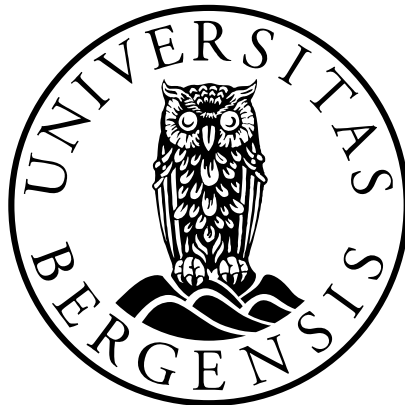


Tiltaltes rettssikkerhet ved bruk av tilrettelagt avhør som bevis i straffesaker

*Tilrettelagte avhør som bevis i straffesaker og kravet til
rettferdig rettergang i EMK Art. 6.*

Kandidatnummer: 78

Antall ord: 14339



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1. Tema og problemstilling.....	3
1.2. Fra dommeravhør til tilrettelagt avhør.....	4
1.3. Oversikt over reguleringen av tilrettelagt avhør.....	8
1.4. Metode.....	9
1.5. Videre fremstilling.....	11
2. Prinsipielle betraktninger	11
2.1. Straffeprosessuelle målsetninger.....	11
2.2. Menneskerettslige forpliktelser	12
2.3. Politistyrte prosess	13
3. Hvilke skranker setter EMK Art. 6?	15
3.1. Allment om retten til en rettferdig rettergang	15
3.2. Retten til kontradiksjon	18
3.3. Retten til krysseksaminasjon	19
3.3.1. Innledning.....	19
3.3.2. Rekkevidden av retten til krysseksaminasjon	20
3.3.3. Gjelder retten uavhengig av vitnets alder og mentale tilstand?.....	21
3.3.4. Retten til å krysseksaminere vitnet under hovedforhandlingen	22
3.3.5. Ivaretagelse av retten til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet	26
4. Samsvarer straffeprosessloven § 298 og § 239 flg. med retten til en rettferdig rettergang etter EMK Art. 6?	32
4.1. Innledning.....	32
4.2. Hva er en «god grunn» for at vitnet ikke møter under hovedforhandlingen?.....	33
4.3. Hva kan utgjøre en «god grunn» for at vitnet ikke møter under hovedforhandlingen?.....	34
4.4. Hvordan sikres retten til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet?	41
4.4.1. Videoopptak	41
4.4.2. Varsling av mistenkte/siktete	42
4.4.3. Supplerende avhør innenfor fristen	44
4.4.4. Supplerende avhør utenfor fristen	46
5. Bør rettstilstanden endres?	48
6. Kildeliste	51

1. Innledning

1.1. Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er bruk av tilrettelagt avhør som bevis i straffesaker. Straffesaker avgjøres ut fra det samlede bevisbildet i saken. Et bevis er enhver informasjon som direkte eller indirekte kan belyse sakens bevistemaer, eller informasjon som sier noe om påliteligheten av slik informasjon eller troverdigheten til den som har gitt informasjonen.¹ Bevis kan altså defineres som «opplysninger som tilsier at et bestemt faktum foreligger eller ikke foreligger».²

Bevisumiddelbarhet er hovedregelen i norsk straffeprosess, og innebærer at vitner skal forklare seg muntlig under hovedforhandlingen.³ Umiddelbar bevisførsel legger til rette for siktedes rett til kontradiksjon, og retten til å krysseksaminere vitner. Kontradiksjon skal «ivareta flere interesser, herunder de grunnleggende hensyn til sannhetssøken og rettssikkerhet, og til partenes og andres tillit til rettsapparatet».⁴ Retten til krysseksaminasjon bidrar til å avklare en vitneforklaring og til at vitnet kan tilføye eller endre på forklaringen sin.⁵

Ved bruk av tilrettelagt avhør er hovedregelen⁶ at avhøret trer i stedet for personlig forklaring. Bruk av tilrettelagt avhør som bevis er dermed et unntak fra umiddelbarhetsprinsippet.

Siden reglene om tilrettelagt avhør kom i 2015 har det vært en utstrakt bruk av denne avhørsmetoden og temaet har derfor stor praktisk relevans. Høyesterett har ikke tatt stilling til om reglene er i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser. Dette gir grunn til å undersøke om reglene tilfredsstillende kravet til rettferdig rettergang.

¹ Øyen (2019) s. 344

² Robberstad (2018) s. 272.

³ Straffeprosessloven § 296

⁴ NOU 2016:24, s. 140

⁵ Rt. 2003 s. 1389, avsnitt 102

⁶ Straffeprosessloven § 298

Et tilrettelagt avhør fungerer som en avhørsmetode i stedet for et ordinært politiavhør, og som et bevis under hovedforhandlingen.⁷ Adgangen til å bruke tilrettelagt avhør som bevis er hjemlet i Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter straffeprosessloven) § 298. Bestemmelsen innebærer en innskrenking av siktedes rett til å krysseksaminere vitner under hovedforhandlingen jf. Den europeiske menneskerettskonvensjonen⁸ Art. 6 nummer 3 bokstav d (heretter EMK).

Avhandlingen vil undersøke i hvilken grad avspilling av et tilrettelagt avhør er forenlig med retten til en rettferdig rettergang jf. EMK Art. 6⁹ med særlig henblikk på retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Videre vil det drøftes om straffeprosessloven § 298 går lenger i å tillate avspilling av avhør enn det som er forenlig med EMK Art. 6.

1.2. Fra dommeravhør til tilrettelagt avhør

Reglene om avhør av barn og sårbare voksne har utviklet seg med formål om å forbedre rettssikkerheten til vitnet, uten at det går på bekostning av den siktedes rettssikkerhet.¹⁰ Utviklingen av reglene om tilrettelagt avhør som etterforskningsmetode og bevis må ses i sammenheng.

I 1926 kom de første reglene som minner om dagens regelverk i Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager 1887, etter forslag fra Norske Kvinners Nasjonalråd.¹¹ I § 266 tredje ledd sto det at dersom vitner «under 16 år» skulle avhøres i saker om sedelighet, «bør» dommeren ta imot forklaringen utenfor rettsmøtet. Dette gjaldt for avhør på etterforskningsstadiet.

Det ble også slått fast i § 332 at avhør av vitner under 16 år skulle tre i stedet for personlig forklaring, med mindre «særlige grunner» innebar at vitnet måtte møte i retten. Dette gjaldt under behandling i Lagmannsretten, og under behandling i «herreds- eller byret» jf. § 366 i straffeprosessloven (1887). Lovgiver ønsket tidlig å gi et ekstra vern til vitner under 16 år i

⁷ Andenæs (2009) s. 185

⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

⁹ jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

¹⁰ Prop.112 L (2014-2015) s. 5

¹¹ Andenæs (2009), s. 184

saker om seksuallovbrudd, og for å skåne barna ga man avkall på prinsippet om umiddelbar bevisførsel.¹²

I 1981 kom straffeprosessloven som vi forholder oss til i dag, og med den kom ny regulering. Straffeprosessloven § 239 (1981) bestemte at vitneforklaringer i saker om seksuallovbrudd, med barn under 14 år, skulle tas imot av en dommer utenfor rettsmøtet. De nye reglene åpnet for at man også kunne bruke tilrettelagt avhør i saker om andre straffbare forhold, dersom hensynet til vitnet tilsa det jf. § 239 (1981) andre ledd.

Straffeprosessloven § 298 (1981) tok over etter gamle § 332 (1926). Her ble det bestemt at avhør av barn under 14 år, i saker om seksuallovbrudd, skulle tre i stedet for personlig forklaring i retten, med mindre det var «særlige grunner» til at vitnet måtte møte. Aldersgrensen ble dermed senket både for avhør på etterforskningsstadiet og som bevis under hovedforhandling.

Senket aldersgrense ble begrunnet med at

«[p]ersoner mellom 14 og 16 år er i dag gjennomgående så utviklet at de bør kunne avhøres i rettsmøte, som da selvsagt holdes for stengte dører [...] og med utelukkning av siktede når det er behov for det».¹³

Departementet mente at barn over 14 år var store nok til å avgi forklaring i retten. Endringen i § 298 om at vitnet måtte møte i retten om det var «særlige grunner» til det, skulle ikke gi «annet enn en meget begrenset adgang til personlig avhøring i retten».¹⁴

Det opprinnelige høringsforslaget foreslo at påtalemyndigheten og forsvarer skulle være tilstede under dommeravhøret av hensyn til siktedes rett til kontradiksjon. Forslaget ble ikke tatt til følge fordi det fikk sterk motgang fra flere høringsinstanser.¹⁵

¹² Andenæs (2009), s. 184

¹³ Ot.prp.nr. 35 (1978-1979) s. 190.

¹⁴ Ot.prp.nr. 35 (1978-1979) s. 214

¹⁵ Ot.prp.nr. 35 (1978-1979) s. 190.

Siden 1992 har hovedregelen vært at avhør av barn skal «tas opp på videokassett eller på lydbånd» jf. straffeprosessloven § 239 første ledd tredje punktum (1992). Videopptaket eller lydbåndet skulle tre i stedet for personlig forklaring, dersom «særlige grunner» ikke tilsa noe annet jf. straffeprosessloven § 298 (1992). Endringen innebar en styrking av siktedes rett til kontradiksjon, ettersom siktede og domstolen kunne se om avhøret ble tatt på en betryggende måte.

Frem til 1990-tallet vurderte Høyesterett spørsmålet om å lese opp vitneforklaringer kun ut fra straffeprosessuelle regler.¹⁶ Siden da har EMK art. 6 og EMD-praksis fått større betydning, og tiltaltes rett til å krysseksaminere påtalemyndighetens vitner har blitt ansett som en viktig rettssikkerhetsgaranti.¹⁷ I Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1990 s. 312 uttalte førstvoterende at «det etter min mening [er] av betydning å se på hva som følger av Menneskerettighetskonvensjonen når det gjelder domfeltes rett til å eksaminere vitner».¹⁸

Det var derfor ikke tilfeldig at spørsmålet om forsvarers tilstedeværelse kom opp under høringsrunden til endringer i straffeprosessloven i 1994. Offerutvalget foreslo at forsvarer skulle få være tilstede på grunn av at «det i flere saker har vært hevdet fra domfeltes side at det er i strid med [EMK artikkel] 6 nr 1 og 3 d at forsvareren ikke er gitt anledning til å stille spørsmål til et vitne i saken».¹⁹

Departementet bestemte at siktede sin forsvarer skulle få overvære avhøret «når det er mulig og ikke hensynet til barnet eller formålet med forklaringen taler mot det»²⁰. Endringen ble tatt inn med henblikk på retten til en rettferdig rettergang jf. EMK art. 6. Endringen styrket siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon betraktelig.

I 2008 ble aldersgrensen endret fra 14 til 16 år, både i straffeprosessloven § 239 og § 298. Lovutvalget la vekt på at «[b]arn og unge som har vært utsatt for slike forbrytelser er ofte traumatiserte og sårbare. Det er viktig at de så snart som mulig kan legge overgrepene bak seg

¹⁶ Aall (2011) s. 442

¹⁷ Aall (2011) s. 442

¹⁸ Rt. 1990 s. 312 (s. 314)

¹⁹ Ot.prp.nr. 33 (1993-1994) s. 23

²⁰ Ot.prp.nr. 33 (1993-1994) s. 26

og komme videre i livet.»²¹ De trakk frem at hensynet til siktedes forsvar og muligheten til å avhøre vitner i retten talte for at aldersgrensen ikke ble satt opp, men landet på at siktedes rettssikkerhet må ivaretas gjennom muligheten til å stille spørsmål til fornærmede under etterforskningen.²²

I høringsrunden var Agder lagmannsrett i tvil om man skulle heve aldersgrensen. De trakk frem at det kan være en stor belastning for barn under 16 år å avgi forklaring både i tingretten og lagmannsretten, men poengterte også at det umiddelbare beviset er «vesentlig bedre» enn et dommeravhør.²³

Riksadvokaten med flere fremhevet

«at det umiddelbare beviset er det beste og at dommeravhør ikke gjør det mulig å stille spørsmål som blir aktualisert ved tiltaltes forklaring eller andre opplysninger som fremkommer under sakens gang».²⁴

Rettsutviklingen viser at regelendringene har basert seg på en avveining mellom vitnets interesser, hensynet til fornærmedes rettsbeskyttelse og hensynet til den siktedes rett til kontradiksjon og en rettferdig rettergang.

I januar 2013 ble rapporten fra Sæverud-utvalget om «[a]vhør av særlig sårbare personer i straffesaker»²⁵ sendt på høring med store endringsforslag. Arbeidsgruppa foreslo at påtalemyndigheten skulle overta som avhørsleder uten innblanding fra domstolene.²⁶ Dette ble blant annet begrunnet med at «det vil øke fleksibiliteten, og muliggjøre en mer effektiv gjennomføring av slike avhør i og med at det er færre som må møte»²⁷, særlig med tanke på at domstolene i flere tilfeller ikke maktet å overholde fristene for dommeravhør.

²¹ Ot.prp.nr. 11 (2007-2008) s. 51-52

²² Ot.prp.nr. 11 (2007-2008) s. 52

²³ Ot.prp.nr. 11 (2007-2008) s. 52

²⁴ Ot.prp.nr. 11 (2007-2008) s. 51-52

²⁵ Rapport fra arbeidsgruppe, «avhør av særlig sårbare personer i straffesaker».

²⁶ Rapport fra arbeidsgruppe, «avhør av særlig sårbare personer i straffesaker», s. 31

²⁷ Rapport fra arbeidsgruppe, «avhør av særlig sårbare personer i straffesaker», s. 31

I proposisjonen²⁸ til Stortinget støttet departementet arbeidsgruppa i forslaget om at påtalemyndigheten skulle overta. Advokatforeningen var skeptisk til endringen og trakk frem at «en påtalejurist ikke vil kunne foreta en uavhengig avveining av interessene i den enkelte sak og at det er nødvendig med en dommer for å lede avhøret».²⁹ Departementet var enig i at «loven må sikre at forsvarers spørsmål blir stilt til vitnet selv om avhørsleder ikke anser dem som viktige for saken»³⁰, så lenge hensynet til vitnet ikke taler klart imot.

Etter lovendringen i 2015 ble avhørsformen endret fra dommeravhør til tilrettelagt avhør. Påtalemyndigheten har etter dette tatt over som avhørsleder uten innblanding fra domstolene. Oversikten over dagens regulering fremgår av punkt 1.3.

1.3. Oversikt over reguleringen av tilrettelagt avhør

Etterforskningsmetoden tilrettelagt avhør er regulert i straffeprosessloven § 239 flg. og i forskriften om tilrettelagt avhør, mens bruken av et tilrettelagt avhør som bevis under hovedforhandlingen reguleres av straffeprosessloven § 298.

Straffeprosessloven § 239 regulerer hvem man skal og kan ta tilrettelagt avhør av. Alder, sakstype og vitnets mentale tilstand har betydning for vurderingen av om man skal benytte tilrettelagt avhør.

Hvem som skal ta avhøret, hvilke vitner som har vitneplikt og at avhøret skal tas opp på video fremgår av straffeprosessloven § 239 a. Videre reguleres når og om mistenkte/siktede skal varsles før første avhør av straffeprosessloven § 239 b, og at vedkommende kan be om supplerende avhør.

Om supplerende avhør skal tas fremgår av straffeprosessloven § 239 c. Det følger at dersom man begjærer supplerende avhør innenfor fristen skal det tas med mindre det vil være en uforholdsmessig belastning for vitnet. Det skal i denne vurderingen særlig legges vekt på siktedes rett til kontradiksjon.

²⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 49

²⁹ Prop.112 L (2014-2015) s. 49

³⁰ Prop.112 L (2014-2015) s. 49

I straffeprosessloven § 239 d reguleres hvem som har rett til å følge det tilrettelagte avhøret. Dette er bistandsadvokat, forsvarer dersom mistenkte/siktede er varslet, representanter fra barnevern og barnehuset, verger og andre representanter fra påtalemyndigheten.

Straffeprosessloven § 239 e regulerer fristene for tilrettelagt avhør. Bestemmelsen opererer med frister fra «snarest mulig» til «tre uker». Til slutt er det bestemt at i alle saker der man benytter tilrettelagt avhør etter § 239 første og tredje ledd skal avhørene tas på Statens barnehus.

I straffeprosessloven § 298 reguleres at et tilrettelagt avhør som hovedregel skal tre i stedet for personlig forklaring i retten. Forutsetningen for at straffeprosessloven § 298 kommer til anvendelse er at forklaringen som er avgitt omfattes av straffeprosessloven § 239 flg.

EMK Art. 6 knesetter retten til en rettferdig rettergang, som også ble grunnlovsfestet i 2014 i Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 § 95 (heretter Grunnloven). Grunnlovfestingene innebar ingen realitetsendring, men at prinsippet ble løftet inn i Grunnloven, og i større grad synliggjorde hva slags rettsstat Norge skulle være.³¹ I den videre behandlingen av kravet til en rettferdig rettergang vil avhandlingen ta utgangspunkt i EMK Art. 6 med tilhørende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen³² (heretter EMD), ettersom Grunnloven § 95 blir konsumert av de retningslinjer som fastsettes her.

1.4. Metode

Avhandlingen skal gjøre rede for hva som er gjeldende rett gjennom rettsdogmatisk metode.³³ Den rettsdogmatiske metoden kan betegnes som en skapende prosess, hvor man ikke nødvendigvis frembringer noe nytt. Målet er å finne frem til relevante rettskilder for å analysere hva som er rettstilstanden for bruk av tilrettelagt avhør som bevis i dag.³⁴

³¹ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 121

³² European Court of Human Rights

³³ Blume (2020) s. 32

³⁴ Blume (2020) s. 32

Relevante rettskilder for oppgaven er straffeprosessloven § 239 flg og § 298, som regulerer tilrettelagt avhør som avhørsmetode og som bevis. Forarbeidene er relevante for å forstå innholdet av lovteksten, og hvilke hensyn som har blitt vektlagt ved utformingen av loven.

Rettspraksis er også en relevant rettskilde i rettsdogmatisk metode. Høyesterett har ikke avgjort om reglene om tilrettelagt avhør samsvarer med EMK Art. 6 og det er generelt lite Høyesterettsavgjørelser om reglene som trådte i kraft i 2015. Jeg vil derfor gå nærmere inn på noen avgjørelser fra lagmannsretten for å belyse enkelte av problemstillingene, selv om rettskildevekten er mindre enn en avgjørelse fra Høyesterett.

Norsk straffeprosess er også sterkt påvirket av menneskerettighetene. EMK og EMDs praksis er derfor viktige rettskilder for å fastlegge om de straffeprosessuelle reglene er i tråd med retten til en rettferdig rettergang. EMK er inntatt som en del av norsk rett i Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettsloven) § 2 nummer 1.

EMD ser på EMK som et «living instrument» som skal tolkes i lys av «present day conditions».³⁵ Høyesterett har fastslått at norske domstoler [og rettsanvendere] skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, selv om det først og fremst er EMD som skal utvikle konvensjonen.³⁶

Norske domstoler skal forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.³⁷ Ved tvil om rekkevidden av EMDs avgjørelser har Høyesterett uttalt at det har betydning om avgjørelsene bygger på «saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol».³⁸

I vurderingen av EMK og EMD vil det dermed tas utgangspunkt i EMDs forståelse av retten til en rettferdig rettergang, for å se om det får betydning for bruken av tilrettelagt avhør som bevis i norske straffesaker.

³⁵ Tyrer v The United Kingdom [C], 1978, no. 5856/72

³⁶ Rt. 2000 s. 996 (s. 1007)

³⁷ Rt. 2000 s. 996 (s. 1007)

³⁸ Rt. 2000 s. 996 (s. 1007-1008)

1.5. Videre fremstilling

I kapittel 2 redegjøres for prinsipielle betraktninger rundt temaet tilrettelagt avhør, for å se på hvilke hensyn som er aktuelle for de spørsmål som avhandlingen reiser.

I kapittel 3 redegjøres for hva som ligger i kravet til rettferdig rettergang jf. EMK art. 6 og hvilke krav EMD stiller til den siktedes rett til krysseksaminasjon jf. EMK Art. 6 nummer 3 bokstav d.

Kapittel 4 ser nærmere på om straffeprosessloven § 298 jf. §§ 239 og 239 bokstav a til f, er i tråd med de retningslinjer EMD oppstiller om kravet til en rettferdig rettergang.

I kapittel 5 vil det være en rettspolitisk drøftelse hvor eventuelle endringer i regelverket vurderes.³⁹

2. Prinsipielle betraktninger

2.1. Straffeprosessuelle målsetninger

Straffeprosessen, strafferetten og straffegjennomføringsretten skal sikre at strafferettspleiens formål realiseres.⁴⁰ En viktig målsetning er at etterforskningen og rettsprosessen utføres slik at straffbare forhold blir avdekket og at skyldige personer blir dømt og straffet.⁴¹

Målsetningen skal ivareta fornærmedes rettssikkerhet og den allmenne rettsfølelse.⁴²

Det er også en målsetning at uskyldige ikke skal straffes. Etterforskning og rettsprosess må derfor gjennomføres slik at uskyldige personer ikke blir utsatt for mistanke eller straffet.⁴³ Det innebærer at rettssikkerhetsgarantiene må gjelde for mistenkte personer, både på etterforskningsstadiet og under rettsprosessen, fordi man er uskyldig til det motsatte er bevist.⁴⁴ Målet om å få frem den materielle sannhet står sterkt⁴⁵, og Straffeprosesslovutvalget fremhever at «[m]anglende mulighet for mistenkte til å spørre ut vitner som inkriminerer

³⁹ Blume (2020) s. 52

⁴⁰ Øyen (2019) s. 26

⁴¹ Øyen (2019) s. 26

⁴² Øyen (2019) s. 26

⁴³ Øyen (2019) s. 26

⁴⁴ Øyen (2019) s. 27

⁴⁵ NOU 2016:24, s. 384

vedkommende, må antas å gi økt risiko for uriktige domfellelser». ⁴⁶ Retten til krysseksaminasjon bidrar dermed til å styrke domstolene sitt grunnlag for å avgjøre om en tiltalt er skyldig eller ikke. ⁴⁷

Prosessen må også gjennomføres på en måte som gir tillit hos partene, vitner, etterlatte og befolkningen for øvrig. ⁴⁸ Tillit til rettsstaten og systemet er grunnleggende for å sikre en opplyst sak.

Utfordringen er å finne en balanse mellom målsetningene. Straffeprosessuelle rettskilder har alle som formål å ivareta en eller flere av de ovennevnte målsetningene. ⁴⁹

2.2. Menneskerettslige forpliktelser

Norge skal vektlegge «barnets beste» i alle avgjørelser som berører barn jf. Grunnloven § 104 annet ledd og FNs barnekonvensjon ⁵⁰ Art. 3. ⁵¹ Barnets beste skal derfor tillegges vekt ved bruk av tilrettelagt avhør, både som etterforskningsmetode og som bevis. Dette innebærer at myndighetene skåner barn fra å møte i retten gjennom lovgivning. Barnets beste innebærer også at deres rettsbeskyttelse skal ivaretas. Strafferettssystemet må derfor sørge for at bruken av tilrettelagt avhør som bevis ikke svekker bevisverdien slik at det går på bekostning av barnets rettssikkerhet eller at skyldige går fri.

Norge er også forpliktet etter Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbruk. ⁵² Konvensjonens Art. 30 til 36 fastsetter regler om etterforskning, straffeforfølgning og prosess. Konvensjonen forplikter Europarådets medlemmer og trådte i kraft for Norge i oktober 2018.

⁴⁶ NOU 2016:24, s. 282

⁴⁷ Rt. 2003 s. 1389, avsnitt 102

⁴⁸ Øyen (2019) s. 27

⁴⁹ Øyen (2019) s. 28

⁵⁰ Convention on the Rights of the Child, New York, 20. november 1989

⁵¹ Jf. menneskerettsloven § 2 nummer 4

⁵² Council of Europe Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse, Lanzarote, 2007.

Art. 30 nummer 1 bestemmer at partene, ved lovgivning eller andre tiltak, skal gjøre det som er nødvendig «for å sikre at etterforskning og straffeforfølgning gjennomføres på den måte som er best for barnet». I Art. 30 nummer 4 understrekes at tiltak som iverksettes ikke må berøre «retten til å forsvare seg og retten til en rettferdig rettergang, i samsvar med artikkel 6» i EMK. Barnets beste kan ikke gå på bekostning av den siktedes rett til en rettferdig rettergang, og Norge er forpliktet gjennom både Grunnloven⁵³ og EMK⁵⁴ til å overholde de menneskerettslige forpliktelsene.

Retten til en rettferdig rettergang omfatter retten til krysseksaminasjon jf. EMK Art. 6 nummer 3 bokstav d. Dette innebærer at siktede skal få stille spørsmål til de som vitner mot ham. Bruk av tilrettelagt avhør som bevis innskrenker retten til krysseksaminasjon, da man ikke uten videre får mulighet til å stille spørsmål til vitnet under hovedforhandlingen. Hvordan de tilrettelagte avhørene ble gjennomført på etterforskningsstadiet får derfor stor betydning for spørsmålet om saken under ett har vært «fair».

Krysseksaminasjon sikrer at siktede/tiltalte får muligheten til å teste at vitnet forteller det samme som det gjorde i avhør, at forklaringen er konsekvent, om vitnet er usikker og om vitnet bevisst eller ubevisst endrer på ting vedkommende tidligere har sagt.

Krysseksaminasjon kan dermed ha en oppklarende, avkreftende eller bekreftende effekt.

2.3. Politistyrt prosess

Et annet spørsmål er om flytting av ansvaret fra dommer til politi er forsvarlig, og om politiet forholder seg objektive. Overføringen av ansvaret innebærer at den ene parten i saken, her påtalemyndigheten, vil avgjøre når den siktede skal varsles, de vil ha den reelle beslutningsmyndighet over siktedes innsynsrett og vil avgjøre hvilke spørsmål siktede skal få stille til vitnet.⁵⁵ Dette påvirker den siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon.

Påtalemyndighetens «tjenestemenn skal opptre objektivt i hele sin virksomhet, herunder på etterforskningsstadiet, når det treffes påtalevedtak og ved irettføring av saken» jf.

⁵³ Dok.nr.16 (2011-2012)

⁵⁴ Jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3

⁵⁵ Ørnulf Øyen, «Flytting av ansvaret for avhør mv. av barn fra domstolene til politiet», Lov og Rett nr. 2 2014, s. 61-62.

straffeprosessloven § 55 a fjerde ledd. I dette ligger en plikt til å forholde seg objektiv på alle stadier i saken. I forarbeidene sies at «påtalemyndigheten nøkternt skal ha for øye både det som i saken taler til gunst for mistenkte og det som trekker i retning av straffansvar og skjerpert reaksjon».⁵⁶ I tillegg skrives det at formålet med bestemmelsen er «å gjøre påtalemyndigheten ytterligere bevisst sin plikt til å opptre objektivt på alle stadier av saken»⁵⁷. Lovgiver anerkjenner at det er et behov for å minne påtalemyndigheten på at de skal være objektive i sin virksomhet.

Advokatforeningen uttalte under høringsrunden at «en påtalejurist ikke vil kunne foreta en uavhengig avveining av interessene i den enkelte sak og at det er nødvendig med en dommer for å lede avhøret».⁵⁸

Politiet kan potensielt utvikle tunnelsyn under etterforskning av en straffbar handling. Det er politiet sin oppgave å avdekke at det har skjedd en straffbar handling, og det samme ansvaret påhviler ikke en dommer. Det kan tenkes at politiet sitt fokus på å bevise at en straffbar handling har skjedd henger høyere enn å se etter bevis for det motsatte.

Med tanke på de splittende interessene politiet skal ivareta under et slikt avhør, kan det bli utfordrende å forholde seg objektiv. Et viktig poeng er likevel at

«En eventuell feilvurdering gjort av avhørslederen vil kunne føre til at beviset ikke vil bli tillatt ført eller at bevisverdien av det svekkes. Avhørsleder har således også stor interesse i å fremkalle en klar, sannferdig og nøytral forklaring.»⁵⁹

Feil kan avdekkes ved at man benytter video- og lydopptak av avhøret. Problemet oppstår likevel når partene er uenige om avhøret er tatt på en betryggende måte, og domstolen har liten tid til å vurdere om avhøret er pålitelig og troverdig. Etter samtale med flere advokater er det klart at avhør blir spilt i av i retten, selv om en av partene har kommet med sterke innsigelser om det. Dette betyr at politiet uansett vil kunne påvirke saken i betydelig grad med hvilke vurderinger som gjøres under og i forbindelse med det tilrettelagte avhøret.

⁵⁶ Prop.147 L (2012-2013) s. 174

⁵⁷ Prop.147 L (2012-2013) s. 174-175

⁵⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 49

⁵⁹ Prop.112 L (2014-2015) s. 49

I kapittel 3 går avhandlingen nærmere inn på hvilke retningslinjer EMD fastsetter for bruk av avhør som bevis, og hvordan forhold på etterforskningsstadiet kan få betydning for om rettergangen har vært rettferdig jf. EMK Art. 6.

3. Hvilke skranker setter EMK Art. 6?

3.1. Allment om retten til en rettferdig rettergang

Bruk av tilrettelagt avhør som bevis er stadig gjenstand for diskusjon i domstolene fordi forsvarer, påtalemyndigheten og bistandsadvokaten er uenige om beviset skal føres. I det følgende skal det redegjøres for hva som kreves for at bevisførselen i en straffesak samsvarer med kravet til en rettferdig rettergang jf. EMK Art. 6 nummer 1.

Det følger av EMK art. 6 nummer 1 første punktum at «for å få avgjort» en «straffesiktelse mot seg» har enhver rett til en «rettferdig [...] rettergang».

Ordlyden «for å få avgjort» betyr at normen kommer til anvendelse hvis en sak tas opp til doms.⁶⁰

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «rettferdig» sett i sammenheng med «straffesiktelse mot seg» betyr at den som er siktet i en straffesak skal få en trygg og respektfull behandling av saken. Ordlyden avgrenser mot tortur og umenneskelig behandling, og sammenholdt med kjerneverdier i norsk straffeprosess skal siktede i en straffesak få utfordre bevisene som er avgjørende for skyldspørsmålet.

Bestemmelsen oppstiller ikke kategorisk hva som er innenfor og utenfor normen, og vurderingen av om rettergangen har vært rettferdig beror på en helhetsvurdering. Vurderingstema ble slått fast i Storkammersaken Ibrahim and Others v The United

⁶⁰ Kjølbro (2020) s. 511

Kingdom⁶¹. Domstolen la til grunn at feil på etterforskningsstadiet kan få betydning for om rettergangen har vært rettferdig jf. EMK Art. 6.⁶²

Viktige momenter er om den som mener å ha fått rettigheten sin krenket var særlig sårbar med tanke på alder eller mental kapasitet, om reglene om bevisførsel i hjemstaten ble overholdt, om klager fikk muligheten til å utfordre troverdigheten av beviset og motsette seg at det ble brukt, kvaliteten på bevisene og omstendighetene rundt innhentingene av disse, om beviset var fremkalt på en ulovlig måte, om beviset utgjorde en stor del av bevisførselen som ble lagt til grunn for domfellelse, styrken av øvrige bevis i saken, strafferammene for handlingen og om andre nasjonale rettssikkerhetsgarantier ble ivaretatt.⁶³

Videre etablerte avgjørelsen at dersom det er hensiktsmessig for vurderingen, skal man se på minsterettighetene i EMK Art. 6 nummer 3 bokstav a til e.⁶⁴ Minsterettighetene er til for å styrke anklagedes kontradiksjonsmulighet.⁶⁵ For denne avhandlingen er særlig retten til å avhøre vitner jf. EMK Art. 6 nummer 3 bokstav d, aktuell.

I nevnte sak uttalte domstolen at minsterettighetene må forstås som «specific aspects»⁶⁶ av retten til en rettferdig rettergang, og at «those minimum rights are not aims in themselves: their intrinsic aim is always to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole».⁶⁷ Minimumsrettigheten skal tolkes i lys av den overordnede generalklausulen om rettferdig rettergang.⁶⁸ Brudd på en av minsterettighetene fører ikke automatisk til krenkelse av Art. 6, så lenge prosessen under ett har vært rettferdig.

Konklusjonen er at man må vurdere konkret om bevisførselen er i tråd med retten til en rettferdig rettergang. I saker hvor tilrettelagt avhør blir ført som bevis vil spørsmålet om

⁶¹ *Ibrahim and Others v. The United Kingdom [GC]*, 2016, no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, avsnitt 250

⁶² *Ibrahim and Others v. The United Kingdom*, avsnitt 274

⁶³ *Ibrahim and Others v. The United Kingdom*, avsnitt 274 a-j

⁶⁴ *Ibrahim and Others v. The United Kingdom*, avsnitt 251

⁶⁵ Aall (2011) s. 431

⁶⁶ *Ibrahim and Others v. The United Kingdom*, avsnitt 251

⁶⁷ *Ibrahim and Others v. The United Kingdom*, avsnitt 251

⁶⁸ Øyen (2016) s. 391

siktede har fått muligheten til å utfordre troverdigheten til vitnet, hvor sentralt beviset er og om siktedes rett til krysseksaminasjon er ivaretatt, være relevante momenter.

Ved individklager til EMD har staten som motpart en vid skjønnsmargin hva gjelder tolkningen av begrepet rettferdig rettergang. Staten kan vedta og praktisere lovregler som problematiserer spørsmålet om vitners møte og forklaringsplikt.⁶⁹ Hvordan staten har utnyttet sin skjønnsmargin kommer ofte på spissen i vurderingen av om prosessen under ett har vært rettferdig. EMD har derfor oppstilt noen retningslinjer for bevisføring og eksaminasjon av vitner.

Som siktet i en straffesak har du krav på en «offentlig rettergang» jf. EMK Art. 6 nummer 1 første punktum.

Ordlyden «offentlig» innebærer behandling for åpne dører, og at alle som vil skal kunne følge rettssaken. Når retten til krysseksaminasjon innebærer en muntlig utspørring av vitner vil en offentlig rettergang som utgangspunkt si at vitneforklaringer avgis muntlig og umiddelbart for den dømmende rett, etter prinsippet om bevisumiddelbarhet.

Det ble slått fast av EMD i storkammersaken *Al-Khawaja and Tahery*.⁷⁰ Her uttalte domstolen at «all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument».⁷¹

Det kan gjøres unntak så lenge det ikke begrenser forsvarets rettigheter. Siktede skal gis en «adequate and proper opportunity»⁷² til å utfordre og spørre ut den som vitner mot ham. Det innebærer at man skal få en reell mulighet til kontradiksjon og krysseksaminasjon, hvis man av hensyn til vitnet skal fravike utgangspunktet.⁷³

Vurderingen av om rettergangen er rettferdig må etter dette gjøres konkret i hver enkelt sak.

⁶⁹ *S.N v Sweden* [J], 2002, no. 34209/96, avsnitt. 44

⁷⁰ *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* [GC], 2011, no. 26766/05 og 22228/06.

⁷¹ *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, avsnitt. 118.

⁷² *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, avsnitt 118.

⁷³ Kjølbros (2020), s. 783

Punkt 3.1.1 går nærmere inn på retten til kontradiksjon og punkt 3.1.2 går nærmere inn på retten til krysseksaminasjon, som ofte kommer på spissen ved bruk av tilrettelagt avhør som bevis.

3.2. Retten til kontradiksjon

En kontradiktorisk prosess kjennetegnes av at bevisførselen er umiddelbar og at vitnet avgir forklaring muntlig i retten. Retten til kontradiksjon springer ut av prinsippet om «equality of arms». Prinsippet ble nærmere redegjort for i *Walston v Norway*⁷⁴ der retten uttalte følgende

«The principle of “equality of arms “– one of the elements of the broader concept of fair trial – requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent”^{.75}

Avgjørelsen omhandlet en sivil sak, men likhetsprinsippet gjør seg også gjeldende innenfor straffeprosessen. I straffesaker har tiltalte som regel en forsvarer for å jevne ut maktubalansen mellom staten ved påtalemyndigheten og tiltalt. EMD beskriver at kontradiksjon er “for the parties to have knowledge of and to comment on all the evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision”^{.76}

Bruk av tilrettelagt avhør som bevis innskrenker siktedes rett til kontradiksjon. Spørsmålet er dermed hvor langt retten til kontradiksjon rekker.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 2011 s. 93 var spørsmålet hvorvidt et dommeravhør kunne brukes som et bevis. Førstvoterende uttalte generelt at

«Siden et dommeravhør vil kunne tjene som et middelbart – og ofte sentralt bevis – under hovedforhandlingen, bør kontradiksjon tilstrebes i størst mulig grad på etterforskningsstadiet»^{.77}

⁷⁴ *Walston v Norway* [J], 2003, no. 37372/97

⁷⁵ *Walston v Norway*, avsnitt 56.

⁷⁶ *Walston v Norway*, avsnitt 56.

⁷⁷ Se Rt. 2011 s. 93 avsnitt 35

Uttalelsen innebærer at man ved bruk av tilrettelagt avhør som bevis må sikre siktedes rett til kontradiksjon på et tidlig stadium, fordi det ofte er for sent under hovedforhandling.

Kontradiksjon kan derfor sikres gjennom krysseksaminasjon under avhøret eller et supplerende avhør. Selv om avgjørelsen gjaldt dommeravhør som bevis, gjør de samme hensyn seg gjeldende for tilrettelagt avhør, fordi det utfordrer retten til krysseksaminasjon på samme måte.

3.3. Retten til krysseksaminasjon

3.3.1. Innledning

Retten til å krysseksaminere vitner er en grunnleggende prosessuell rettighet.^{78 79} Det fungerer også som en skranke for bevisføring.⁸⁰ Rettigheten er til for at siktede skal oppleve prosessen som rettferdig og at man skal redusere faren for uriktige domfellelser.⁸¹ En naturlig konsekvens av rettigheten er at et vitne normalt må møte i retten og avgi personlig forklaring⁸², fordi den «dømmende rett vil få en helt annen mulighet til å vurdere bevisverdien av en muntlig, umiddelbar, forklaring [...]».⁸³

Hvis et avhør brukes som bevis uten at den som har forklart seg har blitt krysseksaminert, kan forklaringen fremstå mer pålitelig og troverdig enn det som er tilfellet.⁸⁴ En konsekvens av det er at saken kan bli dårligere opplyst enn hva den ville vært med krysseksaminasjon.⁸⁵

Videre i punkt 3 går avhandlingen nærmere inn på den allmenne rekkevidden av retten til krysseksaminasjon, når rettigheten gjelder og hvordan rettigheten må sikres på etterforskningsstadiet.

⁷⁸ Matningsdal (2007) s. 15

⁷⁹ Rt. 1994 s. 1324 (s. 1326)

⁸⁰ Øyen (2019), s. 427

⁸¹ Matningsdal, (2007) s. 15

⁸² Matningsdal, (2007) s. 16

⁸³ Rt. 1994 s. 1324 (s. 1326)

⁸⁴ Øyen (2019) s. 427

⁸⁵ Øyen (2019) s. 427

3.3.2. Rekkevidden av retten til krysseksaminasjon

Det fremgår av EMK Art. 6 nummer 3 bokstav d) at «enhver som blir siktet for en straffbar handling» har krav på minsterettigheter som «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;».

Det første spørsmålet er hvor langt retten til krysseksaminasjon rekker.

Bestemmelsen indikerer en absolutt rett til å avhøre og føre vitner.

EMDs praksis viser imidlertid at ordlyden ikke kan forstås så bokstavelig, men at retten til krysseksaminasjon innebærer at siktede skal gis «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».⁸⁶ Siktede skal altså gis en reell kontradiksjonsmulighet, enten under etterforskningen eller under hovedforhandlingen.

En avgjørelse som illustrerer rekkevidden av retten til krysseksaminasjon er *S.N v Sweden*⁸⁷. Saken omhandlet seksuelle overgrep begått av en lærer mot en ti år gammel gutt.

Gutten ble avhørt to ganger. Det første avhøret ble tatt uten at siktede ble varslet og uten at han hadde fått oppnevnt en forsvarer. En tid etter det første avhøret fikk siktede oversendt dokumenter og oppnevnt en forsvarer. Siktede og forsvareren begjærte supplerende avhør, som ble gjennomført fem måneder etter første avhør. Bistandsadvokaten hadde ikke mulighet til å møte under det supplerende avhøret, og forsvarer aksepterte derfor at han heller ikke skulle møte. Forsvarer hadde imidlertid presisert hvilke spørsmål han ønsket å få stilt til vitnet, og dette ble fulgt opp av den som tok avhøret. Forsvarer hadde ikke bedt om at avhøret skulle tas opp på video. Etter at forsvarer fikk høre gjennomgangen av det nyeste avhøret var han fornøyd og ønsket ikke flere spørsmål stilt til vitnet.⁸⁸

⁸⁶ *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, avsnitt. 118.

⁸⁷ *S.N v Sweden* [J], 2002, no. 34209/96.

⁸⁸ *S.N. v Sweden*, avsnitt 10-13 (Gjelder hele avsnittet)

Under hoved- og ankeforhandlingen kom retten frem til at vitnet ikke skulle møte i retten, og at avhøret skulle tre i stedet for personlig forklaring.

Spørsmålet var om avspilling og opplesning av fornærmede sin forklaring medførte en krenkelse av retten til krysseksaminasjon etter EMK Art. 6 nummer 3 bokstav d, ettersom forsvarer ikke hadde vært tilstede under det siste avhøret. EMD svarte benektende, fordi det andre avhøret ble gjennomført på bestilling av forsvaret og fordi siktede hadde fått en reell kontradiksjonsmulighet. Dessuten hadde forsvarer akseptert å ikke være tilstede under avhøret.⁸⁹ Forsvarer hadde dermed fått muligheten til å stille spørsmål til vitnet direkte, men benyttet seg ikke av denne.

Dommen må forstås slik at retten til krysseksaminasjon kan ivaretas under etterforskningen og under hovedforhandlingen. Det avgjørende er om siktede med sin forsvarer har fått en reell mulighet til å stille spørsmål til vitnet. Fra dette kan man antakelig slutte at der siktede *ikke har fått en reell mulighet* til å stille spørsmål, vil det utfordre rettighetene etter EMK Art. 6 nr. 3 på en slik måte at det kan foreligge en krenkelse av retten til rettferdig rettergang.

Dommen viser også at retten til krysseksaminasjon ikke forutsetter at siktede, eller siktedes forsvarer, må være fysisk tilstede.⁹⁰ Rettigheten kan ivaretas av påtalemyndigheten under avhør på etterforskningsstadiet. EMD uttalte at retten til krysseksaminasjon «cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means».⁹¹

Konklusjonen er at retten til krysseksaminasjon innebærer at siktede har fått en reell kontradiksjonsmulighet, enten på etterforskningsstadiet eller under hovedforhandlingen. Har siktede ikke fått dette, er det brudd på retten til rettferdig rettergang.

3.3.3. Gjelder retten uavhengig av vitnets alder og mentale tilstand?

Tilrettelagt avhør tas som regel av barn, og særlig sårbare vitner med psykiske utviklingshemninger eller andre funksjonsnedsettelse jf. straffeprosessloven § 298 jf. § 239.

⁸⁹ *S.N. v Sweden*, avsnitt 50-51

⁹⁰ Matningsdal (2007), s. 245-246

⁹¹ *S.N. v Sweden*, avsnitt 52

Spørsmålet er om retten til krysseksaminasjon gjelder uavhengig av vitnet sin alder og mentale tilstand.

I *S.N v Sweden* aksepterte EMD at man må ta visse hensyn i saker om seksuelle overgrep mot mindreårige, men at det ikke kan gå på bekostning av «an adequate and effective exercise of the rights of the defence». ⁹² I denne saken var barnet 10 år, og utsatt for seksuelle overgrep av læreren sin. Retten til krysseksaminasjon ble likevel omtalt som en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti for den siktede, og ble ikke tilsidesatt som følge av barnets unge alder.

Avgjørelsen, sett i lys av at retten til kontradiksjon og krysseksaminasjon er helt grunnleggende i straffeprosessen, etablerer at retten til krysseksaminasjon gjelder uavhengig av vitnets alder og mentale tilstand. Dette betyr at retten til krysseksaminasjon gjelder for alle saker som skal avgjøres i domstolene.

3.3.4. Retten til å krysseksaminere vitnet under hovedforhandlingen

Straffeprosessloven § 298 jf. § 239 bestemmer at barn under og over 16 år, vitner med psykiske utviklingshemninger eller andre funksjonsnedsettelse ikke har generell møteplikt i norsk rett.

EMD har heller ikke tolket retten til krysseksaminasjon så strengt at tiltalte har en ubetinget rett til å krysseksaminere vitnet under selve hovedforhandlingen. ^{93 94}

Spørsmålet er dermed hva som skal til for at vitnet må avgi forklaring under hovedforhandlingen.

*P.S v Germany*⁹⁵ handlet om et seksuelt overgrep begått av en musikk lærer mot en åtte år gammel jente. I rettsaken vitnet moren til fornærmede og politiet som mottok anmeldelsen. Fornærmede møtte ikke, og avhøret av henne ble brukt som bevis.

⁹² *S.N. v Sweden*, avsnitt 47

⁹³ Øyen (2019) s. 437

⁹⁴ *S.N. v Sweden*, avsnitt 44

⁹⁵ *P.S v Germany [J]*, 2001, no. 33900/96

Tiltalte ble dømt i nasjonale domstoler med avgjørende vekt på morens forklaring, fornærmedes oppførsel etter at de påståtte overgrepene ble begått og fornærmedes forklaring til politiet.⁹⁶ De nasjonale domstolene kom frem til at fornærmede ikke skulle møte fordi det ville være traumatiserende.⁹⁷ Retten mente også at en personlig forklaring ikke ville medføre noen ytterligere avklaring av hva som hadde skjedd.⁹⁸

Under hovedforhandlingen bestilte klager en sakkyndig rapport om fornærmedes troverdighet. Denne ble avslått. Under ankeforhandlingen fikk han gjennomslag for å innhente en slik rapport. Dette var halvannet år etter hendelsen.

Den tiltalte klaget inn staten for EMD på grunnlag av at han ikke fikk stille spørsmål til vitnet og fordi begjæringen om at vitnet skulle møte under hovedforhandlingen ble avslått.⁹⁹ Tiltalte hadde dermed ikke fått mulighet til å stille spørsmål til vitnet. Spørsmålet var om vitnet burde vært pålagt å møte under hovedforhandlingen og avgi forklaring¹⁰⁰ og om det innebar en krenkelse av retten til krysseksaminasjon.

Domstolen konstaterte krenkelse av retten til en rettferdig rettergang, fordi forsvaret var betydelig begrenset ettersom de ikke fikk stille spørsmål til vitnet. Det ble lagt vekt på tre ting. Begrunnelsen for at vitnet ikke møtte var ikke god nok, rapporten om vitnets troverdighet kom lenge etter at hendelsen hadde funnet sted, med avgjørende vekt på at fornærmedes forklaring var «the only direct evidence of the offence in question»¹⁰¹.

EMD mente at begrunnelsen for å at vitnet ikke møtte var «rather vague and speculative and do not, therefore, appear relevant».¹⁰² De mente at jenta burde blitt pålagt å vitne under rettssaken. Hadde vitnets fravær vært begrunnet på en annen måte, er det ikke gitt at de hadde konkludert slik. Med tanke på at vitnet kun var åtte år setter det en høy terskel for å fravike

⁹⁶ *P.S v Germany*, avsnitt 9

⁹⁷ *P.S v Germany*, avsnitt 9

⁹⁸ *P.S v Germany*, avsnitt 9

⁹⁹ *P.S v Germany*, avsnitt 16 og 17

¹⁰⁰ *P.S v Germany*, avsnitt 17

¹⁰¹ *P.S v Germany*, avsnitt 30

¹⁰² *P.S v Germany*, avsnitt 28

utgangspunktet om at krysseksaminasjon skal foregå under hovedforhandlingen. Særlig når det gir eneste muligheten til å spørre ut vitnet.

EMD vurderte videre at rapporten som ble innhentet under ankeforhandlingen ikke kunne gjenopprette de rettssikkerhetsmessige tap klager led under i førsteinstans, da denne var innhentet 18 måneder etter at hendelsen hadde funnet sted.¹⁰³ Det kan bety at en slik rapport kan veie opp for at vitnet ikke møter i retten.

Det var heller ikke tilstrekkelig at moren og politiet hadde forklart seg om det jenta hadde fortalt. Dommen skiller seg fra tidligere avgjørelser¹⁰⁴ om seksuallovbrudd hvor EMD har landet på at prosessen har vært rettferdig så lenge domstolen også har basert seg på andre bevis, og ikke utelukkende på fornærmedes forklaring.¹⁰⁵ Siden de øvrige bevisene bygget på fornærmede sin forklaring, var de ikke tilstrekkelig selvstendig eller avledet fra det avgjørende beviset.

Spørsmålet om sårbare vitner sin plikt til å forklare seg under hovedforhandlingen avhenger derfor av om det foreligger en god grunn til at vitnet ikke møter i retten, om andre rettssikkerhetsgarantier veier opp for at vitnet ikke møter og om forklaringen til vitnet er det eneste eller det avgjørende bevis for domfellelse.

I motsetning til vår prosesslovgivning så finnes det ikke særskilte regler for avhør av barn eller psykisk utviklingshemmede i Tyskland.¹⁰⁶ Det kan trekke i retning av at spørsmålet om begrunnelse for manglende oppmøte sjeldent vil settes på spissen i saker som angår Norge ettersom lovgiver har satt en generell og allmenn begrunnelse.

¹⁰³ *P.S v Germany*, avsnitt 29 (Gjelder hele avsnittet)

¹⁰⁴ Se for eksempel *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*: I denne saken kom domstolen frem til at det ikke forelå krenkelse, selv om klager aldri hadde fått muligheten til å stille spørsmål til vitnet. Det ble blant annet lagt vekt på at det forelå andre bevis som styrket fornærmede sin forklaring.

¹⁰⁵ *P.S v Germany*, avsnitt 30

¹⁰⁶ Rapport fra arbeidsgruppe, «avhør av særlig sårbare personer i straffesaker» s. 22.

Bocos-Cuesta v The Netherlands¹⁰⁷ trekker imidlertid i retning av at det må foreligge en god grunn i den konkrete saken, uavhengig av nasjonal lovgivning. Saken gjaldt overgrep begått av en ukjent mann mot fire barn. Barna var seks, ni, ti og elleve år. Barna avga forklaring til politiet, uten at siktede fikk stille spørsmål. Han fikk heller ikke føre barna som vitner under rettssaken.

Spørsmålet var om «the applicant was provided with an adequate opportunity to exercise his defence rights»¹⁰⁸ med henblikk på retten til krysseksaminasjon. Spørsmålet ble besvart benektende, og EMD konstatere krenkelse av retten til en rettferdig rettergang.

EMD la vekt på at tiltalte ikke fikk følge avhøret, at det ikke ble tatt opp på video, at begrunnelsen for at barna ikke møtte var spekulativ og at forklaringen deres var avgjørende for domfellelse.

I Nederland, i likhet med her hjemme, er vitner under 16 år fritatt for møteplikt i domstolen.¹⁰⁹ EMD gikk likevel langt i vurderingen av om det var gode grunner til at barna ikke møtte i retten, selv om barna var under 16. Dette kan tolkes slik at EMD i liten grad aksepterer at alderen til barnet i seg selv er en fritaksgrunn, men snarere at det må gjøres en konkret vurdering av om vitnet skal møte under hovedforhandlingen, dersom man ikke har fått stille spørsmål under etterforskningen.

Siden det norske regelverket i stor grad samsvarer med det nederlandske, ville muligens en lignende sak med de samme forutsetningene fått det samme utfallet i vår rettstradisjon.

Hensynet til barnets beste og barnets rett til privatliv vil nok i de aller fleste tilfeller være en god grunn til at barn under en viss alder ikke møter i retten. Dommen viser likevel at alder og sakstype i seg selv ikke utgjør en god grunn og at en absolutt aldersgrense kan by på rettssikkerhetsmessige problemer, og at konvensjonsforpliktelsene kan utfordres.

¹⁰⁷ *Bocos-Cuesta v The Netherlands [JJ]*, 2005, no. 54789/00

¹⁰⁸ *Bocos-Cuesta v The Netherlands*, avsnitt 70

¹⁰⁹ *Bocos-Cuesta v The Netherlands*, avsnitt 55-56

Den ferske avgjørelsen fra Høyesterett¹¹⁰ støtter også opp under EMDs vurdering av om vitnet skal møte i retten. Saken omhandlet seksuelle overgrep på nett, der tiltalte hadde fått foreldre til å begå seksuelle overgrep mot barna sine, samtidig som tiltalte så på. Spørsmålet var om de fornærmede tiltalte hadde hatt kontakt med måtte møte i retten.

Høyesterett tok utgangspunkt i EMDs Storkammerdom, Schatschaschwili v Germany¹¹¹, da de tok stilling til retten om å spørre ut vitnene i saken. Høyesterett uttaler at

«opplesing og annen bruk av vitneprov som den tiltalte ikkje har hatt høve til å spørja ut, vurdere om det var gode grunnar for at vitnet ikkje møte slik at forklaringa kunne lesast opp, om vitneprovet var det einaste eller avgjerande provet og om det var tilstrekkelege prosessuelle tryggingmekanismer som vog opp for forsvaret av den sikta og som gav tryggleik for at rettssaka, som heilskap, var rettferdig.»¹¹²

Under den forutsetning at tiltalte ikke har fått stille spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet, krever fravær fra hovedforhandlingen en god grunn, om det foreligger andre rettssikkerhetsgarantier som veier opp for manglende krysseksaminasjon og at ikke forklaringen er eneste eller avgjørende bevis. Hvis alle disse forutsetningene ligger til grunn, vil det antakelig ikke utgjøre en krenkelse.

Retten til krysseksaminasjon under hovedforhandling er dermed ikke absolutt, så lenge prosessen under ett har vært rettferdig.

3.3.5. Ivaretagelse av retten til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet

I avgjørelsene fra EMD har de nasjonale domstolene vurdert at vitnet ikke skal møte i retten. I norsk straffeprosess foregår også de fleste avhørene av barn utenfor domstolene. Om siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon er ivaretatt under etterforskningen, får dermed stor betydning for om avhøret kan brukes som bevis.

EMD uttalte i Schatschaschwili v Germany at

¹¹⁰ HR-2020-2137-A

¹¹¹ Schatschaschwili v Germany [GC], 2015, no. 9154/10

¹¹² HR-2020-2137-A, avsnitt 58

«[a]rticle 6 – especially paragraph 3 thereof – may be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions». ¹¹³

Forhold på etterforskningsstadiet får betydning for bevisførselen under hovedforhandlingen og spørsmålet er dermed hvordan retten til krysseksaminasjon må sikres på etterforskningsstadiet.

Tiltalte skal sikres «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». ¹¹⁴

Tiltalte har fått en slik mulighet dersom både han og forsvarer var tilstede under avhøret, de hadde innsyn i sakens dokumenter i forkant, hadde tid til å forberede seg og de fikk muligheten til å stille spørsmål. ¹¹⁵

Det avgjørende for om et avhør kan spilles av i retten er den bevismessige verdien av krysseksaminasjonen. I avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 943 sa Høyesterett at

«det ikke er tilstrekkelig at tiltalte på ett eller annet stadium har hatt adgang til å eksaminere vitnet, det må etterpå kunne dokumenteres på en betryggende måte hvordan en eksaminasjon eventuelt har funnet sted». ¹¹⁶

At avhøret er dokumentert gjennom videoopptak er det optimale, men et lydopptak eller en grundig protokollering kan også være tilstrekkelig. ¹¹⁷ Gjengivelsen av avhøret må da inneholde hvilke spørsmål forsvareren stilte, eller fikk stilt på vegne av siktede, og hva vitnet svarte. ¹¹⁸

¹¹³ *Schatschaschwili v Germany*, 2015, no. 9154/10, avsnitt 104

¹¹⁴ *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, avsnitt. 118.

¹¹⁵ Øyen (2019) s. 437

¹¹⁶ Rt. 2004 s. 943 (avsnitt 15)

¹¹⁷ Øyen (2019) s. 438

¹¹⁸ Øyen (2019) s. 438

Det stiller seg derfor annerledes hvis siktede ikke er gitt en slik mulighet under etterforskningen, og vitnet heller ikke møter i retten. Spørsmålet er dermed om en forklaring som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon i det hele tatt kan spilles av i retten.

EMD har etablert at man ikke kan spille av en forklaring som er det eneste eller det avgjørende beviset for domfellelse.¹¹⁹ I Høyesteretts avgjørelse fra Rt. 2004 s. 1789 uttaler de at vurderingstemaet er om «en fellende dom bare eller i avgjørende grad vil være basert på vitneforklaringer [...] som den tiltalte ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre».¹²⁰

I Storkammersaken *Schatschaschwili v. Germany* hadde klageren blitt domfelt for to tilfeller av grovt ran og utpressing av til sammen fire prostituerte kvinner fra Litauen.¹²¹ Kvinnene hadde fortalt til politiet at de ville reise tilbake til Litauen, og påtalemyndigheten ba derfor om å avhøre de fornærmede slik at de kunne få «a true statement» til å bruke som bevis under rettssaken.¹²²

Når saken skulle opp for domstolen forsøkte tyske myndigheter å få de fornærmede til å vitne over videolink. De fornærmede hadde PTSD og ønsket ikke å avgi forklaring under rettssaken.¹²³ De regionale domstolene kom derfor frem til at fornærmedes forklaringer skulle brukes som bevis.¹²⁴

Under rettssaken vitnet personer som hadde vært i kontakt med de fornærmede rett etter hendelsene. Deres forklaringer støttet forklaringene fra de fornærmede. De regionale domstolene kom derfor frem til at de fikk et oversiktlig bilde av hendelsesforløpet.¹²⁵

¹¹⁹ *Se P.S v Germany*, avsnitt 24

¹²⁰ Rt. 2004 s. 1789, avsnitt 16

¹²¹ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 12-14

¹²² *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 20

¹²³ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 25-26

¹²⁴ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 29

¹²⁵ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 46

EMD tok stilling til om klagerne hadde fått en rettferdig rettergang jf. retten til krysseksaminasjon.¹²⁶ Betydelig flertall i Storkammer konstaterte krenkelse av Art. 6 nummer 1 jf. nummer 3 bokstav d, siden klagerne ikke under noen omstendighet fikk stille spørsmål til de fornærmede.¹²⁷

Flertallet fremholdt at deres oppgave var å se på om prosessen var «fair» og om det forelå «sufficient counterbalancing factors» der beviset var det eneste eller det avgjørende for domfellelse. De sa at samme vurdering gjelder dersom det er usikkert om beviset var det eneste eller det avgjørende beviset.

EMD uttalte at «[t]he more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors will have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair» - altså jo viktigere bevis, jo større krav stilles til øvrige rettssikkerhetsgarantier.¹²⁸

Flertallet oppstilte tre sentrale momenter i vurderingen

«the trial court's approach to the untested evidence, the availability and strength of further incriminating evidence, and the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial.»¹²⁹

Momentet om «the trial courts approach to the untested evidence» viser at EMD vurderer hvor nøye de nasjonale domstolene har vurdert vitnets troverdighet og hvor pålitelig beviset var.¹³⁰ Bevisførselen må derfor være grundig vurdert hvis en domfellelse bygger på et avgjørende bevis, uten at forklaringen har vært gjenstand for krysseksaminasjon.¹³¹

¹²⁶ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 100-103

¹²⁷ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 164-165

¹²⁸ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 116

¹²⁹ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 145

¹³⁰ Øyen (2019) s. 441

¹³¹ Øyen (2019) s. 441

Videre betyr «the availability and strength of further incriminating evidence» at man må se om det også finnes andre bevis for domfellelse. Hvis forklaringen er det eneste som belyser et sentralt bevistema, er det lite sannsynlig at beviset kan spilles av i retten.¹³²

Til sist omhandler «procedural measures» situasjonen da avhøret ble tatt, og bevissituasjonen under hovedforhandlingen.¹³³ Flertallet la avgjørende vekt på at ikke siktede eller hans forsvarer ble innkalt til avhøret av de fornærmede på etterforskningsstadiet, selv om påtalemyndighetene på dette tidspunktet var klar over risikoen for at de fornærmede ikke ville møte i retten.¹³⁴ Om bevissituasjonen under hovedforhandlingen blir spørsmålet om det foreligger rettssikkerhetsgarantier som veier opp for den manglende krysseksaminasjonen på etterforskningsstadiet.¹³⁵

Dommen viser at det skal mye til for at man kan bruke en forklaring som bevis, når den ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon. Domstolene må foreta en grundig vurdering av bevisverdien, om det foreligger andre bevis som sier noe om pålitelighet og troverdighet, og om andre rettssikkerhetsgarantier vil veie opp for manglende krysseksaminasjon.

Andre rettssikkerhetsgarantier kan for eksempel være at siktede skal varsles om at det innledes etterforskning mot ham for å få en reell mulighet til å utøve sitt forsvar. Spørsmålet er imidlertid hvilke retningslinjer EMD oppstiller for når og om siktede skal varsles.

Etter norsk straffeprosess er hovedregelen at mistenkte ikke varsles før første avhør jf. straffeprosessloven § 239 b.

I EMDs avgjørelse *A.S mot Finland*¹³⁶ gjaldt saken et seksuelt overgrep av et barn, begått av et familiemedlem. Klager anførte at han ikke hadde fått en rettferdig rettergang, ettersom avhøret av fornærmede ble avspilt i retten, uten at han hadde fått mulighet til å utfordre forklaringens pålitelighet og troverdighet. En av grunnene til at klager ikke fikk stille

¹³² Øyen (2019) s. 441

¹³³ Øyen (2019) s. 442

¹³⁴ *Schatschaschwili v. Germany*, avsnitt 157

¹³⁵ Øyen (2019) s. 442

¹³⁶ *A.S v Finland* [J], 2010, no. 40156/07

spørsmål til vitnet var at han ikke ble varslet om det første avhøret.¹³⁷ EMD konstaterte krenkelse, og etablerte at noen minimumsrettigheter må ivaretas for å sikre balansen mellom vitnets og siktedes rettigheter:

1. «the suspected person shall be informed of the hearing of the child»,
2. «he or she shall be given an opportunity to observe that hearing either as it is being conducted or later from an audiovisual recording”
3. “...and to have questions put to the child, either directly or indirectly, in the course of the first hearing or on a later occasion».¹³⁸

At siktede «shall be informed» sier ikke noe om siktede skal varsles før, underveis eller etter avhøret. Hvis man ser uttalelsen i lys av siktedes rett til å krysseksaminere vitnet, har det åpenbare grunner for seg at varslingen skal skje før avhøret finner sted. Dersom varslingen skjer i etterkant minker sannsynlighet for at siktede får stille spørsmål til vitnet. I Storkammersaken *Schatschaschwili v. Germany* var politiet klar over risikoen for at de fornærmede ikke ville avgi forklaring under hovedforhandlingen, men unnlot likevel å varsle. Dette fikk store konsekvenser for den tiltalte, og staten ble dømt.

Hensynet til barnet og etterforskningen trekker i retning av at siktede ikke bør varsles før avhøret er tatt. Varsling i forkant kan medføre bevisforspillelse, eller trusler mot barnet. Dette gjelder særlig hvis barnet bor med den mistenkte.

Siktede skal også gis mulighet til å observere «that hearing». Ordlyden indikerer at en varsling bør komme i forkant av avhøret, fordi varslingen skal gi siktede mulighet til å overvære den konkrete høringen. Det siste momentet om at man enten skal få overvære høringen underveis, eller få se den på video i etterkant, taler for at varsling ikke må skje før avhøret.

I *S.N v Sweden* (punkt 3.3.2) ble siktedes spørsmål stilt ved et supplerende avhør, og EMD kom frem til at siktedes rett til krysseksaminasjon var ivarettatt. Det er derfor klart at varsling

¹³⁷ *A.S v Finland*, avsnitt 7

¹³⁸ *A.S v Finland*, avsnitt 56

ikke må skje før det første avhøret, men det forutsetter at retten til krysseksaminasjon blir ivare tatt på en annen måte.

EMD fastsetter at når siktede skal varsles må bero på en konkret vurdering. I vurderingen er det særlig relevant om det er risiko for at vitnet ikke møter i retten, og om avhøret er eneste mulighet til å krysseksaminere vitnet.

4. Samsvarer straffeprosessloven § 298 og § 239 flg. med retten til en rettferdig rettergang etter EMK Art. 6?

4.1. Innledning

Straffeprosessloven § 298 regulerer når et tilrettelagt avhør skal tre i stedet for personlig forklaring under hovedforhandlingen. Bestemmelsen må ses i sammenheng med straffeprosessloven § 239 og 239 bokstav a til f, som regulerer tilrettelagt avhør på etterforskningsstadiet.

Spørsmålene som skal tas stilling til er hvilken bruk av tilrettelagt avhør straffeprosessloven § 298 hjemler, og om bestemmelsen er i tråd med retten til en rettferdig rettergang jf. EMK Art. 6 nummer 1.¹³⁹

EMDs praksis viser at dersom vitnet ikke skal møte under hovedforhandling krever det en god grunn. Det må også foreligge andre rettssikkerhetsgarantier som veier opp for at vitnet ikke møter og forklaringen til vitnet kan ikke utgjøre det eneste eller det avgjørende beviset.

Punkt 4.2 og 4.3 tar for seg hva som i norsk straffeprosess utgjør en god grunn, og om dette er forenlig med EMK Art. 6. Punkt 4.4 tar for seg hvilke rettssikkerhetsmekanismer i norsk straffeprosess som kan veie opp for at vitnet ikke møter under hovedforhandlingen, og om disse er forenlige med EMK Art. 6.

¹³⁹ jf. menneskerettsloven § 2 nr. 1

4.2. Hva er en «god grunn» for at vitnet ikke møter under hovedforhandlingen?

Straffeprosessloven § 298 første ledd første punktum angir at videoopptak av et tilrettelagt avhør etter straffeprosessloven § 239 første ledd, «skal» tre i stedet for personlig forklaring, når vitnet «ved hovedforhandlingen er under 16 år».

Straffeprosessloven § 239 første ledd angir at det skal tas tilrettelagt avhør av vitner under 16 år i saker om overtredelse av straffeloven kapittel 26 (seksuallovbrudd), § 273 (kroppsskade), § 275 (drap), § 282 (mishandling i nære relasjoner) og § 284 (kjønnslemlestelse).

Spørsmålet er hva som ligger i at videoopptak «skal» tre i stedet for personlig forklaring.

En naturlig språklig forståelse av «skal» indikerer en absolutt regel om at vitner under 16 år, som er utsatt for de nevnte lovbruddene, aldri skal møte i retten.

Straffeprosessloven § 298 første ledd annet punktum fastsetter at «det samme gjelder» dersom vitnet «har fylt 16 år under hovedforhandlingen», med mindre det av hensyn til siktedes rett til kontradiksjon er nødvendig at vitnet avgir personlig forklaring under hovedforhandlingen.

Hvis man ser første punktum i lys av annet punktum, tilsier det at ordlyden «skal» må tolkes bokstavelig, og at det er først etter at vitnet har fylt 16 år man foretar en nærmere vurdering av om vitnet skal møte under hovedforhandlingen.

Forarbeidene fastsetter for disse sakstypene at «barn som er under 16 år [...] aldri skal måtte vitne i retten»¹⁴⁰, men presiserer at vitner over 14 år kan møte i retten dersom de selv ønsker dette.¹⁴¹ Forarbeidene åpner dermed for en innskrenkende tolkning av ordet «skal», fordi man ikke kan nekte vitner over 14 år å møte i retten dersom de ønsker det.

Regelen fastsetter dermed at tiltalte ikke har rett til å krysseksaminere vitner under 16 år under hovedforhandlingen, på grunn av alderen på vitnet og sakstypen. Gjennomgangen av EMDs praksis viser at alder og sakstype alene ikke har vært en god nok grunn. Bestemmelsen

¹⁴⁰ Prop L. 112 (2014-2015) s. 115

¹⁴¹ Prop L. 112 (2014-2015) s. 116

synes derfor å gå langt i å bestemme hva som utgjør en god grunn, uten at den eksplisitt tar siktedes rett til krysseksaminasjon i betraktning.

Regelen forutsetter nærmest at det finnes gode ordninger for at siktede får krysseksaminere vitnet på etterforskningsstadiet, uten at det blir eksplisitt nevnt.

Slik regelen er utformet i dag kan det føre til krenkelse av retten til en rettferdig rettergang dersom man utelukkende baserer spørsmål om bruk av tilrettelagt avhør som bevis på vitnets alder og type lovbrudd, uten en klar forutsetning om at tiltaltes rettssikkerhet blir prioritert under etterforskningen eller at det er særlige forhold ved vitnet som gjør at det ikke bør og skal møte under hovedforhandlingen.

Konklusjonen er etter dette at regelen i § 298 første ledd første punktum jf. straffeprosessloven § 239 første ledd strider med de retningslinjer EMD har satt for vurderingen av bruk av politiavhør som bevis. Dette innebærer dermed at bestemmelsen ikke kan tolkes bokstavelig, og at den gjelder under den forutsetning at det vil være forenlig med tiltaltes rettigheter etter EMK Art. 6.

4.3. Hva kan utgjøre en «god grunn» for at vitnet ikke møter under hovedforhandlingen?

Straffeprosessloven § 298 første ledd annet punktum fastsetter at «[d]et samme gjelder» om vitnet har fylt 16 år, «med mindre det av hensyn til siktedes rett til kontradiksjon er nødvendig at vitnet avgir personlig forklaring under hovedforhandlingen».

En naturlig språklig forståelse av «det samme gjelder» innebærer at videoopptak som hovedregel skal tre i stedet for personlig forklaring også når vitnet har fylt 16 år før hovedforhandlingen. Det gjelder for de samme sakene som i første punktum.

Annet punktum skiller seg fra første punktum med at man må foreta en vurdering av om hensynet til siktedes kontradiksjon innebærer at vitnet må møte.

Forarbeidene sier at unntaksbestemmelsen bare skal komme til anvendelse dersom «Grunnloven § 95 eller EMK artikkel 6 er til hinder for å spille av videoopptak av avhøret

[...].¹⁴² Dette betyr at man alltid skal ta en nærmere vurdering av om avspilling vil stride med retten til en rettferdig rettergang.

Forarbeidene sier at unntaket kan komme til anvendelse der «det har gått flere år siden avhøret ble tatt, slik at barnet for lengst har blitt myndig, og det ikke foreligger spesielle grunner som taler for å beskytte vitnet»¹⁴³ og det «trolig svært sjelden» vil være «nødvendig å gjøre unntak» slik at vitner som fyller 16 år før hovedforhandling må møte i retten og avgi forklaring.¹⁴⁴ Dette trekker i retning av at det skal være en snever unntaksregel.

Forarbeidene viser både at man skal ta hensyn til EMK Art. 6, men også at regelen skal være et snevert unntak. Unntaket i seg selv legger opp til en konkret vurdering av hensynet til vitnet opp mot siktede, og samsvarer derfor med EMK Art. 6 og de retningslinjer EMD har fastsatt. Bekymringen er likevel at en så eksplisitt uttalelse om at regelen sjeldent vil komme til anvendelse, legger føringer for hvordan regelen utøves i praksis. Det kan tenkes at domstolene vil være tilbakeholdne med å pålegge vitner å møte i retten, selv om det vil være det riktige å gjøre.

Straffeprosessloven § 298 annet ledd angir videre at videoopptak som hovedregel skal tre i stedet for personlig forklaring ved tilrettelagt avhør etter straffeprosessloven § 239 andre ledd første punktum. Bestemmelsen regulerer at man kan ta tilrettelagt avhør av barn under 16 år, i saker om «andre straffbare forhold», dersom «hensynet til vitnet» tilsier det.

Ordlyden «andre straffbare forhold» tilsier alle andre saker enn de som er nevnt i § 239 første ledd. Forarbeidene understreker at «andre ledd gjelder for alle andre saker der det er tatt tilrettelagt avhør av vitner»¹⁴⁵ selv om det ikke var obligatorisk.

Videre betyr «kan» at det beror på en konkret helhetsvurdering av det enkelte vitnet.

Bestemmelsen angir imidlertid ikke noe veiledning om hvilke forhold som betyr at man bør benytte tilrettelagt avhør.

¹⁴² Prop.112 L (2014-2015) s. 115

¹⁴³ Prop.112 L (2014-2015) s. 115

¹⁴⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 115

¹⁴⁵ Prop.112 L (2014-2015) s. 115

Om vurderingen sier forarbeidene at

«Hvorvidt det bør tas tilrettelagt avhør må bero på en konkret helhetsvurdering der det blant annet ses hen til hvor alvorlig den straffbare handlingen har vært, hvor belastende hendelsen har vært for barnet, hvor gammelt barnet er og hvilken tilknytning barnet har til mistenkte. Typiske eksempler på når det vil kunne tas tilrettelagt avhør etter andre ledd første punktum vil være ranssaker eller saker om kroppskrenkelse.»¹⁴⁶

Om «kan»-tilfellene nevner riksadvokaten i sine retningslinjer at sakstyper som kan være aktuelle er ran, uaktsomt drap, kroppskrenkelser og brudd på bestemmelser i straffeloven om vern av personlig frihet og fred.¹⁴⁷ Det har gode grunner for seg at bestemmelsen åpner for alle lovbrudd, da det er hensynet til vitnet som uansett skal tillate bruken av tilrettelagt avhør der dette ikke er obligatorisk.

Forutsetningen for at § 298 annet ledd skal komme til anvendelse i disse sakene er dermed at det har blitt tatt et tilrettelagt avhør av et vitne under 16 år i en sak om andre straffbare forhold.

Selv om hovedregelen er at videoopptak skal tre i stedet for personlig forklaring i retten også i disse sakene, kan det gjøres unntak der «retten etter en samlet vurdering av hensynet til siktedes rett til kontradiksjon, hensynet til vitnet og hensynet til sakens opplysning finner at vitnet bør avgi personlig forklaring under hovedforhandlingen» jf. straffeprosessloven § 298 annet ledd.

Bestemmelsen legger opp til en konkret helhetsvurdering der alle relevante momenter kan tas i betraktning, med særlig henblikk på siktedes rett til kontradiksjon, hensynet til vitnet og sakens opplysning.

Relevante momenter er

¹⁴⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 108

¹⁴⁷ RA-2015-483, «Tilrettelagte avhør – direktiver og retningslinjer», s. 4

«vitnets alder, hva slags handling straffesaken gjelder, om vitnet er fornærmet eller et annet vitne, hvor lang tid det har gått siden handlingen skjedde, hvilken relasjon det er mellom gjerningsmannen og vitnet og hvor belastende det vil være for vitnet å stille til hovedforhandlingen.»¹⁴⁸

Hensynet til vitnet må ses opp mot prinsippet om barnets beste jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3, og hensynet til siktedes kontradiksjon skal ses opp mot kravet til en rettferdig rettergang jf. EMK Art. 6.¹⁴⁹

Det vil antakelig ikke utgjøre en god grunn hvis et oppegående vitne på 15 år, utsatt for et tyveri, ikke møter i retten. Da vil antakelig hensynet til siktedes rett til kontradiksjon trumfe hensynet til vitnet.

Dersom vitnet er et seks år gammelt barn som er utsatt for menneskehandel, vil det antakelig utgjøre en god grunn for at vitnet ikke møter i retten. Da vil hvor sentralt beviset er og om det er gjort andre rettssikkerhetsmessige tiltak for å veie opp for manglende krysseksaminasjon være avgjørende.

Unntaket i § 298 annet ledd første punktum legger dermed opp til en helhetsvurdering som ligner på den EMD foretar, og bestemmelsen antas dermed å være i tråd med EMK Art. 6.

Straffeprosessloven § 298 annet ledd angir også hovedregelen om at tilrettelagt avhør etter § 239 tredje og fjerde ledd skal tre i stedet for personlig forklaring.

Straffeprosessloven § 239 tredje ledd regulerer at man skal ta tilrettelagt avhør av vitner med «psykisk utviklingshemning» eller «annen funksjonsnedsettelse» som medfører samme behov for tilrettelagt avhør i saker om straffeloven kapittel 26 (seksuallovbrudd), § 273 (kroppsskade), § 275 (drap), § 282 (mishandling i nære relasjoner) og § 284 (kjønnslemlestelse). Det samme gjelder for den samme type vitner i saker om andre straffbare forhold, når hensynet til sakens opplysning og hensynet til vitnet tilsier det jf. strpl § 239 fjerde ledd.

¹⁴⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 116

¹⁴⁹ Prop.112 L (2014-2015) s. 115-116

For at straffeprosessloven § 298 annet ledd skal komme til anvendelse avhenger det dermed av at vitnet er enten «psykisk utviklingshemmet» eller har «andre funksjonsnedsettelse» og at det er tatt et tilrettelagt avhør.

Psykisk utviklingshemmet indikerer at man har fått konstatert en diagnose, og en annen funksjonsnedsettelse tilsier at man har samme utfordringer som en med diagnose.

Forarbeidene sier at psykisk utviklingshemming er en

«betegnelse på medfødt eller tidlig ervervet kognitiv svikt» og at det normalt medfører utfordringer med «tenking, oppmerksomhet, hukommelse, læring og språkforståelse» som vil gjøre det vanskelig å forklare seg i retten.¹⁵⁰

Om funksjonsnedsettelse uttaler forarbeidene¹⁵¹ at flere medisinske tilstander og skader «kan medføre den samme kognitive svikt som psykisk utviklingshemmede normalt har». Som eksempel nevnes de som har fått hjerneskade i en trafikkulykke, personer med demens eller autisme. Politiet må da vurdere hvorvidt funksjonsnedsettelsen innebærer at behovet for tilrettelagt avhør inntreffer.

I disse sakene er det ikke avgjørende hva slags type sak det gjelder.¹⁵² Det er fordi det handler om en mest mulig pålitelig bevissikring av et vitne som kan ha problemer med å gjøre seg forstått under rettssaken.

Det skal likevel gjøres unntak fra hovedregelen dersom retten etter en samlet vurdering av hensynet til siktedes rett til kontradiksjon, hensynet til vitnet og hensynet til sakens opplysning» kommer frem til at vitnet skal avgi personlig forklaring jf. straffeprosessloven § 298 jf § 239 tredje og fjerde ledd.

¹⁵⁰ Prop.112 L (2014-2015) s. 107

¹⁵¹ Prop.112 L (2014-2015) s. 107

¹⁵² Prop.112 L (2014-2015) s. 116

I forarbeidene til denne bestemmelsen fremgår det tydelig at det må gjøres en konkret vurdering av hvert enkelt vitne, og det sies at

«ikke alle vitner med psykisk utviklingshemming eller annen funksjonsnedsettelse kan fritas fra plikten til å forklare seg under hovedforhandlingen. Det finnes for eksempel psykisk utviklingshemmede som har gode nok kognitive evner til å gi en god og fullstendig forklaring for retten».¹⁵³

Uttalelsen inviterer til en grundig vurdering av om vitnet skal slippe og møte i retten, og den trekker i retning av at vurderingen først og fremst går på om vitnet har evner til å forklare seg og gi en fullstendig forklaring i retten. Spørsmålet som må besvares i domstolen er om vitnets psykiske eller fysiske funksjonsnedsettelser utgjør en god grunn for at vitnet ikke møter i retten.

Faren med en så generell regel er at de som avgjør at vitnet ikke skal møte i retten, sjeldent har anledning til å sjekke vedkommende sine kognitive evner på forhånd.

Straffeprosessloven § 298 annet ledd oppstiller flere alternative gode grunner for at et vitne ikke skal møte i retten, og unntakene tar siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon i betraktning. Dette i seg selv utgjør ingen krenkelse av retten til en rettferdig rettergang. Utfordringen ligger i at hovedregelen er at vitnet ikke møter, og at forarbeidene indikerer at det skal en del til for å gjøre unntak. Det kan medføre at unntaket blir tolket for snevert av domstolene, og at det ikke blir gjort en grundig nok vurdering av om vitnet sin alder, mentale tilstand eller type sak innebærer at vitnet skal møte i retten.

Et eksempel på at det ikke ble gjort en grundig nok vurdering av om vitnet skulle møte er avgjørelsen i LH-2019-7097 fra Hålogaland lagmannsrett. Her ble en 57 år gammel mann frifunnet for seksuelle overgrep på sin stedatter fordi flertallet mente det «heftet rimelig tvil ved bevisene i saken».¹⁵⁴ Det ble tatt et dommeravhør, og fire tilrettelagte avhør av

¹⁵³ Prop.112 L (2014-2015) s. 116

¹⁵⁴ LH-2019-7097 (sammendraget)

fornærmede da hun var 16, 18, 19 og 21 år. Dette ble gjort da tingretten mente at fornærmede var i «nedre del av normalområdet kognitivt sett».¹⁵⁵

Lagmannsretten fant ikke noe grunnlag for at fornærmede led av noen kognitiv svikt etter å ha hørt dommeravhøret, de tilrettelagte avhørene, forklaring fra fornærmedes psykolog og rettsoppnevnte sakkyndiger.

Lagmannsretten uttalte følgende

«den svært omfattende bruken av tilrettelagte avhør i saken her synes uheldig, og det er vanskelig å se at hensynet til fornærmede, vurdert mot tiltaltes rett til kontradiksjon i en for ham svært alvorlig straffesak, skulle tilsi bruk av denne avhørsformen i stedet for fremmøte i retten».¹⁵⁶

For flertallet som utgjorde fem av totalt syv dommere var manglende kontradiksjon «om flere sentrale forhold» [...], «herunder manglende mulighet til å stille konkrete kontrollspørsmål på riktig sted i fornærmedes forklaring» avgjørende for å skape den tvil som medførte frifinnelse.¹⁵⁷

Selv om dommen er en lagmannsrettsavgjørelse og dermed ikke kan tillegges nevneverdig vekt, synliggjør den at omfattende bruk av tilrettelagt avhør under etterforskningen kan få rettssikkerhetsmessige konsekvenser, særlig når det ikke blir gjort en grundig vurdering av om vitnet kan møte.

I denne saken fikk ikke siktede under noen omstendighet stilt spørsmål til vitnet. Manglende krysseksaminasjon medførte en tilstrekkelig tvil som førte til frifinnelse.

Hvis formålet med utvidet bruk av tilrettelagt avhør er å styrke rettssikkerheten til barn og sårbare voksne, viser en sak som denne at en slik hovedregel kan få stor betydning både for vitnets og den siktedes rettigheter. Saken etterlater spørsmål om hvordan situasjonen hadde vært dersom siktede fikk stille spørsmål til fornærmede. I dette tilfellet mente lagmannsretten

¹⁵⁵ LH-2019-7097 under «Om bruk av tilrettelagt avhør», avsnitt 5

¹⁵⁶ LH-2019-7097 under «Om bruk av tilrettelagt avhør», avsnitt 8

¹⁵⁷ LH-2019-7097 under «Om bruk av tilrettelagt avhør», avsnitt 9

at oppmøte var nødvendig og forsvarlig. Lagmannsretten burde derfor innkalt fornærmede til å vitne i retten, selv om de ble kjent med forholdene sent under ankeforhandlingen.

Dommen illustrerer at regelverket er sårbart, og at hvilke vurderinger som gjøres vil antakelig avhenge av aktørene i den konkrete sak.

4.4. Hvordan sikres retten til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet?

Ved bruk av tilrettelagt avhør skjer mye av bevissikringen av vitnets forklaring under avhøret. Dette fordi fornærmede sjeldent møter i retten og avgir forklaring under hovedforhandlingen. Slik EMD har fastsatt må det foreligge rettssikkerhetsmekanismer som veier opp for manglende krysseksaminasjon under hovedforhandlingen.

Spørsmålet er dermed om reglene om tilrettelagt avhør på etterforskningsstadiet utgjør tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier som veier opp for at vitnet ikke møter i retten.

4.4.1. Videoopptak

Straffeprosessloven § 239 a) tredje ledd angir at tilrettelagt avhør skal tas opp på video, eller lydopptak. Retningslinjene etter EMD er at siktede skal få en «adequate and proper opportunity» til å utfordre og spørre ut et vitne som vitner mot ham. At forklaringen skal tas opp på video eller lydbånd er derfor en viktig rettssikkerhetsgaranti for at siktede/tiltalte skal kunne få en reell kontradiksjonsmulighet. Videoopptak tilrettelegger for at man kan se om avhøret har skjedd på en forsvarlig måte.

Det følger også av forskrift om tilrettelagt avhør § 13 første ledd at «[a]vhørslederen skal sikre at det føres protokoll fra alle tilrettelagte avhør». Protokollen skal blant annet innebære tid og sted for avhør, vitnets navn og hva saken gjelder, når siktede har blitt varslet og fått oppnevnt forsvarer, om forsvarer har reist innsigelser jf. forskriften § 13 annet ledd bokstav a til k. En utførlig protokoll med opplysninger om varsling, innsigelser, hvordan avhøret ble tatt, spørsmål som ble stilt og svarene som ble gitt, vil også sikre den siktedes rettssikkerhet

og det vil være mulig å dokumentere at avhøret er utført på en forsvarlig måte og at beviset er pålitelig.¹⁵⁸

I LA-2019-76084 ble en kvinne frikjent for vold mot to av sine barn.¹⁵⁹ Et bestemmende mindretall konkluderte med at det heftet for store usikkerhetsmomenter ved bevisverdien til de tilrettelagte avhørene som ville vært avgjørende for domfellelse.¹⁶⁰ De trakk frem at et barn på seks år kan påvirkes til å svare det hun tror forventes av henne i en samtale med en politibetjent.¹⁶¹ Svarene fra barna kom etter en lang sekvens med spørsmål om hva som «kan skje» når mamma er sint, og ikke hva som faktisk skjer.¹⁶² Dommen illustrerer hvordan et videoopptak kan avdekke om avhøret er gjort på en forsvarlig måte, og dermed fungere som en rettssikkerhetsgaranti for siktede/tiltalte.

4.4.2. Varsling av mistenkte/siktede

Straffeprosessloven § 239 b første ledd første punktum angir at det første tilrettelagte avhøret skal som hovedregel tas uten at mistenkte varsles om det. Mistenkte er derfor sjeldent tilstede med forsvarer under det første avhøret.

I *Schatschaschwili v. Germany* la domstolen utslagsgivende vekt på at siktede eller forsvarer ikke ble innkalt til vitneavhøret, selv om politiet visste at det var en risiko for at avhøret skulle brukes som bevis og at de fornærmede ikke ville møte i retten (Punkt 3.3.5). Ved tilrettelagt avhør i norsk sammenheng vet politiet at det er en risiko for at avhøret vil tre i stedet for en personlig forklaring, og det forutsetter at siktedes rett til krysseksaminasjon er høyt prioritert under etterforskningen.

Departementet begrunner hovedregelen blant annet med at barn kan komme i en vanskelig situasjon dersom mistenkte blir varslet før avhøret tas, og at de kan bli utsatt for nye overgrep eller truet til å ikke forklare seg/forklare seg feilaktig.¹⁶³ De la også vekt på fare for

¹⁵⁸ Rt. 2004 s. 943 (avsnitt 15)

¹⁵⁹ LA-2019-76084 (sammendraget)

¹⁶⁰ LA-2019-76084 (under «avgjørelsen av skyldspørsmålet», avsnitt 20 og 22)

¹⁶¹ LA-2019-76084 (under «avgjørelsen av skyldspørsmålet», avsnitt 29)

¹⁶² LA-2019-76084 (under «avgjørelsen av skyldspørsmålet», avsnitt 34)

¹⁶³ Prop.112 L (2014-2015) s. 53

bevisforspillelse, og at dersom siktede ikke blir varslet vil det gjøre etterforskningen enklere og føre til at flere skyldige blir dømt.¹⁶⁴

Departementet fastholder at siktedes rettssikkerhet er ivaretatt gjennom ordningen med supplerende avhør, og at det ikke er behov for at siktedes forsvarer skal være til stede ved avhøret før siktede er varslet om at avhøret skal tas.¹⁶⁵

Hovedregelen er altså begrunnet i hensyn på vitnet sin side, og at det skal lette etterforskningen for politiet. Etter EMDs praksis (punkt 3.3.5) skal det gjøres en konkret vurdering av når mistenkte skal varsles om avhøret. Varsling skal uansett sørge for at siktede får anledning til å overvære avhøret eller stille spørsmål i et supplerende avhør.

Hovedregelen innebærer en stor usikkerhet for siktede sin rettssikkerhet, og kan medføre systematiske følgefeil dersom siktede heller ikke får innvilget et supplerende avhør. Da vil bruken av beviset antakelig medføre en krenkelse av siktedes rett til en rettferdig rettergang, og dersom beviset blir avskåret, kan det medføre at en skyldig person går fri. Begge tilfellene kommer som en konsekvens av at siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon ikke er ivaretatt.

Det kan gjøres unntak fra hovedregelen, og mistenkte kan varsles dersom mistenkte allerede er siktet i saken, og det anses «ubetenkelig av hensyn til vitnet» og etterforskningen jf. § 239 b første ledd annet punktum. Dersom politiet har skjellig grunn til å mistenke en navngitt person og det anses «ubetenkelig av hensyn til vitnet» og etterforskningen, skal politiet ta ut siktelse og varsle om avhøret jf. § 239 b første ledd tredje punktum.

Spørsmålet er imidlertid hva som ligger i at varsling må være «ubetenkelig» av hensyn til vitnet og etterforskningen.

En naturlig språklig forståelse av «ubetenkelig» tilsier at man ikke ville reagert på at siktede ble varslet. Hvis man har sikret alle bevis og vitnet ikke er i fare, vil det typisk være

¹⁶⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 53

¹⁶⁵ Prop.112 L (2014-2015) s. 56

«ubetenkelig». Lovteksten setter dermed en høy terskel for når mistenkte kan varsles, fordi det forutsetter at det ikke foreligger noen forhold som gjør varsling utrygt.

Forarbeidene sier at dersom

«varsling vil kunne føre til at vitnet kommer i en vanskelig eller farlig situasjon, skal mistenkte ikke bli informert om avhøret før det tas. Tilsvarende skal gjelde dersom varsling kan gi mistenkte mulighet til å kvitte seg med bevis i saken.»¹⁶⁶

En farlig situasjon kan være at vitnet bor sammen med mistenkte og risikerer å bli utsatt for press eller trusler fra mistenkte. Det er likevel ikke gitt at det vil oppstå en farlig situasjon selv om vitnet bor med den som er mistenkt i saken. En vanskelig situasjon omfatter tilsynelatende de mer psykiske påkjenningene av at mistenkte blir varslet.

Manglende presisering i både lovteksten og forarbeidene om hvilke situasjoner som kan medføre at varsling er ubetenkelig av hensyn til vitnet, kan antakelig medføre at regelen favner om for mange tilfeller og at siktedes rettssikkerhet blir satt på spill uten at det er nødvendig. Det kan tenkes situasjoner der politiet varsler eller unnlater å varsle, fordi det er usikkerhet rundt hvor terskelen går.

Unntaket i straffeprosessloven § 239 b samsvarer dermed i større grad med hvordan EMD foretar vurderingen av om siktede skal og bør varsles. Rettskildene er imidlertid knappe om hvilke situasjoner dette er. Det kan antakelig føre til at politiet utsetter å varsle for å være på den sikre siden. Dette kan få stor betydning for siktedes rett til en rettferdig rettergang jf. EMK Art. 6.

4.4.3. Supplerende avhør innenfor fristen

Straffeprosessloven § 239 b fjerde ledd og § 239 c tredje ledd angir at dersom det tas ut siktelse, skal siktede og forsvarer få adgang til dokumentene i saken, herunder videoptak av tilrettelagt avhør. Avhørsleder skal etter dette gi siktede en frist til å begjære supplerende avhør. Innenfor fristen skal det tas supplerende avhør med mindre avhørsleder kommer til at

¹⁶⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 110

det etter en «samlet vurdering, der det legges særlig vekt på siktedes rett til kontradiksjon, vil være en «uforholdsmessig belastning» for vitnet» jf. strpl. § 239 c.

En naturlig språklig forståelse av «uforholdsmessig belastning» sett opp mot siktedes rett til kontradiksjon betyr at spørsmålene er lite viktig for saken og at det vil være en stor påkjenning for vitnet å møte i enda et avhør.

I forarbeidene understrekes at det skal «[d]et skal [...] svært mye til for å avslå siktedes begjæring om supplerende avhør dersom den mottas innen fristen». ¹⁶⁷ Det skal likevel foretas en avveining av hensynet til siktedes rett til kontradiksjon og hensynet til vitnet. Videre uttales det at dersom

«siktede [har] spørsmål av betydning for sakens opplysning og hans forsvar, kan supplerende avhør bare avslås dersom det er sterke holdepunkter for at det vil være svært belastende for vitnet å bli avhørt igjen». ¹⁶⁸

Bestemmelsen oppstiller dermed en høy terskel for å avslå begjæring om supplerende avhør. Regelen utgjør i langt større grad en sikker regel for siktedes rettssikkerhet, i motsetning til reglene om varsling før det første avhøret. I saken S.N v Sweden ble det lagt til grunn at siktedes rett til krysseksaminasjon var ivaretatt gjennom spørsmål ved et supplerende avhør. Regelen må dermed antas å være i tråd med EMDs retningslinjer og utgjør en rettssikkerhetsgaranti som kan veie opp for at vitnet ikke møter.

Et supplerende avhør er imidlertid ikke en rettssikkerhetsgaranti uten forbehold. Et supplerende avhør må gjennomføres så snart som mulig og senest en uke etter det første avhøret. Fristen kan forlenges av hensyn til vitnet, så lenge det ikke strider med siktedes rett til kontradiksjon jf. straffeprosessloven § 239 e sjette ledd.

I kjennelsen inntatt i LH-2019-51931 var spørsmålet om tilrettelagte avhør skulle avskjæres som bevis, med mindre siktedes rett til kontradiksjon ble ivaretatt ved supplerende avhør

¹⁶⁷ Prop.112 L (2014-2015) s. 111

¹⁶⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 111

under hovedforhandlingen. Det var to år siden de tilrettelagte avhørene ble tatt. Lagmannsretten konkluderte med at beviset måtte avskjæres, fordi

«hensynet til kontradiksjon på grunn av tiden som er gått siden de opprinnelige tilrettelagte avhørene ikke er tilstrekkelig ivaretatt ved at det kun foretas et supplerende avhør av de fornærmede».¹⁶⁹

Avgjørelsen illustrerer at supplerende avhør ikke nødvendigvis fungerer som en rettssikkerhetsgaranti dersom det har gått for lang tid siden første avhør.

4.4.4. Supplerende avhør utenfor fristen

I noen tilfeller finner forsvarer og siktede det unødvendig å be om supplerende avhør. En situasjon som imidlertid kan oppstå er at det tilkommer ny informasjon i saken, som siktede og forsvarer ønsker å konfrontere vitnet med, etter at fristen har gått ut.

Straffeprosessloven § 239 c fjerde ledd fastsetter at begjæring om supplerende avhør i «særlige tilfeller» kan innvilges etter at fristen har gått ut.

En naturlig språklig forståelse av «særlige tilfeller» tilsier at det må noe ekstraordinært til for å innvilge et supplerende avhør etter at fristen har utløpt. Bestemmelsen setter en høy terskel, og innebærer at supplerende avhør etter fristen kun skal innfris i spesielle tilfeller.

Forarbeidene sier at vurderingen av «særlige grunner» beror på en konkret vurdering av hensynet til vitnet og hensynet til siktedes rettigheter,

«hvor det særlig skal legges vekt på årsaken til at begjæringen kom inn etter fristen, om og i hvilken grad det vil være belastende for vitnet å bli avhørt igjen, hvor lang tid det har gått siden fristen gikk ut og siden vitnet ble avhørt og hvor viktig spørsmålene siktede ønsker å stille er for sakens opplysning.»¹⁷⁰

¹⁶⁹ LH-2019-51931 (tredje siste avsnitt av kjennelsen)

¹⁷⁰ Prop.112 L (2014-2015), s. 111

Et eksempel som trekkes frem er der det er tilkommet nye opplysninger i saken. Dersom det «er viktig for siktede å få stille spørsmål til vitnet om de nye opplysningene, og det ikke anses å være en stor belastning for vitnet å bli avhørt, bør begjæringen innfris».¹⁷¹

Dersom supplerende likevel avhør avslås, vil spørsmålet da bli om siktedes rett til å eksaminere vitnet har vært reell, ettersom man ikke får konfrontere vitnet med ny informasjon.

I Storkammerdommen Schatschaschwili v. Germany fant domstolen at det skal mye til for at en forklaring som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon kan benyttes som et bevis. At siktede skal ha fått en «adequate and proper opportunity» til å utfordre bevisets verdi og troverdighet innebærer blant annet at man har hatt innsyn i sakens dokumenter før utspørringen av vitnet. I tilfellet som forespeiles her er ikke det tilfellet, og siktede har dermed ikke hatt en reell mulighet til å utfordre beviset.

EMD har lagt til grunn at man ikke kan spille av en forklaring som er det eneste eller det avgjørende beviset for domfellelse, dersom det ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon.

Bestemmelsen sett i sammenheng med hovedregelen i § 298 utgjør en fare for at avspilling likevel kan finne sted, fordi hensynet til vitnet i mange tilfeller trumfer siktedes rett til krysseksaminasjon.

Avspilling forutsetter i så fall at domstolen gjør en grundig vurdering av om beviset er troverdig og pålitelig, om det finnes andre bevis som tilsier at forklaringen er pålitelig, og om andre rettssikkerhetsmekanismer veier opp (Punkt 3.3.5). I et tilfelle som dette har imidlertid ikke den siktede fått en eneste mulighet til å krysseksaminere vitnet som er avgjørende for domfellelse. Slike rettssikkerhetsmekanismer kan dermed ikke anses å foreligge.

Konklusjonen er dermed at dersom begjæringen om supplerende avhør nektes i et tilfelle hvor det har tilkommet nye dokumenter til saken, vil ikke siktedes rett til krysseksaminasjon være reell og beviset må antakelig avskjæres i domstolen. Dersom avspilling likevel tillates vil det

¹⁷¹ Prop.112 L (2014-2015), s. 111

med høy sannsynlighet medføre et brudd på retten til en rettferdig rettergang jf. EMK Art. 6 nummer 1 jf. nummer 3 bokstav d.

5. Bør rettstilstanden endres?

Et spørsmål for fremtiden er hvordan bruk av tilrettelagt avhør som bevis bør reguleres. Gjennomgangen av EMK, EMDs praksis og straffeprosessloven tilsier at regelverket bør endres slik at hensynet til siktedes kontradiksjon blir ivaretatt på en bedre måte.

Straffeprosesslovutvalget uttalte at

«[u]tvalgets syn på sentrale rettssikkerhetsgarantier tilsier at ordningen må justeres slik at hensynet til kontradiksjon ivaretas bedre. Dette er også ønskelig for å sikre overholdelse av våre folkerettslige forpliktelser på en bedre måte».¹⁷²

På bakgrunn av at

«dagens ordning begrenser mistenktes rettigheter sterkt, blant annet ved at forsvarer som hovedregel ikke skal være til stede under første avhør, samtidig som det forutsettes at dette avhøret skal benyttes under hovedforhandlingen».¹⁷³

Siktedes rettssikkerhet hadde blitt bedre ivaretatt dersom man gikk bort fra hovedregelen om at avhøret skal tre i stedet for personlig forklaring, og hovedregelen om at forsvarer ikke er tilstede under første avhøret som en følge av at mistenkte ikke skal varsles.

Utgangspunktet bør være at bevis legges frem muntlig og umiddelbart for den dømmende rett, og at det kan gjøres unntak fra dette dersom særlig forhold tilsier dette. På den måten vil man sikre de ekstra sårbare vitnene, samtidig som man får en grundig vurdering av om utgangspunktet kan fravikes med tanke på rettssikkerheten til den som er tiltalt.

Straffeprosesslovutvalget har foreslått at

¹⁷² NOU 2016:24, s. 288

¹⁷³ NOU 2016:24, s. 289

«utgangspunktet [må være] at tiltalte skal varsles om tilrettelagt avhør og dermed gis en reell adgang til kontradiksjon gjennom sin forsvarer. Ordningen snus dermed fra å innebære et systematisk innhugg i mistenktes rett til kontradiksjon, til at unntak må begrunnes i konkrete etterforskningshensyn».¹⁷⁴

En slik regel vil styrke siktedes rettssikkerhet, uten at det går på bekostning av vitnet. Det er lite sannsynlig at man varsler en mistenkt hvis det medfører fare for et vitne, eller fare for etterforskningen som sådan.

Utvalget går også lenger enn EMD om at en forklaring som er det eneste eller det avgjørende beviset ikke skal kunne spilles av i retten. Utvalget la til grunn at «en forklaring som utgjør et *viktig bevis*, ikke kan danne grunnlag for en domfellelse dersom det ikke har blitt gitt tilfredsstillende kontradiksjonsmuligheter».¹⁷⁵

Begrunnelsen for en så streng tilnærming er at

«[d]et finnes nok forklaringer som ikke er undergitt kontradiksjon fra mistenkte, og som man vil kunne mene ikke er beheftet med vesentlig usikkerhet. Men man skal være varsom med å tro at det – uten kontradiksjon – med rimelig grad av sikkerhet lar seg påvise hvilke forklaringer det gjelder».¹⁷⁶

Utvalget tar her opp en viktig problemstilling. Hvorvidt beviset skal føres må ofte besluttes i all hast når saken er i gang, og det vil antakeligvis medføre at vurderingen av bevisverdien av forklaringen ikke er helt treffsikker. En slik regel vil gjøre det enklere for domstolene å beslutte om beviset skal avskjæres, samtidig som siktedes rettssikkerhet blir ivaretatt.

Det finnes også gode grunner for at aldersgrensen i straffeprosessloven § 298 første ledd første punktum fjernes. Aldersgrensen bidrar til å flytte fokus fra det som burde være en konkret vurdering i hver enkelt sak. Alle mennesker og barn er forskjellige, og barn under 16 år vil antakeligvis ha ulike behov og tanker om det å vitne under en rettssak. En løsning er at

¹⁷⁴ NOU 2016:24, s. 289

¹⁷⁵ NOU 2016:24, s. 288

¹⁷⁶ NOU 2016:24, s. 286

man angir en viss alder i forarbeidene, fremfor at alderen er bestemt før man har sjekket om den har betydning for om vitnet skal møte i retten.

Den rettspolitiske konklusjonen er at regelverket slik det er i dag er sårbart, og bør endres. Det avhenger i stor grad av hvem som er aktørene i saken, og at man har samvittighetsfulle politifolk med siktedes rettigheter i bakhodet under eller i forkant av avhøret. For å være sikker på at Norge holder seg innenfor menneskerettighetene og EMK Art. 6, må siktede/tiltaltes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon ved bruk av tilrettelagt avhør som etterforskningsmetode og bevis få en større plass i regelverket ved endringer i fremtiden.

6. Kildeliste

Litteratur

- Aall (2011) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave. Fagbokforlaget 2011.
- Andenæs (2009) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*, 4. utgave ved Tor-Geir Myhrer. Universitetsforlaget 2009.
- Blume (2020) Blume, Peter. *Retssystemet og juridisk metode*, 4. utgave. Jurist- og økonomforbundets Forlag 2020.
- Kjølbrot (2020) Kjølbrot, Jon Fridrik. *Den europeiske menneskerettighets konvention*, 5. utgave. Jurist- og økonomforbundets Forlag 2020.
- Matningsdal (2007) Matningsdal, Magnus. *Siktetes rett til å eksaminere vitner*. Fagbokforlaget 2007.
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*, 4. utgave. Fagbokforlaget 2018.
- Øyen (2016) Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*, 1. utgave., Fagbokforlaget 2016
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*, 2. utgave., Fagbokforlaget 2019
- Øyen (2014) Øyen, Ørnulf. «*Flytting av ansvaret for avhør mv. av barn fra domstolene til politiet*» *Lov og Rett nr. 2 2014*, s. 61-62.

Norske rettskilder

Lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 2015 Forskrift av 24. september 2015 om avhør av barn og andre særlige sårbare fornærmede og vitner (tilrettelagte avhør)

Forarbeider

- Prop.112 L (2014-2015) *Endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner)*
- Ot.prp.nr.35 (1978-1979) *Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)*
- Ot.prp.nr.11 (2007-2008) *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)*
- Ot.prp.nr.33 (1993-1994) *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrking av kriminalitetsofres stilling)*
- Prop.147 L (2012-2013) *Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon)*
- NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov*
- Dok.nr.16 (2011-2014) *Rapport fra Menneskerettsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*

Etterarbeid og andre offentlige publikasjoner

Rapport fra arbeidsgruppe (2012)

Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker: Rapport fra arbeidsgruppen for gjennomgang av regelverket om dommeravhør og observasjon av barn og psykisk utviklingshemmede, 2012.

Riksadvokatens retningslinjer (2015)

RA-2015-483, *Tilrettelagte avhør – direktiver og retningslinjer, 2015.*

Rettspraksis

Rt. 1990 s. 312

Rt. 1994 s. 1324

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2003 s. 1389 (kjm.utv)

Rt. 2004 s. 1789 (A)

Rt. 2004 s. 943 (A)

Rt. 2011 s. 93 (A)

HR-2020-2137-A

LH-2019-7097

LH-2019-51931

LA-2019-76084

Internasjonale rettskilder

Traktater

EMK

The Convention for the Protection of Human rights and Fundamental freedoms, Roma, 4. november 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

Barnekonvensjonen

Convention on the Rights of the Child, New York, 20. november 1989

Lanzarote-konvensjonen

Council of Europe Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse, Lanzarote, 2007.

Rettspraksis fra Den Europeiske menneskerettsdomstol/EMD

Al-Khawaja and Tahery v The United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, (26766/05) 15. desember 2011.

P.S v Germany

The European Court of Human Rights, Strasbourg, (33900/96) 20. desember 2001

S.N v Sweden

The European Court of Human Rights, Strasbourg, (34209/96) 2. juli 2002

A.S v Finland

The European Court of Human Rights, Strasbourg, (40156/07) 28. september 2010

Bocos-Cuesta v The Netherlands

The European Court of Human Rights, Strasbourg, (54789/00) 10. november 2005

Walston v Norway

The European Court of Human Rights, Strasbourg, (37372/97) 3. juni 2003

Ibrahim and Others v. The United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, (50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40351/09) 13. september 2016

Schatschaschwili v Germany

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, (9154/10) 15. desember 2015

Tyrer v The United Kingdom

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, (5856/72) 15. Mars 1978