

Barns rett til vitnefritak overfor nærstående

Harmonerer straffeprosessloven §122 om at «Fritak for vitneplikt gjelder ikke for fornærmede eller vitner under 12 år», med Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon og FNs barnekonvensjon?

Kandidatnr. 217

Ord: 14 981



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet
UNIVERSITETET I BERGEN

26.05.15

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	4
1.1 Vitneplikt og fritaksrett for nærstående	4
1.2 Videre fremstilling.....	5
1.3 Sentrale formål og hensyn under problemstillingen.....	6
1.3.1 Formålsbetraktninger i lovgivnings- og rettsanvendelsesprosessen	6
1.3.2 Barnets beste	6
1.3.3 Hensynet til sakens opplysning	7
1.3.4 Oppklaring og bekjempelse av familievold	8
1.3.5 Respekt for familielivet.....	9
1.4 Vold i nære relasjoner	10
1.4.1 Statistikk om barn utsatt for familievold	10
1.4.2 Barn som lever med vold i familien	10
2 Bakgrunnen for lovendringen	11
2.1 Årsaken til at §122 første ledd tredje punktum ble vedtatt.....	11
2.1.1 Høyesterett om vitnefritak for barn	12
2.1.2 Betydningen av mindretallets votum	12
2.1.3 Bemerkninger til mindretallets begrunnelse	12
2.2 Vedtakelse av lovendringsforslaget	13
2.2.1 Initiativ fra Stine Sofies Stiftelse.....	13
2.2.2 Standpunkt fra høringsinstansene	13
2.2.3 Justisdepartementets konklusjon	14
2.3 Bemerkninger til forarbeidene	15
3 Grunnloven om respekt for familieliv og hensynet til barnets beste	16
3.1 Formålet med grunnlovsfestningen	16
3.2 Respekt for familielivet.....	17
3.3 Hensynet til barnets beste.....	17
4 Internasjonal rett om barns rett til vitnefritak overfor nærstående	18
4.1 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen	18
4.1.1 Vitneplikt og vitnefritak etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.....	18
4.1.2 Van der Heijden v. Nederland om vitnefritak for nærstående i medhold av artikkel 8	19
4.1.2.1 Domstolens argumentasjon	19
4.1.3 Får dommen konsekvenser for barns vitneplikt etter straffeprosessloven §122?	20
4.2 FNs barnekonvensjon om hensynet til barnets beste og barnets rett til å bli hørt	22
4.2.1 Problemstillingen.....	22

4.2.2 FNs barnekomité om tolkningen av bestemmelsene	22
4.2.2.1 Hvilken rettskildemessig vekt får barnekomiteens uttalelser i norsk rett?	22
4.2.3 Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.....	23
4.2.3.1 Vil Barnekomiteen anse vitneplikten for barn under 12 år som til barnets beste?	23
4.2.3.1.1 Kravet til synlig vurdering	23
4.2.3.1.2 Kravet til juridisk representasjon	24
4.2.4 Barnets rett til å bli hørt	25
4.2.4.1 Formålet med artikkel 12	25
4.2.4.2 Gjelder en aldersgrense for retten til å bli hørt?	26
4.2.5 Innebærer artikkel 12 at barnet har rett til å bli hørt i spørsmålet om vitnefritak etter strpl. §122?	26
4.2.5.1 Beskyttelse av barnet.....	26
4.2.5.2 Frivillighet og respekt.....	27
4.2.5.3 Foreløpig konklusjon.....	27
4.2.6 Betydningen av artikkel 3 og artikkel 12 i norsk rett.....	28
4.2.6.1 Borgarting Lagmannsretts syn på spørsmålet i LB-2014-13067	28
4.2.6.2 Bemerkninger til Lagmannsrettens dom.....	28
4.2.6.2.1 Artikkel 12 sett i sammenheng med artikkel 3	28
4.2.6.3 Var det til barnas beste å avgi forklaring?.....	29
5 Rettsutvikling	30
5.1 Hvordan barns vitnesituasjon kunne vært regulert	30
5.2 Lovendring?	31
 <i>Litteraturliste</i>	 33

1 Innledning

1.1 Vitneplikt og fritaksrett for nærstående

I de fleste straffesaker hvor siktede ikke har gitt en uforbeholden tilståelse, er vitnebevis de viktigste bevis.¹ For å forsøke å oppklare de påståtte straffbare forhold, pålegger lovgivningen derfor borgerne vitneplikt. Den overordnede hovedregel for vitneplikten er straffeprosessloven² §108, som fastslår at enhver plikter «å møte som vitne og forklare seg overfor retten, med mindre annet er bestemt ved lov.» Straffeprosessloven fastslår ingen aldersregulering av vitneplikten, og det er i utgangspunktet tillatt å føre vitner i alle aldre, forutsatt at vitnet er modent nok til å ha en fornuftig mening.³

Straffeprosessloven §122 representerer et unntak «bestemt ved lov». I første ledd fastslås et klart prinsipp om at et vitne ikke har forklaringsplikt overfor sine nærmeste.⁴ Fritaksretten er personlig rett for hvert enkelt vitne, og vitnet avgjør selv hvorvidt fritaksretten skal benyttes dersom bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt.⁵ Det er ikke nødvendig for vitnet å påberope et grunnlag for fritaksretten.⁶ Selv om vedkommende har anmeldt den påståtte gjerningsmannen, forklart seg om forholdet og begjærer tiltale, kan vitnet alltid endre sitt standpunkt og avstå fra å gi ytterligere forklaring videre i rettsforfølgningen.⁷

Fritaksrettigheten bygger på en tanke om at man ikke skal tvinges til å forklare seg urett, og samtidig at man ikke skal fremtvinge mulige inkriminerende uttalelser fra personer som står i et nært forhold til den saken gjelder.⁸ Bestemmelsen fungerer også som en beskyttelse for vitnet, eksempelvis dersom vitnet frykter hvordan gjerningsmannen reagerer på vitnets forklaring.⁹

Det følger av §122 første ledd tredje punktum at fritaksretten overfor nærstående «ikke [gjelder] for fornærmede eller vitner under 12 år». Denne bestemmelsen ble vedtatt i 2008¹⁰, og innebærer at barn som er yngre enn 12 år ikke har mulighet fra å avstå fra vitneforklaring i straffesak hvor en nærstående er tiltalt.

Hovedspørsmålet for oppgaven er hvorvidt §122 første ledd tredje punktum harmonerer med respekten for familielivet, samt hensynet til hva som er barnets beste. Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon¹¹ artikkel 8 lovfester at «enhver har rett til respekt for sitt ... familieliv». FNs barnekonvensjon¹² artikkel 3 hjemler at «barnets beste skal være et grunnleggende hensyn» ved alle handlinger som berører barn. De grunnleggende spørsmål for oppgaven er om vitneplikten for barn under 12 år griper inn i respekten for familielivet, og om det er til det beste for barnet å måtte forklare seg overfor nærstående som er tiltalt i en familievoldssak.

¹ Andenæs 2009, s. 175

² LOV-1981-05-22-25 – strpl.

³ Andenæs 2009, s. 183

⁴ «Siktetes ektefelle, slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, søsken og like nær besvogrede er fritatt for vitneplikt.»

⁵ Andenæs 1992, s. 340

⁶ Andenæs 2009, s. 199

⁷ Kjelby s. 10

⁸ NUT-1969:3 s. 203

⁹ Kjelby s. 10

¹⁰ Ot.prp.nr.11(2007-2008)

¹¹ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter – EMK

¹² De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter

Konvensjonene har stor betydning for norsk rett, ettersom begge er inkorporert og skal samsvare med norske lovbestemmelser, jf. menneskerettsloven¹³ §2 første ledd nr. 1 og 4. Ved motstrid skal konvensjonene «gå foran» annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §3. Bestemmelsenes sterke stilling bevises også ved at respekten for familielivet og hensynet til barnets beste gitt er grunnlovs rang gjennom lovendring i 2014¹⁴, jf. Grunnloven¹⁵ §102, og §104.

Oppgaven drøfter problemstillingen med utgangspunkt i barnets vitneplikt i saker om familievold og hvor barn er offer for overgrep mot en nærstående. Straffeprosessloven §122 første ledd omfatter situasjonen at barnet selv er offer for overgrep begått av nærmeste familie, og de tilfeller hvor barnet observerer at nærstående utøver vold mot tredjemann. Barnet kan dermed være direkte eller indirekte utsatt for volden. Til tross for at disse situasjonene er ulike, har lovgiver valgt ikke å skille mellom dem. Avgjørende synes å være at også situasjoner hvor barn er vitne kan være meget alvorlige, særlig dersom det er et nært familiemedlem som blir utsatt for volden. Justisdepartementet mener slike situasjoner «ikke [vil] være særlig annerledes enn for barn som er fornærmet».¹⁶

Endringen medfører store konsekvenser for barn i vanskelige situasjoner, da barna blir fratatt en rett som er en selvfølge for andre voksne. Et sentralt spørsmål for oppgaven er derfor hvorfor lovgiver ønsket å frata barn under 12 år fritaksretten. Lovgivers intensjoner med lovendringen gir også svar på hvilke hensyn som er balansert i lovgivningsprosessen, og hvorvidt lovgiver har problematisert strpl. §122 mot EMK og barnekonvensjonen.

1.2 Videre fremstilling

Det vil i det følgende redegjøres for sentrale formål og hensyn i kapittel 1.3. Deretter gis det i kapittel 1.4 en oversikt over omfanget av vold i nære relasjoner i Norge i dag, for å belyse problemstillingens aktualitet.

Rettsområdets utvikling frem mot endringen av §122 første ledd klarlegges i kapittel 2. Mindretallets votum i Rt-2005-1293 – én av fem dommere – medførte at problemstillingen ble behandlet av Justisdepartementet, og var dermed utgangspunktet for lovendringen. Innholdet i §122 og formålet bak lovendringen klarlegges gjennom forarbeidene for å drøfte hvorvidt bestemmelsen samsvarer med respekten for familielivet og hensynet til barnets beste. Videre gis det i kapittel 3 en oversikt over grunnlovsfestningen av respekten for familielivet og hensynet til barnets beste.

Hoveddelen av oppgaven består i en drøftelse av §122 i et internasjonalt perspektiv, sett opp mot Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen og FNs barnekonvensjon, og deres regulering av spørsmålet om vitnefritak for nærstående, jf. kapittel 4.

Først tas det utgangspunkt i den Europeiske Menneskerettighetsdomstolens syn på spørsmålet. Dommen Van der Heijden mot Nederland¹⁷ er av stor interesse. Spørsmålet var hvorvidt staten hadde brutt EMK artikkel 8 om respekt for «familieliv» ved å kreve at tiltaltes samboer skulle vitne mot ham. Den sentrale problemstilling er hvorvidt dommen kan få betydning for rettstilstanden i Norge.

¹³ LOV-1999-05-21-30 – mnskrl.

¹⁴ Kunngjort ved res. 20 juni 2014 nr. 778

¹⁵ LOV-1814-05-17 – Grl.

¹⁶ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 58

¹⁷ (no.42857/05), 12 april 2012

FNs barnekonvensjon får også en sentral stilling i oppgaven. Særlig viktig er spørsmålet om konvensjonens bestemmelser er tatt hensyn til ved lovendringen. Det har oppstått diskusjon om vitnesituasjonen er til barnets beste etter konvensjonens artikkel 3, og hvorvidt artikkel 12 om barns rett til å bli hørt ble ilagt tilstrekkelig vekt av Justisdepartementet, og ikke desto mindre om artikkelen var tolket på riktig måte. I en lagmannsrettsavgjørelse konkluderte nemlig retten med at for å ivareta hensynet til barnets beste, må retten til å bli hørt etter artikkel 12 vike dersom den er i strid med barnets beste.¹⁸ Høyesterett avviste anke av saken.

I kapittel 5 gis en fremstilling av hvordan vitnesituasjonen for barn kunne vært regulert, med hensyn til vernet og rettighetene som EMK og barnekonvensjonen gir. Avslutningsvis belyses regjeringens nye lovforslag angående vitnesituasjonen for barn.

1.3 Sentrale formål og hensyn under problemstillingen

1.3.1 Formålsbetraktninger i lovgivnings- og rettsanvendelsesprosessen

Lovhjemmelens formål er sentralt for å klarlegge bestemmelsens innhold. Formål og legislative hensyn er også retningsgivende i vektingen av motstridende lovbestemmelser. Noen formål og hensyn fremkommer direkte av lovteksten, slik som hensynet til barnets beste og respekt for familielivet, jf. EMK, Barnekonvensjonen og Grunnloven.

Formålene bak strpl. § 122 fremkommer ikke i lovteksten, men gjennom forarbeidene, som gir uttrykk for lovgiverviljen. For å være lojal mot lovgiver, må de relevante formål og hensyn i relasjon til vitnefritak tillegges vekt i drøftingen av problemstillingen. Derfor gis også en oversikt over øvrige sentrale formål og hensyn som berører oppgavens problemstilling, herunder hensynet til sakens opplysning, samt oppklaring og bekjempelse av familievold.

1.3.2 Barnets beste

Å ta hensyn til hva som er «barnets beste», er godt innarbeidet i rettslige prosesser hvor barn er involvert.¹⁹ Etter FN's barnekonvensjon artikkel 3 er hovedregelen at barnets beste skal være et «*grunnleggende hensyn*» i alle prosesser som berører barnet. Grunnloven §104 fastslår at «*Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*».

Prinsippet om hva som er til det beste for barnet, er ikke alltid like selvforklarende som uttrykket gjerne fremstår. Hva som er barnets beste kan være forskjellig ut fra hvilket perspektiv man ser spørsmålet fra, særlig hensett til konsekvensene av vurderingen. Barns personligheter er også ulike. Barn har forskjellige modningsnivåer og takler vanskelige situasjoner på ulike måter. Det som er til det beste for ett barn, er ikke nødvendigvis til det beste for et annet barn, selv om de tilsynelatende er i samme situasjon.

I saker om familievold og overgrep mot barn blir spørsmålet særlig komplekst. Barnet har blitt traumatisert av overgrep begått av en av sine nærmeste, og en forklaringsplikt kan innebære at smertene, frykten og undertrykkelses-følelsen blir rippet opp i. Hvor barnet er vitne til at et familiemedlem blir utsatt for vold, stilles barnet overfor en konflikt ved at forklaringen kan inkriminere et nært familiemedlem. Dersom barnet lyver for å verne siktede, kommer forholdet mellom barnet og offeret i en vanskelig situasjon. Samtidig kan barnets uriktige forklaring føre til at de faktiske forhold ikke blir klarlagt, og dermed at saken ikke blir oppklart. Det er nettopp denne

¹⁸ LB-2014-13067

¹⁹ Se også EUs Charter of fundamental rights artikkel 24

lojalitetskonflikten som er gitt avgjørende vekt ved lovendringen av §122, som jeg kommer tilbake til i kapittel 2.

1.3.3 Hensynet til sakens opplysning

Ideelt sett bør retten ha tilgang til alle relevante bevis i en straffesak før endelig avgjørelse av skyld- og straffespørsmålet treffes. Jo bedre saken er opplyst, desto bedre grunnlag vil retten ha for å treffe en korrekt avgjørelse. Et grunnleggende hensyn i all rettergang er derfor at prosessen skal lede til klarlegging og oppklaring av de faktiske omstendigheter, omtalt som «*det materielle sannhetsprinsipp*».²⁰ Domstolens konklusjon skal være materielt riktig, og konklusjonen skal treffes på bakgrunn av et konkret og riktig hendelsesforløp. En konsekvens av prinsippet er at retten «*skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst*», jf. strpl. §294. Lovreguleringen strekker seg langt for å avdekke de faktiske omstendigheter i den aktuelle sak for å komme frem til riktig resultat. Hensynet kan eksempelvis innebære at bevis som er innhentet på ulovlig eller utilbørlig måte, blir tillatt ført av domstolen, fordi beviset har stor bevisverdi, og kan dermed være avgjørende for sakens utfall.²¹

I familievoldssaker kommer spørsmålet om hvor langt man skal gå for å klarlegge de faktiske forhold særlig på spissen. Dette fordi barnet er direkte offer, eller ofte det eneste vitnet til hendelsen, og dermed det eneste beviset å forholde seg til. Eller så vil motstridende uttalelser fra tiltalt og fornærmet medføre at barnets uttalelser kan bli avgjørende for hvilket hendelsesforløp som legges til grunn, eller i det minste avgjørende for hvilken part som anses mest troverdig. I disse sakene kan strpl. §122 tjene som grunnlag for å klarlegge de faktiske forhold. Barnets forklaring kan bidra til å oppklare hendelsesforløpet, som dermed kan lede til at saken blir fullstendig opplyst. Argumentet tillegges stor vekt av Justisdepartementet, jf. uttalelsen om at det «*objektivt sett vil være til barnets beste at det forklarer seg, slik at overgrepet kan stoppes og overgriperen kan straffes.*»²²

Det er en plikt å opplyse vitnet om fritaksretten overfor nærstående både i rettssaken og for politiet, jf. strpl. §127 og §235.²³ Og det er en absolutt prosessuell forutsetning for å kunne bruke forklaringen som bevis, at vitnet i anledning avhøret er gjort kjent med fritaksretten etter strpl. §122.²⁴ Dersom vitnet ikke er orientert om retten, er forklaringen «ulovlig ervervet», og brudd på orienteringen hindrer opplesning av vitneforklaringen, jf. blant annet Rt-2006-582. Utgangspunktet er at «*eventuelle feil ved innhentningen av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres*», men dersom bevisføringen «*representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet ... må beviset normalt nektes ført*».²⁵ Ved spørsmål om å vitne overfor nærstående, er de grunnleggende hensyn at vitnet skal slippe å bidra til domfellelse av et familiemedlem, samtidig som at vitnets forhold til siktede ikke skal ødelegges på grunnlag av forklaringen. Rettspraksis og teori anser brudd på orienteringsplikt om vitnefritak som en fortsatt krenkelse av rettsbruddet, og forklaringen kan derfor ikke benyttes som bevis mot vitnets familiemedlem.²⁶

Ettersom strpl. §122 innebærer at barn under 12 år ikke har noen fritaksrett, gjelder det heller ingen orienteringsplikt overfor denne gruppen vitner. Rettstilstanden for voksne og barn over 12 år skiller

²⁰ Jf. blant annet NOU-2009:15 s. 55

²¹ Andenæs 2009, s. 241

²² Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 57, se kapittel 2.2.3

²³ Andenæs 2009, s. 200

²⁴ Kjelby s. 14

²⁵ Jf. Rt-1999-1269

²⁶ Jf. blant annet Rt-2008-657, Rt-2010-67, Andenæs 2009 s. 243

seg dermed fra barn under 12 år. Dersom vitnet ikke er orientert om fritaksretten, er førstnevnte gruppe sterkt vernet av strpl. §122, ettersom vernet overgår hovedregelen om at beviset kan føres til tross for at det er ulovlig innhentet. Hensynet til vitnets påkjønning og hans familierelasjoner settes foran hensynet til sakens opplysning.

Derimot vektlegges hensynet til familiebandet ikke i samme grad overfor barna under 12 år. Årsaken synes å være fokuset på å oppklare saken og å sikre at volden opphører, som medfører at fritaksretten anses mindre selvstendig og tungtveiende, jf. Justisdepartementets uttalelse om at det objektivt sett er til barnets beste å vitne slik at overgriperen stoppes.²⁷ Dette må ses i sammenheng med lovendringens formål om å gi fornærmede en styrket stilling i straffeprosessen²⁸, som taler for at Justisdepartementet forsøker å styrke barnets stilling, ved å tilrettelegge for at de faktiske forholdene kommer for dagen gjennom barnets forklaring.

1.3.4 Oppklaring og bekjempelse av familievold

Bekjempelse av vold i nære relasjoner er et viktig satsningsområde. Regjeringen har gjennom flere lovendringer gitt fornærmede en sterkere stilling i familievoldssaker²⁹, og i 2013 ble det utarbeidet en handlingsplan mot vold i nære relasjoner, «*Et liv uten vold*».³⁰ Riksadvokatens rundskriv fra 2013 fremhever at Regjeringen og Stortinget har oppstilt mål om «*økt, styrket eller intensivert*» etterforskningsinnsats for vold i nære relasjoner.³¹ I rundskriv nr. 1/2015 uttales det at «*Flere saker om vold i nære relasjoner ... skal avdekkes og oppklares*».³² Riksadvokaten erkjenner at vold i nære relasjoner utgjør et alvorlig samfunns- og folkehelseproblem, og understreker viktigheten av å øke oppklaringen for disse prioriterte sakene.³³

Å bekjempe familievold, og å oppklare straffesaker for deretter å straffesanksjonere overgriperen, er ikke nødvendigvis sammenfallende. Bekjempelsen av familievold kan skje på et forebyggende stadium, før det foreligger et lovbrudd.³⁴ Videre er hovedregelen i norsk straffeprosess at tiltalte er uskyldig inntil det motsatte er bevist. Det må være bevist utover enhver rimelig tvil at vedkommende har begått det påståtte lovbrudd. Spørsmålet blir om barnets vitneutsagn er tilstrekkelig (enten alene eller sammen med andre bevis) til å domfelle siktede. Bevisverdien av barnets forklaring må vurderes. Er vitneforklaringen nødvendig eller tilstrekkelig for å domfelle? Dersom dette spørsmål besvares tvilende, blir spørsmålet om barnets vitneplikt er til barnets beste. Barn som er offer eller vitne til vold i familien har ett ønske – at krenkelsene skal bringes til opphør. I en konkret familievoldssak, hvor barnet ikke ønsker å forklare seg, kan altså hensynet til barnets beste forsøkes ivaretatt uten at barnet må avgi forklaring. Det problematiske er derimot at domstolene ofte er avhengige av barnets forklaring for å ha tilstrekkelige bevis til å domfelle siktede. I slike situasjoner kan vitneforklaringen til barnet spille en avgjørende rolle for å stanse overgrepene.

Før det blir aktuelt å avhøre et barn under 12 år som vitne i en familievoldssak, vil påtalemyndigheten normalt ha foretatt de mulige etterforskningskritt, for å skåne barnet så langt

²⁷ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 57

²⁸ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 7

²⁹ NOU-2003:31

³⁰ Meld.St.15(2012-2013)

³¹ Rundskriv nr. 1/2013 s. 2

³² Rundskriv nr. 1/2015 s. 2

³³ Rundskriv nr. 1/2015 s. 4

³⁴ https://www.regjeringen.no/contentassets/97cdeb59ffd44a9f820d5992d0fab9d5/hplan-2014-2017_et-liv-uten-vold.pdf s. 7

det er mulig for omfattende spørsmål. I disse sakene vil påtalemyndigheten ha begrensede bevis for øvrig. Det er av sentral betydning å avhøre barnet så raskt som mulig, for å forsøke å stanse overgrepene og oppklare saken. Avhengig av barnets alder er det ofte et viktig poeng å la barnet fortelle om opplevelsene mens hendelsene er ferskt i minnet og for å slippe å ta "hull på en verkende byll".

1.3.5 Respekt for familielivet

Både på nasjonalt og internasjonalt nivå er respekt for familielivet og familierelasjoner et grunnleggende hensyn. Etter EMK artikkel 8 første ledd har «*enhver*» rett til respekt for sitt familieliv. Menneskerettighetene er universelle, og tilkommer alle individer uavhengig av rase, kjønn og alder, jf. ordlyden «*enhver*».³⁵ Rettighetene tilkommer derfor også barn. Ordlyden «*respekt*» omfatter plikt til å unnlate å krenke borgernes familieliv, og plikt til å iverksette konkrete tiltak for å sikre respekten for familielivet, jf. EMD-praksis.³⁶

Etter artikkel 8 andre ledd kan det gjøres inngrep i familielivet kun i samsvar med lov, for bestemte formål og dersom inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn.³⁷ Formålene er blant annet å fremme nasjonal sikkerhet, den offentlige trygghet, forebygging av uorden eller kriminalitet, og beskyttelse av andres rettigheter og friheter. Nasjonenes tiltak ligger som regel alltid innenfor ett av disse formålene, og formålsvilkåret er derfor ikke problematisk i praksis.³⁸

Vilkåret om at inngrepet i privatlivet må være nødvendig i et demokratisk samfunn, innebærer at tungtveiende samfunnsmessige interesser må støtte inngrepet.³⁹ Det må foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom inngrepet og belastningen som inngrepet medfører for borgeren, jf. EMDs standpunkt i *Buck v. Tyskland*.⁴⁰ Domstolen understreker at prøving av inngrepets nødvendighet kan måtte vurderes konkret basert på konsekvensene et offentlig tiltak har for borgeren. Dersom det er sannsynliggjort at borgeren påføres vesentlig belastning, er tiltaket ulovlig med mindre staten viser at tungtveiende hensyn begrunner tiltaket. Den konkrete vurdering av belastningen borgeren påføres er dermed et vesentlig punkt i vurderingen av inngrepets nødvendighet. Andre relevante argumenter er statenes skjønnsmargin, samt rettsoppfatningen i medlemsstatene.

I kapittel 4.1.2 analyseres EMDs nødvendighetsvurdering i spørsmålet om vitnefritak overfor samboere. EMD har i flere saker fastslått at vitneplikt overfor nærstående er et inngrep i familielivet, og vitneplikten kan bare pålegges dersom det er nødvendig i et demokratisk samfunn.⁴¹ EMDs uttalelser tyder på at barns vitneplikt etter strpl. §122 er et inngrep i familielivet, og avgjørende blir dermed om inngrepet er nødvendig, jf. kapittel 4.1.3.

³⁵ Bertelsen s. 44

³⁶ *Marckx v. Belgia* (no.6833/74), Bertelsen s. 253

³⁷ Se også SP (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966) artikkel 17, om at inngrep ikke må være vilkårlige, og at inngrepet har hjemmel i lov

³⁸ Bertelsen s. 267

³⁹ Bertelsen s. 275

⁴⁰ (no.41604/98)

⁴¹ *Doorson v. Nederland* §70 (no.20524/92), *Van Mechelen and others v. Nederland* §53 (nos.21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93), *Marcello Viola v. Italia* §51 (no.45106/04)

1.4 Vold i nære relasjoner

1.4.1 Statistikk om barn utsatt for familievold

Ved å klarlegge omfanget av barn som er vitne eller offer til vold mot en av sine nærmeste, oppnås en bedre forståelse av problemstillingens aktualitet. Regjeringen understreker i sitt tildelingsbrev til Politidirektoratet i 2015 at oppklaringsprosenten for vold i nære relasjoner er for lav, og at mørketallene fremdeles er høye.⁴² I første tertial av 2014 ble det registrert 1204 anmeldelser omhandlende familievold etter straffeloven⁴³ §219.⁴⁴ Sammenlignet var det i samme periode 928 anmeldelser i 2012 og 1047 i 2013. I løpet av denne treårsperioden økte antall saker med 29,7 prosent. Fra å være liten gruppe har barn utsatt for familievold blitt en betydelig gruppe blant voldsopfrene i dagens kriminalstatistikker.⁴⁵

En økning i antall anmeldelser blir ansett som positivt, i den forstand at det er ønskelig å avdekke og oppklare flere saker. Både i politiet og i samfunnet for øvrig har det vært økende oppmerksomhet rundt familievoldssakene.⁴⁶ I realiteten betyr utviklingen at flere familievoldssaker blir behandlet og etterforsket av politiet, og at sakene sannsynligvis blir gjenstand for domstolsbehandling. Situasjonen hvor barna blir satt i en vitne-situasjon etter strpl. §122 er dermed av stor aktualitet.

1.4.2 Barn som lever med vold i familien

Å belyse realiteten til barn som opplever familievold er viktig for å forstå hvordan barn opplever vitne-situasjonen, og om vitneplikten anses som til barnets beste i den konkrete situasjon. Påkjenningen det medfører for barn å forklare seg, og det å rippe opp i en traumatisk opplevelse, må balanseres med det overordnede mål om å oppklare et påstått lovbrudd.

Det er et grunnleggende menneskelig behov å ha et «hjem», som gir trygghet og forutsigbarhet. Vold i hjemmet innebærer tap av daglig trygghet. Personer som utsettes for vold i hjemmet, lever anspent og i frykt for hva som kan skje. Barn er ikke bare vitne til vold, men barna «*lever i volden*».⁴⁷ Prosjektet «Barn som lever med vold i familien» slår fast at halvparten av dem som utøver vold mot mor, også utøver vold mot barna direkte.⁴⁸ Selv om barna ikke selv ble slått, har de sett at den ene forelderen slår den andre. Forskere mener dette er tøffere enn å bli slått selv.⁴⁹ Lojaliteten til begge foreldre, handlingslammelsen og fortvilelsen over ikke å kunne gjøre noe, er ofte større for vitner til vold, enn for den som blir slått.

I familievoldssakene blir barnas egne behov undertrykket, som kan føre til forstyrrelser i barnets utvikling og helse. De voksne kan velge å gå, i motsetning til barna. Dette kan føre til utagering på skolen og i nærmiljøet.⁵⁰ Redde barn opplever angst, sinne og tristhet, og mange kan slite med nedsatt konsentrasjon, mareritt og selvskading.

⁴²https://www.regjeringen.no/contentassets/23751a30c2a24f23ac8f646973dc9bf4/2015/tildelingsbrev_2015_pod.pdf s. 6

⁴³ LOV-1902-05-22-10 – strl.

⁴⁴ https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politidirektoratet/Vedlegg_2623.pdf s. 10

⁴⁵ <http://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/mindre-del-av-befolkningen-utsatt>

⁴⁶ Andenæs 2009, s. 200

⁴⁷ NOU-2003:31 s. 49

⁴⁸ https://www.politi.no/vedlegg/rapport/Vedlegg_137.pdf s. 12

⁴⁹ Storberget s. 144

⁵⁰ Storberget s. 101

Barn som er vitne til vold opplever at en omsorgsperson utøver vold, og i tillegg svikt fra fornærmede som ikke evner å beskytte barnet.⁵¹ Mange barn føler at de har ansvar for å hjelpe forelderen som blir skadet. Men mange barn savner også familiemedlemmet som utøver volden, og bekymrer seg for hvordan det går med ham eller henne. Det er ikke vanskelig å forstå at disse barna sliter med lojalitetskonflikter. Denne lojalitetskonflikten tillegges som nevnt avgjørende vekt av Justisdepartementet ved lovendringen.⁵²

Barn som rammes av vold, oppfører seg ulikt, selv om de opplever de samme traumene. Barn velger i likhet med voksne ulike strategier for å håndtere volden de utsettes for. Noen blir urolige og voldsomme, andre stille og innesluttet. Flere barn er tilbakeholdne med å fortelle om vold og seksuelle overgrep, grunnet skam og angst for å vise seg som man er.⁵³ Dette kan medføre at barna ville velge å avstå fra vitneforklaring dersom de fikk velge, ettersom forklaringen er krevende og skaper engstelse. Det er heller ikke alltid barnet møter voksne som anerkjenner at barnet har kjennskap til volden.⁵⁴ For barna er det vanskelig å ta initiativ på egenhånd, og derfor trengs en voksen som kan gripe inn. Det er særlig med disse perspektiv for øyet at lovgiver fremhever viktigheten av vitneplikten, slik at saken kommer for dagen og at mishandlingen opphører.⁵⁵

Det er en selvfølge at det beste for barnet er å leve i et hjem fritt fra vold. Men det avgjørende blir om vitneplikten er den beste løsningen for barnet i den konkrete saken hvor spørsmålet om vitneforklaring blir aktuelt. Særlig viktig er spørsmålet hvor barnet er sterkt preget eller traumatisert, og ikke ønsker å forklare seg, eksempelvis fordi barnet frykter siktede. Barnet kan også bli direkte eller indirekte påvirket av foreldrene til hva som skal og ikke skal sies under avhøret, som igjen kan gjøre det problematisk å stole på barnets uttalelser.⁵⁶ Spørsmålet mener jeg får for liten plass under lovendringsprosessen, til tross for at det er grunnleggende. Mange barn kan bli styrt av hva de tror er forventet av dem⁵⁷, særlig hvor de bekymrer seg over den tiltaltes skjebne, samtidig som de føler ansvar overfor den annen foreldre som offer. Det strenge beviskravet i strafferetten kan føre til at barnets forklaring uansett ikke er tilstrekkelig til å dømme tiltalte for den påståtte familievolden.

2 Bakgrunnen for lovendringen

2.1 Årsaken til at §122 første ledd tredje punktum ble vedtatt

Før 2000-tallet var rettstilstanden for barns vitnesituasjonen uklar. Problemstillingene rundt utøvelsen av fritaksretten ble gradvis mer fremtredende ettersom tallet på incestsaker og familievoldssaker økte. Spørsmålet var om det var barnet selv eller foreldrene, eventuelt en verge, skulle gjøres oppmerksom på fritaksretten. Det var også tvil om hvem som skulle avgjøre hvorvidt fritaksretten skulle påberopes.⁵⁸ For å klarlegge årsaken til endringen i strpl. §122, går jeg derfor nærmere inn på foranledningen til lovendringen.

⁵¹ https://www.politi.no/vedlegg/rapport/Vedlegg_137.pdf s. 11

⁵² Jf. kapittel 2.2.3

⁵³ Storberget s. 109

⁵⁴ Storberget s. 109

⁵⁵ Ot.prp.nr.11(2007/2008) s. 57

⁵⁶ Se kapittel 4.2.6.3. Lagmannsrettens mindretall mente det ikke var bevis nok til å dømme mor for voldsutøvelse mot barna, ettersom ett av barna forklarte seg motstridende om hendelsene.

⁵⁷ Andenæs 2009, s. 183

⁵⁸ Andenæs 1992, s. 336

2.1.1 Høyesterett om vitnefritak for barn

Den første generelle avklaring av spørsmålet gis i Rt-2005-1293 (dissens 4-1). Siktede var tiltalt for vold mot kone og barn. Det var begjært avhør av barna i familien på seks og åtte år, og spørsmålet var om barna kunne fritas fra vitneplikten.

Førstvoterende klarlegger innledningsvis de gjeldende rettsregler (strpl. §108 om vitneplikt, §122 om fritak for nærstående og §127 om rett til å bli informert om fritaksretten), og uttaler at §122 skal beskytte vitnet mot å ha «*valget mellom å lyve i retten eller å bidra til at siktede blir straffet*». Utgangspunkt var altså vitnefritaksrettens formål, men flertallet mente at barns fritaksrett måtte reguleres annerledes. Verken loven, forarbeider eller rettspraksis løste spørsmålet, og førstvoterende baserte derfor løsningen på kravet om å vektlegge hva barnet ønsker, jf. barneloven §31, samt vergemålsloven §40 om at barneloven §31 gjelder for umyndiges medbestemmelsesrett i personlige forhold. Selv om bestemmelsen «*ikke får direkte virkning for de straffeprosessuelle spørsmål knyttet til fritaksretten som vår sak gjelder*», var det naturlig å tillegge den betydning i en samlet vurdering. Flertallet konkluderte med at «*de beste grunner*» talte for at barn i alderen syv til 14 år skal informeres om retten til å nekte å avgi forklaring etter straffeprosessloven §122, jf. §127.

Når det gjaldt avgjørelsen av om fritaksretten skulle benyttes, kom flertallet til at §122 samt §127 måtte tolkes innskrenkende, slik at det ikke er barnet selv som skal bestemme hvorvidt fritaksretten skal benyttes, men vergen. Dette fordi barn ikke innehar nødvendige forutsetninger for å forstå rekkevidden av valget, og at barna ikke bør settes i tvangssituasjonen å velge hvorvidt retten skal benyttes.

2.1.2 Betydningen av mindretallets votum

Mindretallet, dommer Rieber-Mohn, var enig med førstvoterende i at §122 måtte tolkes innskrenkende og ikke kunne påberopes av barna.⁵⁹ Mindretallet mente derimot det ikke var «*tilfredsstillende at en verge ... treffer avgjørelsen*». Til tross for at vergen har bedre forutsetninger for å forstå rekkevidden av benyttelses-spørsmålet, mente han at «*mye vil bero på settevergens subjektive syn og personlige verdipreferanser ... Den dypere begrunnelse for fritaksretten må være at den er en personlig rett, som berører følelser mellom mennesker i nære familierelasjoner. Mye går tapt når utenforstående skal treffe avgjørelsen.*» Rieber-Mohn mente det burde settes en aldersgrense på 12 år for når barn skulle gjøres kjent med og gis anledning til å begjære seg fritatt fra vitneplikten.

Flertallets konklusjon drøftes ikke av Justisdepartementet i lovendringsprosessen, mens mindretallets begrunnelse ble grunnlaget for lovendringen.

2.1.3 Bemerkninger til mindretallets begrunnelse

Dommerne er enig i at små barn selv ikke har nødvendige kunnskaper og modenhet for å forstå konsekvensen av å vitne eller benytte fritaksretten, men løsningene på problemstillingen er vidt forskjellige. Mindretallet fremsetter klare meninger om barns fritaksrett, men det er uklart hvilke hensyn som vektas mot hverandre. Han synes å legge avgjørende vekt på at fritaksretten er personlig, og at vitneplikten kan krenke familierelasjoner. Derfor er ikke vergen egnet til å treffe beslutningen. Til dette kan det innvendes at det også anses som en krenkelse av den personlige

⁵⁹ «*[D]en beste løsning [er] at spørsmålet om fritaksrett overhodet ikke er noe tema ... Jeg kan ikke se at barn på dette alderstrinnet har forutsetninger for å overskue konsekvensene av å benytte ... en rett til fritak for vitneplikt*».

retten dersom barnet *må* forklare seg. Hvis barnets forklaring støtter påstanden om at siktede er skyldig, vil vitneplikten gripe inn i og kunne påvirke familierelasjonen. På den måten oppleves vitneplikten som krenkende.

Dersom en verge eller setteverge bestemmer hvorvidt fritaksretten skal benyttes, vil man trolig i større grad kunne sørge for at barnets personlige rett ivaretas – det er vergens hovedoppgave å ivareta barnets interesser. Derimot, dersom barnet ikke kan velge å benytte fritaksretten, vil det ikke være noen personlig rett å ta hensyn til.

2.2 Vedtakelse av lovendringsforslaget

2.2.1 Initiativ fra Stine Sofies Stiftelse

Etter at dommen ble fastslått, skulle Fornærmedeutvalget vurdere problemstillingen i Rt-2005-1293. Justisdepartementet mottok brev fra Stine Sofies stiftelse⁶⁰, som foreslo at §122 om fritak fra vitneplikten ikke skal gjelde for barn under 12 år, eventuelt at vergen tar stilling til spørsmålet om fritak fra vitneplikt.⁶¹ Dette fordi små barn ikke forstår konsekvensene av å benytte fritaksretten. Etersom barnet ofte er det eneste eller et sentralt vitne i sakene, mente stiftelsen det «*nærmest [kan] ses på som et overgrep mot barnet å la det få ansvar for en av foreldrenes skjebne i straffesystemet*». Hovedfokuset lå dermed på hensynet til oppklaring av eventuelle kriminelle handlinger mot barn. Fornærmedeutvalget var enig med stiftelsen, og foreslo at fritaksretten ikke skulle gjelde barn under 12 år.⁶² Avgjørende synes å være at barnet ikke skal avgjøre spørsmålet om å forklare seg i familievoldssaker, og at barna ikke forstår konsekvensene av fritaksretten. Dette argumentet ble også ilagt stor vekt av Justisdepartementet, jf. kapittel 2.2.3.

Å argumentere for at små barn ikke forstår konsekvensene av å benytte fritaksretten, og dermed ikke burde få velge hvorvidt de ønsker å forklare seg, kan problematiseres. På den ene siden kan det være hensiktsmessig at barna eller en eventuell verge å slippe å ta stilling til om en fritaksrett skal benyttes eller ikke. Barnet kan da oppleve at ansvaret overfor tiltalte og eventuelle andre ofre «lempes», ettersom barnet ikke har noe valg – noe tiltalte er klar over. Men hvordan kan det legitimeres at myndighetene skal frata barnet en rettighet bare fordi han eller hun ikke forstår innholdet i rettigheten? Det er en viktig forskjell på å forsikre seg om at barnet forstår konsekvensene av fritaksretten, og å frata barnet retten til å forstå fra forklaring. I andre sammenhenger er det vergens oppgave å ivareta barnets interesser på områder hvor barnet selv ikke kan ta stilling til spørsmålene. Derfor er det behov for å drøfte muligheten for vergeopptreden i større grad enn hva som ble gjort av lovgiver, jf. også Redd Barnas og Barneombudets høringsuttalelser, se kapittel 2.2.2.

2.2.2 Standpunkt fra høringsinstansene

Flere høringsinstanser uttrykket synspunkter i odelstingsproposisjonen. Særlig verdifulle er høringsuttalelsene fra av Barne- og likestillingsdepartementet, Redd Barna og Barneombudet, fordi de i større grad enn Justisdepartementet problematiserer bestemmelsens forhold til FNs barnekonvensjon. Aktørene etterlyser en vurdering av lovforslaget i lys av FNs barnekonvensjon artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt i alle avgjørelser som omhandler barnet. Artikkelen må

⁶⁰ Norsk, privat stiftelse som arbeider for at barn utsatt for kriminelle handlinger sikres et bedre rettsvern i kriminalpolitikken og innenfor rettssystemet, jf. stiftelsens vedtekter §3

⁶¹ Brev til Justisdepartementet desember 2005

⁶² NOU-2006:10 s. 145

forstås i sammenheng med spørsmålet om hva som er til barnets beste, jf. konvensjonens artikkel 3.⁶³ Redd barna mente retten til å bli hørt forutsetter at «*myndighetene sikrer at barnet får tilpasset informasjon, og kan ta stilling til avgjørelsen på egne premisser.*»⁶⁴

Selv om det finnes gode grunner til at små barn ikke skal måtte forholde seg til en fritaksrett, mente aktørene at det var nødvendig med spesialbestemmelser for barn. Barneombudet uttalte at «*det er viktig at barn ikke blir presset til å uttale seg*».⁶⁵ Ombudet erkjenner at hensynet til sakens opplysning gjør problemstillingen vanskelig, ettersom påtalemyndigheten har sterke behov for bevis hvor barnet er fornærmet, og barnets vitnemål kan da bli avgjørende for tiltalen.⁶⁶ Barna burde derfor informeres om fritaksretten i dommeravhøret, basert på barnets alder og modenhet. Personen som informerer skal innledningsvis danne seg et inntrykk av om barnet vil si noe eller ikke.

Redd barna mente lovforslaget fratrar barn en rett andre mennesker har, ettersom barna er rettssubjekter på linje med voksne. Det er like vanskelig for barnet å vitne mot ens nærstående, som tilsier samme forklaringsplikt for barn og voksne. Derfor mente Redd Barna at avgjørelsen må tas av barnet selv eller vergen, basert på en vurdering av barnets alder og modenhet.⁶⁷ Hensynet til den vanskelige familiesituasjonen, som er bakgrunnen for selve fritaksretten for nærstående generelt, veide tyngst etter deres synspunkt.

Aktørenes argument om retten til å bli hørt etter barnekonvensjonen artikkel 12 ble ikke kommentert av Justisdepartementet. Dette kan tyde på at departementet ikke anser argumentene som holdbare, og at det derfor ikke er hensiktsmessig å utdype nærmere hvorfor argumentene ikke drøftes. På den andre siden spiller høringsinstansene en viktig rolle i et demokratisk samfunn, og høringsinstansens formål er nettopp å sikre at lovforslaget er tilstrekkelig utførlig. Aktørene har lang erfaring med barn som opplever familievold, og god innsikt i barnekonvensjonen og barns utvikling. Barneombudet er ilagt rettslig plikt til å følge med på at «*lovgivningen til vern om barns interesser blir fulgt*», herunder at norsk rett «*samsvarer med de forpliktelser*» Norge har etter Barnekonvensjonen, jf. Barneombudsloven⁶⁸ §3 andre ledd bokstav b. Dette tilsier at Barneombudets uttalelser er særlig relevante. Innvendingene gjelder en konvensjon som er inkorporert i norsk lov, jf. menneskerettsloven §2 (1) nr. 4, som tilsier at Justisdepartementet burde begrunnet hvorfor de ikke tar stilling til aktørenes innvendinger.

2.2.3 Justisdepartementets konklusjon

Departementet fulgte i det vesentlige opp Fornærmedeutvalgets forslag, og endringen i strpl. §122 ble vedtatt 7. mars 2008. Justisdepartementet fremhevet begrunnelsen for §122 om at den tiltaltes pårørende «*skal slippe å komme i en situasjon hvor de må velge mellom å lyve i retten eller å bidra til at siktede blir straffet*».⁶⁹ Departementet var enig med høringsinstansene om at barn bør ha de samme rettighetene som voksne, men barns utviklingsnivå og særlige behov for beskyttelse tilsa andre løsninger.

⁶³ Se kapittel 4.2

⁶⁴ www.reddbarna.no/?hmfile=JSc4Z6Dpc5LwpAPQt8fldw==

⁶⁵ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 58

⁶⁶ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 56

⁶⁷ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 57

⁶⁸ LOV-1981-03-06-5

⁶⁹ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 57

Spørsmålet om barns fritaksrett ses opp mot FNs barnekonvensjon artikkel 3, om at fritaksrett og forklaringsplikt kan være til det beste for barn på forskjellig vis. Eksempelvis kan det anses som det beste for barnet at det ikke blir tvunget til å avgi forklaring mot en nærstående, hvor barnets far har utøvet vold mot mor. Det kan «virke urimelig om barnet skal være nødt til å forklare seg når mor har rett til å la være.» Argumentet til Stine Sofies Stiftelse fremheves også: «I mange saker der barn er vitne til eller utsatt for en straffbar handling begått av en nærstående, vil det være slik at barnets forklaring er det helt avgjørende beviset. Det kan være en tung belastning for barn å vite at de på denne måten har bidratt til at en nærstående blir straffet».⁷⁰

Likevel er det avgjørende argumentet at det er til barnets beste å slippe denne «lojalitetskonflikt», fordi barn under 12 år ikke har forutsetningene for å ta stilling til om fritaksretten skal påberopes, og barna forstår ikke fritaksregelens innhold. Barna kan bli påvirket til å ta et bestemt valg, og trusler og press fra siktede kan være utslagsgivende for at barnet ikke ønsker å forklare seg.⁷¹

2.3 Bemerkninger til forarbeidene

Justisdepartementets forståelse av barnekonvensjonen kan problematiseres. Departementet har kun belyst at fritaksrett og fritaksplikt kan være til det beste for barnet etter artikkel 3. Forholdet til artikkel 12 om barnets uttalelsesrett drøftes ikke, til tross for at artikkel 12 og artikkel 3 er komplementære bestemmelser, og at barnets rett til å bli hørt er en måte å sikre hensynet til barnets beste. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 4.2.6.2.

Departementet mener det ofte «objektivt sett» er til det beste for barnet å forklare seg, slik at overgriperen blir stanset og straffet.⁷² Hensynet til sakens opplysning og kriminalitetsbekjempelse gis avgjørende vekt. Departementet drøfter derimot ikke hvorvidt barnets beste kan ivaretas ved at de straffbare handlinger opphører, men uten at barnet blir presset til å forklare seg. Det er ikke nødvendigvis tilfellet at barnets forklaring er avgjørende for at overgriperen kan straffes. Men det er heller ikke alltid tilstrekkelig for oppklaring at barnet vitner, ettersom det kreves bevist utover enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig. Det kan innvendes at konklusjonen om hva som er til barnets beste, ikke alltid kan legges til grunn generelt, slik §122 er utformet.

Faren for påvirkning er et av argumentene for at barna ikke selv skal avgjøre om vitnefritaksretten skal benyttes. Barnet kan da velge ut fra hva det «tror er forventet av de voksne, slik at barnets valg blir tatt ut fra antakelser i stedet for hva som er barnets ønske isolert sett». Departementet vektlegger «hva som er barnets ønske isolert sett» (min utheving). Men hva om barnets ønske er ikke å uttale seg? Hvis barnet ikke vil avgi forklaring som trekker i retning av at familiemedlemmet er skyldig, medfører vitneplikten at barnets ønske ikke ivaretas. Regelen for barn under 12 år pålegger barnet vitneplikt uten å vurdere hva barnets ønske i den konkrete saken er. I tillegg fremstår det uklart hvorfor departementet ikke problematiserer at pålagt vitneplikt kan skape risiko for at barnet tilpasser sin forklaring basert på hva barnet tror er forventet av det, men bare at risikoen foreligger dersom barnet får spørsmål om hvorvidt det ønsker å benytte fritaksretten.

Dersom det fremstår «urimelig» å pålegge vitneplikten, «bør det vurderes i det enkelte tilfellet om barnet i det hele tatt bør avhøres som vitne».⁷³ Justisdepartementet åpner for en konkret, skjønnsmessig vurdering, som ikke fremkommer av lovteksten. Det er uklart i hvilke situasjoner det

⁷⁰ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 57

⁷¹ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 57

⁷² Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 57

⁷³ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 58

skal være «urimelig» å vitne, og hvor høy anvendelsesterskel unntaket har. Justisdepartementet burde kanskje belyst hvilke hensyn som tilsier unntaksadgangen, ettersom det er tale om å frata barn en grunnleggende rettighet. Menes det at det kan gjøres unntak fra vitneplikt dersom unntaket er til barnets beste? Er urimelighetsvurderingen knyttet opp mot hensynet til følelsene i familierelasjonen? Dersom unntaksadgangen fremkom av lovens ordlyd, ville det trolig vært mer nærliggende å lytte til barnets meninger, som harmoner bedre med både Barnekonvensjonen artikkel 3 og 12, samt Grunnloven §104 om barnets beste og barnets medbestemmelsesrett.

Det kan innvendes at Justisdepartementet ikke har vurdert og undersøkt sine argumenter i tilstrekkelig grad. Særlig gjør den manglende harmonisering med FNs barnekonvensjon at begrunnelsen for unntaket overfor barn under 12 år fremstår som utilstrekkelig. I tillegg er det vanskelig å følge argumentasjonen om risikoen for påvirkning og press, da denne risikofaktoren ikke drøftes opp mot troverdigheten av den faktiske vitneforklaringen.

3 Grunnloven om respekt for familieliv og hensynet til barnets beste

3.1 Formålet med grunnlovsfestningen

Lovfestingen av menneskerettighetene ble vedtatt av Stortinget mai 2014. Formålet var å styrke rettighetenes stilling i norsk rett, jf. Menneskerettighetsutvalgets rapport.⁷⁴ Dette fremkommer også av kontroll- og konstitusjonskomiteens uttalelser: «[e]ndringene er ikke ment å forandre det som allerede er gjeldende rett i Norge, men å gi ... de mest sentrale menneskerettighetene ... grunnlovs rang.»⁷⁵ Grunnlovens menneskerettigheter er *lex superior*, og har dermed forrang fremfor andre lover. Grunnlovsfestelsen skal «tydeliggjøre hvilke kjerneverdier som er fundamentale i det norske samfunn», og dermed i større grad bevare og videreutvikle de norske myndigheters respekt for menneskeverdet.⁷⁶

Ettersom grunnlovsendringene ble vedtatt for kort tid siden, finnes det lite praksis knyttet til Grunnloven §102 og §104. I Rt-2015-155⁷⁷ henviser Høyesterett til at «Det er nylig slått fast at de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene som allerede er gjeldende norsk rett i medhold av menneskerettsloven § 2, skal danne utgangspunkt - naturlig nok - for grunnlovstolkningen». Grunnlaget for tolkningen av menneskerettighetene i Grunnloven er dermed de internasjonale konvensjonene.

Det vanskelig å fastslå hvor langt lovgiver og domstolene vil utvikle innholdet i Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser under henvisning til internasjonale konvensjoner. Grunnlovsendringene har ført til at Stortinget og domstolene har en sterkere oppfordring til å tolke Grunnloven i lys av hvordan inkorporerte konvensjoner tolkes⁷⁸, som illustrerer at norske myndigheter ønsker å gi disse rettighetene høyeste rang. Formålet om en styrket stilling er også gjengitt av Høyesterett, som taler for at domstolene vil ta utgangspunkt i de tilsvarende

⁷⁴ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 13

⁷⁵ Innst.186 S (2013-2014) s. 20

⁷⁶ Dok.nr.16 s. 48

⁷⁷ Utlevering av flykning som var tiltalt for å ha deltatt i folkemord og forbrytelse mot menneskeheten i 1994 ble ansett gyldig, selv om mannen hadde oppholdt seg i Norge siden 1999, var gift og hadde tre barn. Hensynet til barnas beste kunne ikke gis absolutt prioritet.

⁷⁸ Tveberg 2014

konvensjonene ved tolkningen av Grunnloven §§102 og 104. Grunnlovsfestelsen innebærer konkret at hensynet til respekten for familielivet og hensynet til barnets beste skal tillegges stor vekt i vurderingen av strpl. §122.

3.2 Respekt for familielivet

Etter Grunnloven §102 har enhver «rett til respekt for sitt ... familieliv». Menneskerettighetsutvalget mente vernet var nødvendig ettersom inngrep på områdene normalt vil oppleves som «så krenkende at det er viktig at slike inngrep vurderes nøye i lovgivningsprosessen, og at de kan prøves for domstolene dersom lovgiver har gått for langt i å tillate slike inngrep.»⁷⁹ Det er EMDs praksis som danner grunnlaget for tolkningen av familiebegrepet i §102. Inkorporasjonen av menneskerettighetene, samt forrangsregelen i menneskerettsloven §3, innebærer at konvensjonene «vil gi føringer på hvilket rettslig innhold en ... bestemmelse om personvern/privatliv i Grunnloven burde ha.»⁸⁰

Forarbeidene gir ikke selvstendige føringer for hvordan begrepet skal forstås ut over EMDs praksis. Det tilkjennegis at barna i en familie har en selvstendig rett til familieliv seg imellom, eksempelvis hvis familiemedlemmene står mot hverandre og myndighetene har plikt til å beskytte en av partene.⁸¹ Barna har dermed rett til respekt for sitt familieliv uavhengig av de voksnes rett. EMDs utgangspunkt er som nevnt at vitneplikt overfor nærstående er inngrep i familielivet. Forarbeidenes vektlegging av EMDs forståelse av familieliv-begrepet kan tale for at barns vitneplikt etter strpl. §122 oppleves som et inngrep i barnets familierelasjon til tiltalte, særlig dersom barnet ikke ønsker å vitne, se nærmere kapittel 4.1.

3.3 Hensynet til barnets beste

Hovedårsaken til at hensynet ble gitt grunnlovs rang, er barnas sårbarhet og deres særlige behov.⁸² Barnets beste skal være et tolkningsmoment ved tvil om hvordan annen lovgivning skal forstås.⁸³ Det alternativ som gir den beste løsningen for barnet, skal velges. For lovgivningsprosessen fremhever menneskerettsutvalget at bestemmelsen kan fungere som en skranke, slik at lovgiver ved utforming av lover ikke kan velge å se bort fra barns behov for gode oppvektstvilkår og beskyttelse mot overgrep.

Hvor stor vekt §104 skal tillegges, må vurderes ut fra hvor sterkt barnet er berørt, og hvor alvorlig sakstifellet er. Hensynet til barnets beste fungerer dermed som en forholdsmessighetsvurdering. Dersom barnet er mindre berørt, kan også andre sentrale faktorer vektlegges.⁸⁴ Som ved nødvendighetsvurderingen etter EMK, må det altså vurderes hvorvidt andre hensyn, eksempelvis hensynet til sakens opplysning, skal gis avgjørende vekt. I familievoldssakene er siktemålet å stanse overgrepene, som kan tale for at barn må avgi forklaring til tross for at forklaringen griper inn i familierelasjonene.

⁷⁹ Dok.nr.16 s. 177

⁸⁰ NOU-2009:1, s. 266

⁸¹ NOU-2009:1, s. 257

⁸² Innst.169 S (2012-2013) s. 14

⁸³ Dok.nr.16 s. 189

⁸⁴ Dok.nr.16 s. 192

Menneskerettighetsutvalget fastslår at prinsippet om barnets beste kan «*forstås i en naturlig forlengelse av barnets rett til medbestemmelse, der barnets mening skal tillegges vekt.*»⁸⁵ Hensynet til barnets beste skal tillegges vekt også hvor barnets oppfatning ikke samsvarer med dette hensynet. Med utgangspunkt i Barnekonvensjonen artikkel 12 hjemler derfor Grunnloven §104 at barn har «*rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv*», og deres mening «*skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.*»

Ordlyden «*gjelder*» dem selv, innebærer at medbestemmelsesretten gjelder vedtak eller beslutninger i saker som omhandler barnet. Derimot må retten til medbestemmelse «*med nødvendighet variere alt etter hvilken type beslutning det er tale om.*» Barnefordelingssaker etter barnelova §48 anses som viktige.⁸⁶ Derimot er situasjonen annerledes når det gjelder vitneplikt i straffesaker, ettersom andre hensyn gjør seg gjeldende i straffeprosessen. Det er sterkt ønskelig med en effektiv straffesaksbehandling, og knapp tid og begrensede ressurser tilsier at det blir vanskelig å gjennomføre en omfattende prosedyre i forkant av et avhør om hvorvidt barnet ønsker å forklare seg. Dette kan tale for en generell regel på området.

Medbestemmelsesrettens hovedformål er å virkeliggjøre Justiskomiteens forutsetninger om at barns medbestemmelse skal være en realitet.⁸⁷ Den vil særlig kunne «*benyttes som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning*», og medbestemmelsesretten skal opprettholde barnas menneskeverd og samtidig fungere som ledd i utviklingsprosessen for å lære barnet å ta del i samfunnet og i demokratiske beslutningsprosesser.⁸⁸

Forarbeidene til Grunnloven §104 harmonerer i stor grad med FNs barnekonvensjon artikkel 3 og artikkel 12 om retten til å bli hørt. Men i relasjon til strpl. §122 blir barnets rett til å bli hørt overskygget av hensynet til oppklaring av familievoldssaken, se kapittel 4.2.5.

4 Internasjonal rett om barns rett til vitnefritak overfor nærstående

4.1 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

4.1.1 Vitneplikt og vitnefritak etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen er inkorporert og skal gis forrang ved motstrid med norske lovbestemmelser, jf. menneskerettsloven §3. Konvensjonsbestemmelsene har relativt vide anvendelsesområder, og er utformet slik at de effektivt kan håndheves overfor statenes interne lovbestemmelser.⁸⁹ Generelt har domstolen uttalt at statene selv skal gi regler om bevissikring og bevisførsel⁹⁰, men det er en normal borgerplikt å gi bevis i straffesaker.⁹¹ Unntak fra vitneplikten kan anerkjennes på visse vilkår, eksempelvis dersom vitnet utsettes for selvinkriminering, jf. art. 6 om «*a fair hearing*». Vitneplikt mot nærstående er også vernet av respekten for familieliv i medhold av

⁸⁵ Dok.nr.16 s. 192

⁸⁶ Dok.nr.16 s. 191

⁸⁷ Ved inkorporering av barnekonvensjonen foreslo Justisdepartementet flere lovendringer for å konkretisere barnas medbestemmelsesrett, slik at lovgivningen harmonerte med barnekonvensjonen artikkel 12. Forslagene fikk tilslutning fra Stortingets justiskomite, som fremhevet at det var nødvendig at retten til å bli hørt synliggjøres i lovgivningen for å sikre at retten blir en realitet.

⁸⁸ Dok.nr.16 s. 191

⁸⁹ Høstmølingen s. 27

⁹⁰ Jf. blant annet *Delta v. Frankrike* (no.11444/85), *A.M. v. Italia* (no.37019/97)

⁹¹ Jf. blant annet *Voskuil v. Nederland* (no.64752/01)

artikkel 8, jf. EMD⁹², som legger til grunn i Van der Heijden v. Nederland⁹³ at medlemsstatene «*should organise their criminal proceedings in such a way that those interests [oppløring av kriminalitet og respekt for familielivet] are not unjustifiably imperilled*».

4.1.2 Van der Heijden v. Nederland om vitnefritak for nærstående i medhold av artikkel 8

Saken gjaldt spørsmål om det forelå brudd på artikkel 8 om retten til familieliv ved at tiltaltes samboer ble pålagt å forklare seg om tiltaltes påståtte straffbare handlinger. Forholdet mellom tiltalte og vitnet (langvarig samboerskap) ble karakterisert som «familieliv». Til tross for at samboerens vitneplikt var en borgerplikt etter nederlandsk lov, la EMD til grunn at regjeringens forsøk på å tvinge kvinnen til å gi bevis i straffesaken mot siktede utgjorde et inngrep i hennes rett til respekt for familielivet.⁹⁴ Likevel kom EMD til at vitneforklaringen var «*necessary in a democratic society*», ettersom hun kunne velge å gifte seg, og dermed bli vernet mot vitneplikten. Saken viser at EMD anser det som inngrep i respekten for familielivet at et vitne blir tvunget til å forklare seg mot en nærstående. Nære familierelasjoner er således vernet av artikkel 8 i spørsmålet om vitneplikt.

4.1.2.1 Domstolens argumentasjon

Domstolen tar utgangspunkt i hensynet til vitneplikten, nemlig det offentliges interesse i å rettsforfølge og oppklare kriminalitet. Staten må ha rettslige bestemmelser for å forebygge lovbrudd samt et effektivt rettshåndhevelsesapparat for å sanksjonere lovbruddene. Disse hensyn tilsier lovpålagt vitneplikt, sml. også straffeprosessloven §108.

Derimot er beskyttelsen av familielivet mot overgrep fra staten en konkurrerende interesse. Retten mente det var opp til nasjonal lovgivning å bestemme en rimelig balanse mellom behovet for bevis og individers rettigheter etter artikkel 8. Derimot skal domstolen foreta den siste vurdering av om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. Nasjonene er gitt en viss skjønnsmargin i vurderingen, som avgrenses dersom rettigheten som står på spill omhandler borgerens vern av intime eller sentrale rettigheter.

Hvor viktige deler av et individs eksistens eller identitet står i fare, er skjønnsmarginen begrenset.⁹⁵ Marginen er derimot bredere hvor det er tale om sensitive moralske eller etiske spørsmål, ettersom dette ofte er skjønnsbaserte vurderinger EMD ikke tar stilling til. Retten bemerker at det eksisterer et bredt spekter av praksis blant Europarådets medlemsstater knyttet til avhøring av vitner. Selv om mangelen på felles grunn i seg selv ikke var avgjørende, talte det for en bred skjønnsmargin. Nederland er blant mange av medlemsstatene som har valgt å lage et lovfestet unntak for visse kategorier vitner, og unntakene blir regulert på en klar og gjennomførbar måte. Avgjørende for EMD var dermed at kvinnen måtte akseptere de juridiske konsekvensene av ikke å gifte seg, da de selv hadde valgt å la være.⁹⁶ Derfor var ikke inngrepet i familielivet «*so burdensome or disproportionate as to imperil her interests unjustifiably*».

⁹² (no.20524/92), (nos.21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93), (no.45106/04)

⁹³ (no.42857/05) 12. april 2012

⁹⁴ «*the attempt to compel the applicant to give evidence ... constitutes an "interference" with her right to respect for her family life.*»

⁹⁵ «*Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted*»

⁹⁶ «*she has maintained herself outside the scope of the "protected" family relationship to which the "testimonial privilege" exception attaches*».

4.1.3 Får dommen konsekvenser for barns vitneplikt etter straffeprosessloven §122?

Ved fastleggningen av menneskerettighetskonvensjonenes innhold, skal norske domstoler forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser, jf. Rt-2005-833. Det er EMDs oppgave å utvikle konvensjonen, og Høyesterett anvender dermed i hovedsak EMDs metode. Ved inkorporeringen av EMK var formålet å påvirke rettsutviklingen til «å høre på, og ha eit ope forhold til praksis ved ... internasjonale handhevingsorgan.» Det overordnede målet var «at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis.»⁹⁷ Dersom Høyesterett skulle tolke innholdet i en konvensjonsbestemmelse i strid med EMDs oppfatning, vil Norge risikere at avgjørelsen bringes inn for EMD, og således at EMD konstaterer krenkelse menneskerettigheten. EMDs avgjørelser spiller dermed en viktig rolle for tolkningen og anvendelsen av menneskerettighetskonvensjonene og tilstøtende nasjonale bestemmelser.

Spørsmålet om hvorvidt strpl. §122 første ledd tredje punktum strider mot EMDs tolkning av menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8, er ikke kommentert av lovgiver eller norske domstoler. Det er vanskelig å fastslå årsakene med sikkerhet, og årsakene kan være sammensatte. Som vist i kapittel 2, har fokuset for norske myndigheter vært forholdet til Barnekonvensjonen, og EMK artikkel 8 er ikke problematisert. Muligens er grunnen at barnekonvensjonen anses som en mer treffende hjemmel, ettersom denne kun gjelder barn. Artikkel 8 blir som regel påberopt på vegne av barn i forbindelse med foreldrenes klager⁹⁸, og det vesentlige av EMDs praksis knytter seg til foreldre som er uenige om behandlingen av barn.⁹⁹ EMDs berøring av barns rettigheter etter artikkel 8 er ofte mer indirekte, som gjør det naturlig å anføre Barnekonvensjonens overordnede regel om «barnets beste».

Dommen gjelder forholdet mellom samboere, ikke forholdet mellom foreldre og barn. EMD sier ikke noe om hvorvidt andre familierelasjoner er omfattet. Derimot er det naturlig å forstå EMD slik at når samboere kan regnes som «*familieliv*», vil også foreldre-og-barn-relasjonen være omfattet, da de er i slekt og forbundet gjennom blodsband. Forholdet mellom foreldre og barn vil bare i helt eksepsjonelle tilfeller anses brutt.¹⁰⁰ Og menneskerettighetene gjelder utvilsomt også barn.¹⁰¹

Unntaket fra vitneplikten har til hensikt å verne familierelasjoner, og fritaksretten skal skjerme vitnet mot muligheten for å inkriminere et familiemedlem. Ettersom EMD konstaterte at det forelå inngrep ved at staten krevde at samboeren skulle vitne, taler rettskildebildet for at EMD vil anse barns vitneplikt etter §122 som inngrep i respekten for «*familieliv*» i artikkel 8. Det avgjørende i Van der Heijden var at samboerne enkelt kunne gifte seg, og dermed bli vernet av vitnefritaksbestemmelsen. Derfor ble inngrepet ansett som nødvendig i et demokratisk samfunn. Barna under 12 år i Norge har derimot ikke muligheter til å bli vernet av en fritaksrett – de har ingen fritaksrett. Manglende muligheter for lovbestemt fritaksrett taler for at EMD ikke vil anse det som nødvendig å pålegge barn vitneplikt overfor nærstående.

⁹⁷ Innst.O.nr.51(1998-1999) s. 6

⁹⁸ Søvig s. 144

⁹⁹ Høstmælingen s. 227

¹⁰⁰ I *Marckx v. Belgia* (no.6833/74) konstaterte EMD at båndet mellom ugift mor og hennes biologiske datter utvilsomt var «*familieliv*». I *Gül v. Sveits* (no.23218/94) var forholdet mellom far og sønn «*familieliv*» til tross for at faren hadde forlatt sønnen i Tyrkia da han var tre måneder gammel og senere bare hadde sett ham sporadisk.

¹⁰¹ Bertelsen s. 44

Derimot kan domstolens tilkjenneivelse av en bred skjønnsmargin på området tilsa at nasjonene selv skal bestemme innholdet og rekkevidden av vitneavhørssituasjonen. Problemstillingen om staters skjønnsmargin er omfattende, og det er derfor vanskelig å si konkret hva EMD vil mene om strpl. §122. Det er derimot trygt å fastslå at skjønnsmarginen varierer avhengig av områder som berøres. Jo mer inngripende område, desto snevrere skjønnsmargin. Ved integritetskrenkelser er marginen begrenset, jf. blant annet *Dudgeon v. Storbritannia*¹⁰², hvor EMD uttaler at seksuell legning er i kjernen av artikkel 8, og dermed at skjønnsmarginen var innskrenket. Spørsmålet om statens skjønnsmargin må uansett vurderes overfor den konkrete situasjonen, og det er ikke holdbart at staten kun argumenterer for at det foreligger en bred skjønnsmargin, dersom argumentet for nødvendigheten av inngrepet ikke er holdbart.¹⁰³

Ettersom EMD ikke har uttalt seg om hvorvidt vitneplikten for barn etter §122 kan være nødvendig i et demokratisk samfunn, kan det ikke konkluderes med hvorvidt det foreligger motstrid mellom bestemmelsen og EMK artikkel 8. Det vil trolig være av stor betydning hvorvidt domstolen anser barnets vitneplikt som proporsjonalt med formålet om å oppklare straffesaken. Da vil statens behov for å oppklare kriminalitet og sikre barnas trygghet, tale for at inngrepet (vitneplikten) er nødvendig. Derimot kreves det at det foretas en konkret vurdering i hver enkelt situasjon. Dersom barnet er særlig preget og traumatisert av situasjonen, og ikke ønsker å avgi forklaring, kan det være urimelig å presse barn til å forklare seg om nærstående forhold. Dette argumentet må gis særlig vekt dersom barnet er offer for voldsutøvelsen, og fysisk krenket.

I spørsmålet om vitneplikten anses nødvendig i et demokratisk samfunn, kan det være av betydning hvorvidt og eventuelt i hvilken grad EMD vektlegger hensynet til barnets beste. Hensynet til barnets beste har solid feste i EMDs praksis. I *Yousef v. Nederland*¹⁰⁴ uttaler EMD at barnets rettigheter må være «*the paramount consideration*» – overordnede hensyn – i juridiske spørsmål hvor foreldre og barnas interesser står på spill. Dersom det er nødvendig å balansere hensyn, må interessen til barnet være «*prevail*», altså dominere.¹⁰⁵ Også i *Jeunesse v. Nederland*¹⁰⁶ uttaler EMD at hensynet «*must be afforded significant weight*» i alle avgjørelser som omhandler barn. EMDs fokus på barnets beste taler for at hensynet spiller en viktig rolle i hvorvidt vitneplikten anses som nødvendig. Dersom det ikke er til barnets beste å vitne, blir vitneplikten trolig ikke ansett som nødvendig i et demokratisk samfunn. Men det kan også være til barnets beste å vitne for å oppklare forholdet og verne barnet fra overgriperen, og på denne måten representerer vitneplikten en fremgangsmåte for å realisere barnets beste. Her kan løsningen være å foretas en konkret vurdering overfor det enkelte barnet.

EMD anser barnets beste som et grunnleggende hensyn, og hensynet må gis stor vekt i spørsmål hvor barn er involvert. EMD anerkjenner også at relasjonen mellom barn og foreldre er meget viktig.¹⁰⁷ Dette kan tale for at EMD ikke anser det som nødvendig i et demokratisk samfunn at barn under 12 år plikter å vitne mot nærstående, dersom vitneplikten skaper konflikt mellom familierelasjonene. Derimot vil tilkjenneivelsen av skjønnsmarginen på området gjøre det vanskelig å gi en endelig

¹⁰² (no.7525/76)

¹⁰³ Bertelsen s. 277

¹⁰⁴ (no.33711/96)

¹⁰⁵ Jf. også *Elsholz v. Germany* (no.25735/94), *T.P. and K.M. v. the United Kingdom* (no.28945/95)

¹⁰⁶ (no.12738/10)

¹⁰⁷ Jf. *H v. Storbritannia* (no.9580/81). Samværsrett mellom foreldre og barn skal ikke bringes til opphør ved omsorgsoverdragelse. Foreldre og barn skal kunne opprettholde kontakten og familierelasjonen, til tross for at foreldrene har utvist atferd som medfører at de blir fratatt omsorgen for barnet.

konklusjon på om §122 første ledd tredje punktum blir ansett som en krenkelse av artikkel 8, særlig sett i sammenheng med statens behov for å oppklare kriminalitet.

4.2 FNs barnekonvensjon om hensynet til barnets beste og barnets rett til å bli hørt

4.2.1 Problemstillingen

Det følger av menneskerettsloven §2 nr. 4 at «*De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter*» «skal gjelde som norsk lov». Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge i 1991, og inkorporert som norsk lov i 2003, jf. endringslov til menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).¹⁰⁸ Konvensjonen var dermed norsk lov da justisdepartementet endret §122 første ledd.

De sentrale konvensjonsrettighetene for barn som vitne i straffesaker reguleres i barnekonvensjonen artikkel 3 samt artikkel 12. I kapittel 4.2 drøftes hvorvidt vitneplikten for barn under 12 år er til barnets beste. Konvensjonens artikkel 12 spiller en viktig rolle, som hjemler barns rett til å uttale seg i alle saker som angår barnet.

4.2.2 FNs barnekomité om tolkningen av bestemmelsene

Barnekonvensjonen overvåkes av FNs barnekomité, som observerer hvordan medlemslandene oppfyller konvensjonsbestemmelsene, jf. Barnekonvensjonen artikkel 43. Hvert femte år utarbeider medlemsstatene en rapport som komiteen gir begrunnede anbefalinger til, jf. artikkel 44. Komiteen utgir også generelle kommentarer til viktige problemstillinger, samt hvordan de enkelte artiklene skal tolkes. Kommentarene er ikke rettslig bindende for statene, men verdifulle retningslinjer i fortolkningen. Deres vide anvendelsesområde på internasjonalt og nasjonalt nivå, innebærer i praksis kommentarene danner utgangspunkt for folkerettslig bindende sedvane.¹⁰⁹

4.2.2.1 Hvilken rettskildemessig vekt får barnekomiteens uttalelser i norsk rett?

I spørsmålet om hvilket vekt Barnekomiteens uttalelser kan få betydning for norsk rett, er Rt-2008-1764 av interesse. Saksforholdet omhandlet manglende begrunnelse i lagmannsrettens beslutning om å nekte anke fremmet etter straffeprosessloven §321 annet ledd. På bakgrunn av FNs Menneskerettskomité's¹¹⁰ uttalelse om at manglende begrunnelse for ankenektelse representerte et brudd på SP¹¹¹ artikkel 14 nr. 5.¹¹², konkluderte Høyesterett enstemmig med at lagmannsrettens avgjørelse måtte oppheves. Menneskerettskomiteens tolkning av artikkelen er intern norsk rett jf. menneskerettsloven §3, og har forrang fremfor straffeprosesslovens ordning om at ankenektelser som hovedregel ikke skal begrunnes.¹¹³ Dommen viser at Menneskerettskomiteens uttalelser anses som tungtveiende argumenter, som kan medføre at norsk lov tilsidesettes ved motstrid.

¹⁰⁸ LOV-2003-08-01-86

¹⁰⁹ Høstmølingen s. 85

¹¹⁰ Komiteen skal overvåke statens oppfølging av konvensjoner

¹¹¹ Etter menneskerettsloven §2 (1) nr. 2 skal SP gjelde som norsk lov.

¹¹² «*Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.*»

¹¹³ Jf. også NOU-1993:18 s. 89: «... avgjørelser eller uttalelser [vil] normalt ... være rettskildedefaktorer av betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonene ...»

Menneskerettskomiteens uttalelser ble fremmet i en klagesak, og uttalelsene tas muligens mer på alvor dersom de fremmes gjennom en slik klage. Norske myndigheter har vegret seg for å gjennomføre tilleggsprotokollen som gir barn en individuell klagerett til Barnekomiteen.¹¹⁴

Derimot er Barnekonvensjonen inkorporert i norsk rett på samme måte som SP, og skal også gis forrang med motstrid, jf. menneskerettsloven §3. Hensynene som vektlegges i dommen gjelder også overfor Barnekonvensjonens forhold til norske lovbestemmelser. Som dommen illustrerer, burde lovgiver og domstolene vektlegge Barnekomiteens uttalelser i spørsmålet om barnets rettigheter selv om komiteen ikke treffer rettslig bindende avgjørelser.

4.2.3 Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn

Etter Barnekonvensjonen artikkel 3 første ledd «*skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*» ved alle handlinger som foretas av «*domstole[ne]*». Bestemmelsens ordlyd «*domstoler*» omfatter alle rettslige prosesser og alle relevante prosedyrer som berører barn i kontakt med loven, enten som offer eller som vitne.¹¹⁵ Bestemmelsen er derfor viktig i relasjon til strpl. §122.

Barnekomiteen krever at lover, forskrifter og regler som angår barn, skal utformes i samsvar med prinsippet om barnets beste. Barnets rett til å få sitt beste vurdert og ansett som et grunnleggende hensyn bør inkluderes eksplisitt i alle relevante lover, ikke bare lovene som spesifikt omhandler barn. Dersom en juridisk bestemmelse åpner for mer enn én tolkning, skal den tolkningen som mest effektivt tjener barnets beste, velges.¹¹⁶

Ordene «*skal være*» medfører en sterk juridisk forpliktelse for statene, og betyr at stater ikke kan utøve skjønn med hensyn til om barnets beste skal vurderes og tillegges vekt som et grunnleggende hensyn. Komiteen mener ordlyden «*grunnleggende hensyn*» er nødvendig fordi barn har mindre mulighet enn voksne til å føre en sterk sak for sine interesser, og dersom barnets hensyn ikke blir fremhevet, er risikoen for at det blir oversett større. Ved beslutninger som angår barnet, må partene være eksplisitt klar over barnets interesser.¹¹⁷

Ved vurderingen av barnets beste, veier løsninger som bevarer familiemiljøet og opprettholder familierelasjoner tungt, ettersom familien er den grunnleggende enheten i samfunnet og det naturlige miljøet for vekt og velvære for barna. Retten til barnet til familieliv er også beskyttet i henhold til konvensjonen art. 16.¹¹⁸

4.2.3.1 Vil Barnekomiteen anse vitneplikten for barn under 12 år som til barnets beste?

4.2.3.1.1 Kravet til synlig vurdering

Det grunnleggende utgangspunkt er at det ved «*enhver handling*» som foretas på vegne av et barn, skal tas hensyn til hva som er best for barnet. Barnekomiteen mener prinsippet «*bør justeres og defineres på individuell basis, i henhold til den spesifikke situasjonen til barnet det gjelder, tatt i betraktning hans eller hennes personlige kontekst, situasjon og behov.*»¹¹⁹ De konkrete hensynene i saken bør altså eksplisitt vurderes.

¹¹⁴ Generalforsamlingsresolusjon 66/138 (2011), åpnet for signering februar 2012

¹¹⁵ Comment no.14 avsnitt 27

¹¹⁶ Comment no.14 avsnitt 6(b)

¹¹⁷ Comment no.14 avsnitt 36 og 37

¹¹⁸ Comment no.14 avsnitt 59

¹¹⁹ Comment no.14 avsnitt 32

Anbefalingen modifiseres ved kollektive beslutninger, eksempelvis fra lovgivningsorganer. Komiteen fastslår at «*barnets beste [må] generelt vurderes og fastsettes i lys av omstendighetene til ... barn generelt*».¹²⁰ Ettersom mange handlinger utført av staten påvirker barn, trenger ikke enhver handling å innlemme en full og formell prosess med å vurdere barnets beste. Dette taler for at det i lovgivningsprosessen kan fastsettes generelle regler, og at det ikke er nødvendig å vurdere de ulike hensynene for hvert enkelt sakstilfelle. I relasjon til §122, kan uttalelsene tale for at så lenge lovgiver har tatt i betraktning hva som er til barnets beste i vitnesituasjonen, er dette tilstrekkelig for å ivareta hensynet. Som omtalt i kapittel 2, uttaler Justisdepartementet at forklaringsplikten kan være til barnets beste på forskjellig vis. Departementet erkjenner at det finnes ulike måter å se problemstillingen på, og kommer frem til at barnet skal slippe lojalitetskonflikten. Dette kan tale for at departementet har vurdert ulike hensyn, og fastslått at omstendighetene tilsier at forklaringsplikten generelt er til barnets beste.

Derimot krever Barnekomiteen at hvor en beslutning vil ha stor innvirkning på et barn, bør det foretas en større grad av beskyttelse og detaljerte prosedyrer for å vurdere barnet beste.¹²¹ Spesielt i rettssaker med direkte eller indirekte innvirkning på barn, plikter medlemsstatene å sikre at barnets beste er hensiktsmessig integrert og konsekvent anvendt i hver handling. Standpunktet støttes av plikten til å sikre at «*alle ... prinsipper om lovgivning som gjelder barn, viser at barnets beste har vært et grunnleggende hensyn*.» Dette innebærer at «*det må beskrives hvordan barnets beste har blitt undersøkt og vurdert, og hvilken vekt dette har blitt tilskrevet*.»¹²²

Uttalelsene trekker i retning av at spørsmålet om barns vitnefritaksrett overfor nærstående krever en særskilt, synlig vurdering av hvilken fremgangsmåte som er til barnets beste. Forarbeidene fremstår ufullstendige når det gjelder eksplisitte undersøkelser og vekting av hensynene i vurderingen av barnets beste, ettersom de ikke viser hvorfor det er til barnets beste å vitne, dersom barnet faktisk ikke ønsker å vitne. Synspunktet om at «*det bør vurderes i det enkelte tilfellet om barnet i det hele tatt bør avhøres som vitne*» dersom forklaringsplikt virker urimelig, kan til dels anses som en adgang til å foreta en særskilt vurdering. Derimot gir uttalelsen lite i den helhetlige fremstillingen av regelen for barn under 12 år, da Justisdepartementet ikke drøfter hvilke situasjoner unntaket blir aktuelt.

4.2.3.1.2 Kravet til juridisk representasjon

Når det gjelder spørsmålet om vergens rolle, harmonerer det norske synspunktet dårlig med Barnekomiteens. Barnet trenger egnet juridisk representasjon ved domstolenes fastsettelse av barnets beste interesser.¹²³ Etter straffeprosessloven §93g skal vergen utøve rettigheter som «*tilkommer fornærmede*» etter straffeprosessloven dersom fornærmede er under 18 år. Både i Rt-2005-1293 og under høringsinstansen ble vergens ansvar i spørsmålet om hvorvidt barna under 12 år skal ha rett til vitnefritak for nærstående fremhevet. Justisdepartementet mente derimot, i liket med mindretallet i 2005-dommen, at fritaksretten er en personlig rett som ikke kan utøves av andre.

Derimot har vergen en lovpålagt, selvstendig plikt etter norsk rett til å treffe beslutningene basert på hva som er til barnets beste, uavhengig av personlige oppfatninger. Vergen treffer viktige beslutninger på barnets vegne også på andre områder, uten at vergens mulige personlige

¹²⁰ Comment no.14 avsnitt 32

¹²¹ Comment no.14 avsnitt 20

¹²² Comment no.14 avsnitt 14(b)

¹²³ Comment no.14 avsnitt 96

preferanser anses som problematiske. Dersom barnets meninger er i konflikt med representantens «*bør en prosedyre etableres for å la barnet nærme seg en autoritet for å etablere en egen representasjon for barnet ... om nødvendig*», jf. Barnekomiteens anbefalinger.¹²⁴ Denne fremgangsmåten forhindrer at vergens «*subjektive syn og personlige verdipreferanser*» blir avgjørende, som mindretallet i Rt-2005-1293 fryktet.

I Ot.prp.nr.11(2007-2008) legges det avgjørende vekt på at barn under 12 år ikke har forutsetninger for å ta stilling til om fritaksretten skal påberopes, og at barna ikke forstår innholdet i fritaksregelen.¹²⁵ Barnekomiteen konstaterer derimot at alle barn har samme rett til å få sitt beste vurdert, til tross for at barnet ikke på egenhånd kan uttrykke meningene sine. Derfor må staten «*sikre hensiktsmessige ordninger, herunder representasjon ... for vurdering av deres beste*», også «*for barn som ikke er i stand til eller villige til å ta et standpunkt.*»¹²⁶

Dersom barnet er for lite til, eller ikke ønsker å ta stilling til vitnefritaksspørsmålet, er det etter Barnekomiteens synspunkt representantens oppgave å vurdere hva som er barnets beste. Dette i motsetning til en konstatering om at det uansett vil være til barnets beste å slippe «*lojalitetskonflikten*» i vitnefritaksspørsmålet, som ble gjort under lovendringen. Barnekomiteen fastslår et klart behov for verge. I lys av komiteens uttalelser, fremstår norske myndigheters behandling av vergens rolle i vitnesituasjonen for barna under 12 år som for overfladisk.

Barn under 12 år får verken sjansen til å uttrykke sine meninger, eller tilbud om hjelp fra en verge i vitnesituasjonen. Barnekomiteens standpunkt om nødvendigheten av en juridisk representant for barnet taler for at komiteen ikke vil anse en pålagt vitneplikt som til barnets beste, da regelen ikke åpner for at en representant kan ivareta barnets meninger i vurderingen av barnets beste.

4.2.4 Barnets rett til å bli hørt

4.2.4.1 Formålet med artikkel 12

FNs barnekonvensjon artikkel 12 ble vedtatt i 1989, og ble ansett som en nyskapning til konvensjonen.¹²⁷ Etter nr. 1 skal partene garantere et barn som er «*i stand til å danne seg egne synspunkter*», «*retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet*». Barnets synspunkter skal gis behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. I andre avsnitt fastsettes det at barn har rett til «*å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet.*»

Ordlyden «*skal garantere*» bekrefter at staten har en streng forpliktelse til å gjennomføre og håndheve lovgivning som gir barnet rett til å bli hørt. Ordlyden innebærer også at barnets synspunkter skal gis behørig vekt.¹²⁸ Overordnet legger Barnekomiteen til grunn at medlemsstatene har «*en klar og direkte juridisk forpliktelse til å investere i realisering av barnets rett til å bli hørt i alle saker som angår han eller henne ... Dette er en rett ethvert barn har, uten unntak.*»¹²⁹

¹²⁴ Comment no.14 avsnitt 90

¹²⁵ jf. kapittel 2.2.3

¹²⁶ Comment no.14 avsnitt 44

¹²⁷ Comment no.12 avsnitt 3

¹²⁸ Comment no.12 avsnitt 19

¹²⁹ Comment no.12 avsnitt 135

I straffesaker skal barnets uttalelsesrett «*respekteres og implementeres fullt ut på alle stadier av rettsprosessen*» i alle forhold som vedrører barnet¹³⁰, jf. resolusjon 2005/20 fra FNs økonomiske og sosiale råd «*Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*», som gir retningslinjer for rettslig behandling av barn som har vært offer eller vitne til straffbare handlinger. Alt skal gjøres for å sikre at barnet blir avhørt om det som er relevant i forhold til dets befatning med saken, og gitt anledning til fritt og på sin egen måte å gi uttrykk for synspunkter og bekymringer for sin medvirkning i rettsprosessen.¹³¹

4.2.4.2 Gjelder en aldersgrense for retten til å bli hørt?

Ethvert barn som er «*i stand til å danne seg egne synspunkter*» skal garanteres retten til å bli hørt. Formuleringen er ikke en begrensning, men en forpliktelse til å vurdere barnets evne til å danne seg en selvstendig oppfatning i den grad det er mulig.¹³² Staten kan ikke anta at et barn ikke er i stand til å uttrykke egne oppfatninger, men skal gå ut fra at barnet har denne evnen, og erkjenne at hun eller han har rett til å uttrykke synspunkter.

Barnekomiteen fraråder innføring av aldersgrense i lovverket, ettersom dette vil begrense rettigheten. Hvert barn er unikt, og barnets spesielle behov, interesser og privatliv skal respekteres og beskyttes.¹³³ Små barn er også omfattet av retten til å bli hørt, selv om de ikke nødvendigvis er i stand til å uttrykke dem i ord.¹³⁴ Komiteen går så langt som å kreve at en fullstendig gjennomføring av artikkel 12 forutsetter anerkjennelse av ikke-verbale former for kommunikasjon. Det er ikke nødvendig at barnet har omfattende kunnskaper om alle sider ved de forhold som berører det, så lenge barnet kan danne en egen oppfatning av spørsmålet.

Også i resolusjonen fastslås det at alder ikke bør være et hinder for barns rett til å delta fullt ut i straffeprosessen. Hvert barn skal behandles som et dyktig vitne, så lenge barnets alder og modenhet tillater det å gi en forståelig og troverdig vitnesbyrd.¹³⁵

4.2.5 Innebærer artikkel 12 at barnet har rett til å bli hørt i spørsmålet om vitnefritak etter strpl. §122?

4.2.5.1 Beskyttelse av barnet

Barnekomiteen fremhever at ethvert barn innen de nasjonale prosessrettene skal ha rett til å uttrykke synspunkter, meninger og tro, under hensyn til barnets «*abilities, age, intellectual maturity and evolving capacity.*»¹³⁶ Dersom det er forbundet med en risiko å gi uttrykk for sine synspunkter, skal voksne treffe alle mulige forholdsregler og beskyttelsesstrategier for å minimere risikoen for at barna blir utsatt for vold, utnyttelse eller andre negative konsekvenser på grunn av sin medvirkning i prosessen. Dette er en nokså selvsagt forståelse av artikkelen, men kan problematiseres i lys av strpl. §122. Det kan være en risiko for barnet å delta i rettergangsprosessen, ettersom barnets informasjon kan bli dårlig mottatt av siktede. Barnes forklaring kan medføre at en nærstående blir straffet, som igjen medfører at barnet risikerer negative konsekvenser for familiebandet det har med siktede.

¹³⁰ Comment no.12 avsnitt 57

¹³¹ Resolusjonen avsnitt 21(b)

¹³² Comment no.12 avsnitt 20

¹³³ Resolusjonen avsnitt 8

¹³⁴ Comment no.12 avsnitt 21

¹³⁵ Resolusjonen avsnitt 18

¹³⁶ Resolusjonen avsnitt 8(d)

Barnekomiteen understreker at manipulering av barna fra de voksnes side, der barna blir fortalt hva de kan si, eller der barna utsetter seg for risiko ved å delta, ikke kan forstås som gjennomføring av artikkel 12.¹³⁷ FN-resolusjonen er, i likhet med Barnekomiteens generelle uttalelser, klar på at barnet skal beskyttes, og skal ha rett til å uttrykke meninger angående hans eller hennes rolle i saken.¹³⁸ Fagfolk skal sikre at barna får uttrykke seg fritt om bekymringer for sikkerheten deres overfor siktede og om hvordan de ønsker å vitne.¹³⁹ Barna skal også kunne uttrykke følelser rundt konklusjonene som treffes, som taler for at barnet må bli hørt dersom vitneplikten oppleves vanskelig og konfliktfylt for han eller henne.

Også poenget i resolusjonen avsnitt 8 om rett til å gi uttrykk for bekymringer med hensyn til barnets medvirkning i rettsprosessen er viktig. Barnet skal få mulighet til å uttrykke eventuell frykt eller spenninger knyttet til vitneforklaringen. Dette kan gjøre det lettere ikke bare å fastslå om vitneplikten er til barnets beste, men også om barnet har vanskeligheter for å avgi en forklaring fri fra påvirkning, for å sikre at barnet avgir en oppriktig forklaring. Særlig viktig er det å være klar over barnets tanker rundt vitnesituasjonen hvor familiemedlemmene er uenige om de faktiske forhold. Her vil det ofte være særlig vanskelig for barnet å vitne, for eksempel dersom barnet frykter at siktede reagerer negativt på forklaringen. Dette taler overordnet sett for at barnet har rett til å bli hørt, og at spørsmålet om vitnefritak bør avgjøres konkret.

4.2.5.2 Frivillighet og respekt

Alle prosesser der barn blir hørt eller deltar i, skal være frivillige: «*barna skal aldri tvinges til å gi uttrykk for synspunkter mot sin vilje, og de skal gjøres oppmerksom på at de kan trekke seg fra høringen på et hvilket som helst tidspunkt*».¹⁴⁰ Lederen for Barnekomiteen forklarer at artikkel 12 gir barnet en rett til å uttale seg, men ingen plikt.¹⁴¹ Det følger av ordlydene «*retten*» i nr. 1 og «*anledning*» i nr. 2, samt av at barnet skal få uttrykke seg «*fritt*».¹⁴² Barnet skal gis anledning til å uttrykke sin mening, men står også fritt til å la være. Sandberg mener «*det er viktig at dette gjøres klar for barnet, og at det ikke legges føringer i retning av at barnet bør eller ikke bør uttale seg*.» Sett i lys av strpl. §122, er dette et viktig standpunkt. Frivillighet fra barnets side anses som et viktig krav til gjennomføringen av artikkel 12 i nasjonal lovgivning. Komiteens anbefaling kan vanskelig forenes med at barn under 12 år ikke kan velge å avstå fra å forklare seg.

4.2.5.3 Foreløpig konklusjon

Norske myndigheters fokusering på oppklaring av den påståtte familievolden og manglende vektlegging av vitnepliktenes konsekvenser synes å harmonere dårlig med Barnekomiteens standpunkt om barnets rolle som innehaver av rettigheter. Retten til deltakelse skal ikke overskygges av beskyttelse og omsorg.¹⁴³ Særlig uttalelsen om at barnet aldri skal tvinges til å gi uttrykk for sine synspunkter under høringen, taler for at retten til å bli hørt omfatter vitnesituasjonen overfor nærstående. I denne sammenheng kan også aldersgrensen på 12 år i strpl. §122 problematiseres i lys av Barnekomiteens klare anbefalinger å unngå en slik begrensning. Aldersgrensen medfører at alle barna blir «skjært over én kam», slik at barn under 12 år mister retten til å bli hørt, selv om barna kanskje ønsker å uttale seg.

¹³⁷ Comment no.12 avsnitt 132

¹³⁸ Resolusjonen avsnitt 21

¹³⁹ Resolusjonen avsnitt 21

¹⁴⁰ Comment no.12 avsnitt 134(b)

¹⁴¹ Sandberg s. 98

¹⁴² Comment no.12 avsnitt 22

¹⁴³ Comment no.12 avsnitt 18

Istedenfor å legge til grunn at «*barnet ikke har forutsetninger for å ta stilling til om fritaksretten skal påberopes*»¹⁴⁴, og dermed avskjære barna rettigheten, burde muligens barn ha rett til innflytelse. Å la barna uttale seg i spørsmålet om å vitne mot nærstående, vil trolig også samsvare bedre medbestemmelsesretten i Grunnloven §104.

4.2.6 Betydningen av artikkel 3 og artikkel 12 i norsk rett

4.2.6.1 Borgarting Lagmannsretts syn på spørsmålet i LB-2014-13067

Spørsmålet om hvorvidt strpl. §122 er i strid med FNs barnekonvensjon, ble behandlet i rettssystemet høsten 2014. Tapende part anket videre til Høyesterett etter lagmannsrettens behandling. I sak HR-2014-2523-U konkluderte Høyesteretts ankeutvalg enstemmig med at anken ikke tillates fremmet, fordi «*verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre grunner tilsier at ankene blir fremmet for Høyesterett.*» Høyesterett er ikke uenig i Lagmannsrettens vurdering, og lagmannsrettens dom fremmer dermed gjeldende retts forhold mellom strpl. §122 og barnekonvensjonen.

Saken gjaldt en familie på fire, hvor mor og far var tiltalt for å ha utøvd vold mot sønn og datter. Faren fikk fengselsstraff for å utøve vold i nære relasjoner etter strl. § 219, moren ble dømt for medvirkning for mannens voldsutøvelse mot barna. Dommen illustrerer det komplekse forholdet når barn er utsatt for vold begått av omsorgspersoner, som selv nekter for å ha begått handlingene.

Advokaten til barnas mor gjorde gjeldende i anken at barnas avhør ikke kunne anvendes som bevis. Begrunnelsen var at strpl. §122 første ledd tredje punktum strider mot FNs barnekonvensjon artikkel 12, og dermed at barna måtte spørres om de ønsket å avgi vitneforklaring innledningsvis. Forsvareren anførte at §122 ikke ble vurdert opp mot konvensjonens artikkel 12 i lovendringsprosessen.

Lagmannsretten var enig med påtalemyndigheten, som mente artikkel 12 måtte ses i sammenheng med artikkel 3. Retten argumenterte ut fra Barnekonvensjonen artikkel 19, som pålegger staten å treffe egnede lovgivningsmessige tiltak for å effektivisere prosedyrer for rettslig oppfølging av barnemishandling. Retten uttalte at hovedmålet med barnekonvensjonen er «*å sikre at de avgjørelser som treffes, ivaretar det grunnleggende hensynet barnets beste, og at retten til å bli hørt vil måtte vike dersom den vil være i strid med barnets beste*».

Lagmannsretten viser dernest til lovforarbeidene til §122. Retten argumenterte for at ettersom artikkel 12 ble nevnt under høringsuttalelsen, hadde lovgiver foretatt en «*bred avveining av de ulike hensyn [og] inntatt det standpunkt at det – uavhengig av hva barnet selv måtte mene – vil være best å gi barn under 12 år vitneplikt, og dermed frita dem fra den vanskelige lojalitetskonflikten som vitnefritak kan medføre.*» Etter denne drøftelsen konkluderer Lagmannsretten enstemmig med at §122 første ledd tredje punktum «*[ikke kan] anses å være i strid med barnekonvensjonen*», og at dommeravhørene av barna ikke kunne nektes som bevis.

4.2.6.2 Bemerkninger til Lagmannsrettens dom

4.2.6.2.1 Artikkel 12 sett i sammenheng med artikkel 3

Lagmannsrettens uttalelse om at «*retten til å bli hørt vil måtte vike dersom den vil være i strid med barnets beste*», strider mot kravet om samspill mellom artikkel 3 og 12. Barnekomiteen fastslår at det er «*et komplementært forhold mellom de to generelle prinsippene: den ene slår fast at barnets beste*

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.11(2007-2008) s. 57

skal være målet, og den andre presenterer framgangsmåten for å nå dette målet», altså å høre på barnet.¹⁴⁵ Videre tydeliggjør komiteen at «Artikkel 3 kan faktisk ikke gjennomføres på korrekt vis uten at komponentene i artikkel 12 blir respektert. Likeledes forsterker artikkel 3 funksjonaliteten til artikkel 12, og gjør det enklere for barn å spille en viktig rolle i alle beslutningsprosesser som berører deres liv.»¹⁴⁶

Utgangspunktet er dermed at myndighetene skal fastlegge barnets beste i samråd med barnet. De voksnes bedømmelse av barnets beste kan ikke overstyre plikten til å respektere alle barnets rettigheter etter konvensjonen.¹⁴⁷ Enhver beslutning som ikke tar hensyn til barnets meninger, eller ikke gir barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med alder og modenhet, «respekterer ikke muligheten for at barnet eller barna skal få påvirke fastsettelsen av deres beste.» Det at barnet er svært ungt «fratar ham eller henne ikke retten til å gi uttrykk for sine synspunkter, og reduserer heller ikke vektleggingen av barnets synspunkter» i fastleggingen av hans eller hennes beste.¹⁴⁸

Lagmannsrettens uttalelse om at retten til å bli hørt «måtte vike», harmonerer dermed dårlig med komiteens utgangspunkt om at rettighetene ikke er hierarkisk oppbygget, men at alle rettigheter er til «barnets beste», og ingen rett kan bli svekket av en negativ tolkning av barnets beste. Helt sentralt for Barnekomiteen er at barna skal anerkjennes som rettighetshavere.¹⁴⁹ I vurderingen av barnets beste må barnets rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter respekteres. En viktig del av prosessen er å kommunisere med barn for identifisere deres beste, og barnas synspunkter må gis en passende vekt i vurderingen. Dette blir ikke gjennomført i den norske prosessen dersom barnet ufrivillig må vitne mot nærstående.

4.2.6.3 Var det til barnas beste å avgi forklaring?

Det avgjørende spørsmålet overordnet sett ved barns vitneplikt i familievoldssaker er hvorvidt vitneplikten er til barnets beste. Mange barn opplever det som tøft å rippe opp i det vanskelige familieforholdet og den traumatiske opplevelsen. Også i den konkrete saken fremhever lagmannsretten at «Volden og frykten som den skapte var ikke bare en påkjenning for barna i den tiden de bodde sammen med sine foreldre ... [mishandlingen] har påført barna ... alvorlige og langvarige psykiske skadevirkninger, som de fortsatt lider under». Det er ikke vanskelig å forstå at barn utsatt for familievold opplever slike påkjenninger, og at det kan være skadelig å måtte fortelle om hendelsene på nytt.

I dommen er det i hovedsak barnas forklaringer som er avgjørende for å domfelle foreldrene. Barnas forklaringer legges til grunn til tross for at foreldrene benekter volden.¹⁵⁰ Ved spørsmålet om vitneplikt, legger lagmannsretten trolig avgjørende vekt på at forklaringene kan medføre at saken blir tilstrekkelig opplyst, slik at siktedes straffeskyld kan konstateres. Dette anses i tråd med Justisdepartementets argument om at det objektivt sett er til barnets beste å forklare seg for å stanse overgrepene og straffe gjerningsmannen, jf. kapittel 2.2.3.

¹⁴⁵ Comment no.12, avsnitt 74

¹⁴⁶ Comment no.12, avsnitt 74

¹⁴⁷ Sandberg s. 52

¹⁴⁸ Comment no.14 avsnitt 54

¹⁴⁹ Comment no.14 avsnitt 16(b)

¹⁵⁰ «Vurdert opp mot barnas forklaringer og de vitneforklaringene som støtter troverdigheten av det barna har opplyst, utelukker lagmannsretten at foreldrene snakker sant.»

Det ene barnets forklaring var til dels sprikende angående voldsutøvelse fra morens side, og mindretallet mente derfor det ikke var bevist utover enhver rimelig tvil at moren selv hadde utøvd vold mot barna. Barnevernspersonelle hadde forklart at begge barna «*har vært til dels svært redde for å møte foreldrene igjen* [etter at barna ble plassert i fosterhjem]». Barna fikk riktignok forklare seg under et dommeravhør, men frykten gjorde det vanskelig å avgi forklaring fri fra tanker om hva foreldrene mente om uttalelsene. Frykten vil generelt kunne påvirke barnas vilje og evne til å forklare seg oppriktig. Dersom barna hadde fått mulighet til å uttrykke sine synspunkter i medhold av artikkel 12, ville de kanskje ikke ønske å forklare seg.

Lojalitetskonflikten – den grunnleggende årsaken for vitnefritak etter §122 – medførte dermed at et hovedvitne avga motstridende forklaringer. Til tross for at det ene barnet nektet for at moren slo henne under deler av avhørene, konkluderte flertallet med at det forelå tilstrekkelig bevis for at moren hadde slått: «[Dette forhold] *har etter flertallets syn sammenheng med den lojalitetskonflikt D befant seg i, og reduserer ikke troverdigheten av hennes forklaring.*»¹⁵¹

Dommen bekrefter at barns forklaringer kan være avgjørende for fastlegging av både skyldspørsmål og omfanget av den eventuelle volden. Det oppstår ofte vanskelige situasjoner når barn blir pålagt en vitneplikt overfor sine nærmeste, ettersom deres forklaring kan påvirkes av trusler og frykt. Lojalitetskonflikten kan medføre at barna påvirkes til å forklare seg urett. Da kan det trolig ikke anses som til «barnets beste» å bli utsatt for denne samvittighetskonflikten. Risikoen for påvirkning fra tiltalte kan gjøre det vanskelig for dommeren å vite hva han kan stole på, sett opp mot strafferettens strenge beviskrav. Dermed er det ikke alltid at barnets forklaring kan ilegges særlig vekt uansett.

5 Rettsutvikling

5.1 Hvordan barns vitnesituasjon kunne vært regulert

Det er bred enighet om at det er behov for særskilte hensyn når barn er offer eller vitne i straffesak mot nærstående. Derimot er det trolig en for enkel løsning å konstatere at alle barns beste er å slippe å ta valget om å vitne ut fra Barnekonvensjonen, som i utstrakt grad stiller krav til at barnet skal høres før avgjørelser treffes, og ha rett til en aktiv og meningsfylt medinnflytelse. En omfattende prosess i forkant av avhørene skaper derimot problemer for hensynet til en effektiv straffesaksbehandling. Prosessen må modifieres slik at barnet har en reell mulighet til å uttale seg, samtidig som straffesaken gjennomføres effektivt.

Lagmannsrettens standpunkt om at barnets rett til å bli hørt må vike for hensynet til barnets beste, bør ikke være avgjørende for barns vitnesituasjon. Barnekomiteens grunnsyn er at retten til å bli hørt er en viktig fremgangsmåte for å klarlegge hva som er til barnets beste. Det er mulig å konkludere med en annen løsning enn barnets ønske, dersom denne løsningen er til barnets beste. Men da bygger konklusjonen på en vurdering hvor barnets mening er tatt i betraktning, og vurderingen vil kunne utarte seg annerledes enn om man ikke visste hva barnets ønske er.

Forholdet mellom artikkel 12 og 3 innebærer trolig at spørsmålet om vitnefritak for barn under 12 år burde vurderes konkret. Mulige utfall kan selvsagt være situasjonen som Justisdepartementet legger

¹⁵¹ Ettersom det ikke forelå kvalifisert flertall etter straffeprosessloven §35 for å legge til grunn at moren hadde utøvet vold mot barna, ble hun dømt for medvirkning.

til grunn: at det er til barnets beste å slippe å forholde seg til en fritaksrett. Men utfallet kan også bli et annet, eksempelvis dersom barnet har vanskelig for å forklare seg på grunnlag av frykt for hvordan forklaringen blir mottatt av siktede.

Dersom Norge skal etterleve sine internasjonale forpliktelser, samt Grunnloven §104 om barnas rett til «å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv», bør fokuset i større grad være på at barnet er innehaver av rettigheter, og at barnet har rett til innflytelse over sitt eget liv. Særlig avgjørende er Barnekomiteens uttalelse om at barnet aldri skal tvinges til å gi uttrykk for synspunkter. Vitneforklaringsspørsmålet bør vurderes konkret ettersom barn utvikles og modnes i ulik hastighet og grad, ikke basert på en generell aldersgrense, jf. Barnekomiteens fraråding mot aldersgrense for retten til å bli hørt.

For å ivareta hensynet til oppklaring av saken, kan barn som har vært vitne til eller offer for vold møte med en skikket, utdannet person. I samtale med barnet gjør vedkommende barnet oppmerksom på at han eller hun ikke behøver å fortelle hva som har skjedd, med mindre barnet ønsker. Under samtalen er det viktig at det tas hensyn til barnets modenhet. Dette harmonerer med Barnekomiteens uttalelser om statens forpliktelse til å vurdere barnets evne til å danne seg en selvstendig oppfatning. Slik respekteres barns rett til å uttrykke sine meninger, som er viktig i vurderingen av barnets beste. Det grunnleggende hensynet bak strpl. §122 ivaretas, ettersom barnet får en reell valgmulighet til å frstå fra forklaring som kan inkriminere familiemedlemmet. Dette vil også samsvare bedre med EMDs utgangspunkt om at vitneplikten overfor nærstående er vernet etter EMK artikkel 8 om respekt for familielivet, og det tilsvarende grunnlovs-festede vernet i Grunnloven §102.

5.2 Lovendring?

I april 2015 foreslo regjeringen at vitner under 15 år som avhøres ved «tilrettelagt avhør» (dommeravhør) ikke kan fritas fra forklaringsplikt i saker om vold og overgrep.¹⁵² Hovedbegrunnelsen for utvidet vitneplikt er at dersom barnet ikke forklarer seg, vil barnet «ofte ikke bli beskyttet mot nye overgrep og få hjelp til å bearbeide hendelsene.» Hensynet til sakens opplysning og bekjempelse av volden gis avgjørende vekt, på samme måte som i Ot.prp.nr.11 (2007-2008).

Under høringsinstansen påberopte blant annet Redd Barna Barnekonvensjonen artikkel 12 som skranke for vitneplikten. Departementet mener derimot at vilkåret om å kunne «danne seg synspunkter» innebærer at barnet må forstå konsekvensene av å avgi vitneforklaring. Barna mellom 12 og 15 år gir ofte ansvaret til vergen, ettersom de ikke ønsker eller evner å ta avgjørelsen. Dette talte for at barna «kan ha vanskeligheter med å ta stilling til spørsmålet», og dermed burde aldersgrensen være 15 år.¹⁵³ Departementets mening om at disse barna ikke er i stand til å uttrykke egne oppfatninger harmonerer i liten grad med Barnekomiteens krav om at barnet i utgangspunktet har evnen til å uttrykke sine oppfatninger, og at staten skal erkjenne at barnet har rett til å uttrykke sine synspunkter.

Lovendringsforslaget behandles av Stortinget 10. juni 2015.

¹⁵² Prop.112 L (2014-2015) s. 83

¹⁵³ Prop.112 L s. 83

Litteraturliste

Forarbeider

Ot.prp.nr.11(2007-2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv.

NUT-1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen

NOU-2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll

NOU-2003:31 Retten til et liv uten vold

Meld.St.15(2012-2013) Forebygging og bekjempelse av vold i nære relasjoner

NOU-2006:10 Fornærmede i straffeprosessen

Dok.nr.16(2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag

NOU-2009:1 Individ og integritet

Innst.169 S (2012-2013) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst.O.nr.51(1998-1999) Innstilling om lov om styrkning av menneskerettene si stilling i norsk rett

NOU-1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter

Prop.112 L (2014-2015) Endringer i straffeprosessloven

Riksadvokatens rundskriv

Rundskriv nr. 1/2013

Rundskriv nr. 1/2015

Internasjonale kilder

ECOSOC resolution 2005/20, Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime

Committee on the Rights of the Children, General Comment no. 14 (CRC/C/GC/14) (2013)

Committee on the Rights of the Children, General Comment no. 12 (CRC/C/CG/12) (2009)

Juridisk teori

Bøker:

Andenæs, Norsk straffeprosess, 4. utgave 2009

Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, 3. utgave 2011

Bertelsen, EMK – kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter, 1. utgave 2011

Storberget, Bjørnen sover – om vold i familien, 2007

Høstmælingen, internasjonale menneskerettigheter, 2. utgave 2012

Sandberg m.fl., Barnekonvensjonen, 2. utgave 2012

Artikler:

Andenæs, Vitneplikt for barn i straffesaker (LOR-1992-335)

Kjelby, Bevisføring og bevissikring i familievoldssaker (TFST-2004-7)

Tveberg, Ny vår for menneskerettighetene i Grunnloven? (LDG-2014-4)

Søvig, Barns rettigheter på barnets premisser (UJURS-2009-115)

Internettadresser

https://www.regjeringen.no/contentassets/97cdeb59ffd44a9f820d5992d0fab9d5/hplan-2014-2017_et-liv-uten-vold.pdf

https://www.regjeringen.no/contentassets/23751a30c2a24f23ac8f646973dc9bf4/2015/tildelingsbre v_2015_pod.pdf

https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politidirektoratet/Vedlegg_2623.pdf

<http://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/mindre-del-av-befolkningen-utsatt>

https://www.politi.no/vedlegg/rapport/Vedlegg_137.pdf

www.reddbarna.no/?hmfile=JSc4Z6Dpc5LwpAPQt8fldw==