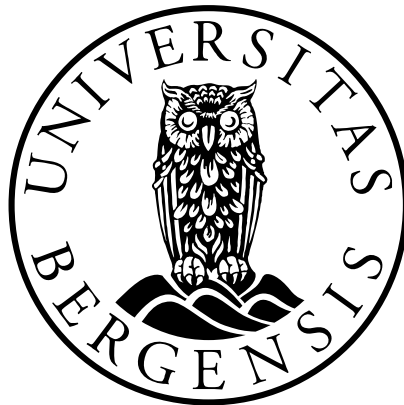


Reglene om avhør av mistenkte barn

*En analyse av reglene om forsvarer, verge og
veiledning i forbindelse med avhør*

Kandidatnummer: 57

Antall ord: 14 980



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet	4
1.3 Avgrensning og begrepsavklaring.....	5
1.4 Rettskilder og metode.....	6
1.4.1 Rettslig regulering og metodebruk	6
1.4.2 Metodiske utfordringer	8
1.5 Den videre fremstilling	9
2 Forsvarer	10
2.1 Utgangspunkt	10
2.2 Offentlig oppnevnt forsvarer etter straffeprosessloven § 100 annet ledd	11
2.2.1 Problemstillinger i relasjon til § 100 annet ledd	11
2.2.2 Betydningen av vilkåret «siktete»	12
2.2.3 Vilkåret «særlige grunner» med fokus på aldersmomentet.....	16
2.3 Bør det foretas en lovendring ved retten til offentlig oppnevnt forsvarer?	22
2.3.1 Hvilke alternative lovendringer bør foretas?	22
2.3.2 Bør vilkåret «siktete» erstattes av «mistenkte»?	22
2.3.3 Bør det innføres en retningslinje i lovteksten til vern om mindreårige?	24
2.3.4 Endre nåværende § 100 annet ledd eller vedta ny lovbestemmelse?	26
3 Verge.....	27
3.1 Utgangspunkt	27
3.2 Vergens rett til å være til stede og uttale seg.....	27
3.3 Vergens valg av forsvarer	33
3.3.1 Det frie forsvarervalg etter straffeprosessloven § 94 første ledd	33

3.3.2	Har vergen en ubetinget valgrett der forsvareren er privat engasjert?	33
3.3.3	Hvem har valgretten der forsvareren er offentlig oppnevnt?	36
4	Veiledning i forbindelse med avhør	39
4.1	Utgangspunkt	39
4.2	Frafall av retten til taushet.....	39
4.3	Krav til veiledning der den mistenkte er mindreårig.....	41
	Litteraturliste.....	46

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er reglene om avhør av barn som er mistenkt for å ha begått en eller flere straffbare handlinger.¹ En generell observasjon er at det finnes mange regler for når og hvordan avhør av mistenkte personer skal foretas. Det er imidlertid få særskilte avhørsregler på lov- og forskriftsnivå i de tilfeller den mistenkte er mindreårig.

Dette innebærer at mistenkte barn avhøres etter de generelle reglene om avhør, et system som i all hovedsak er tilpasset voksne. Det er imidlertid utarbeidet nasjonale retningslinjer for avhør av mistenkte barn, og disse ble utgitt av riksadvokaten 18. september 2023.² Siktemålet med retningslinjene er å tilrettelegge for økt rettssikkerhet for mistenkte barn. Det kan likevel stilles spørsmål rundt hvorvidt et så viktig tema også bør reguleres på lovsnivå.³

Ovennevnte danner grunnlaget for avhandlingens hovedproblemstilling, som er reglene om avhør av mistenkte barn. Det vil redegjøres for tre sentrale regelsett når det skal gjennomføres politiavhør av mindreårige med status som mistenkt i en straffesak.

Reglene om forsvarer er regulert i straffeprosessloven av 1981.⁴ Forsvareren har en helt sentral rolle i straffeprosessen, og for en mistenkt person er forsvareren en representant som skal tale vedkommendes sak.⁵ Særlig viktig blir dette der den mistenkte er mindreårig. Straffeprosessloven inneholder også spesialregler om vergen, som skal sikre ivaretagelsen av den mindreåriges interesser. Videre har en mistenkt person flere særlige rettigheter i kraft av å være mistenkt for å ha begått et straffbart forhold. Disse rettighetene skal politiet veilede den mindreårige mistenkte om.

Av ovennevnte regelsett er det kun reglene om vergen, samt en unntaksregel om forsvareren som er særlige regler ved avhørssituasjonen der den mistenkte er mindreårig. Likevel legger

¹ Se punkt 1.4.2 om definisjonen av «barn».

² Riksadvokaten (2023a).

³ Kjelby og Øyen (2023) s. 283.

⁴ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

⁵ Fredriksen (2018) s. 61.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)⁶ og barnekonvensjonen⁷ føringer på tolkningen av straffeprosesslovens regler.⁸

Særlig sentralt står hensynet til barnets beste som er nedfelt i Grunnloven § 104, og barnekonvensjonen artikkel 3. Disse krever at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som berører barn. Videre oppstiller barnekonvensjonen artikkel 40 særlige krav til barn i konflikt med loven. Generalklausulen i artikkel 40 nr. 1 krever en barnevennlig og alderstilpasset prosess, der det nærmere innholdet i dette vil redegjøres for ved de konkrete vurderingene. Det oppstilles videre mer konkrete prosessuelle minsterettigheter for den mindreårige i barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2, som vil drøftes konkret i relasjon til kapittel 2-4.

1.2 Aktualitet

Helt fra vedtakelsen av straffeprosessloven har barns rettsbeskyttelse som fornærmet og vitner i straffesaker fått plass i lovgivningen. Dette har ledet til dagens regelsett om tilrettelagte avhør, som stiller en rekke særlige regler når fornærmede og vitner skal avhøres.⁹ Avhøret foretas på barnehus¹⁰, og det tas videopptak som senere vises under hovedforhandling i retten. Det stilles også særlige krav til avhørerens barnefaglige kompetanse. Lignende regelsett og oppmerksomhet er ikke gitt barn i konflikt med loven. Mistenkte barns rettssikkerhet er kun de senere årene viet økt oppmerksomhet. Dette setter temaet i perspektiv.

Flere instanser har uttrykt bekymring for mistenkte barns rettssikkerhet. Dette ble blant annet påpekt av barneombudet i brev til Justis- og beredskapsdepartementet. Her nevnes blant annet at det foreligger et behov for endringer i straffeprosessloven for å sikre bedre ivaretagelse av barn i konflikt med loven.¹¹

Gjennom et representantforslag til Stortinget fremmet i november 2022, ble det blant annet foreslått å utvide målgruppen for reglene om tilrettelagte avhør til også å gjelde mistenkte barn. Dette innenfor lovbruddstypene som gjelder for fornærmede og vitner, altså ved skadelig

⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (heretter: EMK).

⁷ Convention on the Rights of the Child (heretter: barnekonvensjonen).

⁸ Se punkt 1.4.1.

⁹ Se straffeprosessloven § 239 og §§ 239 a-239 f og Forskrift 24. september 2015 nr. 1098 om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner (tilrettelagte avhør).

¹⁰ Straffeprosessloven § 239 f.

¹¹ Barneombudet (2023c) s. 1.

seksuell atferd. Videre ble det foreslått å utvide ordningen til også å gjelde barn mellom 16 og 18 år.¹² Forslaget fikk imidlertid ikke tilslutning fra et flertall i Stortinget. I innstillingen fra justiskomiteen trekkes det frem at politiets nasjonale faggruppe for avhør, er i avslutningsfasen med utarbeidelse av nasjonale retningslinjer for avhør av mistenkte barn. Det forklares at retningslinjene skal legge til rette for å øke rettssikkerheten til barn som er mistenkt for straffbare forhold, herunder barn som utøver skadelig seksuell atferd.¹³

Riksadvokatens retningslinjer for politiavhør av barn og særlig sårbare personer som mistenkt i straffesak, er ferdigstilt og ble utgitt 18. september 2023.¹⁴ Som et vedlegg til retningslinjene er det også utarbeidet et notat om forsvarerbistand ved politiavhør av barn og særlig sårbare personer som mistenkt i en straffesak.¹⁵ Siktemålet med retningslinjene er å bidra til kvalitet og hensynsfull behandling i straffeprosessen.¹⁶ På bakgrunn av dette er det grunn til å vurdere om et så viktig tema bør reguleres i retningslinjer utgitt av riksadvokaten, eller om det må foretas en lovendring i straffeprosessloven ved blant annet retten til forsvarerbistand.¹⁷

1.3 Avgrensning og begrepsavklaring

Gjennom de ulike trinn i straffesaksprosessen skilles det mellom «mistenkte», «siktete» og «tiltalte» der det gis ulike rettigheter og byrder avhengig av hvilken status personen har.¹⁸ Avhandlingen avgrenses til personer som har fått status som «mistenkt» i en straffesak. Straffeprosessloven gir imidlertid ingen nærmere definisjon av når man er mistenkt. Straffeprosessutvalget formulerte imidlertid vurderingstemaet i forslaget til ny straffeprosesslov som «den forfølgningen retter seg mot».¹⁹

Straffeprosessloven gir særlige rettigheter til personer «under 18 år».²⁰ Videre fastsetter straffeloven § 20 at den som på handlingstidspunktet var under 15 år, ikke er strafferettslig

¹² Dokument 8:41 S (2022–2023) s. 2.

¹³ Innst. 182 S (2022–2023) s. 2.

¹⁴ Riksadvokaten (2023a).

¹⁵ Riksadvokaten (2023b).

¹⁶ Riksadvokaten (2023a) s. 5.

¹⁷ Se punkt 1.4.2 for den rettskildemessige betydning av riksadvokatens retningslinjer.

¹⁸ Øyen (2022) s. 100.

¹⁹ NOU 2016: 24 s. 550 og lovutkastet § 3-1 første punktum.

²⁰ Se blant annet straffeprosessloven § 232 tredje ledd og § 94 annet ledd.

ansvarlig.²¹ Når avhandlingen benytter begrepet «mindreårige» refereres det til barn mellom 15 år og 18 år. Begrepene «mindreårig» og «barn» er ensbetydende og brukes om hverandre.

I forbindelse med forsvareroppnevning vil en mindreårig som pågripes og «ikke vil bli løslatt innen 12 timer etter pågripelsen» ha rett til offentlig oppnevnt forsvarer etter straffeprosessloven § 98.²² Avhandlingen avgrenses mot pågripelse om utløser rettigheter etter denne bestemmelsen. Enten pågripes den mindreårige over en kortere periode, eller beveger seg fritt under etterforskningen.

Når det skal foretas avhør av en mindreårig mistenkt i saker av en viss alvorlighet, skal også barnevernet underrettes.²³ Avhandlingen vil imidlertid avgrenses mot barnevernets rolle, da avhandlingens ordgrense ikke tillater å gå i dybden på dette temaet. Det avgrenses også i sin helhet mot virkninger av brudd på eventuelle saksbehandlingsregler som avhandlingen tar for seg.

1.4 Rettskilder og metode

1.4.1 Rettslig regulering og metodebruk

For å besvare avhandlingens problemstillinger vil det benyttes både rettsdogmatisk og rettspolitisk metode. Den rettsdogmatiske metoden tar sikte på å fastlegge innholdet i gjeldende rett. Dette vil gjøres ved bruk av rettskildene som presenteres i det følgende.

De aktuelle underproblemstillingene avhandlingen vil ta for seg er regulert i straffeprosessloven. Forarbeidene til loven er også sentrale her. De aktuelle reglene om forsvareren følger av § 94 første ledd som regulerer retten til å la seg bistå av en forsvarer og § 100 som tar for seg retten til å få forsvarer oppnevnt av det offentlige. Loven regulerer også vergens rolle etter § 94 annet ledd og § 232 tredje ledd. Videre følger det en veiledningsplikt for politiet og påtalemyndigheten i forbindelse med avhør jf. § 94 første ledd og § 232 første ledd. Siktemålet med den rettsdogmatiske metoden er å klargjøre innholdet i disse lovbestemmelsene.²⁴

²¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

²² Se punkt 2.1.

²³ Straffeprosessloven § 232 a.

²⁴ Underproblemstillingene presenteres innledningsvis i punkt 2-4.

Straffeprosessloven må videre tolkes i lys av konstitusjonelle rammer. Grunnloven § 104 regulerer barns rettigheter, og knesetter de helt grunnleggende hensynene om barnets rett til å bli hørt og hensynet til barnets beste.²⁵ Videre utgjør påtaleinstruksen en rettskilde ved tolkningen av straffeprosessloven.²⁶ Herunder regulerer § 8-1 hvilke opplysninger som skal gis ved avhør, og § 8-3 særregler om vergens rettigheter ved avhør når mistenkte er under 18 år. Bestemmelsene vil enten være gjentakelse av straffeprosessloven og dermed ikke ha selvstendig rettskildemessig vekt, eller utfylle straffeprosesslovens regler og rettslig sett være å anse som en forskrift.²⁷

EMK gjelder som norsk lov jf. menneskerettsloven § 2 nr. 1, og er dermed sentral ved tolkningen av innholdet i straffeprosessloven.²⁸ EMK artikkel 6 regulerer retten til en rettferdig rettergang, der minsterettighetene etter nr. 3 må tolkes i lys av nr.1. Innholdet i artikkelen vil drøftes i relasjon til bestemmelsene i straffeprosessloven, gjennomgående i avhandlingen. Innholdet i EMK fastlegges gjennom praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) som er ansvarlig for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen.²⁹ Dette gjør praksis fra EMD til en sentral rettskilde ved tolkningen av EMK.

Barnekonvensjonen gjelder også som norsk lov jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4. Ved straffeforfølgning av mindreårige på etterforskningsstadiet er siktemålet til konvensjonens artikkel 3,12 og 40 å ivareta rettsikkerheten.³⁰ Slik nevnt under punkt 1.1 er særlig barnekonvensjonen artikkel 40 sentral for barn i konflikt med loven. Disse utgjør en sentral rettskilde ved tolkningen av innholdet i straffeprosessloven.

Høyesterettspraksis er også sentral ved tolkningen av innholdet i straffeprosessloven. Flere av lovens bestemmelser er tvetydige og uklare, noe rettspraksis vil bidra til å klargjøre. De relevante avgjørelsene vil behandles gjennomgående i hver underproblemstilling. I mangel på høyesterettspraksis vil praksis fra lagmannsretten anvendes, til tross for at disse er av begrenset rettskildemessig vekt.

²⁵ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

²⁶ Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).

²⁷ Matningsdal (2002) s. 297 flg.

²⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

²⁹ EMK artikkel 32 nr. 1.

³⁰ Kjelby og Øyen (2023) s. 263.

Videre er juridisk teori en rettskilde av begrenset rettskildemessig vekt. Juridisk teori vil likevel kunne bidra til å underbygge og styrke de øvrige rettskildene.

Avhandlingen vil også benytte rettspolitisk metode. Formålet med rettspolitisk metode er å bidra til å vurdere om bestemmelsene gir en god regulering, eller om lovgiver bør endre de konkrete bestemmelsene.³¹ Avhandlingen vil i forbindelse med reglene om forsvareren, anvende rettspolitisk metode i punkt 2.3 der det vurderes om det bør foretas en lovendring ved retten til offentlig oppnevnt forsvarer. En sentral rettskilde ved den rettspolitiske vurderingen er NOU 2016: 24 om straffeprosessutvalgets forslag til ny straffeprosesslov, som berører sentrale deler av dette.

1.4.2 Metodiske utfordringer

Det må knyttes noen metodiske merknader til riksadvokatens retningslinjer for politiavhør av mistenkte barn som rettskilde.³² Riksadvokaten som øverste leder for påtalemyndigheten har alminnelig instruksjonsmyndighet og legger dermed føringer på straffesaksbehandlingen innad i påtalemyndighetene.³³ Instruksjonsmyndigheten gir en plikt for politi- og påtalemyndighet til å følge disse instruksjoner og rundskriv, ved straffesaksbehandlingen jf. straffeprosessloven § 56 annet ledd jf. § 58.³⁴ Som rettskilde i straffeprosessen har retningslinjene liten vekt i seg selv.³⁵ Retningslinjene vil imidlertid ikke ha noen lavere rettskildemessig vekt enn juridisk teori. Ettersom retningslinjene berører sentrale deler ved avhør av mindreårige mistenkte, herunder reglene om forsvarer, verge, og veiledning når mindreårige skal avhøres, vil de anvendes i avhandlingen.

FNs barnekomité utgir generelle kommentarer, som tjener som retningslinjer for tolkningen av konvensjonsbestemmelsene.³⁶ Hvilken vekt de generelle kommentarene skal tillegges er imidlertid omdiskutert. Ettersom FNs barnekomité er et ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen, tyder dette på at kommentarene bør tillegges relativt stor vekt ved tolkningen av innholdet i barnekonvensjonen.³⁷ I en storkammeravgjørelse fra 2020 legger Høyesterett stor vekt på barnekomiteens generelle kommentarer ved anvendelsen av

³¹ Horn (2017) s. 74.

³² Riksadvokaten (2023a).

³³ Kjelby (2023) s. 50.

³⁴ Øyen (2022) s. 54.

³⁵ Øyen (2022) s. 54.

³⁶ Regjeringen (2023).

³⁷ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 26.

barnekonvensjonen.³⁸ Det presiseres videre at uttalelsens vekt avhenger av hvor godt de er forankret i konvensjonsteksten. Sentralt ved vurderingen er da om det er en tolkningsuttalelse, eller om uttalelsen gir uttrykk for optimal praksis og dermed heller bærer preg av å være en tilråding.³⁹ Hvordan dette stiller seg til de konkrete artiklene avhandlingen vil ta for seg, vurderes underveis i drøftelsen av konvensjonsartiklene. Det må likevel trekkes frem at kommentarene ikke er bindende i norsk rett.

1.5 Den videre fremstilling

Avhandlingen vil i hovedsak deles i tre deler der de tre nevnte regelsettene drøftes hver for seg. Kapittel 2 vil behandle reglene om retten til offentlig oppnevnt forsvarer, når den mistenkte personen er mindreårig. Avslutningsvis i kapittelet vil det vurderes om det bør foretas en lovendring ved offentlig forsvareroppevning for mindreårige mistenkte.

Kapittel 3 vil ta for seg vergens rolle, herunder retten til å være til stede og uttale seg ved avhør, samt retten til å velge forsvarer. Kapittel 4 tar for seg hvem som kan frafalle retten til taushet, samt reglene om hvordan politiet og påtalemyndigheten skal veilede den mindreårige om rettigheter personen har i forbindelse med å være mistenkt i en straffesak. Nærmere presisering av underproblemstillingene vil presenteres innledningsvis i hvert kapittel.

³⁸ HR-2020-661-S.

³⁹ HR-2018-2096-A avsnitt 14, Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151 og Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

2 Forsvarer

2.1 Utgangspunkt

Problemstillingen som vil drøftes i det følgende er når en mindreårig mistenkt har rett til offentlig oppnevnt forsvarer på etterforskningsstadiet, herunder ved politiavhør. En slik rett må forankres i straffeprosessloven § 100.

Det følger av straffeprosessloven § 100 første ledd første punktum at når «siktede skal ha forsvarer etter reglene i § 96-99», skal retten oppnevne offentlig forsvarer. Ettersom bestemmelsene i §§ 97 og 99 i hovedsak knytter seg til irettføringsstadiet, faller de utenfor avhandlingen. Potensielle rettsgrunnlag for forsvareroppnevning kan dermed være §§ 96 eller 98.

Det følger av § 96 syvende ledd at forsvarer skal foreligge på ethvert trinn av saken dersom det er grunn til å anta at «siktede» er «utilregnelig etter straffeloven § 20 annet til fjerde ledd». Bestemmelsen fanger opp utilregnelighetstilfeller grunnet eksempelvis sinnstilstander, utviklingshemming eller selvforskyldt rus. Forsvareroppnevning på grunnlag av utilregnelighet faller imidlertid utenfor avhandlingen.

Videre følger det av straffeprosessloven § 98 første ledd annet punktum at dersom «siktede» er «under 18 år på handlingstidspunktet og er «pågrepet» skal det «så vidt mulig», med en gang det er «klart at han ikke vil bli løslatt innen 12 timer etter pågripelsen», oppnevnes forsvarer. En mistenkt som pågripes vil få status som siktet jf. straffeprosessloven § 82. Bestemmelsen gir særregler i de tilfeller den siktede er mindreårig, men gir kun en rett til offentlig forsvarer ved straffeprosessuell frihetsberøvelse. I de tilfeller personen pågripes, men løslates før det har gått 12 timer vil ikke retten til offentlig forsvarer inntre.⁴⁰ Avhandlingen avgrenses dermed mot tilfeller der pågripelsen er av slik varighet at den utløser rett til forsvarer etter § 98 første ledd annet punktum. Pågripelse der løslatelse skjer etter så kort tid at rettigheter etter § 98 ikke utløses, er likevel av interesse for avhandlingen.

⁴⁰ Prop. 135 L (2010–2011) s. 168.

Det må dermed vurderes om straffeprosessloven § 100 annet ledd gir en rett til forsvareroppnevning ved politiavhør der den mindreårige er mistenkt for et straffbart forhold. Bestemmelsen vil redegjøres for i det følgende.

2.2 Offentlig oppnevnt forsvarer etter straffeprosessloven § 100 annet ledd

2.2.1 Problemstillinger i relasjon til § 100 annet ledd

Det følger av straffeprosessloven § 100 annet ledd første punktum at retten «kan» oppnevne offentlig forsvarer for «siktede» når «særlige grunner» taler for det. Selv om bestemmelsen sier at forsvarer «kan» oppnevnes, er det vanlig praksis at forsvarer skal oppnevnes der det foreligger særlige grunner.⁴¹ Dersom særlige grunner foreligger er det lite skjønn igjen ved kanvurderingen. Bestemmelsens vilkår danner grunnlaget for flere problemstillinger.

Første problemstilling knytter seg til betydningen av vilkåret «siktede».⁴² Ettersom bestemmelsen etter sin ordlyd kun gir en rett til offentlig oppnevnt forsvarer til personer med status som siktet, er det grunnlag for å vurdere om bestemmelsen skal tolkes utvidende til også å gjelde mistenkte i de tilfeller personen er mindreårig.

Den andre problemstillingen som reiser seg, er den nærmere vurderingen av vilkåret «særlige grunner».⁴³ Det vil redegjøres for hva som ligger i vilkåret «særlige grunner» der det foretas en helhetlig drøftelse av betydningen av den mindreåriges alder og hvordan dette skal vektlegges i forhold til de øvrige momentene i helhetsvurderingen. Det vurderes dermed om lav alder er tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om «særlige grunner», eller om det kun senker kravet til de øvrige momentene i vurderingen.

I de tilfeller straffeprosessloven § 100 annet ledd ikke tjener som tilfredsstillende rettsgrunnlag for forsvareroppnevning, kan det reises spørsmål om EMK eller barnekonvensjonen kan tjene som selvstendig rettsgrunnlag for forsvareroppnevning jf. menneskerettsloven § 2. Det vil

⁴¹ Øyen (2022) s. 119.

⁴² Behandles i punkt 2.2.2.

⁴³ Behandles i punkt 2.2.3.

imidlertid avgrenses til å anvende EMK og barnekonvensjonen som rettskilder for å tolke innholdet i straffeprosessloven.

2.2.2 Betydningen av vilkåret «siktete»

Straffeprosessloven § 100 annet ledd første punktum gir rett til å få oppnevnt offentlig forsvarer for «siktete». En person får status som «siktet» når vedkommende erklæres siktet av påtalemyndigheten, forfølgning mot ham er innledet ved en domstol, eller det besluttes tvangstiltak mot personen jf. straffeprosessloven § 82.

Ordlyden er klar på at det kun er «siktete» som gis retten til offentlig oppnevnt forsvarer etter § 100 annet ledd. En antitetisk tolkning av vilkåret tilsier at forsvarer ikke skal oppnevnes hvis personen har status som mistenkt.

Et slikt standpunkt underbygges også av en kontekstuell tolkning av vilkåret. Den straffeforfølgningen retter seg mot vil gjennom de ulike trinn i straffesaksprosessen ha ulike stillinger som part i saken. Straffeprosessloven skiller mellom «mistenkte», «siktete» og «tiltalte» der det gis ulike rettigheter og byrder avhengig av hvilken status personen har.⁴⁴ Dette innebærer at mistenkte personer er gitt rettigheter etter sin ordlyd i lovteksten ved å blant annet gjøre seg kjent med innholdet i saken jf. § 232 og rett til dokumentinnsyn jf. § 242. Videre er siktete gitt flere rettigheter i tillegg til de som tilkommer mistenkte. Dette gjelder igjen tiltalte personer som har ytterligere særlige rettigheter i kraft av å være tiltalt i en straffesak.⁴⁵ En slik distinksjon tyder på et bevisst valg fra lovgivers side om å skille mellom ulike rettigheter som tilkommer personen, avhengig av status i straffesaken. Dette taler for at vilkåret må forstås etter sin ordlyd og dermed kun gjelder «siktete».

Standpunktet om at lovens distinksjon gjelder absolutt, modifiseres imidlertid av at selv om lovens bestemmelser gir rettigheter til «siktete» har ikke dette alltid realitetsbetydning. Dette kommer til uttrykk i § 94 som sier at retten til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken gjelder for «siktete». Slik avhandlingen vil komme tilbake til gjelder

⁴⁴ Øyen (2022) s. 100.

⁴⁵ Øyen (2022) s. 100.

også denne rettigheten for mistenkte personer.⁴⁶ Dette kan tale for at vilkåret «siktete» etter § 100 annet ledd ikke skal forstås absolutt etter sin ordlyd.

Hvordan vilkåret «siktete» er å forstå kan også utledes av departementets proposisjon til stortinget om forslag til endringer i straffeprosessloven fra 2009–2010.⁴⁷ For å se nærmere på politi- og påtalemyndighetenes håndtering av straffesakene mot Fritz Moen, ble Mælandutvalget oppnevnt.⁴⁸ I forbindelse med forsvarerspørsmålet anbefalte Mælandutvalget en ubetinget rett til forsvarer for mistenkte som er døve eller andre grupper med mindre mulighet for å ivareta egne interesser.⁴⁹ Departementet konkluderte med å ikke fremme en utvidelse av rettigheten og trakk i forbindelse med dette frem at «straffeprosessloven § 100 annet ledd gjelder kun for siktede».⁵⁰ Ved innstillingen fra justiskomiteens vises det til departementets gjennomgang og vurderingen av anbefalingene fra Mælandutvalget, men temaet er ikke tatt opp utover dette.⁵¹ Det taler for et bevisst valg om at bestemmelsen kun gjelder «siktete» og dermed ikke er ment å omfatte mistenkte.

Det må likevel knyttes noen merknader til rettskildeværdien av argumentet. Ettersom det verken er å anse som et forarbeid til § 100 annet ledd, eller et etterarbeid, vil det ikke ha vekten av disse. På bakgrunn av at forslaget om utvidelse av vilkåret ikke ble videreført, har det heller likheter med et lovforslag som ikke ble videreført. Selv om det ikke direkte vil ha vekten av et forarbeid sier det likevel noe om forståelsen av vilkåret og har dermed relativt stor vekt. Hvordan vilkåret «siktete» skal forstås i relasjon til bestemmelsen ser ikke ut til å være behandlet i høyesterettspraksis.

Etter dette taler sentrale rettskilder for at vilkåret «siktete» gjelder absolutt etter sin ordlyd. Det vil dermed vurderes om vilkåret skal tolkes utvidende til også å gjelde mistenkte i de tilfeller personen er mindreårig.

I mangel på høyesterettspraksis kan praksis fra lagmannsretten bidra til å belyse problemstillingen. Det er trukket frem i en avgjørelse fra lagmannsretten at selv om § 100 etter sin ordlyd kun gjelder forsvareroppnevning for «siktete» og ikke «mistenkte» kan det være

⁴⁶ Se punkt 3.3.1.

⁴⁷ Prop. 141 L (2009–2010).

⁴⁸ NOU 2007: 7.

⁴⁹ NOU 2007: 7 s. 324.

⁵⁰ Prop. 141 L (2009–2010) s. 82.

⁵¹ Innst. 57 L (2010–2011) komiteens merknader til kapittel 7.

grunnlag for å anvende bestemmelsen analogisk slik at også mistenkte kan få oppnevnt forsvarer etter bestemmelsen.⁵² I en annen lagmannsrettsavgjørelse trekkes det frem at det etter omstendighetene i den enkelte sak kan være grunnlag for å se bort i fra skillet i norsk rett mellom «siktet» og «mistenkt» ved spørsmålet om forsvarer skal oppnevnes, i lys av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c og nyere EMD-praksis.⁵³ En tredje lagmannsrettsavgjørelse legger til grunn at det er tilstrekkelig at etterforskningen er rettet mot vedkommende.⁵⁴ Praksis fra lagmannsretten er imidlertid av begrenset rettskildemessig vekt noe som svekker argumentets verdi.

Videre vil EMK kunne være av betydning for om vilkåret «siktete» skal tolkes utvidende. Etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c annet alternativ kreves det at en person er «charged with a criminal offence» for å utløse rettigheter etter bestemmelsen. Dette må forstås i lys av EMK artikkel 6 nr. 1 som gir rettigheter til personer utsatt for en «criminal charge». EMD har uttalt at det avgjørende for om personen er «charged» er om personens situasjon har blitt «substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him».⁵⁵ Det kreves dermed ikke at personen er «siktet» slik det følger av straffeprosessloven § 100 annet ledd, men at vedkommendes situasjonen er vesentlig påvirket av etterforskningen. Dermed vil hensynene som begrunner forsvareroppnevning gjelde uavhengig av om personen har status som mistenkt eller siktet. Dette taler for en utvidende tolkning av vilkåret «siktete» etter straffeprosessloven § 100 annet ledd, slik at rettigheten også kan påberopes av mistenkte.

Det følger det av barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b (ii) at barn «alleged» eller «accused» for å ha begått en straffbar handling skal ha som minsterettighet, å ha «legal or other appropriate assistance» ved forberedelser og presentasjon av sitt forsvar. Det er imidlertid uklart når en person er «alleged» for en forbrytelse, eller «beskyldes» for dette slik det følger av den norske oversettelsen.⁵⁶ Det er dermed ikke klart om status som mistenkt i norsk straffeprosess er tilstrekkelig til å si at en person er «alleged» eller «accused» for en straffbar handling etter barnekonvensjonen.⁵⁷ Bestemmelsens skjønnsmessige utforming etterlater usikkerhet og vil dermed ikke bidra til løsningen av problemstillingen.

⁵² LB-2018-33243.

⁵³ LB-2017-125256.

⁵⁴ LH-2020-114487.

⁵⁵ *Simeonovi mot Bulgaria* [GC] no. 21980/04 avsnitt 110.

⁵⁶ Kjelby og Øyen (2023) s. 280.

⁵⁷ Kjelby og Øyen (2023) s. 280.

At vilkåret «siktede» ikke gjelder absolutt er også anført av riksadvokaten i retningslinjene om politiavhør av mistenkte barn. Her følger det av tilhørende notat om forsvarerbistand at selv om bestemmelsen etter sin ordlyd gjelder «siktede» skal vilkåret i relasjon til bestemmelsen forstås vidt og at det ikke kreves formell status som siktet. At etterforskningen er rettet mot personen anses tilstrekkelig.⁵⁸ Rettskildeverdien til riksadvokatens retningslinjer er imidlertid av begrenset vekt jf. fremstillingen under punkt 1.4.2.

Det er i retningslinjene vist til juridisk teori for å underbygge standpunktet. Her følger det av Karnov lovkommentar, note 3 til § 100 annet ledd at vilkåret «siktede» skal tolkes vidt. Det tas til orde for at det er tilstrekkelig at etterforskningen er rettet mot vedkommende.⁵⁹

Det synes imidlertid å være bred enighet i annen juridisk teori om at personer som har status som mistenkt ikke kan få oppnevnt forsvarer etter § 100 annet ledd.⁶⁰ Personen som er mistenkt for å ha begått et straffbart forhold kan naturligvis også ha behov for juridisk bistand, men slik lovverket er i dag er det ikke adgang for å få forsvarer oppnevnt på det offentliges bekostning.⁶¹ I denne sammenheng kan en mistenkt som har behov for forsvarer under politiavhør selv oppnevne forsvarer etter straffeprosessloven § 94.⁶² Disse kostnadene må imidlertid den mistenkte dekke selv. Selv om juridisk teori er av begrenset rettskildemessig vekt bidrar de likevel til å underbygge standpunktene til øvrige rettskilder.

Påtalemyndighetens objektivitetsplikt vil kunne være et moment mot et behov for at «siktede» skal tolkes utvidende. Slik det følger av straffeprosessloven § 55 annet ledd kreves det at påtalemyndighetens tjenestemenn opptre objektivt i alle steg i saken. Dette kan i konkrete tilfeller føre til en plikt for påtalemyndigheten til å erklære en mistenkt for siktet, slik at forsvarer kan oppnevnes av det offentlige.⁶³ Dette tyder på at i de tilfeller en mistenkt har særlig behov for forsvarer, vil påtalemyndighetens objektivitetsplikt bidra til at politiet må erklære personen for siktet. Der personen er mindreårige må plikten sees i lys av barnekonvensjonen artikkel 40.⁶⁴

⁵⁸ Riksadvokaten (2023b) s. 3.

⁵⁹ Frøberg mfl. (2021).

⁶⁰ Øyen (2022) s. 117, Andenæs (2009) s. 68 og Fredriksen (2018) s. 67.

⁶¹ Langbach (2016) s. 123.

⁶² Andenæs (2009) s. 68.

⁶³ Øyen (2022) s. 118 og Kjelby og Øyen (2023) s. 278.

⁶⁴ Øyen (2022) s. 118.

På den andre siden kan det være uheldig dersom retten til å få oppnevnt offentlig forsvarer avhenger av hvordan objektivitetsplikten utøves i det konkrete tilfellet.⁶⁵ Det ser ikke ut til at det er utarbeidet klare retningslinjer av riksadvokaten for når mistenkte skal siktes med henblikk på å få oppnevnt forsvarer. Dette taler for at objektivitetsplikten ikke gir tilstrekkelig rettssikkerhet noe som svekker argumentets vekt mot utvidende tolkning av vilkåret «siktete».

Det er etter dette nærliggende å legge avgjørende vekt på den klare ordlyden i lovteksten, om at retten til offentlig oppnevnt forsvarer tilkommer «siktete». Dette underbygges av proposisjonen til Stortinget som må sies å være en sentral rettskilde. Etersom det kan utledes gode argumenter for en utvidende tolkning av vilkåret «siktete» jf. EMK og barnekonvensjonen, vil uklarhetene svekke argumentenes rettskildemessige vekt. Det legges dermed til grunn at straffeprosessloven § 100 annet ledd kun gir rett til offentlig oppnevnt forsvarer for «siktete» personer.

2.2.3 Vilkaåret «særlige grunner» med fokus på aldersmomentet

Drøftelsen av vilkåret «særlige grunner» er av interesse for avhandlingen ettersom en siktet person omfattes av statusen «mistenkte» i den forstand at siktete også har de rettigheter som tilkommer mistenkte. Det poengteres imidlertid at drøftelsen av «særlige grunner» kun er av interesse der personen har formell status som siktet.⁶⁶

Det følger av straffeprosessloven § 100 annet ledd første punktum at retten kan oppnevne offentlig forsvarer for siktete når «særlige grunner» taler for det.

Ordlyden «særlige grunner» tilsier at det må foreligge noen spesielle grunner utover det alminnelige, for at retten skal oppnevne forsvarer på det offentliges bekostning. Behovet må altså være større enn normalt. En slik tolkning harmonerer med at loven lister opp nedsatt funksjonsevne eller annen fysisk eller psykisk tilstand som tilsier at det er et «særskilt behov for forsvarer».

Videre er ikke oppramsingen i lovteksten uttømmende jf. «herunder».⁶⁷ Dette innebærer at det må foretas en helhetsvurdering i det konkrete tilfellet. Av betydning vil blant annet personlige

⁶⁵ Kjelby og Øyen (2023) s. 278.

⁶⁶ Jf. drøftelsen under punkt 2.2.2.

⁶⁷ Prop. 141 L (2009–2010) s. 133.

forhold, herunder den siktedes alder og eventuelle problemer med språket som følge av innvandrerbakgrunn være av betydning. Videre vil sakens art, herunder belastning for den siktede, faktisk og rettslig kompleksitet og forventet straff spille inn.⁶⁸

Ettersom det oppstilles flere momenter av betydning for vurderingen av om «særlige grunner» er oppfylt, må det vurderes hvordan de ulike momentene skal vektet i forhold til hverandre. Det faktum at momentene er av ulik vekt ble konstatert av Høyesterett i HR-2020-2214-U der det legges til grunn at sakens alvor og forventet straff er tungtveiende momenter i vurderingen.⁶⁹ Dette innebærer følgelig at dersom saken er av høy alvorlighetsgrad med høy strafferamme, vil det kreves mindre av de øvrige momentene før vilkåret anses oppfylt.

Avhandlingen vil i det følgende ta for seg momentet «alder», nærmere bestemt lav alder. Spørsmålet i det følgende blir dermed om momentet lav alder i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om «særlige grunner», eller om lav alder senker terskelen for hva som kreves av de øvrige momentene.

Det nærmere innholdet i momentet «alder» og hvilken vekt momentet har er ikke presisert i forarbeidene. Det kan imidlertid utledes argumenter av lovens oppbygging. Oppbyggingen av straffeprosessloven § 100 viser at når forsvarer skal oppnevnes av det offentlige er regulert på to overordnede plan. Den allmenne reguleringen i § 100 første ledd knytter seg til når forsvarer skal oppnevnes i typetilfeller og gjennom ulike stadier i en rettslig prosess. Videre følger det en spesialregulering i § 100 annet ledd der vurderingen av om forsvarer skal oppnevnes, avhenger av forholdene i det konkrete tilfellet.

Formuleringen i § 100 annet ledd om at forsvarer skal oppnevnes dersom «det er et særskilt behov for forsvarer» understreker lovgivers anstrengelse for å sikre at en siktet mottar bistand der personen selv ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser. Begrunnelsen synes dermed å være at forsvareren skal bistå den siktede blant annet under politiavhør.⁷⁰ Ettersom mindreårige som følge av lav alder i mindre grad vil kunne ivareta sine egne interesser, kan aldersmomentet sies å være i kjernen av det bestemmelsen er ment å omfatte, noe som taler for at momentet alder skal tillegges stor vekt.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 26 og Rt. 2015 s. 844 avsnitt 19.

⁶⁹ HR-2020-2214-U avsnitt 11.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 26.

En kontekstuell tolkning og hensynet til harmoni i regelverket vil også kunne bidra til å fastslå vekten av aldersmomentet. Lovgiver har ved spørsmålet om offentlig oppnevnt forsvarer sett behovet for å oppstille særlige regler for personer under 18 år. Blant annet følger det av § 96 tredje ledd at der siktede var «under 18 år» og det er spørsmål om å idømme ubetinget frihetsstraff, samfunnsstraff eller ungdomsstraff, skal det alltid oppnevnes forsvarer. Det samme innholdet følger av § 99 første ledd tredje punktum. Videre følger det av den nevnte bestemmelsen i § 98 første ledd annet punktum, at når det foretas pågripelse av en person «under 18 år» skal forsvarer oppnevnes dersom løslatelse ikke skjer innen 12 timer etter pågripelse. Dette er til forskjell fra personer over 18 år der grensen er satt til 24 timer.

Disse særreglene i §§ 96, 98 og 99 gir en klar indikasjon på at lovgiver har sett behovet for særlige regler for personer under 18 år. Lovgivers autorisering av aldersmomentet gjennom de nevnte bestemmelsene trekker dermed i retning av at momentet «alder» også veier tungt i vurderingen av om forsvarer skal oppnevnes etter § 100 annet ledd. Lovgivers klare syn er at lav alder er et helt sentralt parameter for når en person har behov for offentlig oppnevnt forsvarer.

Videre vil rettspraksis være en sentral rettskilde for å klargjøre vekten av momentet alder i lys av de øvrige momentet i helhetsvurderingen. I høyesterettsavgjørelsen HR-2017-1894-U som omhandlet en voldtektssak ble tiltalte på 17 år og 8 måneder avhørt uten verge og forsvarer til stede. Selv om tiltalte ble pågrepet var ikke pågripelsen av en slik varighet at forsvarer skulle oppnevnes etter § 98. Spørsmålet for retten var dermed om forsvarer skulle vært oppnevnt etter § 100 annet ledd. Høyesteretts ankeutvalg hadde full prøvingskompetanse i saken.⁷¹ Ettersom Høyesterett kort sluttet seg til lagmannsrettens avgjørelse om at det skulle vært oppnevnt forsvarer for tiltalte, tyder dette på at heller ikke Høyesterett fant det særlig tvilsomt at forsvarer skulle vært oppnevnt.⁷²

Lagmannsretten legger i sin avgjørelse vekt på flere momenter av betydning. Det uttales at saken var meget alvorlig, da det var en voldtektssak. Forventet straff ble også et tungt moment i vurderingen ettersom tiltalte risikerte en langvarig ubetinget fengselsstraff. Det legges videre vekt på momentet alder ettersom han var mindreårig og situasjonen ble oppfattet som vanskelig

⁷¹ HR-2017-1894-U avsnitt 11.

⁷² HR-2017-1894-U avsnitt 15.

og kaotisk følelsesmessig da han ble pågrepet på skolen og kjørt til politistasjonen. Retten kom dermed til at slik situasjonen fremstod hadde den mindreårige «åpenbart behov for bistand».⁷³

Selv om det ikke direkte er kommentert noe rundt vekten av momentet «alder» var tiltalte i saken nærme myndighetsalder. Dette illustrerer at selv om personen snart er myndig vil det at en person er mindreårig lett kunne utløse retten til forsvarer, der saken er av en viss alvorlighet. Av dette kan det utledes at personer nærmere 15 år i enda større grad vil ha behov for forsvarer, noe som kan tyde på at det bør gjelde betydelig lavere krav til øvrige momenter der den siktede har lav alder. Det skal imidlertid nevnes at vekten til aldersmomentet ikke er direkte klargjort, sett opp imot de øvrige momentene der Høyesterett tidligere har uttalt at sakens alvor og forventet straff er tungtveiende momenter i vurderingen.⁷⁴

Videre er barn gitt et særskilt vern både gjennom Grunnloven og barnekonvensjonen. Det følger av Grunnloven § 104 annet ledd at ved alle avgjørelser som berører barn, skal «barnets beste være et grunnleggende hensyn». Selv om barn også er beskyttet av de generelle menneskerettighetene må det tydeliggjøres at barn er særlig sårbare og har særlige behov. Dette var begrunnelsen for at det ble ansett et behov for å innta en egen bestemmelse som verner om barns rettigheter i Grunnloven.⁷⁵ Høyesterett har også uttalt seg generelt om hensynet i Rt. 2015 s. 93. Her følger det at selv om hensynet til barnets beste ikke alltid er avgjørende, skal hensynet tillegges stor vekt. Det uttales videre at «barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».⁷⁶ Ettersom barn tilhører en sårbar gruppe med svekket mulighet til å ivareta sine egne interesser vil hensynet til barnets beste tale for at aldersmomentet tillegges stor vekt ved vurderingen av om forsvarer skal oppnevnes.

Det generelle hensynet til barnets beste følger også av barnekonvensjonen artikkel 3. I relasjon til dette fremheves det av FNs barnekomité at barnets beste er et tolkningsprinsipp ved vurderingen av juridiske bestemmelser, slik at det som best tjener barnets beste skal velges.⁷⁷ Uttalelsen innebærer at ved vurderingen av oppnevning av offentlig forsvarer, skal det legges vekt på det som er til barnets beste. En forsvarer skal sikre den mindreåriges rettigheter ivaretatt, noe som kan bidra til minst mulig påkjenning for barnet, og den sårbare gruppen det tilhører. Bistand fra forsvarer for den mindreårige som sikrer rettigheter ivaretatt, vil i de fleste tilfeller

⁷³ HR-2017-1894-U og LB-2015-90290-2.

⁷⁴ HR-2020-2214-U avsnitt 11.

⁷⁵ Innst. 169 S (2012–2013) s. 14.

⁷⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

⁷⁷ CRC/C/GC/14 paragraf 6 bokstav b.

være til barnets beste. Dette er i seg selv et selvstendig argument for at forsvarer skal oppnevnes.⁷⁸ Uttalelsen fra barnekomité bærer preg av å være en tolkningsuttalelse og har dermed en viss rettskildemessig vekt jf. fremstillingen under punkt 1.4.2.

Barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b (ii) sier at ethvert barn som anklages for å ha begått et straffbart forhold har som garanti å få «juridisk eller annen egnet bistand». Dette utdypes videre av FNs barnekomité der det uttales at konvensjonen krever at barnet skal få bistand. Det er videre opp til konvensjonspartene hvordan bistanden skal gis, men at denne bør være gratis.⁷⁹ At bistanden bør være gratis bærer preg av å være en tilråding fra barnekomiteen, og uttalelsen får dermed vekt deretter jf. fremstillingen i punkt 1.4.2. Uttalelsen bærer også preg av å være en tolkning av konvensjonen om at barnet skal ha bistand. Det er dermed naturlig å tillegge uttalelsen en viss vekt, og dette trekker i retning av at mindreårige har krav på å få oppnevnt offentlig forsvarer i kraft av at de er nettopp barn.

Videre vil det være nærliggende å se hen til hvordan den siktedes alder vektlegges i vurdering av om forsvarer skal oppnevnes av det offentlige etter EMK artikkel 6. Det er en sentral forskjell mellom retten til å la seg representere av en forsvarer, og rett til å få forsvarer oppnevnt av det offentlige der disse utgiftene dekkes.⁸⁰

Det foreligger bred praksis fra EMD ved forsvarerspørsmålet, men denne knytter seg i hovedsak til EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c første alternativ om retten til å forsvare seg «through legal assistance» etter personens «own choosing». En rekke saker tar for seg innskrenkninger i retten til å la seg bistå av forsvarer, men en slik problemstilling vil ikke oppstå i norsk rett ettersom man har en ubetinget rett til å la seg bistå av forsvarer etter straffeprosessloven § 94.⁸¹ Ettersom praksisen fra EMD i stor grad knytter seg til retten til å la seg bistå av forsvarer, treffer ikke denne spørsmålet om når forsvarer skal oppnevnes på det offentliges bekostning ved politiavhør.⁸²

For å få oppnevnt offentlig forsvarer etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c annet alternativ kreves det at personen ikke har «sufficient means» og det vil være nødvendig fordi «the interests of justice so require». Slik det lyder i den norske oversettelsen kreves det at personen ikke har

⁷⁸ CRC/C/GC/14 paragraf 6 bokstav a.

⁷⁹ CRC/C/GC/10 punkt 49.

⁸⁰ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 27.

⁸¹ Strandbakken (2019) s. 565.

⁸² Strandbakken (2019) s. 565.

tilstrekkelig midler til å dekke bistand, og rettferdighetens interesse krever at bistanden mottas vederlagsfritt.

Hva som ligger i disse vilkårene, er ikke behandlet inngående i rettspraksis.⁸³ Det er dermed ingen klare retningslinjer for når forsvarer skal dekkes av det offentlige.⁸⁴ Det er etter praksis ikke mulig å oppstille absolutte grenser for når forsvarer skal oppnevnes av det offentlige, da dette må vurderes konkret i hver enkelt sak.⁸⁵ Det er likevel trukket frem at det skal foretas en helhetsvurdering der sakens alvorlighet, forventet straff, sakens kompleksitet og personlige forhold vil være av betydning.⁸⁶ Dermed harmonerer vurderingen etter EMK godt med vurderingen som foretas ved «særlige grunner» etter straffeprosessloven § 100 annet ledd. I *Quaranta mot Sveits* ble det i relasjon til momentet «personal situation» lagt vekt på at klageren var «a young adult».⁸⁷ Dette tyder dermed på at momentet «personal situation» også kan omfatte en persons lave alder. Det er imidlertid ikke uttalt noe videre om vekten av momentet sett opp mot de øvrige momentene i helhetsvurderingen.

Etter en gjennomgang av rettskildene er det ingen holdepunkter for at lav alder i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om «særlige grunner» etter straffeprosessloven § 100 annet ledd. Det er heller ikke uttrykkelig redegjort for hvor stor vekt lav alder skal tillegges sammenlignet med de øvrige momentene i helhetsvurderingen. Det er likevel klart ut ifra lovens system og lovgivers syn på lav alder, sammenholdt med rettspraksis at momentet «alder» skal tillegges relativt stor vekt i vurderingen. Desto yngre den mindreårige er, desto mindre kreves det av de øvrige momentene for å oppfylle vilkåret om «særlige grunner», slik at forsvarer skal oppnevnes av det offentlige jf. straffeprosessloven § 100 annet ledd.

⁸³ Harris mfl. (2023) s. 485.

⁸⁴ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 27.

⁸⁵ Kjølbros (2023) s. 760.

⁸⁶ *Correia De Matos mot Portugal* [GC] no. 56402/12 avsnitt 132 med videre henvisninger.

⁸⁷ *Quaranta mot Sveits* [J] no. 12744/87 avsnitt 35.

2.3 Bør det foretas en lovendring ved retten til offentlig oppnevnt forsvarer?

2.3.1 Hvilke alternative lovendringer bør foretas?

Problemstillingen for den rettspolitiske delen ved om det bør foretas en lovendring ved retten til offentlig oppnevnt forsvarer baserer seg på to hoveddimensjoner.

Den første og materielle dimensjonen knytter seg delvis til en vurdering av om vilkåret «siktede» bør erstattes av vilkåret «mistenkte», noe som vurderes i punkt 2.3.2. Delvis knytter den seg også til om det bør innføres en egen retningslinje direkte i lovteksten som gir mindreårige en klar rett til offentlig oppnevnt forsvarer, noe som er behandlet i punkt 2.3.3. Den andre og strukturelle dimensjonen reiser spørsmål om det bør foretas en endring av ordlyden i dagens § 100 annet ledd, eller om det bør vedtas en helt ny lovbestemmelse. Dette vil drøftes under punkt 2.3.4.

2.3.2 Bør vilkåret «siktede» erstattes av «mistenkte»?

Ettersom dagens § 100 annet ledd kun gir rett til offentlig oppnevnt forsvarer for «siktede» personer, vil det vurderes om vilkåret bør erstattes slik at også «mistenkte» gis denne rettigheten, i de tilfeller den mistenkte er mindreårig.

Begrunnelsen for at barn bør gis sterkere straffeprosessuelt vern gjennom lovgivningen begrunnes i de særlige hensyn som gjør seg gjeldende der barn er i konflikt med loven. Det helt sentrale hensynet til barnets beste jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3, sammenholdt med kravet til en alderstilpasset prosess etter barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 1 utgjør selvstendige argumenter for at barn har behov for utvidet beskyttelse i alle steg i straffeprosessen. Dette underbygges også av at internasjonale rettskilder ikke synes å operere med et skarpt skille mellom siktede og mistenkte jf. redegjørelsen under punkt 2.2.2. Rettigheten bør dermed avhenge av de konkrete omstendigheter som tilsier behov for forsvarer, fremfor formell status.

I 2016 fremla straffeprosessutvalget et forslag til ny straffeprosesslov. Her ble det foreslått at den nye straffeprosessloven skulle inneholde en ny bestemmelse om forsvareroppnevning.

Ordlyden i den foreslåtte § 3-11 første ledd bokstav a gir rett til forsvarer for «mistenkte» personer «under 18 år».⁸⁸

Slik ordlyden i lovforslaget sier forslås det å utvide den rettigheten som i dag kun omfatter siktede personer, til også å gjelde mistenkte personer når disse er mindreårige. Viktigheten av at mistenkte barn får en absolutt rett til offentlig oppnevnt forsvarer er også trukket frem av barneombudet i deres høringsuttalelse til forslaget til ny straffeprosesslov. Her anbefaler barneombudet i relasjon til den foreslåtte § 3-11 at alle barn som avhøres som mistenkt skal ha forsvarer gjennom hele saken.⁸⁹

Det kan tenkes av behovet for utvidet rettssikkerhet et stykke på vei bli ivaretatt gjennom riksadvokatens nye retningslinjer fra september 2023.⁹⁰ Retningslinjene, som legger føringer på påtalemyndigheten i deres myndighetsutøvelse, legger til grunn at mindreårige ikke krever status som siktet. Det er altså tilstrekkelig at etterforskningen er rettet mot vedkommende og at vilkåret også omfatter mistenkte.⁹¹ Selv om det normalt er retten som oppnevner forsvarer, gir retningslinjene uttrykk for at det skal være en felles oppfatning i påtalemyndigheten at retten til offentlig oppnevnt forsvarer også gjelder mistenkte. Dette er imidlertid ikke bindende for retten. Dermed er det nærliggende at en klargjøring av rettstilstanden bør skje gjennom endringer i lovverket.⁹²

Dette fremheves også av barneombudet i deres høringsuttalelse til riksadvokatens retningslinjer da utkastet til disse var på høringsrunde i juni 2023. Barneombudet trekker frem at barn er sårbare, noe som gir tydelig utslag i møte med politiet og straffeprosess. Barn har dermed behov for forsvarer som ivaretar dets rettigheter på alle stadier i prosessen. Det trekkes frem at sentrale rettssikkerhetsgarantier for barn bør følge direkte av loven, og ikke kun gjennom retningslinjer.⁹³ Selv om riksadvokaten ikke legger vekt på skillet mellom mistenkte og siktede mindreårige, er det behov for, slik barneombudet eksplisitt trekker frem, «at rettighetene bør komme frem av lovverket».⁹⁴

⁸⁸ NOU 2016: 24 s. 31.

⁸⁹ Barneombudet (2023b) s. 6.

⁹⁰ Riksadvokaten (2023a).

⁹¹ Riksadvokaten (2023b) s. 3.

⁹² Kjelby og Øyen (2023) s. 281.

⁹³ Barneombudet (2023a) s. 2.

⁹⁴ Barneombudet (2023a) s. 2.

Det konkluderes med at det foreligger et behov for å foreta en lovendring ved retten til offentlig oppnevnt forsvarer, der vilkåret «siktete» erstattes med «mistenkte» i de tilfeller den påståtte gjerningspersonen er mindreårig.

2.3.3 Bør det innføres en retningslinje i lovteksten til vern om mindreårige?

Slik dagens straffeprosesslov § 100 annet ledd lyder, er det oppramset noen særlige forhold som kan gi grunnlag for å oppfylle vilkåret «særlige grunner». Den neste problemstillingen er dermed om det bør innføres en retningslinje direkte i lovteksten som gir mindreårige en klar rett til offentlig oppnevnt forsvarer.

Ved vedtakelsen av straffeprosessloven i 1981 inneholdt ikke straffeprosessloven § 100 annet ledd noen føringer på hva som kunne utgjøre «særlige grunner». Det var først ved lovendringen i 2010 at noen føringer ble tatt inn i lovteksten. Slik § 100 annet ledd lyder i dag trekkes det frem at det kan utgjøre en særlig grunn at siktete har «nedsatt funksjonsevne» eller er i en «annen fysisk eller psykisk tilstand» som tilsier at det er «særskilt behov for forsvarer». Det avgjørende ved denne vurderingen er om funksjonsnedsettelsen svekker muligheten til å ivareta egne interesser overfor politi og påtalemyndighet, slik at det er behov for bistand av forsvarer.⁹⁵ På bakgrunn av lovendringen har man sett behovet for å gi noen konkrete føringer for når offentlig forsvarer skal oppnevnes.

Etter å ha vurdert momentet «alder» under punkt 2.2.3 er det uklart hvilken vekt momentet har i forhold til de andre momentene i helhetsvurderingen. Denne uklarheten ved hvilken betydning aldersmomentet har, bidrar til å svekke mindreåriges rettssikkerhet ettersom det ikke finnes noen klare retningslinjer for når offentlig forsvarer skal oppnevnes for mindreårige. Dette vil kunne avhjelpest dersom det følger direkte av lovteksten at en mindreårig har krav på forsvarer. Dette harmonerer godt med motivet bak lovendringen i 2010 som var å styrke stillingen til grupper som har redusert mulighet til å ivareta sine egne interesser, en gruppe mindreårige også kan sies å være.⁹⁶

At det foreligger et behov for å styrke retten til offentlig oppnevnt forsvarer for mindreårige, kan sies å ligge bak straffeprosessutvalgets forslag til ny straffeprosesslov. Det følger av Straffeprosessutvalgets foreslåtte § 3-11 at mistenkte alltid skal ha forsvarer når vedkommende

⁹⁵ Prop. 141 L (2009–2010) s. 133.

⁹⁶ Prop. 141 L (2009–2010) s. 80.

er under 18 år «og det i saken kan bli spørsmål å idømme ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff». Det presiseres at retten etter foreslåtte § 3-11 gjelder «alltid» og på ethvert trinn av saken.⁹⁷ Dette gir en utvidet og mer presis rett til offentlig oppnevnt forsvarer for mindreårige mistenkte enn det som kan utledes av dagens § 100 annet ledd.

Straffeprosessutvalgets utforming av § 3-11 kan likevel sies å være upresis ettersom retten til forsvarer avhenger av potensiell straff. Det er ikke alltid klart hva slags straffereaksjon det er snakk om allerede ved første politiavhør, tidlig i en etterforskningsfase.⁹⁸ En slik utforming av lovbestemmelsen vil være uheldig og kunne bidra til forskjellsbehandling av retten til forsvarer når dette knytter seg til en potensiell fremtidig strafferamme.⁹⁹ Som et alternativ til vilkåret om straffereaksjon, kan vilkåret knytte seg til strafferammen eller det straffebud forholdet gjelder.¹⁰⁰ Dette vil være mer forutsigbart ved tidlig etterforskning.

Videre påpekes det av riksadvokaten i notatet om forsvarerbistand at vilkåret «særlige grunner» inneholder stort skjønnsrom, med begrenset veiledning fra øvrige rettskilder som forarbeider og rettspraksis, både nasjonale og internasjonale. Stor grad av skjønsmessige vurderinger og uklarheter tilknyttet disse, kan medføre risiko for at bestemmelsen håndheves ulikt, noe som svekker forutberegneligheten. Konsekvensen av feil lovtolkning på dette området representerer et rettsbrudd som igjen kan føre til saksbehandlingsfeil med den konsekvens at eventuelle politiforklaringer som fremkommer gjennom politiavhør, ikke kan brukes som bevis i den konkrete straffesaken.¹⁰¹ Dette taler for at det bør utformes en retningslinje direkte i lovteksten som gir konkrete føringer på betydningen av at den mistenkte er mindreårig, ved spørsmålet om forsvarer skal oppnevnes.

Det konkluderes dermed med at gode grunner taler for å videreføre straffeprosessutvalgets forslag til § 3-11, men erstatte vilkåret om straffereaksjon med strafferammen eller det straffebud forholdet gjelder. Dette vil styrke barns rett til forsvarer i langt større grad enn det som i dag følger av straffeprosessloven § 100 annet ledd.

⁹⁷ NOU 2016: 24 s. 553.

⁹⁸ Kjelby og Øyen (2023) s. 281.

⁹⁹ Barneombudet (2023b) s. 6.

¹⁰⁰ Kjelby og Øyen (2023) s. 281.

¹⁰¹ Riksadvokaten (2023b) s. 2.

2.3.4 Endre nåværende § 100 annet ledd eller vedta ny lovbestemmelse?

Den andre dimensjonen som må drøftes er om det er mest hensiktsmessig å foreta en endring av straffeprosesslovens nåværende § 100 annet ledd, eller om det bør vedtas en helt ny lovbestemmelse.

I relasjon til barn i konflikt med loven har FNs barnekomité uttalt at det er nødvendig med separate rettssystem for mindreårige og voksne. Dette på bakgrunn av at barn og voksne har ulik fysisk og psykisk utvikling, samt ulike behov.¹⁰² Dette kan tale for at det bør utformes en ny lovbestemmelse som skiller seg fra den som gjelder for voksne, og setter barns særlige behov i fokus.

Straffeprosessutvalgets forslag til § 3-11 var nettopp dette, en helt ny lovbestemmelse. Den understreker viktigheten av forsvarerbistand ved alle trinn i straffesaksprosessen for særlige grupper som har et ekstra behov for dette. At det foreligger et behov for en ny lovbestemmelse, er også trukket frem av barneombudet i deres høringsuttalelse til ny straffeprosesslov. Her tar barneombudet til orde for et eget særskilt kapittel for mindreårige i konflikt med loven, og underbygger at dette er i tråd med FNs barnekomité sin anbefaling.¹⁰³ En slik fremstilling av rettighetene i et eget kapittel vil gjøre lovverket enklere og mer oversiktlig, sammenlignet med om det foretas en endring av nåværende § 100 annet ledd. Det vil også tydeliggjøre og fremheve de særlige rettigheter som gjør seg gjeldende der den mistenkte lovbrøyteren er mindreårig.

Reglene om tilrettelagte avhør er videre et eksempel på at det er mer hensiktsmessig med egne og separate regler for mindreårige. Slik nevnt under punkt 1.2 oppstiller reglene om tilrettelagte avhør spesialtilpassede etterforskningsregler for fornærmede og vitner der disse er under 16 år. Hensynet til barnets beste var et sentralt hensyn som begrunnet behovet for reglene, og dette hensynet må sies å stå like sterkt der barnet har status som mistenkt.¹⁰⁴ Dette taler for at separate og spesialtilpassede regler også bør utformes der den mindreårige er mistenkt i en straffesak.

Det konkluderes etter dette med at det bør utformes en ny lovbestemmelse ved retten til offentlig oppnevnt forsvarer for mindreårige mistenkte.

¹⁰² CRC/C/GC/10 punkt 10.

¹⁰³ Barneombudet (2023b) s. 5.

¹⁰⁴ Rachlew (2022) s. 38.

3 Verge

3.1 Utgangspunkt

Straffeprosessloven som spesiallov på strafferettsområdet har ingen spesialregulering av hvem som er verge når den mistenkte er mindreårig. Hvem som er vergen for den mindreårige reguleres dermed av vergemålsloven § 16.¹⁰⁵ Her følger det at vergen er den som har «foreldreansvaret for den mindreårige etter reglene i barneloven» og som selv er «myndig». I de tilfeller barnets verge ikke er i stand til å ivareta barnets interesser på en tilstrekkelig måte skal statsforvalteren oppnevne en ny eller midlertidig verge.¹⁰⁶

Vergen har en sentral rolle når det skal foretas politiavhør av den mindreårige, noe som er temaet i det følgende. I utgangspunktet har vergen rett til å være til stede og uttale seg under politiavhør, slik det følger av straffeprosessloven § 232 tredje ledd og påtaleinstruksen § 8-3 annet ledd. Dette vil drøftes i punkt 3.2. I tillegg har vergen rett til å velge forsvarer slik det følger av straffeprosessloven § 94 annet ledd, noe som vil drøftes i punkt 3.3.

3.2 Vergens rett til å være til stede og uttale seg

Det kan reises spørsmål rundt når vergen har rett til å være til stede og uttale seg, når det skal foretas politiavhør av den mindreårige. I relasjon til dette oppstår to spørsmål. Første spørsmål er om det kan oppstilles unntak fra denne rettigheten der tid og mulighet begrenser vergens rett til å bli varslet, og få mulighet til å være til stede. Andre spørsmål er om varsling og tilstedeværelse av verge kan unnlates av hensynet til etterforskningen eller den mindreårige selv.

Vergens rett til å være til stede og uttale seg under politiavhør er regulert i straffeprosessloven § 232 tredje ledd og påtaleinstruksen § 8-3 annet ledd. Det følger av straffeprosessloven § 232 tredje ledd at dersom mistenkte er under 18 år «bør» vergen «som regel» gis anledning til å være til stede under avhøret og til å uttale seg. Lignende innhold følger av regelen i

¹⁰⁵ Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).

¹⁰⁶ Straffeprosessloven § 83 og vergemålsloven § 16.

påtaleinstruksen § 8-3 annet ledd om at vergen «så vidt mulig» skal underrettes om avhøret og «som regel» gis anledning til å være til stede og uttale seg.

Ordlyden etter straffeprosessloven § 232 tredje ledd om «bør» og «som regel» er uklar og tvetydig, og gir lite føringer utover at det kreves forsøk på å underrette vergen, og at dette hovedsakelig skal gjøres. Ordlyden tilsier imidlertid at det ikke stilles noen absolutte krav til å varsle og gi vergen mulighet til å være til stede jf. «bør». Tilsvarende uklarhet følger av påtaleinstruksen § 8-3 annet ledd.

Forarbeidene gir lite føringer på hvordan vilkåret skal tolkes og det nærmere innholdet i det. Innholdet er til en viss grad klargjort i rettspraksis. Slik ordlyden gir uttrykk for, innebærer ikke vilkårene «bør», «som regel» og «så vidt mulig» en ubetinget adgang til å la vergen være til stede under avhør og uttale seg. Det er likevel slått fast i høyesterettspraksis at straffeprosessloven § 232 tredje ledd og påtaleinstruksen § 8-3 annet ledd er forstått slik at vergen som hovedregel skal varsles og gis anledning til å være til stede og dermed kunne uttale seg.¹⁰⁷ Slik det ligger i ordlyden «gis anledning» vil det være tale om en rett for vergen. Dersom vergen varsles og av egen vilje ikke benytter seg av retten, er ikke dette til hinder for gjennomføring av avhøret.¹⁰⁸

I Rt. 1979 s. 1021 ble en 18 år gammel gutt dømt i lagmannsretten for forsettlig drap, og anket over saksbehandlingen, herunder at vergene ikke var til stede under avhør. Høyesterett uttalte at vurderingstemaet ved spørsmålet om vergen skal underrettes er om politiet har fått et forsvarlig grunnlag til å foreta avhør av den mindreårige uten at vergen har fått mulighet til å være til stede.¹⁰⁹ Det nærmere innholdet i dette er videre presisert i senere høyesterettspraksis.

I Rt. 2004 s. 858 ble en 16 år gammel gutt avhørt uten verge til stede, noe Høyesterett kom til at var en saksbehandlingsfeil jf. straffeprosessloven § 232 tredje ledd. Vurderingstemaet fastslått i Rt. 1979 s. 1021 ble videreført i denne avgjørelsen og Høyesterett trekker frem flere momenter som vil være av betydning. Her fremgår det at «ved vurderingen av om varsling kan unnlates, skal det blant annet legges vekt på sakens alvor, ulempene ved en utsettelse av avhøret, mistenktes alder og betydningen av at vergen er til stede».¹¹⁰ Etersom Høyesterett trekker frem flere momenter og uttaler at «blant annet» disse vil være av betydning ved vurderingen, taler

¹⁰⁷ Rt. 2004 s. 858 avsnitt 15.

¹⁰⁸ LB-2015-90290-2.

¹⁰⁹ Rt. 1979 s. 1021 s. 1023 og Rt. 2004 s. 858 avsnitt 15.

¹¹⁰ Rt. 2004 s. 858 avsnitt 15.

det for at momentene ikke er uttømmende og at det dermed må foretas en konkret helhetsvurdering.

Det første spørsmålet er om vergen kan unnlates å varsles, herunder ikke gis anledning til å være til stede og uttale seg der dette er for tidkrevende, og det ikke foreligger en reell mulighet for dette.

I Rt. 2004 s. 858 legges det til grunn at det ikke var redegjort for hvilke forsøk som var gjennomført for å varsle vergen. Det var kun opplyst at «foreldrene var bortreist», noe som fremstod som usikker informasjon.¹¹¹ Høyesterett la da til grunn at vergen kunne vært varslet og det forelå ingen saklig grunn som tilsa at vergen ikke burde vært gitt anledning til å være til stede under avhøret.¹¹² Dette tyder på en høy terskel for når tid og mulighet kan begrunne en unnlattelse av å varsle vergen.

Det er naturlig at det ved alvorlige saker skal mer til før tid og mulighet begrenser vergens rett til å bli varslet og gis mulighet til å være til stede. Selv om underrettspraksis er av begrenset rettskildemessig vekt vil denne bidra til å klargjøre rettstilstanden i mangel på høyesterettspraksis. I LB-2015-90290-2 var tiltalte på 17 år og 8 måneder i en sak om voldtekt, avhørt uten verge til stede. Vergen var kun varslet, men fikk ikke mulighet til å være til stede under avhøret. Her la retten vekt på at det var en saksbehandlingsfeil at avhøret ble påbegynt før det var avklart om vergen ønsket å være til stede. Det ble lagt vekt på at det var en «meget alvorlig straffesak». Det var da uten betydning at tiltalte nærmet seg 18 år.¹¹³ Dette taler for en høy terskel for å ikke la vergen være til stede der saken er alvorlig, selv om den mindreårige nærmer seg myndighetsalder.

Videre er EMK relevant ved tolkningen av innholdet i reglene om verge. Det stilles ingen eksplisitte krav etter EMK artikkel 6 om vergens rett til å være til stede og uttale seg i politiavhør, ved vurderingen av om det er gitt en rettferdig rettergang. På bakgrunn av at myndighetsalderen kan variere mellom ulike land, påvirker dette også reglene om verge. Selv om det ikke stilles noen eksplisitte krav i konvensjonsteksten om at vergen skal gis mulighet til tilstedeværelse, vil dette kunne være et moment i den overordnede vurderingen av om den mistenkte har fått en «fair trial». EMD påpekte i *Panovits mot Kypros* i forbindelse med

¹¹¹ Rt. 2004 s. 858 avsnitt 16.

¹¹² Rt. 2004 s. 858 avsnitt 16.

¹¹³ LB-2015-90290-2.

forsvarerspørsmålet og retten til en rettferdig rettergang at den mindreårige var avhørt i fravær av sin verge.¹¹⁴ Ettersom EMD ikke utelukkende har kommentert noe rundt betydningen av at faren ikke var til stede under avhøret, kan det tyde på at EMD i større grad legger vekt på tilstedeværelse av forsvarer, enn tilstedeværelse av verge.

Det følger av barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b (iii) at ethvert barn anklaget for å ha begått en straffbar handling har som garanti å få saken avgjort av en kompetent, uavhengig og upartisk myndighet i en rettferdig rettergang med tilstedeværelse av «his og her parents or legal guardians». Det er presisert av FNs barnekomite at foreldre eller andre verger også bør være til stede under saksgangen.¹¹⁵ Ettersom konvensjonsbestemmelsen tar sikte på tilstedeværelse av verge ved irettføringsstadiet, der saken går for en domstol, gir det ingen klar rett for vergen til å være til stede og uttale seg ved politiavhør.

Hensynet til barnets beste jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 er også av betydning. Ettersom barnets beste skal vektlegges i alle avgjørelser som berører barn vil det i mange tilfeller være til barnets beste at vergen varsles og gis anledning til å være til stede under avhøret. Dette begrunnes i at vergens rolle er å bidra til å ivareta den mindreåriges interesser.¹¹⁶ Dette vil imidlertid også avhenge av den mindreåriges alder. Dersom den mindreårige er nærmere 18 år er naturligvis terskelen lavere for å unnlate involvering av verge, enn der den mindreårige er 15 år. Dette tilsier en høy terskel for når tid og mulighet kan begrunne at vergen ikke skal varsles, eller få være til stede, og vil variere ut ifra barnets alder.

I mangel på andre sentrale rettskilder vil riksadvokatens retningslinjer kunne bidra til tolkningen, selv om kilden er av liten rettskildemessig vekt. Det følger av retningslinjene at det med dagens teknologi i de aller fleste tilfeller vil være mulig å underrette vergen, og hovedregelen er at dette skal gjøres. I de alvorlige sakene kreves det «betydelig arbeid» i å underrette vergen.¹¹⁷ Dette taler for at det foreligger en høy terskel, dersom unnlattelse av varsling begrunnes i hensyn til tid og mulighet der saken er av en viss alvorlighetsgrad.

¹¹⁴ *Panovits mot Kypros* [J] no. 4268/04 avsnitt 70.

¹¹⁵ CRC/C/GC/10 punkt. 53.

¹¹⁶ Vergemålsloven § 31.

¹¹⁷ Riksadvokaten (2023a) s. 21.

Det konkluderes etter dette med at det foreligger en høy terskel for når tid og mulighet kan begrunne unnlatelse av å varsle vergen, og unnlate å gi vergen mulighet til å være til stede. Dette gjelder spesielt i alvorlige saker og vil avhenge av barnets alder.

Det andre spørsmålet som reiser seg er om bestemmelsen åpner for å unnlate å varsle, eller nekte vergen å være til stede av andre grunner, eksempelvis av hensyn til etterforskningen eller den mindreårige mistenkte selv.

I Rt. 1979 s. 1021 var vurderingstemaet, slik nevnt innledningsvis, om politiet hadde et forsvarlig grunnlag å bygge på da personen ble avhørt uten verge. I avgjørelsen gjengis det at politiets begrunnelse for at foreldrenes nærvær ikke var ønskelig, var at foreldrene skulle føres som vitner for domfeltes drapsmotiver. Unnlatelsen var dermed begrunnet i hensynet til etterforskningen, noe retten uttalte at ikke var en «begrunnelse som etter sin art er usaklig».¹¹⁸ Det kan dermed trekkes slutninger fra dommen om at dersom hensynet er saklig begrunnet kan det av hensyn til etterforskningen unnlates å varsle vergen.

Selv om Rt. 2004 s. 858 kun direkte omhandler et tilfelle der tid og mulighet setter en begrensning for varsling av verge, vil det kunne trekkes slutninger fra avgjørelsen ved de tilfeller der hensynet til den mindreårige eller etterforskningen taler mot varsling og tilstedeværelse. Høyesterett uttaler at det i det konkrete tilfellet «forelå ingen saklig grunn som tilsa at vergen ikke burde gis anledning til å være til steder under avhøret».¹¹⁹ Det kan dermed trekkes slutninger også fra denne avgjørelsen om at dersom årsaken til at vergen ikke underrettes eller gis anledning til å være til stede bygger på en saklig grunn, vil det ikke foreligge noen saksbehandlingsfeil etter straffeprosessloven § 232 tredje ledd og påtaleinstruksen § 8-3 annet ledd.

Det kan dermed tenkes at hensynet til barnets beste utgjør en saklig grunn for å unnlate varsling. En lignende tanke kommer til uttrykk i barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b (iii) der det er sett behov for å oppstille et unntak hvor foreldre eller verge ikke gis anledning til å være til stede i de tilfeller «it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age and situation». Selv om dette knytter seg til irettføringsstadiet,

¹¹⁸ Rt. 1979 s. 1021 s. 1023.

¹¹⁹ Rt. 2004 s. 858 avsnitt 16.

kan det ha overføringsverdi til etterforskningsstadiet da det gir uttrykk for at det i visse tilfeller kan være til barnets beste å unnlate involvering av foreldre eller verger.

Et slikt standpunkt kan i relasjon til politiavhør også forankres direkte i hensynet til barnets beste slik det følger av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3. Det kan forekomme tilfeller der den mindreårige frykter foreldrenes reaksjoner, eksempelvis i form av at barnet kan risikere represalier eller fysisk avstraffelse i etterkant.¹²⁰ I slike tilfeller kan Grunnloven § 104 først ledd annet punktum og barnekonvensjonen artikkel 12 tale for at barnets synspunkter skal tillegges vekt i samsvar med «alder og modenhet» og samlet sett være sentrale i vurderingen av om vergen skal underrettes og gis mulighet til å være til stede under avhøret. I tråd med barnets rett til å uttale seg vil vekten av barnets synspunkter øke der barnet nærmer seg myndighetsalder.

Riksadvokatens retningslinjer underbygger også det standpunkt at barnet skal gis anledning til å uttale seg før vergen underrettes. Det fremgår her at barnets syn på at vergen skal underrettes, skal være en del av grunnlaget for hva som er til barnets beste.¹²¹ Selv om dette er av liten selvstendig rettskildemessig vekt, underbygger det standpunktet om at hensynet til barnets beste kan legge begrensninger på vergen rett til å bli varslet og få være til stede under avhør.

Det konkluderes med at det kan oppstilles unntak fra hovedregelen om varsling og tilstedeværelse, der unnlattelsen er saklig begrunnet i hensynet til etterforskningen eller den mindreårige.

¹²⁰ Rønneberg (2023) s. 261–262.

¹²¹ Riksadvokaten (2023a) s. 21.

3.3 Vergens valg av forsvarer

3.3.1 Det frie forsvarervalg etter straffeprosessloven § 94 første ledd

Et grunnleggende og sentralt prinsipp i norsk strafferettspleie er retten til fritt forsvarervalg.¹²² Dette er regulert i straffeprosessloven § 94 første ledd som sier at «siktede» har «rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg» på «ethvert trinn av saken», noe vedkommende skal gjøres kjent med.

Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd kun gjelder for «siktede» skal bestemmelsen tolkes vidt slik at den også gjelder mistenkte. Dette kan utledes av påtaleinstruksen § 8-1 annet ledd om at mistenkte skal gjøres kjent med retten til å la seg bistå av forsvarer. Videre underbygges dette av straffeprosessloven § 242 som også gir rett for mistenktes forsvarer til å gjøre seg kjent med saksdokumentene på etterforskningsstadiet på nærmere bestemt vilkår.¹²³

Ordlyden i «rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg» tilsier en generell rett for den mistenkte til å la seg representere av den forsvareren vedkommende ønsker. Dette forutsetter imidlertid at den mistenkte selv dekker utgiftene det medfører å engasjere den bestemte forsvareren.¹²⁴ Videre tilsier ordlyden «på ethvert trinn av saken» at denne retten til fritt forsvarervalg gjelder på alle stadier i rettsprosessen. Rettigheten gjelder dermed også på etterforskningsstadiet, herunder ved politiavhør.¹²⁵

Det kan etter dette tenkes at også mindreårige fritt kan oppnevne forsvarer, så lenge personen selv dekker kostnadene. Det følger imidlertid en unntak fra retten til fritt forsvarervalg for den mindreårige i straffeprosessloven § 94 annet ledd. Dette vil drøftes i det følgende.

3.3.2 Har vergen en ubetinget valgrett der forsvareren er privat engasjert?

Det følger av straffeprosessloven § 94 annet ledd at dersom den siktede, som også er å forstå mistenkte, er «under 18 år» er det «vergen som velger forsvarer». Det kan dermed reises

¹²² Rt. 2004 s. 950 avsnitt 26.

¹²³ NOU 1984: 27 s. 115.

¹²⁴ Øyen (2022) s. 120.

¹²⁵ Øyen (2022) s. 115 og Andenæs (2009) s. 68.

spørsmål rundt om vergen har en ubetinget og absolutt valgrett der forsvareren er privat engasjert.

Ordlyden i «vergen som velger forsvarer» er klar og gir anvisning på at vergen har en absolutt rett til å velge hvem som skal være forsvarer på vegne av den mindreårige. Ordlyden etterlater ingen tvil rundt at vergen har valgretten og denne rettigheten synes å gjelde absolutt.

Problemstillingen i det følgende blir dermed om bestemmelsens ordlyd skal tolkes innskrenkende slik at den mistenkte selv etter omstendighetene har valgretten. Det vil vurderes om andre rettskilder kan begrunne en innskrenkende tolkning.

Spørsmålet er ikke nærmere drøftet i forarbeidene. Det nevnes imidlertid at det er vergen som velger forsvarer når personen er under 18 år.¹²⁶ Dette kan tyde på en klar lovregel som ikke åpner for unntak. Problemstillingen er heller ikke klargjort gjennom rettspraksis.

Formålet med reglene om verge vil være av betydning. Utgangspunktet er at en mindreårig ikke har rettslig handleevne jf. vergemålsloven § 9, med unntak av noen tilfeller. Ettersom vergen står økonomisk ansvarlig for den mindreårige, vil det være uheldig dersom den mindreårige kan engasjere advokat på vergens regning. Det er dermed naturlig at dersom det skal engasjeres privat advokat, vil det være opp til vergen å bestemme hvem dette skal være. Dette taler mot en innskrenkende tolkning av bestemmelsen.

Videre vil EMK være av betydning. Den klare formuleringen i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c første alternativ sier at personen har rett til å forsvare seg «through legal assistance of his own choosing». Ettersom formuleringen ikke inneholder noen forbehold om innskrenkning i retten til å la seg bistå av forsvarer etter eget valg, taler dette for en innskrenkende tolkning av straffeprosessloven § 94 annet ledd. På den andre siden må EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c tolkes i lys av nr. 1, og det er dermed ikke gitt at bestemmelsen kan tolkes utelukkende etter sin ordlyd. Det er uklart om spørsmålet er besvart i EMD-praksis, men i mangel på holdepunkter for dette vil trolig ikke EMK artikkel 6 vært et sterkt moment for innskrenkende tolkning av straffeprosessloven § 94 annet ledd.

De spesielle bestemmelsene om barn, slik det følger av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 og 12 vil også kunne belyse problemstillingen. I relasjon til disse

¹²⁶ NUT 1969: 3 s. 190.

kan det vurderes om det er tilstrekkelig at den mindreårige mistenkte får mulighet til å uttale seg om hvem forsvareren skal være, eller om Grunnloven og barnekonvensjonen etter omstendighetene er et sterkt argument for selvbestemmelsesrett. Slik nevnt skal barnets mening tillegges vekt i tråd med alder og utvikling.¹²⁷ Dette innebærer at når den mindreårige er 15 år vil deres mening vektlegges i tråd med barnets utvikling. Dersom den mindreårige er 18 år vil deres mening tillegges enda større vekt, muligens så stor at den mindreårige også får valgrett. Dette kan etter omstendighetene tale for en innskrenkende tolkning av straffeprosessloven § 94 annet ledd, i de tilfeller den mindreårige nærmer seg myndighetsalder.

Videre er det lagt til grunn i juridisk teori at dersom den mindreårige og vergen er uenige i forsvarervalget vil dette løses av § 94 annet ledd, der vergen velger. Det er imidlertid lagt til grunn at denne bestemmelsen kun gjelder der forsvareren er offentlig oppnevnt og ikke privat engasjert.¹²⁸ Et slikt standpunkt kan begrunnes i straffeprosessloven § 83 der det heter at dersom den «siktede» er under 18 år har «også hans verge partsrettigheter». Selv om bestemmelsen knytter seg til «siktede» får den analogisk anvendelse for mistenkte, for å sikre realiteten ved blant annet vergens rett til å kreve dokumentinnsyn jf. straffeprosessloven § 242.¹²⁹ Dermed tilsier formuleringen «også» i § 83 at både den mindreårige og vergen har partsrettigheter. Dette taler for at vergen på lik linje med den mindreårige har partsrettigheter og i de tilfeller den mindreårige ønsker å oppnevne en bestemt forsvarer må dette kunne gjøres i kraft av utgangspunktet om fritt forsvarervalg i § 94 første ledd. Dette trekker svakt i retning av en innskrenkende tolkning.

Annen juridisk teori legger til grunn at det er vergen alene som velger forsvarer jf. § 94 annet ledd, da dette er en konsekvens av at vergen har partsrettigheter jf. § 83. Ved motstrid skal det dermed sees bort i fra den umyndiges eget ønske.¹³⁰ Dette taler svakt mot en innskrenkende tolkning av bestemmelsen. Juridisk teori er imidlertid av begrenset rettskildemessig vekt noe som svekker argumentenes verdi.

I lys av bestemmelsens klare ordlyd, og formålet med vergeordningen er det nærliggende å komme til at det ikke foreligger tungtveiende argumenter som taler for en innskrenkende

¹²⁷ Grunnloven § 104 første ledd annet punktum og barnekonvensjonen artikkel 12 første ledd.

¹²⁸ Keiserud mfl. (2020) s. 418.

¹²⁹ Øyen (2022) s. 111.

¹³⁰ Langbach (2016) s. 174.

tolkning av bestemmelsen. Konklusjonen er dermed at vergen har en absolutt rett til å velge forsvarer der forsvareren er privat engasjert jf. straffeprosessloven § 94 annet ledd.

3.3.3 Hvem har valgretten der forsvareren er offentlig oppnevnt?

Det kan videre reises spørsmål rundt hvem som har valgretten der forsvareren er offentlig oppnevnt etter straffeprosessloven § 100 annet ledd, ettersom bestemmelsen ikke uttrykkelig regulerer dette.

Det kan umiddelbart tenkes at valgretten ikke står særlig sterkt der forsvarer oppnevnes av det offentlige, og kostnadene dekkes deretter. Det følger imidlertid av straffeprosessloven § 102 første ledd tredje punktum at dersom det er «fremstøtt ønske om en bestemt forsvarer, skal denne oppnevnes». Dette innebærer at forsvarervalget som hovedregel også er fritt ved offentlig oppnevnt forsvarer, der utgiftene dekkes av det offentlige.¹³¹ Det finnes unntak fra fritt forsvarervalg slik det følger av § 102 første ledd, fjerde og femte punktum, men avhandlingen avgrenses mot nærmere redegjørelse av disse unntakene.

Bestemmelsen regulerer imidlertid ikke hvem som kan fremsette ønske om en bestemt forsvarer der personen det skal oppnevnes forsvarer for er mindreårig. Det må dermed vurderes om den mindreårige selv har valgretten, om det må foretas en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 94 annet ledd, eller om det må foreligge en konkret tilnærming til spørsmålet. Dette vil drøftes i det følgende.

Hvem som har valgretten der forsvareren er offentlig oppnevnt ser ikke ut til å være behandlet direkte i forarbeidene eller rettspraksis. Ettersom ordlyden i § 94 annet ledd ikke gir føringer på om vergen har valgrett der forsvareren er offentlig oppnevnt, vil alminnelig lovtolkning kunne bidra til å løse spørsmålet. Ettersom § 94 i sin helhet omhandler det generelle utgangspunktet om fritt forsvarervalg der kostandene dekkes av parten selv, taler dette mot at valgretten gjelder der det offentlige dekker utgiftene. Det kan tenkes å være et bevisst valg av lovgiver å unnlate å plassere en tilsvarende bestemmelse i § 100, eller referere til § 94 annet ledd i § 100. Dette trekker i retning av at en valgrett for vergen ikke er ment å gjelde der forsvarer er offentlig oppnevnt, og at valgretten da ligger hos den mindreårige.

¹³¹ Øyen (2022) s. 120–121.

På den andre siden er unntaket i § 94 annet ledd kapittelets første bestemmelse og kan dermed gi uttrykk for å være en generell bestemmelse som skal omfatte de tilfeller det foreligger en valgrett ved forsvarerspørsmål. Det er også den eneste bestemmelsen som sier noe om vergens rolle ved forsvarerspørsmålet, og gir dermed uttrykk for å gjelde generelt for mindreårige. Dette taler for analogisk anvendelse av bestemmelsen der forsvarer er offentlig oppnevnt etter § 100 annet ledd.

Videre kan EMK bidra til å tolke innholdet i straffeprosessloven. Det følger av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c annet alternativ, at dersom personen ikke har «sufficient means to pay for legal assistance», skal personen «be given it free when the interests of justice so require». Det kan ikke utledes en valgrett etter ordlyden i konvensjonsteksten, i de tilfeller det mottas fri rettshjelp. Dette skiller seg dermed fra første alternativ, der personen har en rett til å la seg bistå av forsvarer «of his own choosing». Dette innebærer at der utgiftene dekkes av det offentlige i henhold til annet alternativ, er det begrenset i hvilken utstrekning mistenkte valgfrihet gjelder.¹³² Det er dermed ikke et krav at den mistenkte selv får velge forsvarer der den er offentlig oppnevnt etter EMK artikkel 6.¹³³

I likhet med vurderingen under punkt 3.3.2 vil Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 og 12 være av betydning. Ettersom barn som nærmer seg myndighetsalder i større grad vil kunne ta selvstendige avgjørelser kan det tale for at barnet selv har valgrett. Desto lenger fra myndighetsalderen den mindreårige er, jo mer kan det tale for at valgretten ligger hos vergen, på bakgrunn av formålet med vergeordningen der vergen skal ivareta den mindreåriges interesser.¹³⁴ Dette taler for at det må foretas en konkret vurdering basert på omstendighetene i gjeldende sak.

Problemstillingen er i liten grad behandlet i juridisk teori. Det er likevel trukket frem at § 94 annet ledd kun gjelder ved offentlig oppnevnt forsvarer etter § 100 annet ledd. Dette begrunnes i at den mindreårige selv kan oppnevne forsvarer så lenge vedkommende betaler selv, noe som er begrunnet i at den mindreårige har partsrettigheter jf. § 83.¹³⁵ Standpunktet er imidlertid ikke videre begrunnet. Ettersom juridisk teori er av begrenset rettskildemessig vekt, trekker dette

¹³² Øyen (2022) s. 122.

¹³³ Kjølbro (2023) s. 747.

¹³⁴ Se punkt 3.3.2.

¹³⁵ Keiserud mfl. (2020) s. 418.

kun svakt i retning av at § 94 annet ledd kan anvendes analogisk der forsvarer er offentlig oppnevnt.

Det kan dermed tenkes at det er gode grunner for å falle tilbake på det generelle utgangspunktet i § 102, slik at den mindreårige selv velger forsvarer. Dette vil imidlertid være uheldig der den mindreårige er 15 år, og ikke i stand til å treffe slike avgjørelser på egenhånd. Hensynet til harmoni i regelverket, samt formålet med vergeordningen taler for at vergen har valgretten på vegne av den mindreårige, også der forsvarer er offentlig oppnevnt. Det er etter dette nærliggende å komme til at straffeprosessloven § 94 annet ledd gjelder analogisk på de tilfeller forsvareren er offentlig oppnevnt etter straffeprosessloven § 100 annet ledd. Valgretten ligger dermed hos vergen også der forsvareren er offentlig oppnevnt.

4 Veiledning i forbindelse med avhør

4.1 Utgangspunkt

Straffeprosessloven stiller krav til veiledning om ulike straffeprosessuelle rettigheter i forbindelse med avhør. Veiledningen vil i flere tilfeller være avgjørende for om den mistenkte forstår hvilke prosessuelle rettigheter personen har i kraft av å være mistenkt i en straffesak. Spesielt viktig gjør dette seg gjeldende der den mistenkte er mindreårig. Særlig sentralt står påtalemyndighetens plikt til å veilede den mistenkte om retten til taushet jf. straffeprosessloven § 232 første ledd, og retten til å la seg bistå av en forsvarer jf. straffeprosessloven § 94 første ledd.

Det kan reises spørsmål rundt om det kan gis avkall på disse rettighetene. I relasjon til dette er spørsmålet om den mindreårige selv har kompetanse til å frafalle retten til å forholde seg taus og dermed velge å avgi forklaring i avhør, noe som drøftes nærmere i punkt 4.2. Det kan også reises spørsmål rundt om den mindreårige kan frafalle retten til offentlig oppnevnt forsvarer etter § 100 annet ledd, men det avgrenses mot drøftelse av dette. Det kreves uansett at påtalemyndigheten veileder den mindreårige mistenkte om retten til taushet og retten til å la seg bistå av en forsvarer før det foretas avhør. Det vil i punkt 4.3 vurderes hvordan veiledning skal gis for å sikre at den mindreårige i tråd med alder og utvikling forstår hvilke rettigheter det veiledes om, samt innholdet i disse rettighetene.

4.2 Frafall av retten til taushet

Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for å ha begått et straffbart forhold, ikke har plikt til å forklare seg.¹³⁶ Prinsippet kommer til uttrykk i straffeprosessloven § 232 første ledd der det følger at før det foretas avhør av mistenkte «skal han gjøres kjent med» at han «ikke har plikt til å forklare seg».¹³⁷ Dette er også regulert i den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)¹³⁸ artikkel 14 nr. 3 bokstav g som også gjelder som norsk lov jf. menneskerettsloven § 2 nr. 3. Her følger det en rett til å ikke bli tvunget

¹³⁶ Rt. 2007 s. 932 avsnitt 17 og Rt. 1999 s. 1269 s. 1271.

¹³⁷ Tilsvarende innhold følger av påtaleinstruksen § 8-1 første ledd og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav a.

¹³⁸ International Covenant on Civil and Political rights (SP).

til å «testify against himself or to confess guilt». Tilsvarende innhold er også regulert i barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b (iv).

Selv om det ikke direkte følger av ordlyden i konvensjonsteksten, har EMD slått fast at det foreligger en rett til taushet etter EMK artikkel 6 nr. 1. En rett til å forholde seg taus er en generell internasjonal standard i kjernen av retten til en rettferdig rettergang.¹³⁹ Det foreligger dermed en bred regulering som trekker frem viktigheten av retten til taushet.

Videre er det generelle utgangspunktet at den mistenkte selv bestemmer om personen ønsker å avgi forklaring og dermed frafalle retten til taushet. Det kan likevel reises spørsmål rundt hvorvidt en mindreårig mistenkt kan ta en slik avgjørelse alene, om den må tas av den mindreårige og vergen i fellesskap, eller om denne retten tilligger vergen alene.¹⁴⁰

Det er ingen bestemmelser som uttrykkelig regulerer en slik problemstilling. Slik det kan utledes av straffeprosessloven § 83 vil «også» vergen ha partsrettigheter ved siden av den mindreårige. Bestemmelsen er taus ved videre presiseringer av innholdet i disse partsrettighetene, herunder om vergen har medbestemmelsesrett eller selvstendig bestemmelsesrett i alle tilfeller den mindreårige skal foreta et valg.¹⁴¹ Barneloven har også generelle bestemmelser om når barnet skal være med på å ta avgjørelser og har selvbestemmelsesrett.¹⁴² Barnelovens bestemmelser er imidlertid vage og uklare, og gir dermed ikke grunnlag for å besvare problemstillingen.¹⁴³

Vergen er heller ikke gitt en absolutt rett til å være til stede og uttale seg når den mindreårige avhøres. Slik drøftet under punkt 3.2 skal vergen som hovedregel gis anledning til å være til stede under avhør og uttale seg, men slik ordlyden gir inntrykk av kan det oppstilles unntak fra dette.

Dersom den mindreårige mistenkte og vergen skal ta avgjørelsen i fellesskap, eller avgjørelsen kan tas av vergen alene vil dette uthule poenget med straffeprosessloven § 232 tredje ledd. Ettersom det vil være mulig å gjennomføre et avhør uten at vergen varsles i forkant, vil en slik regulering forutsette at den mindreårige selv kan frafalle retten til taushet, og dermed velge å velge å avgi forklaring. Hadde dette valget vært gitt vergen alene ville man ikke kunne avhørt

¹³⁹ *John Murray mot Storbritannia* [GC] no. 18731/91 avsnitt 45.

¹⁴⁰ Øyen (2010) s. 369.

¹⁴¹ Øyen (2010) s. 369–370.

¹⁴² Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) §§ 31 og 33.

¹⁴³ Øyen (2010) s. 370.

den mindreårige uten at vergen alltid underrettes om avhøret, og dermed får mulighet til å være til stede og uttale seg. Det må etter dette legges til grunn at spesialreguleringen i § 232 tredje ledd forutsetter at den mindreårige selv bestemmer om forklaring skal gis, og dermed om retten til taushet skal frafalles.¹⁴⁴

Et slikt standpunkt kan også utledes av domspremissene fra EMD i *Panovits mot Kypros*. Den 17 år gamle Panovits hadde avgitt politiforklaring og tilstått ran og uaktsomt drap uten at faren var til stede da han bestemte seg for å avgi forklaring. EMD konstaterte krenkelse av både EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c da han ikke ble gjort kjent med retten til å la seg bistå av forsvarer, samt EMK artikkel 6 nr. 1 om retten til en «fair (...) hearing» da forklaringen hans var et vesentlig bevis i hans domfellelse. Selv om retten til taushet ble behandlet under begge punktene, reiste ikke flertallet spørsmålet rundt at den mindreårige selv hadde bestemt å avgi forklaring uten involvering fra hans verge. Dette gir grunnlag for å konstatere at den mindreårige mistenkte selv har kompetanse til å frafalle retten til å forholde seg taus.¹⁴⁵

Konklusjonen er på bakgrunn av dette at den mistenkte selv kan frafalle retten til taushet, og dermed velge å avgi forklaring i politiavhør.

4.3 Krav til veiledning der den mistenkte er mindreårig

Det kan stilles spørsmål rundt hvilke krav som stilles når politiet skal veilede den mindreårige mistenkte om personens rettigheter, både når det gjelder hvilket innhold som skal formidles og hvilken måte dette formidles på.

Veiledningsplikten ved retten til å forholde seg taus, og retten til forsvarer er bredt regulert i lovgivningen, noe som gir uttrykk for dets grunnleggende betydning. Det følger av straffeprosessloven § 232 første ledd at den mistenktes rett til å forholde seg taus, «skal han gjøres kjent med». Lignende innhold følger straffeprosessloven § 94 første ledd, om retten til å la seg bistå av en forsvarer der det kreves at «dette skal han gjøres kjent med». I de tilfeller forsvarer kan oppnevnes av det offentlige følger en veiledningsplikt implisitt av påtaleinstruksen § 8-1 annet ledd annet punktum. Her følger det at personen «bør spørres om hvem han ønsker oppnevnt som sin offentlige forsvarer når han har krav på slik forsvarer».

¹⁴⁴ Øyen (2010) s. 369–370.

¹⁴⁵ *Panovits mot Kypros* [J] no. 4268/04.

Selv om en veiledningsplikt ikke følger direkte av konvensjonsteksten i EMK artikkel 6, legger EMD til grunn at det ligger i retten til taushet og retten til å la seg representere av en forsvarer, at en person «charged with a criminal offence» har «the right to be notified of these rights».¹⁴⁶ Personen skal dermed også etter EMK opplyses om disse rettighetene.

Ordlyden i «skal» gjøres kjent med, slik det lyder i de sammenfallende bestemmelsene i straffeprosessloven og påtaleinstruksen er klar og tilsier en ubetinget plikt for etterforskere til å gjøre den mistenkte kjent med disse rettighetene jf. «skal». Det etterlates dermed ingen tvil rundt at den mistenkte har en absolutt rett til å gjøres kjent med disse rettighetene.

Bestemmelsene gir imidlertid ingen føringer på innholdet i veiledningsplikten og hvor informativ den må være, heller ikke når den mistenkte er mindreårige. Spørsmålet blir dermed om det er tilstrekkelig at det gis en standardisert forklaring av rettighetene, eller om det gjelder særlige krav til supplerende innhold og mer pedagogisk kommunisering av rettighetene når den mistenkte er mindreårig. Dette vil redegjøres for i det følgende.

Forarbeidene gir lite føringer på det nærmere innholdet i veiledningsplikten og hvordan dette skal kommuniseres. Formålet med veiledningsplikten er at den mistenkte gis informasjon på en forståelig måte.¹⁴⁷ Høyesterett har videre trukket frem at det sentrale er å sikre realiteten i rettigheten ved at det alltid skal veiledes om rettighetene før det gjennomføres avhør.¹⁴⁸ For å sikre realiteten kreves det at personen får mulighet til å treffe et informert valg.

For å oppnå formålet om at den mindreårige skal kunne treffe et informert valg kreves det at den mindreårige forstår innholdet i rettigheten. Hva som er forståelig for et barn skiller seg naturligvis fra voksne ettersom barn har dårligere kommunikasjonsevner.¹⁴⁹ Dette tyder på at veiledningen må skje gjennom en klar og tydelig, trolig også gjentakende, formidlingsmåte, og ved bruk av et barnevennlig språk.

Høyesterett har behandlet i hvilken utstrekning veiledning skal gis der den som skal veiledes er mindreårig. I HR-2016-2171-A ble en jente på 14 ½ år avhørt som fornærmet i straffesak, der hun ikke ble informert om reglene om fritak for vitneplikt jf. strpl. §§ 122 og 123 jf. § 127 første ledd. Selv om saken omhandlet en mindreårig med status som fornærmet, vil Høyesteretts

¹⁴⁶ *Ibrahim mfl. Storbritannia* [GC] no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40351/09 avsnitt 272-273 og *Simeonovi mot Bulgaria* [GC] no. 21980/04 avsnitt 119.

¹⁴⁷ NOU 2007: 7 s. 101.

¹⁴⁸ Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17.

¹⁴⁹ Rønneberg (2023) s. 260.

redegjørelse for krav til veiledningen ha overføringsverdi til hvordan mindreårige mistenkte skal veiledes i forbindelse med avhør.¹⁵⁰ De spesielle barnerettslige hensyn som Høyesterett trekker frem og begrunner utstrekningen av veiledningsplikten ut ifra, vil også gjøre seg gjeldende der den mindreårige er mistenkt for et straffbart forhold.

Ved vurderingen av hva som kreves av veiledning fremhever Høyesterett at «barnet må gis tilstrekkelig informasjon til å forstå at forklaringen kan bli brukt i en straffesak».¹⁵¹ Av dette kan det tenkes at Høyesterett krever at dersom barnet ikke forstår juridiske begreper må disse oversettes til ord barnet forstår. Dersom det foreligger tvil om barnet forstår at forklaringen som gis kan bli brukt i straffesak, må innholdet klargjøres. Høyesterett uttaler at lagmannsretten bygget på en uriktig tolkning av § 127 da det ble lagt til grunn at det var tilstrekkelig at barnet ble «orientert» om at det er valgfritt å forklare seg.¹⁵² Dette vil også ha overføringsverdi til krav om veiledning etter § 232 første ledd og § 94 første ledd. Det gir uttrykk for at barnet må forstå innholdet i rettighetene det veiledes om, noe politiet må forsikre seg om.

Slik det følger av barnekonvensjonen artikkel 40 nr.1 skal barn som anklages for å ha begått en straffbar handling behandles på en måte som «tar hensyn til barnets alder». FNs barnekomité har i relasjon til informasjon om anklagene rettet mot den mindreårige, uttalt at det kan være nødvendig at formelle juridiske begreper oversettes, til språkform barnet forstår.¹⁵³ Dette bærer preg av en tolkningsuttalelse og er dermed av en viss vekt. Videre vil dette naturligvis ha overføringsverdi til de tilfeller politiet skal informere den mindreårige om andre rettigheter barnet har. Ettersom barns alder og utvikling er ulik, taler dette for at hva som er tilstrekkelig veiledning må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Videre kan EMK bidra til å fastleggingen av innholdet i veiledningsplikten. Ettersom EMD har innfortolket en veiledningsplikt i EMK artikkel 6, må veiledningspliktens innhold der den mistenkte er mindreårig vurderes i lys av EMDs praksis.¹⁵⁴ I saken *Ibrahim mfl. mot Storbritannia* trekker EMD frem at for å sikre vernet som følger av retten til å la seg bistå av forsvarer og retten til taushet er det «crucial that suspects be aware of them», altså nødvendig at de er klar over rettighetene. Slik veiledning vil være avgjørende for at rettighetene etter

¹⁵⁰ Kjelby og Øyen (2023) s. 276–277.

¹⁵¹ HR-2016-2171-A avsnitt 40.

¹⁵² HR-2016-2171-A avsnitt 41 og 42.

¹⁵³ CRC/C/GC/10 punkt 47.

¹⁵⁴ Kjelby og Øyen (2023) s. 277.

konvensjonen skal være «practical and effective and not theoretical and illusory».¹⁵⁵ EMD trekker også frem at det i prinsippet ikke er noen legitim begrunnelse for å unnlate å orientere en mistenkt om disse rettighetene.¹⁵⁶ Dette tilsier at veiledningsplikten er helt sentral for ivaretagelsen av rettighetene.

Hva som kreves for at veiledningen anses tilstrekkelig der den mistenkte er mindreårig er videre tatt opp i den nevnte *Panovits mot Kypros*. Saken gjaldt blant annet krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c fordi politiet ikke informerte klageren om retten til å la seg bistå av en forsvarer. Veiledning om retten til taushet var kun gjort gjennom opplesning av rettigheten uten videre forsikring om at klageren forstod det videre innholdet i det.¹⁵⁷

EMD fremhever at dersom det reises straffeanklager mot barn er det avgjørende at barnet behandles på en måte som tar hensyn til alder, modenhet og både intellektuell og emosjonelle evner. For å oppnå dette må det foretas handlinger for å bidra til at den mindreårige forstår og får mulighet til å delta rettsprosessen.¹⁵⁸ For at en mindreårig skal kunne gi avkall på så sentrale konvensjonsrettigheter som følger av EMK artikkel 6 kan dette bare aksepteres dersom avkallet er gitt på en utvetydig måte, etter at politiet har foretatt alle rimelige skritt for å sikre at personen er fullstendig klar over sine rettigheter og konsekvenser av avkall.¹⁵⁹ Dette tyder på at det etter EMD-praksis også kreves at den mindreårige er helt klar over innholdet i rettighetene og konsekvensene av avkall, noe politiet skal forsikre seg om.

Det fremgår også av riksadvokatens retningslinjer at informasjonen som gis må være tilpasset mistenktes alder, utvikling og funksjonsnivå.¹⁶⁰ Dette innebærer naturligvis at den som kommuniserer rettighetene oversetter juridiske begreper til ord barnet forstår. Det er også lagt til grunn i juridisk teori at veiledningen må være tilstrekkelig informativ og pedagogisk i tråd med mistenktes alder og omstendighetene ellers.¹⁶¹ Etersom barn ikke har like gode kommunikasjonsevner som voksne, stilles det særlige krav til politiet ved veiledning til barnet om dets straffeprosessuelle rettigheter. Det kreves at den som veileder forsikrer seg om at barnet faktisk har forstått innholdet i rettighetene.¹⁶² Dette er i tråd med formålet om

¹⁵⁵ *Ibrahim mfl. Storbritannia* [GC] no. 50541/08, 5071/08, 50573/08 og 40351/09 avsnitt 272 og *Beuze mot Belgia* [GC] no. 71409/10 avsnitt 129 med videre henvisninger.

¹⁵⁶ *Beuze mot Belgia* [GC] no. 71409/10 avsnitt 130.

¹⁵⁷ *Panovits mot Kypros* [J] no. 4268/04 avsnitt 69 jf. avsnitt 44.

¹⁵⁸ *Panovits mot Kypros* [J] no. 4268/04 avsnitt 67.

¹⁵⁹ *Panovits mot Kypros* [J] no. 4268/04 avsnitt 68.

¹⁶⁰ Riksadvokaten (2023a) s. 28.

¹⁶¹ Øyen (2010) s. 194.

¹⁶² Rønneberg (2023) s. 260.

veiledningsplikten som skal sikre at den mindreårige i det konkrete tilfellet kan treffe et informert valg. Selv om disse kildene har lite selvstendig rettskildemessig vekt underbygger de likevel de øvrige sentrale rettskildene.

I lys av formålet med veiledningsplikten, høyesterettspraksis, barnekonvensjonen og EMK med tilhørende praksis fra EMD, stilles det særlige krav til veiledning der den mistenkte er mindreårig. Det kreves at veiledningen gis på en forståelig måte, blant annet ved at juridiske begreper oversettes til et barnevennlig språk, og formidlingen tilpasses barnets alder og modenhet. Den som veileder den mindreårige mistenkte må videre forsikre seg om at personen forstår innholdet i disse rettighetene.

Litteraturliste

Norske lover

- | | |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1814 | Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov. |
| 1981 | Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova). |
| 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). |
| 2010 | Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven). |

Norske forskrifter

- | | |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1985 | Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen). |
| 2015 | Forskrift 24. september nr. 1098 om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner (tilrettelagte avhør). |

Internasjonale konvensjoner

- | | |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| EMK | Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, Italy, 4 November 1950. |
| SP | International Covenant on Civil and Political rights, New York City, USA, 16 December 1966. |

Barnekonvensjonen

Convention on the Rights of the Child, New York City,
USA, 20 November 1989.

Norske lovforarbeider og stortingsdokumenter

NUT 1969: 3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven).
NOU 1984: 27	Ny påtaleinstruks.
Ot.prp. nr. 66 (2001–2002)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.).
NOU 2007: 7	Fritz Moen og norsk strafferettspleie.
Ot.prp. nr.104 (2008–2009)	Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.).
Prop. 141 L (2009–2010)	Endringer i straffeprosessloven mv.
Prop. 135 L (2010–2011)	Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff).
Innst. 57 L (2010–2011)	Innstilling fra justiskomiteen om endringer i straffeprosessloven mv.
Innst. 169 S (2012–2013)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov.

Innst. 182 S (2022–2023)

Innstilling fra justiskomiteen om Representantforslag fra stortingsrepresentantene Andreas Sjalg Unneland, Marian Hussein og Kathy Lie om styrking av barnehusene – helhetlig ivaretagelse og oppfølging av barn i saker om vold og seksuelle overgrep.

Dokument 8:41 S (2022–2023)

Representantforslag om styrking av barnehusene – helhetlig ivaretagelse og oppfølging av barn i saker om vold og seksuelle overgrep, 17. november 2022,
<https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/representantforslag/2022-2023/dok8-202223-041s.pdf>

Norske retningslinjer fra riksadvokaten

Riksadvokaten (2023a)

Riksadvokaten, *Retningslinjer for politiavhør av barn og særlige sårbare personer som mistenkt i straffesak*, Riksadvokatens skriftserie 1/2023, 18. september 2023.

Riksadvokaten (2023b)

Riksadvokaten, *Notat om forsvarerbistand ved politiavhør av barn og særlig sårbare personer som mistenkt i straffesak - vedlegg til riksadvokatens retningslinjer 18. september 2023 om politiavhør av barn og særlig sårbare personer som mistenkt i straffesak*, Riksadvokatens skriftserie 1/2023, 18. september 2023.

Norske rettsavgjørelser

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1979 s. 1021

Rt. 1999 s. 1269 Verksbetjent.

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2004 s. 950

Rt. 2004 s. 858

Rt. 2007 s. 932

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 844

Rt. 2015 s. 1388

HR-2016-2171-A

HR-2017-1894-U

HR-2018-2096-A

HR-2020-661-S

HR-2020-2214-U

Avgjørelser fra lagmannsretten

LB-2015-90290-2

LB-2017-125256

LB-2018-33243

LH-2020-114487

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Quaranta mot Sveits	Case of Quaranta v. Switzerland [J], European Court of Human Rights no. 12744/87, Strasbourg, 24 May 1991.
John Murray mot Storbritannia	Case of John Murray v. The United Kingdom [GC], European Court of Human Rights no. 18731/91, Strasbourg, 8 February 1996.
Panovits mot Kypros	Case of Panovits v. Cyprus [J], European Court of Human Rights no. 4268/04, Strasbourg, 11 December 2008.
Ibrahim mfl. mot Storbritannia	Case of Ibrahim and Others v. The United Kingdom [GC], European Court of Human Rights no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, Strasbourg, 13 September 2016.
Simeonovi mot Bulgaria	Case of Simeonovi v. Bulgaria [GC], European Court of Human Rights no. 21980/04, Strasbourg, 12 May 2017.
Correia De Matos mot Portugal	Case of Correia De Matos v. Portugal [GC], European Court of Human Rights no. 56402/12, Strasbourg, 4 April 2018.
Beuze mot Belgia	Case of Beuze v. Belgium [GC], European Court of Human Rights no. 71409/10, Strasbourg, 9 November 2018.

Praksis fra traktatorganer

CRC/C/GC/10 Committee on the Rights of the Child, General comment no. 10, 15 January – 2 February 2007.

CRC/C/GC/14 Committee on the Rights of the Child, General comment no. 14, 29 May 2013.

Hørings svar og høringsuttalelser

Barneombudet (2023a) Barneombudet. «Hørings svar – retningslinjer for politiavhør av barn og særlig sårbare personer som er mistenkt i en straffesak.», 23. juni 2023, <https://www.barneombudet.no/vart-arbeid/hoyringssvar/horingssvar-retningslinjer-for-politiavhor-av-barn-og-saerlig-sarbare-personer-som-er-mistenkt-i-en-straffesak> (Hentet 5. oktober 2023).

Barneombudet (2023b) Barneombudet. «Høring - Ny straffeprosesslov.», 6. juni 2017, <https://www.barneombudet.no/uploads/documents/Barneombudet-mener/Horingssvar/2017/Horing-Ny-straffeprosesslov.pdf> (Hentet 5. oktober 2023).

Litteratur

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

- Fredriksen (2018) Fredriksen, Steinar. *Innføring i straffeprosess*, 4. utgave., Gyldendal (Oslo 2018).
- Horn (2017) Horn, Thomas. *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse - Rettspolitiske vurderinger*, Fagbokforlaget (Bergen 2017).
- Harris mfl. (2023) Harris, David, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla M. Buckley, Krešimir Kamber, Zoë Bryanston-Cross, Peter Cumper og Heather Green. *Law of the European Convention on Human Rights*, 5. utgave., Oxford University Press (Oxford 2023).
- Keiserud mfl. (2020) Keiserud, Erik, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørddal. *Straffeprosessloven – Lovkommentar*, 5. utgave., Bind I, Universitetsforlaget (Oslo 2020).
- Kjelby (2023) Kjelby, Gert Johan. *Påtalerett*, 3. utgave., Cappelen Damm (Oslo 2023).
- Kjelby og Øyen (2023) Kjelby, Gert Johan og Ørnulf Øyen. *Barnekonvensjonen og norsk straffeprosess*. I Ingun Fornes, Anna Nylund og Anneken K. Sperr (red.). *Barnekonvensjonen i norsk rett – prinsipper og praksis*. Gyldendal (Oslo 2023).
- Kjølbros (2023) Kjølbros, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 6. utgave., Djøf Forlag (København 2023).
- Langbach (2016) Langbach, Tor. *Straffesaksbehandlingen i tingrettene*, 2. utgave., Gyldendal (Oslo 2016).
- Matningsdal (2002) Matningsdal, Magnus. *Påtaleinstruksens rettslige karakter og virkning*. I Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt. *Nybrott og odling. Festskrift til Nils*

Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2002. Fagbokforlaget (Bergen 2002).

Rønneberg (2023)

Rønneberg, Anne Lise. *Avhør av barn og særlig sårbare voksne i straffesaker – med særlig vekt på tilrettelagte avhør*. Universitetsforlaget (Oslo 2023).

Strandbakken (2019)

Strandbakken, Asbjørn. *Retten til bistand av forsvarer ved politiavhør – en kritisk vurdering av Rt. 2015 s.844 og forslaget til ny straffeprosesslov*. I Knut Erik Sæther, Kjerstin A. Kvande, Runar Torgersen og Ulf Stridbeck (red.). *Straff og frihet - Til vern om den liberale rettsstat. Festschrift til Tor-Aksel Busch*. Gyldendal (Oslo 2019).

Øyen (2010)

Øyen, Ørnulf. *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*. Fagbokforlaget (Bergen 2010).

Øyen (2022)

Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*, 3. utgave., Fagbokforlaget (Bergen 2022).

Nettbaserte kilder

Barneombudet (2023c)

Barneombudet. «Bekymret for mistenkte barns rettssikkerhet.», 6. mars 2023, <https://www.barneombudet.no/vart-arbeid/brev-til-myndighetene/bekymret-for-mistenkte-barns-rettssikkerhet> (Hentet 20. august 2023).

Frøberg mfl. (2021)

Frøberg, Thomas, Gert Johan Kjelby, Anders Løvlie og Runar Torgersen, Karnov norsk lovkommentar: Straffeprosessloven, note 3 til § 100 annet ledd, Lovdata.no, 3. november 2021 (hentet 10. oktober 2023).

Rachlew (2022)

Rachlew, Asbjørn. «Avhør av mistenkte barn – Silje saken – en kritisk analyse.», Riksadvokatembetet

/Politihøgskolen 2022, https://phs.brage.unit.no/phs-xmlui/bitstream/handle/11250/2833034/avhor_av_mistekte_barn.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Hentet 25. august 2023).

Regjeringen (2023)

Regjeringen. «Generelle kommentarer fra FNs barnekomité.», Sist oppdatert 7. desember 2023, <https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/fns-barnekonvensjon/generelle-kommentarer-fra-fns-barnekomit/id573909/> (Hentet 20. november 2023).