det må legges til rett for andre løsninger for barn enn for voksne.

Også det ujevne styrkeforholdet som oppstår mellom den tiltalte og den fornærmede når den fornærmede er et barn, er med på å gjøre saken ekstraordinær. Ujevnheten viser seg gjerne både i psykisk og fysisk styrke. Denne ubalansen gjør at det kan oppleves som svært byrdefullt for barnet å forklare seg til politiet eller dommere, og kan gjøre rettssaken ekstra belastende.<sup>46</sup> For å begrense de negative utslagene dette ujevne styrkeforholdet kan gi, er det viktig å sørge for at gi barna samme mulighet som gjerningspersonen til å påvirke det som skjer i etterforskningen og i rettssaken.<sup>47</sup>

Videre blir behovet for en skånsom rettergang forsterket når den fornærmede er mindreårig. Barn er som nevnt svært ofte utsatt for et misbruk av avhengighetsforhold, og er med dette ekstra sårbare for skade når de utsettes for forbrytelser. Dette misbruket følger med i rettssalen, og en skånsom rettergang er dermed en forutsetning for å kunne ivareta barnets integritet og verdighet. Dette kan også ha avgjørende betydning for barnets mulighet til å bearbeide krenkelsen. For å oppnå dette må også andre faggrupper involveres i prosessen, blant andre psykologer. Dette behovet vil imidlertid ikke bli gått nærmere inn på her.

## **4.4 Mindreårige fornærmede i sedelighetssaker**

Sedelighetssaker mot barn er spesielle og ekstraordinære. Det er opprørende tematikk for alle som er involvert, og for barna som blir utsatt for disse alvorlige handlingene er dette forbundet med store traumatiske lidelser.

---

<sup>44</sup> Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, s. 15.

<sup>45</sup> NOU 2006: 10 s. 43.

<sup>46</sup> NOU 2006: 10 s. 196.

<sup>47</sup> NOU 2006: 10 s. 122.

Det er flere årsaker til at barn som blir utsatt for seksuelle overgrep er særlig sårbare. For det første er det snakk om alvorlige voldsforbrytelser som krenker de fornærmede barnas integritet. Erfaringsmessig medfører handlingene store fysiske, psykiske og sosiale skadevirkninger.<sup>48</sup> Mange barn som blir utsatt for seksuelle overgrep, lever med en uutholdelig skyld- og skamfølelse som følger dem livet ut.

I tillegg til å bli utsatt for alvorlige fysiske handlinger med skadevirkninger som redegjort for ovenfor, blir barn i sedelighetssaker også utsatt for en krenkelse av et avhengighetsforhold. Som en følge av dette kan man si at seksuelle overgrep mot barn ofte innebærer en dobbel krenkelse mot det fornærmede barnet. Ved seksuelle overgrep mot barn har den voksne overgriperen svært ofte utnyttet barnets avhengighet til denne personen, eller denne personens maktposisjon overfor barnet. Plutselig blir de nære omsorgspersonene som for barnet har representert stabilitet, trygghet og forutsigbarhet, forvandlet til upålitelige, uforutsigbare og skumle mennesker. Dette gjør barnets situasjon spesiell og svært vanskelig, og er ofte med på å fremheve barnets skam- og skyldfølelse.

Når barnets forklaringer gjennom dommeravhøret i tillegg svært ofte er det eneste konkrete beviset man har mot siktede, blir barnet ytterligere sårbar. Dette er også understreket i en rekke juridiske arbeider, deriblant under arbeidet med å styrke fornærmedes stilling i straffeprosessen. Her ble følgende uttalt:

”Barn som er utsatt for integritetskrenkelser er spesielt sårbare og har behov for særlig vern. Det gjelder både ved seksuallovbrudd og ved voldsforbrytelser.”<sup>49</sup>

Vanskeligheten med å forholde seg til misbruket av dette avhengighetsforholdet, samt skyld- og skamfølelsen, følger ofte med barna i rettssalen, og gjør rettssaken særlig vanskelig å gjennomgå. Rettsapparatets behandling av saken oppleves for mange som svært tyngende og traumatisk.<sup>50</sup> Dette er også årsaken til at man har funnet det nødvendig med en egen fremgangsmåte når fornærmede barn skal vitne i denne typen saker. Denne ordningen ble gjennomgått under punkt 3.2.

---

<sup>48</sup> NOU 2006: 10 s. 17.

<sup>49</sup> NOU 2006: 10 s. 134.

<sup>50</sup> Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, s. 25-26.

# 5 Avveiningen av hensynet til siktede og det sårbare vitnet i Høyesterett og EMD

## 5.1 Noen utgangspunkter

I dette avsnittet skal avgjørelser fra Høyesterett og EMD analyseres, for å finne ut hvordan disse to rettsinstansene behandler og avveier hensynet til siktede og det sårbare vitnet i sedelighetssaker. Målet er å finne ut hvordan denne avveiningen skjer, og å kunne ta stilling til om Høyesterett og EMD avveier de aktuelle hensynene på samme måte, eller om det er et spenningsforhold mellom rettsinstansene på dette området.

Et viktig poeng i analysen av dommene er at det er snakk om en avveining av de ulike hensynene *uten å svekke uskyldspresumsjonen*. Uskyldspresumsjonen er en absolutt verdi, som ikke kan fravikes. Dette er nevnt tidligere. Det vi følgelig skal se på er hvordan EMD og Høyesterett benytter seg av handlingsrommet som ligger innenfor rammene for uskyldspresumsjonen.

## 5.2 Høyesterettspraksis om særlig sårbare vitner

### 5.2.1 Generelt

I dette avsnittet skal avgjørelser fra Høyesterett analyseres for å finne ut om hvordan Høyesterett vektlegger hensynet til fornærmede i avveiningen mot siktedes rettigheter. Avgjørelsene vil deretter bli holdt opp mot og sammenliknet med avgjørelser med liknende saksforhold fra EMD.

Det er på det rene at Menneskerettighetsdomstolen aldri har vurdert norske domstolers anvendelse av siktedes rettigheter etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d i saker om sedelighetsforbrytelser mot mindreårige<sup>51</sup>. Ved å se nærmere på senere års avgjørelser fra Høyesterett får vi likevel et innblikk i om Høyesteretts behandling av disse sakene samsvarer med EMD.

Det bemerkes at de tre første dommene som blir trukket frem gjelder opplesning av

---

<sup>51</sup> Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, s. 74.

politiforklaringer. Man skal ha i bakhodet at det er forskjell på opplesing av politiforklaringer og bruk av dommeravhør. Det tenkes da særlig på at man ved opplesing av politiforklaringer fokuserer på hvilken betydning dette enkelte beviset har, og ikke på en balansert avveining mot fornærmedes rettigheter slik som i de rene ”dommeravhørsakene”. Saker som gjelder opplesing av politiforklaringer er altså mer endimensjonale; det er ikke egentlig en konflikt mellom to ulike menneskerettigheter. Likevel anses de tre sakene som trekkes frem å kunne belyse og illustrere hvordan Høyesterett behandler hensynet til sårbare vitner i denne typen saker. Her skal det nevnes at også andre har fremhevet disse sakene som prinsipielle og sentrale på dette området.<sup>52</sup>

### 5.2.2 Rt. 1990 s. 319

Dommen inntatt i Rt. 1990 s. 310 gjaldt en sak hvor en 29 år gammel mann var dømt i lagmannsretten for utuktig omgang med en fem år gammel jente. Høyesterett fant at lagmannsretten ikke hadde begått saksbehandlingsfeil ved å ikke utsette saken slik at det kunne foretas ytterligere dommeravhør av jenta, jf. straffeprosessloven § 293 og § 294 og EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.

Innledningsvis kommer Høyesterett med en generell uttalelse om at vurderingen av om siktede har fått en rettferdig rettergang, må skje på bakgrunn av en helhetsvurdering:

”Det er ikke i strid med konvensjonen at et vitne avhøres forut for hovedforhandlingen med sikte på at forklaringen skal oppleses under denne, men [dette forutsetter] at forsvaret "as a rule" gis en "adequate and proper opportunity" til å stille spørsmål til vitnet ... I reservasjonen - "as a rule" - synes å ligge at det må foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i det grunnleggende krav om "fair trial" ..." (side 321).

Høyesterett innleder altså med å si at det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor både hensynet til fornærmede og hensynet til siktede spiller inn. At fokus ble rettet mot også fornærmedes interesser, var forholdsvis uvanlig i 1990-årene, da man i norsk rett som nevnt under punkt 4.2 var nokså endimensjonale hva gjaldt siktedes rettigheter. Senere skal vi se at også EMD fokuserte på en slik helhetsvurdering i denne typen saker.

Fokuset på at det skal foretas en helhetsvurdering, opprettholdes gjennom dommen. På side 321 uttaler førstvoterende at også i saker som involverer barn må det foretas en

---

<sup>52</sup> Se for eksempel Anne Marie Frøseth Anfinsen på s. 77, hvor hun trekker frem Rt. 1990 s. 319 og Rt. 1994 s. 748.

helhetsvurdering, men at det i slike saker oppstår særlige utfordringer. Se følgende uttalelse:

”De generelle synspunkter har etter min mening betydning også når det gjelder spørsmålet om dokumentasjon av dommeravhør av barn. Disse tilfellene reiser imidlertid særlige avveiningsproblemer. For vitner generelt bygger både vår prosessordning og Menneskerettighetskonvensjonen på at vitnet skal møte i retten med rett for forsvaret til å stille direkte spørsmål. For avhør av barn i sedelighetssaker er det i straffeprosessloven valgt en annen løsning, og denne løsning er ment å skulle ivareta både hensynet til barnet og til at det blir gitt en mest mulig riktig forklaring.”

En ser ved denne uttalelsen at dommeren trekker frem hensynet til barnet som et viktig moment i helhetsvurderingen av hvorvidt siktede er gitt en rettferdig rettergang.

Dommeren legger imidlertid også vekt på bevisverdien av spørsmål fra forsvaren:

”Det er dommerens oppgave å se til at også hensynet til mistenkte blir ivaretatt ... Disse momenter [er] neppe i seg selv avgjørende, men de må etter min mening ha vekt ved en helhetsvurdering ut fra kravet til forsvarlig saksbehandling.” (side 321-322)

Høyesterett foretar altså en bred drøftelse, der både hensynet til barnet og siktedes rett til å stille spørsmål trekkes inn.<sup>53</sup> Senere skal vi se at dette er helt i tråd med hvordan EMD og kommisjonen behandlet denne typen saker på slutten av 1990-tallet og på 2000-tallet. Vi skal imidlertid se at Høyesterett dessverre forlater denne linjen i senere avgjørelser.<sup>54</sup>

### 5.2.3 Rt. 1994 s. 748

Saken gjaldt seksuelle overgrep fra en mannlig barnehageansatt mot en da seks år gammel jente. Mannen ble ikke varslet da det ble foretatt dommeravhør av fornærmede. Da han senere fikk oppnevnt forsvarer, ble det begjært nytt avhør av jenta, men dette ble avslått. Krav om nytt avhør ble igjen rettet under saksforberedelsen for lagmannsretten (som på dette tidspunkt var førsteinstans for alvorlige sedelighetsforbrytelser) og under hovedforhandlingen, men begge begjæringene ble avslått. Dommeravhøret ble opplest av lagmannsretten, og mannen ble domfelt.

Høyesterett var ikke enige med lagmannsretten. De mente at

”dommen ikke tilfredsstillende de rettssikkerhetskrav som man bør stille etter straffeprosessloven sett i sammenheng med EMK art. 6...” (side 751)

---

<sup>53</sup> Anne Robberstad, *Bistandsadvokaten*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 162.

<sup>54</sup> Anne Robberstad, s. 162.

Det ble lagt stor vekt på at dommeravhøret var det hovedsakelige bevis i saken. Lagmannsrettens dom ble følgelig opphevet.

Det ble tatt utgangspunkt i at retten etter straffeprosessloven § 294 har en plikt til å våke over at saken blir fullstendig opplyst. I den forbindelse ble følgende uttalt på side 750:

”Ved anvendelsen av § 294 og ved Høyesteretts prøving må det legges vekt på de krav til saksbehandlingen som oppstilles i EMK art. 6, jf. straffeprosessloven § 4. Etter art. 6 (3) (d) skal siktede som en minsterett ha krav på å få avhøre vitner som føres mot ham ... Det er tilstrekkelig at slike spørsmål formidles. Når siktede heller ikke har hatt anledning til dette kan en domfellelse bli ansett å stride mot det grunnleggende krav om rettferdig rettergang - "fair trial" - som er nedfelt i art. 6 (1).”

Høyesterett ser her bort fra den praksis Rt. 1990 s. 319, hvor det ble foretatt en helhetsvurdering der ulike hensyn balanseres mot hverandre. Vurderingstema for Høyesterett i den foreliggende sak er hvorvidt domfelte har fått en rettferdig rettergang, og det er dette som er dommernes fokus gjennom hele vurderingen. Et snev av offerperspektiv kan likevel spores på side 751, hvor førstvoterende uttaler at

“gjentatt avhør av barn [skal] så vidt mulig unngås”.

Dette blir imidlertid raskt avslått. Flertallet hevdet nemlig at

”det ikke [var] riktig av påtalemyndigheten, og deretter av lagmannsretten, å bruke straffeprosessloven § 234 annet ledd i.f. som grunnlag for å nekte nytt avhør”. (side 751)

Høyesterett legger med dette opp til en streng praksis rundt bruk og gjennomføring av dommeravhør,<sup>55</sup> hvor det altoverveiende momentet er hvorvidt siktedes rett til rettferdig rettergang er overholdt. Med en slik praksis får hensynet til fornærmede lite eller intet fokus, og man tar med dette et steg tilbake når det gjelder beskyttelse av det sårbare vitnet i forhold til den ovennevnte dommen.

#### **5.2.4 Rt. 1994 s. 1532**

Som vi skal se i denne dommen, synes Høyesterett ikke være entydig på om vurderingen skal konsentreres rundt hvorvidt siktedes rettsvern er ivaretatt, eller om man snarere skal foreta en helhetsvurdering hvor også hensynet til det sårbare vitnet spiller inn.

I denne saken var fornærmede en 14 år gammel jente. Hun var avhørt uten at tiltalte eller hans

---

<sup>55</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 79.

forsvarer var varslet. Likevel tillot lagmannsretten at forklaringen ble opplest under hovedforhandlingen.

Høyesteretts flertall (dissens 3-2) kom til at lagmannsretten ikke burde tillatt forklaringen opplest. Flertallet trekker i den forbindelse frem at

”Det er generelt en vesentlig rettssikkerhetsgaranti at forsvaret får adgang til å stille spørsmål til vitner.”  
(side 1533)

Når denne rettssikkerhetsgarantien ikke var overholdt, og det i tillegg var snakk om en helt sentral vitneforklaring i en alvorlig straffesak med høy strafferamme og hvor den tiltalte ikke hadde erkjent det straffbare forholdet,<sup>56</sup> skulle ikke forklaringen vært opplest.

Ut fra denne begrunnelsen, må det kunne hevdes at Høyesterett her overser hensynet til jenta, og det at hun hadde gyldig forfall fra å forklare seg under hovedforhandlingen. Riktignok uttaler de at

”det burde være mulig å finne andre løsninger som ivaretok både hensynet til den fornærmede og hensynet til tiltaltes forsvar...” (side 1533-1534)

Det reflekteres imidlertid ikke noe videre over dette. At Høyesterett i så liten grad vurderer hensynet til fornærmede harmonerer dårlig med dommen som ble avsagt i 1990, men derimot stemmer det godt med det endimensjonale fokuset man hadde på siktedes rettigheter i 1990-årene.

### **5.2.5 Rt. 2011 s. 93**

Dette er den siste dommen jeg vil trekke frem. Foran har vi sett at praksis fra Høyesterett er tvetydig når det gjelder om det skal foretas en balansering av ulike hensyn i overgrepssaker mot barn, eller om vurderingen kun skal konsentreres rundt siktedes rettssikkerhet.

Den foreliggende sak er representant for sistnevnte løsning. I 2011, da dommen ble avsagt, forelå samtlige av EMD-dommene som skal gjennomgås nedenfor, men det er lite som tyder på at Høyesterett har latt seg influere av disse.

Saken gjaldt familievold mot tre barn. Avhør var gjennomført med siktedes forsvarer til stede, men uten at forsvarer hadde konferert med siktede på forhånd (noe forsvareren klandres for).

---

<sup>56</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 80.

Høyesterett fant at det var en saksbehandlingsfeil at dommeravhøret ble brukt som det avgjørende bevis i saken. Dette som følge av manglende kontradiksjon, jf. EMK artikkel 6.

Høyesterett statuerer et utgangspunkt som de holder fast ved gjennom hele dommen, se følgende uttalelse i avsnitt 28:

”Et viktig prinsipp i norsk straffeprosess er at den tiltalte som hovedregel ikke identifiseres med sin forsvarer. Utgangspunktet og hovedregelen er videre at rettssikkerhetsgarantiene er indispositive og ikke kan oppgis.”

Andre setning i dette utdraget viser at Høyesterett oppstiller som en absolutt hovedregel at siktede ikke kan oppgi sin rett til rettferdig rettergang. Etter EMDs praksis er det imidlertid adgang til å oppgi retten til krysseksaminasjon, se for eksempel dommen A.S. mot Finland avsnitt 70,<sup>57</sup> som skal gjennomgå nærmere nedenfor. Det fremstår dermed som underlig at Høyesterett forankrer sin avgjørelse i EMK, samtidig som at de unnlater å følge EMDs tolkning av konvensjonen. Med dette går de i mot normen om at EMDs tolkning skal legges til grunn ved anvendelse av menneskerettighetene.

Tilsvarende kan sies om prinsippet de oppstiller om at tiltalte ikke skal identifiseres med forsvareren. Det er riktig at det gjelder en regel om dette i norsk rett, men i EMK er det motsatt. Dette er også Høyesterett klar over, se avsnitt 29. At de forankrer resultatet i EMK, synes dermed bare å være en ”kamouflasje”, all den tid de jo ikke følger EMDs fortolkning.

Etter at avgjørelsene fra EMD er gjennomgått, vil det bli diskutert nærmere hvordan denne dommen stiller seg i forhold til EMD-praksisen som forelå på det tidspunktet da dommen ble avsagt (se punkt 5.4). Jeg nevner imidlertid allerede her at teoretikere som blant annet Anne Robberstad har gått så langt som å hevde at ”avgjørelsen er på kollisjonskurs med de nevnte EMD-dommene”.<sup>58</sup>

## 5.2.6 Oppsummering

Gjennomgangen av praksis fra Høyesterett viser at norsk rett i liten grad fokuserer på helhetsvurderinger hvor hensynet til det sårbare vitnet og hensynet til siktede blir veid mot hverandre. Det man snarere ser er et endimensjonalt fokus på siktedes rettigheter, hvilket også

---

<sup>57</sup> Anne Robberstad, s. 168.

<sup>58</sup> Anne Robberstad, s. 166.



var en mer generell tendens i 1990-årene. De fleste av avgjørelsene som er gjennomgått ovenfor ble da også avsagt i dette tiåret.

Riktignok ser man i begynnelsen av 1990-årene antydninger til at også hensynet til det sårbare vitnet blir vurdert og ivaretatt. Dette er Rt. 1990 s. 319 et eksempel på. Her viser Høyesterett at de er bevisst på de ulike hensynene som skal balanseres mot hverandre, og trekker frem hensynet til barnet som et viktig moment i den konkrete helhetsvurderingen. I denne dommen må altså de sårbare vitnenes behov for vern sies å bli svært godt ivaretatt.

Med de to dommene fra 1994 snur imidlertid dette. Her er Høyesterett svært formaljuridiske, og det legges stor vekt på siktedes rettigheter etter EMK artikkel 6. Fornærmedes rettigheter etter EMK artikkel 8 nevnes overhodet ikke. I stedet for å foreta en balansert helhetsvurdering hvor også hensynet til barnet blir vurdert, fokuseres det altså på at siktedes kontradiktoriske rettigheter skal ivaretas på en best mulig måte.

Dette er fokus også i 2011-dommen. At Høyesterett i denne dommen inntar et så ensartet fokus på siktedes rettigheter, er svært problematisk. Dette er det to årsaker til. For det første forelå EMD-praksisen som skal gjennomgås nedenfor forelå på tidspunktet da dommen ble avsagt, og denne praksisen skal vi se at gir anvisninger på en balansert avveining av ulike hensyn. At Høyesterett ikke forholder seg til dette, er problematisk. For det andre er dette en sak som gjelder dommeravhør, og ikke om opplesning av politiforklaringer som de tre foregående, og man må da kunne forvente at de ulike menneskerettighetene avveies mot hverandre i større grad enn hva Høyesterett gjør. Dette vil bli nærmere diskutert under punkt 5.4.

## **5.3 Konvensjonspraksis om særlig sårbare vitner**

### **5.3.1 Lindquist mot Sverige<sup>59</sup> (1997)**

Dette er den første dommen fra EMD som inneholder eksplisitte uttalelser om hensynet til særlig sårbare vitner i sedelighetssaker. Saken ble ikke realitetsbehandlet i domstolen, men

---

<sup>59</sup> Kommisjonenens dom 22. oktober 1997, application no. 26304/95.

dens rettskilde- og overføringsverdi er likevel stor. Dette ser man ved at kommisjonen finner klagen ”manifestly illfounded”, noe som forutsetter en ”forgrepet realitetsavgjørelse”.<sup>60</sup>

Saken gjaldt en far som var siktet for overgrep mot sin elleve år gammel mentalt tilbakestående datter. Jenta ble avhørt fire ganger av politiet før faren ble informert om mistankene mot ham. Alle fire intervjuene ble tatt opp på video. Under behandlingen i førsteinstans ble videoopptakene av avhørene avspilt. Tingretten fant mannen skyldig i flere overgrep mot datteren.

Domfelte anket til lagmannsretten, hvor han også fikk oppnevnt ny forsvarer. Den nye advokaten ba om nye avhør av fornærmede. Dette ble imidlertid avvist av lagmannsretten med den begrunnelse at siktede og hans forsvarer hadde fått anledning til å be om nye avhør under etterforskningen, uten at dette ble gjort. Det ble i tillegg vist til hensynet til jenta, og at nye avhør ikke ville føre noe nytt inn til saken.

Saken ble så klaget inn for kommisjonen. Domfelte klaget over at hans rettigheter etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d var brutt, fordi han ikke hadde fått stilt spørsmål til fornærmede.

Kommisjonen peker i sin vurdering på de spesielle hensyn som må tas til fornærmede som vitner i saker om seksuelle overgrep, se følgende uttalelse på side 6:

”In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the victim’s private life. Therefore, the Commission accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim...”

Kommisjonen foretar en helhetsvurdering, og finner på bakgrunn av dette at siktede har fått en rettfærdig rettergang. Dette er den samme helhetsvurdering som Høyesterett foretok i dommen inntatt i Rt. 1990 s. 319, se punkt 5.2.2.

Fornærmedes rett til privatliv er et viktig moment i denne avveiningen. Dette må settes i sammenheng med artikkel 8, selv om kommisjonen ikke henviser direkte til artikkelen. Uttalelsen ovenfor må dermed forstås slik at i saker om seksuelle overgrep mot barn, må

---

<sup>60</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 82

fornærmedes rett til privatliv etter artikkel 8 tas med i vurderingen av om siktede har fått en rettferdig rettergang etter artikkel 6.<sup>61</sup>

I lys av at hensynet til fornærmede trekkes frem, foretar kommisjonen en nokså vid tolkning av bestemmelsen i artikkel 6 nr. 3 bokstav d. De sier at

“Article 6 [...] does not grant the accused an unlimited right to secure the appearance of witness in court”. (side 5)

Kommisjonen mener at det snarere må legges vekt på hvorvidt

“the applicant was provided with an adequate opportunity to exercise his defence rights within the meaning of Article 6”. (side 5)

I vurderingen av om han var gitt en slik passende mulighet, ble det lagt vekt på at

“neither the applicant nor his counsel asked questions, directly or indirectly, to A. However, when served a copy of the report of the preliminary investigation, they had been given an opportunity to request additional questioning of her. No such request was made at that time.” (side 5)

Kommisjonen foretar altså en totalvurdering hvor det legges stor vekt på hensynet til fornærmede. Det tas hensyn til hennes privatliv, og det tas hensyn til at hun generelt sett trenger beskyttelse. Dette er i realiteten en anvendelse av EMK artikkel 8. Kommisjonen kommer følgelig til at siktedes rett til en rettferdig rettergang er overholdt. Artikkel 6 blir i den forbindelse tolket svært vidt.

At det legges så stor vekt på hensynet til fornærmede, og at artikkel 6 gis en så vid fortolkning, representerer noe nytt i konvensjonspraksisen rundt seksuallovbrudd mot mindreårige fornærmede. Dette avviker også fra det meste av Høyesterettspraksisen som ble gjennomgått ovenfor, hvor Høyesterett er svært siktedeorientert og formaljuridisk.

I det følgende skal vi se at dette fornærmedeperspektivet som utvikles i denne dommen, blir sentralt også i senere konvensjonspraksis om sårbare vitner i sedelighetssaker.

### 5.3.2 P.S. mot Tyskland<sup>62</sup> (2001)

---

<sup>61</sup> Ragnhild Helene Hennem, ”Dommeravhør og menneskerettigheter – konvensjonspraksis om sårbare vitner” i *Dog Fred er ej det Bedste... Festskrift til Carl August Fleischer, 70 år*, Oslo 2006 s. 247-261 (s. 256).

<sup>62</sup> EMDs dom 20. desember 2001.

Denne saken ble realitetsbehandlet i domstolen. Saken dreide seg om en mann som var dømt for overgrep mot en åtte år gammel jente. Fornærmede var aldri avhørt av en dommer, og den domfelte fikk aldri muligheten til å stille spørsmål til henne. EMD konstaterte her brudd på artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

Likevel kom EMD i sin vurdering med noen generelle uttalelser om at også unge vitners interesser må beskyttes i denne typen saker. Det ble blant annet uttalt at

”In appropriate cases, principles of fair trial require that the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify, in particular where life, liberty or security of person are at stake, or interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention” (avsnitt 22). Videre uttalte domstolen at ”Organising criminal proceedings in such a way as to protect the interests of juvenile witnesses, in particular in trial proceedings involving sexual offences, is a relevant consideration, to be taken into account for the purposes of Article 6.” (avsnitt 28)

Domstolen foretar her en helhetsvurdering etter samme mønster som kommisjonen gjorde i den ovenfornevnte sak. Domstolen sier at det i avveiningen mot siktedes rettigheter etter artikkel 6 er relevant å ta se hen til hensynet til å beskytte de mindreårige vitnene.<sup>63</sup>

I motsetning til den ovenfornevnte sak var imidlertid bruddene på artikkel 6 såpass markante i denne saken, i den forstand at det ikke var gitt noen mulighet for kontradiksjon. Dette ble derfor den utslagsgivende faktor for at det ble konstatert krenkelse av artikkel 6.

### **5.3.3 S.N. mot Sverige<sup>64</sup> (2002)**

I 2002 ble Sverige igjen innklaget til internasjonale organer for brudd på EMK artikkel 6. I motsetning til Lindquist-saken, ble imidlertid denne realitetsbehandlet av domstolen. Som vi skal se, er den foreliggende avgjørelsen muligens den dommen som best illustrerer hvor langt EMD har gått i å beskytte det sårbare vitnet i overgrepssaker.

Det dreide seg her om en mann som var dømt for seksuelt overgrep mot en ti år gammel gutt. Første gang gutten ble avhørt, var mannen ikke informert om anklagene mot ham, og han hadde da naturligvis ingen mulighet til å påvirke spørsmålene som ble stilt. Avhøret ble imidlertid tatt opp på videopptak.

---

<sup>63</sup> Ragnhild Helene Hennem, s. 257.

<sup>64</sup> EMDs dom 2. juli 2002.

Da gutten ble avhørt for andre gang, var mannen informert om etterforskningen mot ham og forsvarer var oppnevnt. Som følge av en misforståelse var imidlertid siktedes forsvarer ikke tilstede under avhøret, men han var med på å diskutere hvilke tema som skulle berøres i avhøret. Noen liste med spørsmål ble imidlertid ikke utarbeidet. Avhøret ble tatt opp på lydbånd, og forsvareren fikk høre dette og lese utskriften av det, og han krevde da ikke noen ytterligere avhør av gutten.

Mannen ble dømt, hovedsakelig på bakgrunn av guttens vitneforklaringer, da det ikke forelå tekniske bevis eller andre vitner. Han bragte deretter saken inn for menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg. Han mente at hans rettigheter etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d var krenket, fordi han ikke hadde fått stilt spørsmål direkte til gutten.

Siktede ble altså dømt utelukkende på bakgrunn av forklaringer som verken siktede eller hans advokat hadde hatt mulighet til å imøtegå. På tross av dette fant ikke EMD at siktedes rettigheter etter artikkel 6 var brutt.<sup>65</sup>

I likhet med avgjørelsene ovenfor, fokuserer EMD på at i saker som gjelder seksuelle overgrep, og da særlig mot barn, må det foretas en avveining av siktedes rett til rettferdig rettergang og hensynet til fornærmede. Retten kom i den forbindelse med en svært tydelig prinsipiell uttalelse om de hensyn som skal veies mot hverandre i saker som gjelder seksuelle overgrep mot barn. I dommens avsnitt 47 uttales følgende:

”The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim.”

Vi skal senere se at denne prinsipputtalelsen har blitt benyttet i en rekke avgjørelser.

Vi ser her at retten inntar nøyaktig samme standpunkt som i Lindquist mot Sverige (se ovenfor). I vurderingen av om siktede har fått en rettferdig rettergang

”account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim”. (avsnitt 47)

Det må altså foretas en konkret vurdering hvor også hensynet til fornærmede og hans rettigheter etter artikkel 8 spiller inn.

---

<sup>65</sup> Ragnhild Helene Hennem, s. 258.

Domstolen anser det altså som tilstrekkelig i forhold til artikkel 6 at siktede og hans forsvarer fikk se det første avhøret på video, og at de fikk lese utskrift fra det andre avhøret. Det legges også vekt på at siktedes forsvarer ble gitt en passende mulighet til å stille spørsmål til gutten. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d kunne ikke tolkes som en absolutt rett til å krysseksaminere vitnet direkte,<sup>66</sup> det var tilstrekkelig at han hadde fått mulighet til å imøtegå avhørene som ble fremlagt/avspilt.

I likhet med kommisjonen i Lindquist mot Sverige, foretar domstolen her en nokså vid tolkning av artikkel 6. Dette avviker fra EMDs restriktive fortolkning av bestemmelsen som vi har sett tidligere.

Årsaken til denne vide fortolkningen av artikkel 6 er at man i denne typen saker ikke lenger bare ser hen til om retten til rettferdig rettergang er oppfylt isolert sett, men snarere foretar en totalvurdering av situasjonen hvor også hensynet til fornærmede spiller inn. Dommen bekrefter at EMD i langt større grad enn tidligere vurderer saker om seksuelle overgrep mot barn også ut fra perspektivet til fornærmede.

### **5.3.4 B. mot Finland og W. mot Finland<sup>67</sup> (2007)**

I 2007 ble to saker mot Finland behandlet av domstolen i Strasbourg.

I saken B. mot Finland var innklager en mor som var dømt for å ha foregrepet seg seksuelt mot sine to døtre. Under etterforskningen ble moren og hennes forsvarer gitt muligheten til å stille spørsmål til døtrene, en mulighet de ikke benyttet seg av. Moren ble domfelt, hovedsakelig på bakgrunn av jentenes forklaringer.

Hun klaget den finske stat inn til EMD for brudd på EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, fordi hun ikke var gitt muligheten til å avhøre jentene da saken var opp for retten. EMD fant at det ikke forelå et brudd på bestemmelsen i denne saken, fordi innklager og hans forsvarer

”similarly to the case of S.N. v. Sweden ... had been afforded an opportunity to have questions put to the children during the pre-trial investigation”. (avsnitt 44)

I W. mot Finland var innklager dømt for overgrep mot en ni år gammel jente og en sju år gammel gutt som var søsken. Innklager var en mannlig nabo av søskenparet. Begge barna ble

---

<sup>66</sup> Ragnhild Helene Hennem, s. 259.

<sup>67</sup> EMDs dommer begge av 24. april 2007.

avhørt under etterforskningen, og avhørene ble tatt opp på video. Like før etterforskningen var over, ba innklager om å få stille ytterligere spørsmål til de fornærmede, men dette ble nektet. Finland ble i EMD dømt for brudd på siktedes rettigheter etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Årsaken til dette var at

”the applicant was never given an opportunity to have questions put to the children”. (avsnitt 46)

Det interessante for oss er imidlertid at EMD i begge dommene trekker frem hensynet til fornærmede i vurderingen av om siktedes rettigheter etter artikkel 6 er overholdt. EMD gjentar i begge disse avgjørelsene den prinsipielle uttalelsen fra avsnitt 47 i S.N. mot Sverige om de hensyn som må veies mot hverandre i saker om seksuelle overgrep mot barn, se avsnitt 44 i B. mot Finland, og avsnitt 45 i W. mot Finland.

I likhet med i S.N. mot Sverige, fokuseres det altså også i Finland-dommene på at i saker som gjelder seksuelle overgrep mot barn, må det foretas en avveining av siktedes rett til rettferdig rettergang etter artikkel 6 og hensynet til fornærmede etter artikkel 8. Tendensen til at man i større grad en tidligere vektlegger hensynet til fornærmede i disse sakene, ser altså ut til å fortsette.

I saken W. mot Finland, ble imidlertid siktede og hans forsvarer i motsetning til i S.N. mot Sverige-dommen ikke gitt en passende mulighet til å avhøre fornærmede. Dette ble utslagsgivende i avveiningen mot hensynet til fornærmede, se avsnitt 47 i dommen.

### **5.3.5 A.S. mot Finland<sup>68</sup> (2010)**

Den foreløpig siste dommen på dette området er A.S. mot Finland.

Her var en fem år gammel gutt avhørt av en psykolog på et barnesykehus på grunn av mistanke om at han var seksuelt mishandlet av en venn av familien. Avhøret ble tatt opp på video. På tidspunktet for avhøret var mannen ikke informert om mistankene mot ham. Kort tid etter at han ble underrettet om dette, ble etterforskningen avsluttet, uten at han fikk anledning til å stille spørsmål til gutten.

Under behandlingen både i første- og andreinstans påpekte siktede at han ikke hadde fått mulighet til å stille spørsmål til fornærmede. Begge gangene godtok han imidlertid at

---

<sup>68</sup> EMDs dom 28. september 2010.

videoopptaket ble avspilt i retten og dermed brukt som bevis. Mannen ble dømt, hovedsakelig på bakgrunn av avhøret av gutten.

Han klaget dermed til EMD over ikke å ha fått mulighet til å stille spørsmål til fornærmede. EMD fant at EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d var krenket. Mangelen på mulighetene til å stille spørsmål innebar slike begrensninger på siktedes rettssikkerhetsgarantier at han ikke kunne anses å ha fått en rettferdig rettergang.

Før de kom til dette standpunktet, foretok dommerne en bred totalvurdering. I likhet med B. mot Finland og W. mot Finland, trekker dommerne i denne vurderingen frem den prinsipielle uttalelsen fra S.N. mot Sverige om hvilke hensyn som skal balanseres mot hverandre i saker om seksuelle overgrep mot barn, se avsnitt 55 i dommen.

Situasjonen i den foreliggende saken avviker imidlertid fra S.N. mot Sverige på ett punkt:

”The applicant had at no stage of the proceedings been afforded an opportunity to exercise his defence rights by putting questions to A.” (avsnitt 65)

Tiltalte kunne heller ikke sies å ha frasagt seg retten til å stille spørsmål, selv om han hadde akseptert at videoavhøret ble brukt som bevis.<sup>69</sup>

EMD erkjenner altså at man må finne balansen mellom rettighetene til tiltalte og hensynet til fornærmede, men påpeker at en minimumsgaranti i denne avveiningen må være at tiltalte gis en passende mulighet til å stille spørsmål til vitnet.<sup>70</sup> Siden tiltalte ikke var gitt en slik mulighet, forelå det en krenkelse av artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Dette samsvarer med EMDs standpunkt i P.S. mot Tyskland og W. mot Finland.

Dommen innebærer således ikke noen videreutvikling av praksis,<sup>71</sup> men den tjener som en bekreftelse på at EMD ser hen til hensynet til fornærmede i fastleggingen av rekkevidden av siktedes rettigheter etter artikkel 6. Dommen er følgelig nok et eksempel og en indikator på at offerperspektivet er langt tydeligere nå enn tidligere i saker som omhandler seksualforbrytelser mot mindreårige.

### 5.3.6 Oppsummering

---

<sup>69</sup> Anne Robberstad, s. 164.

<sup>70</sup> Jon Petter Rui, ”Fra menneskerettighetsdomstolen”, *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 2011 s. 327-336 (s. 335).

<sup>71</sup> Jon Petter Rui, s. 331.



Gjennomgangen av konvensjonspraksis på dette området viser at det er en økende tendens til at EMD i overgrepssaker mot barn gir hensynet til barnet særlig vekt i avveiningen mot hensynet til siktede.

Den avgjørelsen som peker seg klarest ut i så måte, er S.N. mot Sverige. Som analysen av dommen viser, går EMD her svært langt i å vektlegge barnets rett til beskyttelse av sitt privatliv. Dette på bekostning av siktedes rettigheter etter artikkel 6. Siktede ble her dømt utelukkende på grunnlag av forklaringer som verken siktede eller hans forsvarer hadde hatt mulighet til å imøtegå. Til tross for dette fant ikke EMD at siktedes rettigheter etter artikkel 6 var krenket.<sup>72</sup>

Begrunnelsen for hvorfor EMD går så langt i å beskytte det fornærmede barnet i denne saken, fremkommer ikke direkte av domspremissene. Dette har sammenheng med at EMD ikke sier noe om hvordan de vurderer den konkrete bevissituasjonen. Det kan imidlertid spørres om det er soliditeten – eller troverdigheten – til guttens vitneutsagn som gjør at EMD velger å gå såpass langt i å beskytte hans rett til privatliv. Spørsmålet og refleksjonen rundt det er interessant, men vil måtte forbli ubesvart. Ovenfor er betydningen av soliditeten til det enkelte bevis drøftet på et mer generelt grunnlag.

Det er imidlertid utenfor enhver tvil at EMDs fortolkning av siktedes rettigheter etter artikkel 6, og da særlig hans kontradiktoriske rettigheter etter nr. 3 bokstav d, er forholdsvis langt fra en snever språklig fortolkning av bestemmelsen.<sup>73</sup> Dette er en tendens man ser også i de andre EMD-dommene.

Oppsummert kan altså gjennomgangen av konvensjonspraksisen sies å vise at EMD i større grad enn tidligere er seg bevisste på de ulike hensynene som må balanseres mot hverandre i saker som gjelder overgrep mot barn. I denne avveiningen legges det stor vekt på vitnets rett til beskyttelse av sitt privatliv etter artikkel 8. En minimumsgaranti for at dette hensynet skal få utslag, er likevel at siktede gis en passende mulighet til å stille spørsmål til vitnet, enten direkte eller indirekte.<sup>74</sup>

## 5.4 Diskusjon av rettskildematerialet

---

<sup>72</sup> Ragnhild Helene Hennem, s. 258.

<sup>73</sup> Ragnhild Helene Hennem, s. 259.

<sup>74</sup> Jon Petter Rui, s. 335.

Kort sagt kan gjennomgangen av praksis fra Høyesterett og EMD sies å vise at man i norsk rett ikke er seg like bevisst på å veie mot hverandre de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i overgrepssaker mot barn som for EMDs vedkommende.

Da Høyesterett avsa dommene fra 1990 og 1994, forelå ikke den praksisen fra EMD som er gjennomgått ovenfor. Følgelig kan Høyesterett vanskelig kritiseres for at de ikke forholder seg til EMDs rettsanvendelse på dette området. Det som Høyesterett likevel kan irettesettes for, er at de i disse dommene ikke i det hele tatt ser hen til hensynet til fornærmede. Riktignok kan det faktisk at det dreide seg om opplesning av politiforklaringer tilsi at vurderingen blir en litt annen, men det burde likevel være et minstekrav at man går konkret til verks og i alle fall vurderer hensynet til det sårbare vitnet i vedkommende sak.

En avgjørelse som Høyesterett imidlertid må tåle kritikk for er Rt. 2011 s. 32. På dette tidspunktet forelå samtlige av EMD-dommene som er gjennomgått ovenfor, og man må da kunne forvente mer av Høyesterett. Det er imidlertid ingenting som tyder på at Høyesterett lot seg påvirke av EMD i denne saken. Høyesteretts fokus (og resultat) var her at det som følge av manglende kontradiksjon, jf. EMK artikkel 6, var begått en saksbehandlingsfeil da dommeravhøret i lagmannsretten ble brukt som det avgjørende bevis i saken. *Årsaken* til den manglende kontradiksjonen, nemlig hensynet til det sårbare vitnet, nevnes og vurderes overhodet ikke. Dette fremstår som svært problematisk.

I motsetning til EMD, går altså Høyesterett ikke konkret til verks og faktisk vurderer hensynet til fornærmede i vedkommende sak. Dette altså til forskjell fra hvordan EMD behandler saker om dommeravhør av sårbare vitner, se for eksempel avsnitt 48 og 49 i S.N. mot Sverige, hvor EMD går inn og vurderer det konkrete forholdet i den konkrete saken.

2011-dommen viser at man i norsk rett ved dommeravhør av barn stiller strengere krav til de internasjonale menneskerettighetene enn det som kan utledes av EMDs praksis. Norsk rett er med andre ord mer formaljuridiske og konservative hva gjelder siktedes prosessuelle rettigheter etter EMK artikkel 6. EMD-dommene fra de senere årene bør imidlertid tilsi at det i norsk rett ikke er lenger er grunnlag for å være så strenge og kategoriske som Høyesterett legger opp til, men at man i stedet må foreta en balansert avveining av ulike hensyn.

Det faktisk det at norske domstoler tolker menneskerettighetene mer restriktivt enn EMD, kan en nok likevel kunne leve med for en tid. Spørsmålet er imidlertid for lenge man i norsk rett kan være så restriktive før en kursendring tvinger seg frem. Prof.em. Jon T. Johnsen har i

den sammenheng uttalt at det for norske domstolars vedkommende foreligger et såkalt ”justeringsbehov”. Han mener at

”før eller siden vil uoverstemmelsene bli brakt inn for EMD. Da kan det [...] ikke bare bli spørsmål om å rette opp den avgjørelsen som er innklaget, men også en rekke andre avgjørelser som ikke er basert på EMD-tro tolkning”.<sup>75</sup>

Før man i norsk rett får ”stilt inn kursen” slik at rettsanvendelsen samsvarer med EMD, har man imidlertid et spenningsforhold mellom norsk rett og EMD. Norsk rett gir siktede et bedre vern i saker om overgrep mot mindreårige enn det som følger av EMDs praksis,<sup>76</sup> og dette skaper en spenning mellom de to rettsinstansene. Så lenge man i norsk rett er så strenge og konservative i disse sakene, blir ivaretagelsen av de sårbare vitnenes rettigheter desto dårligere. Med dette kan man spørre seg om Høyesterett i tilstrekkelig grad ivaretar mindreårige fornærmedes rett til og krav på beskyttelse i sedelighetssaker.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Jon T. Johnsen, ”Menneskerettsvernet i straffeprosessen. Er det behov for en mer aktiv lovgiver?” *Lov og Rett*, 2002 s. 585-606 (s. 601).

<sup>76</sup> Anne Marie Frøseth Anfinsen, s. 80.

<sup>77</sup> Ragnhild Helene Hennem, s. 260.

## 6 Avslutning

Analysen og sammenlikningen av konvensjons- og Høyesterettspraksisen ovenfor, viser altså at EMD går lengre i å beskytte det sårbare vitnet i sedelighetssaker enn det Høyesterett gjør. Høyesterett er strengere hva gjelder siktedes rettigheter etter EMK artikkel 6, og gir dermed hensynet til det sårbare vitnet mindre vekt.

Dermed kan man si at det er et spenningsforhold mellom EMD og Høyesterett på dette området. I tillegg oppstår det i disse sakene et skjønnsrom som norsk rett kan utnytte til å ta større hensyn til barnets behov for vern. Med andre ord er det på grunn av de internasjonale organers rettsanvendelse i disse sakene rom for å gå lengre i å ivareta hensynet til barnet enn det Høyesterett har gjort så langt.

I forlengelsen av dette må det kunne rettes kritikk mot Høyesterett for deres behandling av disse sakene. Riktignok kan det være slik at konkrete forhold i de enkelte sakene tilsier at utfallet må gå i favør siktede, men et minstekrav må være at Høyesterett i alle fall *vurderer* hensynet til barnet. Det klareste eksempelet i den forbindelse er Rt. 2011 s. 93. Her foretar førstvoterende på vegne av flertallet en lengre redegjørelse av hans syn på saken, men denne går utelukkende ut på om siktedes rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt. Hvorvidt de tre barna har behov for vern blir totalt oversett. Dette er uheldig og svært bekymringsverdig.

Jeg velger imidlertid å feste min lit til at dersom det eksisterte et reelt behov for beskyttelse i denne saken, så ble dette tilgodesett i barnefordelingssaken som verserte samtidig som straffesaken (se dommens avsnitt 5). Muligheten til å anlegge sivil sak uavhengig av pågående eller tidligere straffesaker er av uvurderlig betydning for barn som er utsatt for sedelighets- eller voldsforbrytelser fra samværsforelder, og som følge av dette har behov for beskyttelse. Dette fordi Høyesterett er så siktedeorientert som de viser at de er i den ovennevnte dommen. Dersom muligheten for å føre sivil sak ikke hadde vært tilstede, kunne man spurt om barn i slike situasjoner hadde vært sikret tilstrekkelig beskyttelse.

Praksis fra EMD tilsier altså at man i norsk rett kan gå lengre i å ta hensyn til det sårbare vitnet enn det Høyesterett har gjort frem til i dag. Man må gå konkret til verks, og vurdere hvilket behov for beskyttelse fornærmede har i denne aktuelle saken. Samtidig er det viktig at man holder seg innenfor de grenser uskyldspresumsjonen setter. Men så lenge man er bevisst

på dette, så er det undertegnedes synspunkt at dette skjønnsrommet bør og skal utnytted til det beste for det sårbare vitnet.

# Litteraturliste

## Lover og forskrifter

Lov 22. mai 1902 nr. 10 om straff.

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

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.

Forskrift 2. oktober 1998 nr. 925 om dommeravhør og observasjon samt endringer i straffeprosessloven, straffeloven og påtaleinstruksen.

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

## Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon, vedtatt 4. november 1950.

## Bøker

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, samlet utgave ved Myhrer, Tor-Geir (Oslo 2009).

Anfinsen, Anne Marie Frøseth, *Observasjon av barn etter straffeprosessloven § 239 – særlig om siktedes rettssikkerhet* (Bergen 1999).

Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner. Opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn* (Bergen 2007).

Robberstad, Anne, *Bistandsadvokaten. Ofrenes stilling i straffesaker*, 3. utgave (Oslo 2014).

Rønneberg, Anne Lise og Anne Poulsson, *Barn som vitner* (Oslo 2000).

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo"* (Bergen 2003).

## Artikler i tidsskrift og artikkelsamlinger

Johnsen, Jon T., "Menneskerettsvernet i straffeprosessen. Er det behov for en mer aktiv lovgiver?" *Lov og Rett*, 2002 s. 585-606.

Hennum, Ragnhild Helene, "Dommeravhør og menneskerettigheter – konvensjonspraksis om særlig sårbare vitner" i *dog Fred er ej det Bedste... Festskrift til Carl August Fleischer, 70 år*, Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln, Aslak Syse (red.) (Oslo 2006) s. 247-261.

Rui, Jon Petter, "Fra menneskerettighetsdomstolen", *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 2011 s. 327-336.

Øyen, Ørnulf, "Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme og miljøtilhørighet – rettstilstanden etter storkammersaken Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia", *Tidsskrift for strafferett*, 2012 s. 165-183.

## **Rapporter**

Rapport fra arbeidsgruppe oppnevnt av justis- og beredskapsdepartementet, "*Dommeravhør og observasjon av barn*" (2004).

Rapport fra arbeidsgruppe oppnevnt av justis- og beredskapsdepartementet, "*Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker. Rapport fra arbeidsgruppen for gjennomgang av regelverket om dommeravhør og observasjon av barn og psykisk utviklingshemmede*" (2012).

## **Norges offentlige utredninger (NOU)**

NOU 2006: 10, *Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter*.

## **Odelstingsproposisjoner (Ot.prp.)**

Ot.prp. nr. 11 (2007-2008), *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)*.

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009), *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)*.

## **Innstillinger til odelstinget (Innst. O)**

Innst. O. nr. 27 (2007-2008), *Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)*.

## **Avgjørelser fra Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg**

Rt. 1990 s. 319.

Rt. 1993 s. 1118 (kjm.utv.).

Rt. 1994 s. 748.

Rt. 1994 s. 1532.

Rt. 1995 s. 1248 (kjm.utv.).

Rt. 2005 s. 1590.

Rt. 2011 s. 93.

### **Avgjørelser fra den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)**

EMDs dom 20. desember 2001 *P.S. mot Tyskland*.

EMDs dom 2. juli 2002 *S.N. mot Sverige*.

EMDs dom 24. april 2007 *B. mot Finland*.

EMDs dom 24. april 2007 *W. mot Finland*.

EMDs dom 28. september 2010 *A.S. mot Finland*.

### **Avgjørelser fra den europeiske menneskerettighetskommissjon**

Kommissjonens dom 22. juli 1997 *Lindquist mot Sverige*, application no. 26304/95.