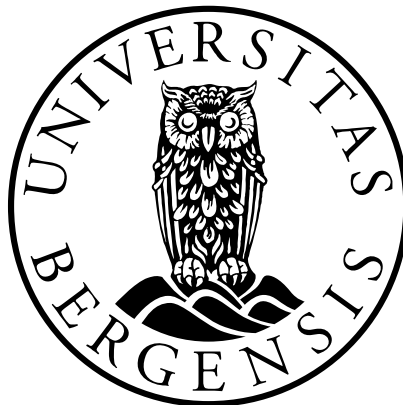


Ny avhøyrordning for born –
konsekvensar for avhøyet som bevis i
hovudforhandling.

*Særleg om erstatning av dommaren si rolle og
endringar i sikta sitt høve til kontradiksjon.*

Kandidatnummer: 129

Tal på ord: 12205



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2015

Innholdsliste

Innholdsliste	2
1 Innleiing	3
1.1 Aktualitet og problemstilling.....	3
1.2 Struktur.....	5
1.3 Viktige omsyn ved utforming av reglane for tilrettelagte avhøyr av born.....	6
1.4 Rettskjeldebiletet og metodiske utfordringar	9
2 Korleis endringar i avhøyrordninga kan påverke bevisverdi og bevisføringsåtgang for avhøyet	11
2.1 Prinsippet om fri bevisføring og fri bevisvurdering.....	11
2.2 Rett til kontradiksjon som grunnlag for bevisavskjering eller reduksjon i bevisverdi	11
2.3 Verknad av at avhøyet leiast av ein dommar	13
3 Vil føreslåtte endringar i forsvararen sin rett til å delta i avhøyet ivareta sikta sin rett til kontradiksjon?	15
3.1 Innleiing	15
3.2 Ulike tidspunkt for når hovudregelen om at forsvarar får delta i avhøyet vert aktualisert	16
3.3 Hovudregelen om forsvarar sin rett til å delta i avhøyet.....	18
3.4 Rett til supplerande avhøyr etter endringsforslaget.....	19
3.5 Kan sikta sin rett til kontradiksjon verte ivareteke utan supplerande avhøyr?.....	22
4 Vert bevisverdien påverka dersom påtalejuristar overtek leiinga av avhøyet?	30
4.1 Innleiing	30
4.2 Er påtalejuristar like godt eigna som dommarar til å ivareta sikta sine rettstryggleiksgarantiar?	31
4.3 Er påtalejuristar tilstrekkeleg upartiske til å ivareta avhøyet sitt truverde?.....	32
4.4 Kva reell innverknad har leiaren på sikta sin rettstryggleik ved avhøyet?	33
5 Avslutning	35
6 Litteraturliste	36

1 Innleiing

1.1 Aktualitet og problemstilling

Dei siste åra har det vore ein stor auke i tal meldingar av vald og seksuelle overgrep mot born.¹ Medan det vart meldt 81 tilfelle av vald mot born etter straffelova (strl.) § 219 i 2006, var det til samanlikning meldt 1791 tilfelle i 2013.² Ei hovudmålsetting i strafferettpleia dei siste åra har vore å auke innsatsen mot vald og overgrep som skjer i nære relasjonar.³ Mellom anna vart strafferammene for overgrep mot born skjerpa 25. juni 2010.⁴ Eit anna føreslått tiltak er Justis- og beredskapsdepartementet sitt forslag til endringar i straffeprosesslova (strpl.) sine reglar om tilrettelagte avhøyr av born i Prop.112 L (2014-2015). Dersom lovforslaget vert følgt opp, vil endringane tre i kraft etter at straffelova 2005 trer i kraft.⁵ Formålet med forslaget til endringar er å styrke born og særleg sårbare vaksne sin rettstryggleik og gje desse eit betre vern mot vald og seksuelle overgrep, utan å svekkje sikta sin rettstryggleik.⁶

Utforming av reglane for tilrettelagte avhøyr av born medfører vanskelege prioriteringar av viktige rettstryggleiksgarantiar for den sikta og barnet. Etter prinsippet om umiddelbar bevisføring skal alle bevis som hovudregel først direkte for den dømmende rett. For vitner er dette lovfesta i strpl. § 296 første ledd. Her går det fram at "Vitner ... bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det".⁷ På tross av prinsippet om umiddelbar bevisføring, skal dommaravhøyr av born under etterforskinga som hovudregel visast som videoopptak i hovudforhandlinga i staden for at barnet møter personleg, jf. strpl. § 298.⁸

Som vi skal sjå i kapittel 2, kan endringar i dei prosessuelle reglane for korleis avhøyret vert gjennomført påverke høvet til å føre avhøyret som bevis ved hovudforhandling, og kva vekt

¹ Prop.112 L (2014-2015) s 6.

² Dokument 8:54 S (2014–2015) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Kjell Ingolf Ropstad, Olaug V. Bollestad og Geir Jørgen Bekkevold om tiltak for å bekjempe vold mot barn.

³ Ørnulf Øyen, "Flytting av ansvaret for avhør mv. av barn fra domstolene til politiet", *Lov og Rett*, 2014 s. 61-62.

⁴ Sjå Prop.97 L (2009-2010) kapittel 5 og 6; og Lov 22. mai 1902 nr. 10, alminnelig borgerlig straffelov (straffelova) § 195 første ledd, § 196 første ledd og § 219 første og andre ledd.

⁵ Prop.112 L (2014-2015) s. 7.

⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 5.

⁷ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosesslov eller strpl.) § 296.

⁸ Strpl. § 298.

avhøyret eventuelt kan tilleggst i retten si bevisvurdering. Barnet si forklaring vil ofte vere eit avgjerande bevis i retten si bevisvurdering i desse sakene. Dersom ein ikkje kan føre videoopptak av barnet si forklaring som bevis eller må bruke dette beviset med stor varsemd, vil dette auke risikoen for at skuldige vert frikjent. Reglane må difor utformast med varsemd.

I dag vert avhøyr av born under etterforskinga gjennomført som eit dommaravhøyr etter reglane i strpl. § 239 og forskrift om dommaravhøyr og observasjon (dommaravhøyrforskrifta).⁹ Avhøyrordninga gjeld både for avhøyr av vitne under 16 år og vitne med psykisk utviklingshemming eller tilsvarande funksjonssvikt, og er utvikla med tanke på at dette er ei særleg sårbar gruppe. Det er lagt til grunn i forarbeida at dommaravhøyr bør brukast i "alle saker der det vil være en særlig påkjenning for barnet å vitne i saken".¹⁰ For å skåne barnet vert avhøyra vanlegvis gjennomført i eigne tilrettelagte barnehus. For alle umyndige fornærma skal bistandsadvokat oppnemnst med mindre både fornærma sjølv og verge fråfell slik oppnemning.¹¹ Bistandsadvokaten skal varslast og få høve til å vere til stades i avhøyet.¹² Ein sakkunnig person, ofte ein politibetent, fører samtalen med barnet bak ein einvegsspegel eller i eit rom med videooverføring. Avhøyet skal tilpassast vitnet sin alder, utviklingsnivå og omstende forøvrig.¹³ I naborommet sit dommaren og overvåkar saka saman med representantar frå påtalemakta, bistandsadvokaten og vanlegvis også ein forsvarar, representantar frå barnehuset og psykolog.

Eit av forslaga til ny avhøyrordning er å overføre ansvaret for leiinga av avhøyet frå dommarar til påtalejuristar, og at dommaren ikkje lenger skal vere til stades ved avhøyet.¹⁴ Ved avhøyet i dag har dommaren som oppgåve å passe på at avhøyet vert gjennomført på ein forsvarleg måte. Tradisjonelt sett har det vore rekna som ein rettstryggleiksgaranti at dommaren er til stade ved avhøyet. Og dommaren si rolle har vore rekna som viktig for avhøyet sin høge bevisverdi. Fleire stiller seg difor kritisk til kva innverknad det kan få for avhøyet sin bevisverdi dersom påtalejuristar overtek leiinga av desse avhøyra.¹⁵

⁹ Forskrift 2. oktober 1998 nr. 925 om dommaravhøyr og observasjon (dommaravhøyrforskrifta).

¹⁰ Ot.prp. nr. 11 (2007-2008) s. 55.

¹¹ Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 3 (1981) "Advokathjelp til Fornærmede i voldtektssaker", s. 2; og Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud, og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven Kommentartutgave Bind I*, 4. utgåve (Oslo 2011) s. 409.

¹² Dommaravhøyrforskrifta § 8.

¹³ Dommaravhøyrforskrifta § 12 tredje ledd.

¹⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 48.

¹⁵ Ørnulf Øyen s. 61-62; og Den norske advokatforening "Høring - rapport om avhør av særlig sårbare personer i straffesaker" 22.04.2013.

Ei anna endring departementet føreslår er at sikta ikkje lenger skal vere representert av forsvarar ved første avhøyr.¹⁶ I forkant av avhøyet i dag bør dommaren konferere med både den som skal foreta avhøyet og dei som skal sjå avhøyet via video.¹⁷ Forsvararen kan då fremme ønskje om forhold som sikta ønskjer belyst. Dersom forsvararen ikkje lenger skal få delta i første avhøyr, vil sikta vere avhengig av eit supplerande avhøyr for å kunne stille spørsmål til vitnet. I lovforslaget tek departementet stilling til om endringane vil ivareta sikta sin rett til kontradiksjon, men vurderinga tek berre stilling til sikta sin rett til kontradiksjon etter den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK),¹⁸ og ikkje kravet til kontradiksjon i norsk intern rett. Vidare synast ikkje vurderinga i tilstrekkeleg grad å ta omsyn til dei reelle utfordringane det inneber å få gjennomført supplerande avhøyr. Departementet legg nemleg til grunn at avhøyra kan gjennomførast langt raskare enn det som er realiteten i dag. Det er difor framleis eit behov for ei konsekvensutgreiing av kor vidt dei føreslåtte endringane i forsvararen sin rett til å delta i avhøyet er i tråd med sikta sin rett til kontradiksjon etter både norsk intern rett og EMK.

Denne oppgåva skal undersøkje korleis forslaget om å fjerne dommaren si rolle frå avhøyet og føreslåtte endringar i forsvararen sin rett til å delta i avhøyet vil påverke bevisføringsåtgangen og bevisverdien for avhøyet ved hovudforhandling.

1.2 Struktur

Innleiingsvis vil det vere tenleg med ein presentasjon av dei omsyna som gjer seg særleg gjeldande når lovgjevar skal utforme reglar om tilrettelagte avhøyr av born. Omsynet til det beste for barnet og sikta sin rett til kontradiksjon vil difor presenterast i kapittel 1.3 Deretter vil framstillinga gjere greie for rettskjeldebiletet og kva metodiske utfordringar rettskjeldesituasjonen byr på (kapittel 1.4).

Endringar i reglar for gjennomføring av avhøyet kan påverke kor vidt avhøyet kan nyttast som bevis og kva vekt det kan tillegkast. Dette krev ei nærare grunngjeving. I kapittel 2 skal oppgåva difor ta for seg korleis ivaretaking av grunnleggande omsyn ved innhenting av beviset påverkar kor vidt beviset kan førast og kva vekt det kan tillegkast i hovudforhandlinga. Kapittel 2.2 vil syne at manglande ivaretaking av sikta sin rett til

¹⁶ Prop.112 L (2014-2015) s 118, forslag til ny § 239 b første ledd, og s 119, forslag til ny § 239 d første ledd.

¹⁷ Dommaravhøyrforakrifa § 3 andre ledd.

¹⁸ Prop.112 L (2014-2015) s 58-64.

kontradiksjon i avhøret kan skape grunnlag for bevisavskjering eller redusert bevisverdi. Deretter vil kapittel 2.3 klarlegge kva som vil vere avgjerande i vurderinga av om bevisverdien av avhøret vil verte svekkja dersom ein påtalejurist leiar avhøra i staden for ein dommar.

Kapittel 3 vil deretter gjere greie for dei største skilnadane for forsvararen sin rett til å delta i avhøret i dag og etter lovforslaget, og vurdere korleis desse endringane stiller seg i lys av sikta sin rett til kontradiksjon i norsk rett og EMK. Vurderinga av om avhøret kan behalde sin høge bevisverdi under leiing av påtalejuristar vil gjerast i kapittel 4.

Til slutt vil trådane og hovudfunna i oppgåva samlast i ei avslutning i kapittel 5. Her vil oppgåva også lette blikket og sjå på alternative løysingar for dei eventuelle utfordringane den nye avhørrordninga vil kunne medføre for bevisverdi og bevisføringsåtgang.

1.3 Viktige omsyn ved utforming av reglane for tilrettelagte avhøyr av born

Når barnet ikkje møter sjølv ved hovudforhandling må sikta sin rett til kontradiksjon ivaretakast allereie ved avhøyr av barnet på etterforsningsstadiet. Sikta sin rett til kontradiksjon følger både av eit grunnprinsipp i norsk rett¹⁹ og EMK artikkel 6. Kjernen i sikta sin rett til kontradiksjon er at den sikta skal få høve til å gjere greie for sitt syn på dei faktiske omstenda, legge fram bevis, gjere seg kjend med dei bevis som vert lagt fram av påtalemakta, få tid til å uttale seg om desse bevisa og høve til å krysseksaminere eventuelle vitne. Retten til kontradiksjon skal først og fremst hindre at saka bygger på feil faktum,²⁰ men er også viktig for at dei involverte og samfunnet for øvrig skal ha tillit til prosessen. Kontradiksjonsprinsippet fungerer som eit tolkingsprinsipp i favør av den tolkinga som gjev best mogeleg kontradiksjon.

Kontradiksjonsprinsippet medfører også absolutte skrankar for rettsbrukaren. For norsk intern rett vert desse grensene utforma gjennom enkeltreglar i lovgjevinga og dommar avsagt av Høgsterett, medan dei nærare grensene for retten til kontradiksjon etter EMK artikkel 6 vert fastlagt gjennom praksis frå menneskerettsdomstolen (EMD). Statane må til ei kvar tid innrette seg etter innhaldet i retten til kontradiksjon slik EMD tolkar og utviklar denne retten.

¹⁹ Rt. 2011 s. 93 A avsnitt 30.

²⁰ Magnus Matningsdal, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, Bergen 2007 s. 15.

Både kontradiksjonsprinsippet etter norsk intern rett og EMK har såleis ein dynamisk og pragmatisk karakter, og rettsbrukarane må sørgje for å ivareta krava til kontradiksjonsprinsippet etter begge system.

Ved grunnlovsrevisjon i 2014 vart retten til kontradiksjon grunnlovsfesta i Grunnlova (GrL) § 95 første ledd andre punktum: ”Rettargangen skal vere rettviss og offentleg”.²¹ Grunnlovsfestinga av kontradiksjonsprinsippet skal synleggjere at prinsippet skal nyttast som tolkingsmoment ved tolking av anna lovgjeving,²² men medfører også ei rettsleg skranke for lovgjevar.²³ Etter grunnlovsfestinga kan lovgjevar berre endre innhaldet av kravet til kontradiksjon innanfor Grunnlova sine grenser. For å finne ut kva skrankar grunnlovsfestinga inneber for lovgjevar må det klarleggast kva delar av det grunnleggande kontradiksjonsprinsippet som no er heimla i Grunnlova.

Tiltak for å styrke sikta sin rett til kontradiksjon, som krysseksaminering av vitnet og gjentekne avhøyr, kan på den andre sida vere ei belastning for barnet. Omsynet til det beste for barnet er også ein rett etter Grunnlova. Av Grunnlova § 104 andre ledd går det fram at ”[v]ed handlingar og i avgjerder som vedkjem born, skal kva som er best for barnet, vere eit grunnleggjande omsyn”.²⁴ Då ordlyden i tillegg til å omfatte ”avgjerder”, også rettar seg mot ”handlingar”, talar dette for at regelen også er meint å vere ein prosessuell regel, og dermed vil vere aktuell for utforming av reglane for tilrettelagte avhøyr av born. Vidare har regelen sin parallell i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1,²⁵ og er utforma etter mønster av denne for å kunne trekke vekslar på internasjonal tolkingspraksis.²⁶ Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 slår fast:²⁷

«In all actions concerning children, whether undertaken by public or private welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.»

Då barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 er ein prosessuell regel,²⁸ talar dette ytterlegare for at også Grunnlova § 104 andre ledd er meint å vere ein prosessuell regel.

²¹ Grunnlova § 95 første ledd andre punktum, endra ved vedtak 27. mai 2014. Av Innst.186 S (2013-2014) s. 23 går det fram at dette inneber ein rett til kontradiksjon.

²² Grunnlovsforslag 30 (2011-2012) s. 5.

²³ Grunnlovsforslag 30 (2011-2012) s. 5.

²⁴ GrL. § 104, endra ved vedtak 27. mai 2014.

²⁵ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 63.

²⁶ Dok.nr.16 (2011-2012) side 192.

²⁷ FN sin barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1.

²⁸ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 64.

Til samanlikning med sikta sin rett til kontradiksjon, er det mindre tenleg med konkrete grenser for kva som skal til for at omsynet til det beste for barnet er ivareteke. Det er det beste for det enkelte born som skal vektleggast, jf. ordlyden ”kva som er best for *barnet*” (mi uth). Dette krev ei individuell vurdering av behova til det enkelte barn.

Omsynet til det beste for det enkelte born og sikta sin rett til kontradiksjon kan tale for ulike prosessuelle løysingar. Dette reiser spørsmålet om korleis omsynet til det beste for barnet må vegast mot sikta sin rett til kontradiksjon der lovgjevinga opnar for konkrete vurderingar. I Rt. 2015 s. 93 viser Høgsterett til General Comment No. 14 (2013) der FN sin Barnekomité gjer greie for barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 sin bakgrunn og funksjon.²⁹ Ved konflikt mot andre personar sine rettar, understrekar Barnekomiteen at ein varsamt må balansere interessene til alle partar og finne eit passande kompromiss.³⁰ Dersom harmonisering ikkje er mogleg, må ein analysere og vege dei involverte rettane mot kvarandre i lys av at omsynet til det beste for barnet er eit grunnleggjande prinsipp.³¹ Dette inneber at ”the child's interests have high priority and not just one of several considerations. Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best.”³² Det barnekomiteen gjev uttrykk for her er, etter Høgsterett sitt syn, eit naturleg utgangspunkt også for tolkinga av Grunnlova § 104 andre ledd.³³ Høgsterett slår fast at omsynet til barnet er ”ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen”.³⁴ Både Høgsterett og Barnekomiteen sine formuleringar synast å vere vide og generelle nok til å også omfatte avvegingar mot sikta sin rett til kontradiksjon. Det er likevel gode grunnar for å tolke Høgsterett sin generelle uttale innskrenkande på dette punktet. Faktum i saka krev ikkje at Høgsterett tek stilling til kor sterkt omsynet til det beste for barnet skal stå dersom eit av dei andre momenta i heilskapsvurderinga også er ein rett etter Grunnlova. Når omsynet til det beste for barnet og sikta sin rett til kontradiksjon kjem på spissen vil omsynet til det beste for barnet ”vere eit grunnleggjande omsyn”, jf. Grl. § 104, men det vil også omsynet til sikta sin kontradiksjon vere. I forarbeida til Grunnlova går det fram at ”eit grunnleggjande omsyn” i Grl § 104 skal tolkast ”som et tillegg til andre hensyn”, og at det ikkje gjev forrang foran andre omsyn.³⁵ Prinsippet om det beste for barnet er av stor,

²⁹ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 64.

³⁰ General Comment No. 14 (2013) frå FN sin komité for barnet sine rettar, avsnitt 39.

³¹ General Comment No. 14 (2013) frå FN sin komité for barnet sine rettar, avsnitt 39.

³² General Comment No. 14 (2013) frå FN sin komité for barnet sine rettar, avsnitt 39.

³³ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 64.

³⁴ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 64.

³⁵ Innst.186 S (2013-2014) s. 30.

men ikkje avgjerande verknad.³⁶ I avveging mot sikta sin rett til kontradiksjon må rettsbrukaren føreta ei konkret vurdering av kva rett som treng mest vern i det konkrete tilfelle.

1.4 Rettskjeldebiletet og metodiske utfordringar

Det skal vidare gjerast greie for rettskjeldebiletet og kva metodiske utfordringar dette medfører for oppgåva.

For å kunne vurdere forslaga til endring i straffeprosesslova må dei føreslåtte endringane i forarbeidet samanliknast med rettstilstanden i dag. Reglane for gjennomføring av avhøyr i dag går fram av strpl. § 239, dommaravhøyrfskrifta og rettspraksis. Sidan forarbeida med forslag til endringar i avhøyrordsordninga er heilt nye, føreligg det ikkje etterfølgjande kjelder som kan gje vegleiing for korleis ein skal tolke forslaga i forarbeidet. Tidlegare rettskjelder for gjennomføring av avhøyret vil berre vere relevant for tolking av lovforslaget der lovforslaget ikkje er meint å avvike rettstilstanden i dag. Der lovforslaget er meint å medføre endringar må omfanget av endringane klarleggast åleine basert på ordlyden av lovforslaga og nærare grunngjeving i forarbeidet.

For vurderinga av om føreslåtte endringar i forsvararen sin tilgang til avhøyret vil påverke bevisverdi og bevisføringsåtgang må dei nærare grensene for sikta sin rett til kontradiksjon klarleggast. Her vil særleg dommar frå Høgsterett og EMD stå sentralt. Det er derimot ingen rettskjelder som direkte tek stilling til om det vil påverke bevisverdien dersom påtalejuristar overtek leiinga av avhøyret. Ut frå meir generelle rettssetningar i rettspraksis, særleg dommar frå EMD, kan ein likevel utleie generelle vurderingsmoment som vil nyttast for denne vurderinga.

Den mest innlysande utfordringa ved rettskjeldematerialet knyttar seg til dei endringane som skjer i ein lovgjevingsprosess. Forarbeidet som skal vurderast i oppgåva vart først kunngjort 24. april 2015, og lovforslaga her avvik tidlegare arbeid i lovgjevingsprosessen på sentrale punkt for problemstillinga i oppgåva. Dette har påverka kva rettslege spørsmål som kjem på spissen når det skal vurderast kva konsekvensar lovforslaget kan få for bevisverdi og bevisføringsåtgang av avhøyret i hovudforhandling.

³⁶ Innst.186 S (2013-2014) s. 30.

Ei anna metodisk utfordring oppstår som følge av at det kan vere skilnadar i kravet til kontradiksjon etter norsk intern rett og EMK, og at det kan vere utydeleg kva rettssystem Høgsterett utleiar rettssetningane sine frå i den konkrete saka. Då Høgsterett også er bunden av kravet til kontradiksjon etter EMK, er det ikkje naudsynt for domstolen å konkretisere om kravet til kontradiksjon i den enkelte dommen følgjer av begge rettssystema. Når EMD utviklar og endrar innhaldet av retten til kontradiksjon etter EMK oppstår spørsmålet om Høgsterett si tidlegare klarlegging av kontradiksjonsprinsippet sitt innhald berre bygger på retten til kontradiksjon i EMK eller også norsk intern rett. Dersom Høgsterett si tolking også bygger på norsk intern rett, og dette kravet til kontradiksjon er strengare enn seinare utvikling i EMD, vil Høgsterett framleis måtte følgje det norske kravet til kontradiksjon til tross for utviklinga i EMD. Dette skapar ei utfordring for rettsbrukaren for dei tilfella det er behov for å klarlegge innhaldet av det grunnleggande prinsippet om rett til kontradiksjon i norsk intern rett.

2 Korleis endringar i avhøyrordninga kan påverke bevisverdi og bevisføringsåtgang for avhøyret

2.1 Prinsippet om fri bevisføring og fri bevisvurdering

Som hovudregel har partane i straffesaker høve til å føre dei bevis dei ynskjer vedkommande saksforholdet.³⁷ Dette går ikkje direkte fram av straffeprosesslova, men er ein føresetnad i til dømes strpl. §§ 118 og 134.³⁸ Vidare er bevisvurderinga i Norge som hovudregel fri,³⁹ noko som inneber at retten fritt vurderer om dei ulike bevisa er relevante og korleis dei ulike bevisa skal vektast. Både norsk rett og EMK set likevel visse rammer for både vurderinga av om beviset kan førast og kva vekt det kan tillegkast.

2.2 Rett til kontradiksjon som grunnlag for bevisavskjering eller reduksjon i bevisverdi

Sikta sin rett til kontradiksjon kan vere eit grunnlag for å avskjere avhøyret som bevis eller gje det mindre vekt ved bevisvurderinga. Når barnet ikkje møter sjølv ved hovudforhandlinga og avhøyret av barnet er eit sentralt bevis i saka, er det difor viktig at reglane om gjennomføring av avhøyret gjev sikta høve til kontradiksjon i tråd med krava til kontradiksjon etter norsk rett og EMK. Eit eksempel på at manglande ivaretaking av sikta sin rett til kontradiksjon kan måtte medføre bevisavskjering finn vi i Rt. 1994 s. 748. Høgsterett konkluderte med at føringa av beviset ”ikke tilfredsstillar de rettssikkerhetskrav som man bør stille etter straffeprosessloven sett i sammenheng med EMK art 6”, og at den fellande dommen frå lagmannsretten difor måtte opphevast.⁴⁰ Også dommar frå EMD har synt at manglande ivaretaking av sikta sin rett til kontradiksjon kan måtte medføre bevisavskjering. Eit eksempel på dette er EMD sin dom *A.S. mot Finland*.⁴¹ I denne saka var ein seks år gamal gut avhøyrt i videoavhøyr 26. februar 2004 grunna mistanke om seksuelt misbruk av ein ven

³⁷ Runar Torgersen, *Ulovlig Beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 21.

³⁸ Gert Johan Kjellby, “Bevissikring og bevisførsel i familievoldsaker - særlig om adgangen til opplesning av tidligere avgitte forklaringer”, *Tidsskrift for strafferett*, 2004 s. 7-42 (s.11).

³⁹ Eivind Kolflaath, ”Bevisbedømmelse – Sannsynlighet eller fortellinger?”, *Jussens Venner*, 2004 s. 279-304 (s. 279).

⁴⁰ Rt. 1994 s. 748 (s. 751).

⁴¹ Dom frå EMD 28. september 2010 *A.S. mot Finland*.

av familien. Mistenkte var ikkje tilstade ved avhøyret og var heller ikkje informert om etterforskinga. Avhøyr av mistenkte vart først halde 1. juli. Ein overlege som var spesialist i barnepsykiatri og hadde følgd avhøyret av barnet, meinte barnet ikkje burde avhøyrast på ny, noko den mistenkte var einig i. Under hovudforhandlinga i tingretten meinte sikta på den andre sida at avhøyret ikkje kunne nyttast som bevis då hans rett til å stille spørsmål til vitnet ikkje var respektert. Då avhøyret likevel vart ført som bevis, konkluderte EMD med at dette var ei krenking av EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr 3 bokstav d.

Spørsmålet om bevisavskjering grunna manglande kontradiksjon skal gjerast ”ved avslutningen av den øvrige bevisførselen”, jf. Rt. 2009 s. 567 U.⁴² Det er først då ein kan ha kunnskap om kor dominerande beviset er i den samla bevisvurderinga. Dersom eit avhøyr vert ført som bevis, utan at sikta sin rett til kontradiksjon er ivareteke, kan dette føre til at dommen må opphevast. Dersom avhøyret er eit dominerande bevis, er terskelen for å oppheve dommen grunna manglande kontradiksjon svært låg.⁴³ Det kan ikkje stillast høge krav til sannsyn for at manglande kontradiksjon har verka inn på resultatet. Dette kjem mellom anna fram i Rt. 2005 s. 1590 A, der Høgsterett i avsnitt 34 uttalar:⁴⁴

“Når kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, er det vanskelig å vite hvordan resultatet ville ha blitt uten feilen. Prinsippet er så vesentlig at det etter mitt syn ikke kan stilles høye krav til sannsynligheten for at feilen har virket inn. Snarere bør det nærmest være en presumpsjon for at feilen har hatt betydning.”

Dersom det ikkje er grunnlag for å nekte beviset ført, kan dårleg kontradiksjon alternativt medføre at beviset må tillegast mindre vekt i den samla vurderinga. For avhøyr av born der barnet seinare ikkje møter i retten, har EMD understreka at forklaringa må handsamast med ”extreme care”.⁴⁵ Retten til å eksaminere vitner er grunngeve i eit ynskje om å motverke at dommen bygger på eit uriktig faktum.⁴⁶ Den sikta kan vere kjend med forhold som er ukjende for påtalemakta, og som det difor er viktig å konfrontere vitnet med.⁴⁷ Matningsdal meiner det av desse grunnane ligg i saka sin natur at ei forklaring som det ikkje har vore høve til å undergje eksaminasjon, må brukast med ei viss varsemnd.⁴⁸ Kva grad av varsemnd som må

⁴² Rt. 2009 s. 567 U (avsnitt 26).

⁴³ Rt. 1991 s. 1524, Rt. 2000 s. 1297 (kjm.utv.), Rt. 2011 s. 1289 U (avsnitt 15) og Rt. 2011 s. 1593 U (avsnitt 15).

⁴⁴ Rt. 2005 s. 1590 A (avsnitt 34).

⁴⁵ Dom frå EMD 2. juli 2002 *S.N. mot Sverige* avsnitt 53.

⁴⁶ Magnus Matningsdal, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, s. 249.

⁴⁷ Same stad.

⁴⁸ Same stad.

utvisast i det enkelte tilfelle, er avhengig av kva behov for eksaminasjon det vil vere i høve til den aktuelle forklaringa.⁴⁹

Når lovgjevar endrar sikta sitt høve til kontradiksjon oppstår spørsmålet om lovgjevar samstundes endrar innhaldet av retten til kontradiksjon i norsk intern rett. Dersom nye reglar som regulerer sikta sin tilgang til kontradiksjon ikkje ivaretek dei krav til kontradiksjon som følgjer av EMD og norsk intern rett, kan denne friksjonen medføre bevisavskjering eller redusert bevisverdi for avhøyret.

2.3 Verknad av at avhøyret leiast av ein dommar

For å vurdere om bevisverdien vert påverka av om avhøyret er leia av ein dommar eller ein påtalejurist, kan det synast naturleg å samanlikne kva vekt domstolane i dag legg på avhøyr av born som er leia av desse yrkesgruppene. Ei slik samanlikning vil likevel ikkje halde mål. Det går fram av strpl. § 234 andre ledd at avhøyr av vitne under 16 år fortrinnsvis bør gjennomførast som dommaravhøyr etter reglane i strpl. § 239.⁵⁰ Ordinære politiavhøyr av born vert difor sjeldan gjennomført, noko som skapar eit tynt samanlikningsgrunnlag. Vidare er ikkje ordinære politiavhøyr omfatta av regelen i strpl. § 298 om at videoopptak av avhøyret skal tre i staden for personleg avhøyr under hovudforhandling. Der barnet er avhøyrt i ordinært politiavhøyr gjeld derimot hovudregelen om at vitnet skal avhøyrast munnleg under hovudforhandling, jf. strpl. § 296.⁵¹ Unntak kan berre gjerast når det føreligg ”særegne forhold”.⁵² Det må difor gjennomførast ei grundig vurdering av om det er forsvarleg å syne politiavhøyret i retten i staden for hovudregelen om at vitnet skal møte. Dei ordinære politiavhøyra som avspelast under hovudforhandlinga er dermed i seg sjølv ei naudløysing, i motsetnad til dommaravhøyr av born der det nettopp er hovudregelen at beviset skal førast for retten.

EMD har heller aldri tatt direkte stilling til om det styrkar bevisverdien at avhøyret leiast av ein dommar framfor ein politijurist. Det er berre Norge og Island som har dommarleia avhøyr av barnet,⁵³ og desse landa si avhøyrordning har ikkje vore til vurdering av EMD. I *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) kjem EMD derimot med nokre generelle

⁴⁹ Same stad.

⁵⁰ Strpl § 234 andre ledd første punktum.

⁵¹ Strpl § 296 første ledd.

⁵² Strpl § 296 første ledd.

⁵³ Prop.112 L (2014-2015) s. 17.

rettssetningar som syner kva moment domstolane må leggje vekt på i bevisvurderinga når eit avhøyr som er det hovudsakelege bevis vert ført for hovudforhandling utan at vitnet er tilstade.⁵⁴

“At the same time where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the pscales, to use the words of Lord Mance in R. v. Davis..., and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case.”

Når dommaravhøyrer er det avgjerande bevis i saka må rettargangen underkastast ei svært grundig vurdering, jf. ”most searching scrutiny”, der vekta av beviset vil vere avhengig av at rettargangen inneber tilstrekkeleg motvekt av andre rettstryggleiksgarantiar for den sikta. Ei domfelling kan vidare berre bygge på beviset dersom det er tilstrekkeleg påliteleg i lys av kor viktig beviset er i saka.

I tråd med denne dommen vil ei overføring av leiingsansvaret til påtalejuristar påverke bevisverdien dersom det vil føre til endring av kor godt rettstryggleiksgarantiane til den sikta vert ivareteke. Ei overføring av leiingsansvaret vil kunne påverke kor godt sikta sin rettstryggleik vert ivareteke dersom dommarar som yrkesgruppe er betre eigna til å ivareta desse interessene enn påtalemakta. For å vurdere kor godt eigna dei to yrkesgruppene er til å ivareta sikta rettstryggleik må rollene og kompetansen til dei to yrkesgruppene samanliknast. Vidare kan ei domfelling berre baserast på beviset dersom beviset er tilstrekkeleg truverdig i lys av kor viktig beviset er i saka. For at avhøyrer skal vere truverdig er det viktig at leiaren av avhøyrer er upartisk. Det må difor også vurderast om påtalejuristar er like upartiske som dommarar i rolla som leiar av avhøyrer. At dette kan påverke bevisverdien går også fram av EMD sin dom *S.N. mot Sverige*. Her fastslo to dommarar som tilhørte fleirtalet at det var ein veikskap at ”at no stage in the proceedings was the child heard – or could have been heard - by someone independent of the prosecution”.⁵⁵

⁵⁴ Dom frå EMD 15. desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 147.

⁵⁵ *S.N. mot Sverige* s. 16.

3 Vil føreslåtte endringar i forsvararen sin rett til å delta i avhøyret ivareta sikta sin rett til kontradiksjon?

3.1 Innleiing

Spørsmålet er vidare om forslaget til endringar i forsvararen sin rett til å delta i avhøyret vil ivareta sikta sin rett til kontradiksjon etter norsk rett og EMK. Som gjort greie for i kapittel 2.2 vil brot på sikta sin rett til kontradiksjon kunne medføre at avhøyret må avskjerast som bevis eller nyttast med varsemnd i hovudforhandlinga.

Ved dommaravhøyr som i dag er heimla i strpl. § 234 andre ledd, jf. strpl. § 239 får ikkje sikta vere til stades under avhøyret. Sikta er difor avhengig av å vere representert ved forsvarar for å kunne stille spørsmål til vitnet. Etter dommaravhøyrforskrifta § 9 skal forsvararen snarast mogeleg og seinast før avhøyret få kopi av dei dokument han har rett å gjere seg kjend med etter strpl. § 242.⁵⁶ Dette gjev forsvararen eit grunnlag for å vurdere, i samråd med den sikta, kva dei ynskjer belyst i avhøyret. I forkant av avhøyret kan forsvararen då informere den som skal avhøyre barnet og leiaren for avhøyret om desse forholda. Forsvararen får ikkje sjølv stille spørsmål til vitnet, men får følgje avhøyret frå eit siderom. Dersom forsvararen har innvendingar eller ønskjer å stille spørsmål undervegs i avhøyret, kan han ta dette opp med dommaren.⁵⁷ Dommaren avgjer om det er grunnlag for å bryte inn i avhøyret med spørsmål eller irettesetting.

Heller ikkje forslaget til endringar i straffeprosesslova inneber at sikta sjølv får delta ved avhøyret.⁵⁸ Forsvarar skal framleis få tilgang til dokument i saka og kunne fremme forslag om spørsmål til vitnet i forkant eller undervegs i avhøyret.⁵⁹ Etter forslag til ny § 239 d fjerde ledd fjerde punktum skal forsvararen sine spørsmål tillatast stilt med mindre omsynet til vitnet talar klart mot det.⁶⁰ Sikta sin kontradiksjon er difor både i dag og etter forslag om

⁵⁶ Dommaravhøyrforskrifta § 9.

⁵⁷ Dommaravhøyrforskrifta § 12 fjerde ledd.

⁵⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 d.

⁵⁹ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 b fjerde ledd første punktum og forslag til ny § 239 d fjerde ledd.

⁶⁰ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 d fjerde ledd fjerde avsnitt.

lovendringar avhengig av at forsvararen får vere til stades i avhøyret. Endringar i forsvararen sin rett til å vere til stades ved avhøyret vil dermed kunne påverke i kva grad sikta sin rett til kontradiksjon vert ivareteke.

Vidare vil oppgåva samanlikne forsvararen sin rett til å delta i avhøyret etter noverande ordning og etter føreslått ordning i Prop.112 L (2014-2015). Den største skilnaden på sikta sitt høve til kontradiksjon etter dei to modellane er at hovudregelen om at forsvarar får delta i avhøyret vert aktualisert ved første avhøyr i dag, men først i supplerande avhøyr etter endringsforslaget. Dette vert det gjort nærare greie for i kapittel 3.2. For å samanlikne sikta sin rett til å vere representert ved avhøyret må ein difor samanlikne sikta sin rett til forsvarar ved første avhøyr i dag med sikta sin rett til forsvarar ved supplerande avhøyr etter endringsforslaget (kapittel 3.3). Denne skilnaden krev også at det vert gjort greie for kva som skal til for å få gjennomført supplerande avhøyr då dette er ein føresetnad for å aktualisere hovudregelen om at forsvarar får delta i avhøyret etter endringsforslaget (kapittel 3.4). Det må deretter gjerast greie for om føreslåtte endringar i forsvararen sin rett til å delta i avhøyret vil ivareta sikta sin rett til kontradiksjon i norsk rett og EMK (kapittel 3.5).

3.2 Ulike tidspunkt for når hovudregelen om at forsvarar får delta i avhøyret vert aktualisert

Etter strpl. § 239 har som hovudregel forsvararen i dag rett til å vere til stade ved avhøyr av barnet når mistenkte har fått status som sikta i saka.⁶¹ For å gjere greie for sikta sin rett til å vere representert ved avhøyret i dag er det difor naudsynt å klargjere kva som skal til for at den mistenkte får status som sikta.

Den mistenkte får for det første status som sikta ”når forfølging mot ham er innledet ved retten”, jf. strpl. § 82. Det er usemje i juridisk teori om kor vidt dommaravhøyr er forfølging ”innledet ved retten” og dermed utløyser status som sikta.⁶² Ordlyden av strpl. § 239 første ledd slår fast at dommaravhøyr føregår ”utenfor rettsmøte”. Dette talar for at vilkåret om at forfølging er ”innledet ved retten” i strpl. § 82 ikkje er innfridd.

⁶¹ Strpl. § 239 første ledd fjerde punktum, jf. tredje punktum.

⁶² For: Matningsdal, *Siktades rett til å eksaminere vitner*, s. 229, mot: Anne Robberstad, *Bistandsadvokaten*, 3. utgåve, Oslo 2014 s. 136.

I Rt. 1993 s. 1118 (kjm.utv.) slo Høgsterett sitt kjæremålsutval likevel fast at politiet sitt krav om utanrettsleg dommaravhøyr innebar at forfølgning var ”innleitet ved retten”, jf. strpl. § 82.⁶³ Dette var grunngeve ved å vise til merknad i førearbeida til ei føresegn som ikkje vart vedteke. Det avgjerande i vurderinga av om mistenkte skulle få status som sikta når det var kravd dommaravhøyr var difor om forfølgninga var retta mot vedkommande.⁶⁴ I vidare drøfting slår Høgsterett sitt kjæremålsutval fast at ”en sentral grunn for å fremsette begjæringa om dommaravhøret, nettopp har vært å søke avklart om det var noe grunnlag for mistanken mot A”.⁶⁵ Drøftinga syner at så fram det er eit sentralt mål med dommaravhøret å avklare mistanke mot ein bestemt person, vil dommaravhøret vere ei ”forfølgning mot ham ... innleitet ved retten”. Det er dommaren si rolle ved avhøret som gjer at Høgsterett har fortolka krav om dommaravhøyr til å vere ”forfølgning... ved retten”. Ved dommaravhøyr av born vil dermed krav om avhøyr i seg sjølv utløyse status som sikta og dermed hovudregelen om at forsvarar skal få vere tilstade såfram mistanke kan rettast mot ein bestemt person.

I somme høve kan det vere mistanke om at det er skjedd noko straffbart utan at politiet har nokon å rette denne mistanken mot. I desse tilfella vil det ikkje oppnemnst forsvarar før avhøret. I 1992 foreslo det såkalte ”Offerutvalget” at det alltid skulle oppnemnst forsvarar for dommaravhøret sjølv om ingen var sikta i saka.⁶⁶ Forslaget møtte motbør frå fleirtalet av høyringsinstansane og vart ikkje vedteke. Ein forsvarar som er tilstades i avhøret utan på førehand å konferere med den som seinare vert mistenkt kan uansett ikkje ivareta vedkommande sin kontradiksjon. Når avhøyr vert gjennomført før mistanken kan rettast mot ein bestemt person, er sikta sin kontradiksjon difor alltid avhengig av eit supplerande avhøyr.

Etter forslag til ny § 239 b skal ”[f]ørste tilrettelagte avhør av et vitne ... som hovedregel tas uten at mistenkte blir varslet.”⁶⁷ Når mistenkte ikkje er varsla om avhøret, skal heller ikkje forsvararen delta ved avhøret, jf. forslag til ny § 239 d første ledd bokstav b.⁶⁸ Denne regelen medfører at sikta er avhengig av eit supplerande avhøyr for å kunne stille spørsmål til vitnet via sin forsvarar. Supplerande avhøyr kan enten gjennomførast ved at sikta ber om det eller dersom påtalemakta ønskjer det for å opplyse saka nærare.

⁶³ Rt. 1993 s. 1118 (kjm.utv.) (s.1120).

⁶⁴ Rt. 1993 s. 1118 (kjm.utv.) (s.1120).

⁶⁵ Rt. 1993 s. 1118 (kjm.utv.) (s.1120).

⁶⁶ NOU 1992: 16.

⁶⁷ Prop.112 L (2014-2015) s. 118, forslag til ny § 239 b.

⁶⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 d.

Hovudregelen om at forsvarar får delta i avhøyr vert i dag aktualisert ved første avhøyr av barnet så framt mistanken kan rettast mot ein bestemt person, medan hovudregelen om forsvararen sin rett til å delta i avhøyr først er aktuell ved supplerande avhøyr av barnet etter endringsforslaget.

3.3 Hovudregelen om forsvarar sin rett til å delta i avhøyr

Når hovudregelen om forsvarar sin rett til å delta i avhøyr vert aktualisert, må leiaren av avhøyr ta stilling til om forsvararen skal få delta i avhøyr i tråd med hovudregelen eller om eit av unntaka gjer seg gjeldande. Etter strpl. § 239 tredje og fjerde punktum ”skal som hovedregel siktedes forsvarer gis anledning til å overvære avhøret” når det er mogeleg og ”ikke hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen taler mot det”. Regelen er også gjenteke i dommaravhøyrforskrifta § 9. Ordlyden talar for at omsynet til det beste for barnet og saka si opplysning kan trenge gjennom ovanfor sikta sitt høve til kontradiksjon ved avhøyr. Dette vert også støtta av forarbeida der departementet presiserer at dei ikkje vil føreslå ein absolutt regel om at forsvarar alltid skal få delta i avhøyr av barnet.⁶⁹

Då hovudregelen om forsvararen sin rett til å delta i avhøyr vart vedteke, vart avhøyra vanlegvis gjennomført i avhøyrssrom i domstolen. Ikkje alle domstolar hadde tilgang på naudsynt teknisk utstyr og avhøyrssrom som var eigna for at forsvararen kunne følgje avhøyr frå eit siderom. Utforminga av lova måtte difor ta omsyn til at det kunne oppstå situasjonar der det var vanskeleg å unngå at forsvararen kom i kontakt med barnet.⁷⁰ Dette unntakstilfellet er mindre praktisk i dag når avhøyr vert gjennomført på tilrettelagte barnehus. Problemstillinga vil berre vere aktuell i ekstraordinære tilfelle der det til dømes er naudsynt å føreta avhøyr i barnet sin heim eller på sjukehus dersom barnet oppheld seg der.

I visse tilfelle kan ”hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen” også tale for at forsvararen ikkje skal vere til stades ved avhøyr sjølv om forsvararen følgjer avhøyr frå eit siderom.⁷¹ Som eksempel nemner departementet situasjonen der barnet får vite at sikta sin representant skal vere til stades, og av den grunn vert lamma av frykt og ute av stand til å

⁶⁹ Ot.prp. nr. 33 (1993-1994) s. 26.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 33 (1993-1994) s. 26.

⁷¹ Ot.prp. nr. 33 (1993-1994) s. 26.

svare på spørsmåla i avhøyret.⁷² Barnet har krav på å vite kven som følgjer med på avhøyret frå bisitterrommet.⁷³ Dommaren kan på den andre sida sjeldan vite kor vidt barnet si forklaring vil verte lamma ved at forsvararen er til stades. Som regel vil omsynet til barnet vere tilstrekkeleg ivareteke ved at den sikta ikkje får delta i avhøyret og ved at forsvararen berre følgjer avhøyret frå eit siderom. Av omsyn til sikta sin kontradiksjon må det krevjast klare haldepunkt for at forsvararen si deltaking vil lamme barnet si forklaring dersom dette skal vere grunnlag for å unnta forsvararen frå avhøyret. Åtgangen til å unnta forsvararen frå avhøyret av ”hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen” er difor snever.

Den sterke hovudregelen om at forsvarar skal få vere til stades i avhøyret er føreslått vidareført for dei tilfella sikta er varsla om avhøyret. Av forslaget til ny strpl. § 239 d første ledd bokstav b går det fram:⁷⁴

“Tilrettelagte avhør skal følges av

...

b. siktedes forsvarer, dersom siktede er varslet om avhøret, så fremt det kan skje uten at det er til skade eller fare for vitnet eller etterforskingen.”

Forarbeidet kommenterer ikkje unntaka “så fremt det kan skje uten at det er til skade eller fare for vitnet eller etterforskingen” ytterlegare i merknadane til dei enkelte føresegnene.⁷⁵

Likskapen til ordlyden av unntaka etter gjeldande lov kan difor tale for at hovudregelen om forsvarar sin rett til å vere til stades skal stå like sterkt som idag.

3.4 Rett til supplerande avhøyr etter endringsforslaget

I dag er sikta berre avhengig av supplerande avhøyr for å stille spørsmål til barnet dersom det ikkje har vore grunnlag for å rette mistanke mot ein bestemt person før avhøyret eller det føreligg eit ekstraordinært tilfelle der unntaka frå forsvararen sin rett til å vere til stades har vorte nytta. Etter endringsforslaget vil derimot hovudregel vere at sikta er avhengig av supplerande avhøyr for å få stille spørsmål til barnet. For å kunne vurdere om endringar i forsvararen sin rett til å delta i avhøyret vil ivareta sikta sin rett til kontradiksjon etter norsk

⁷² Ot.prp. nr. 33 (1993-1994) s. 26.

⁷³ Dommaravhøyrforordning § 12 første ledd.

⁷⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 d.

⁷⁵ Prop.112 L (2014-2015) s. 110.

rett og EMK, må vilkåra for å gjennomføre supplerande avhøyr etter endringsforslaget klarleggast.

Etter at tilrettelagt avhøyr er gjennomført skal påtalemakta, etter forslaget til ny § 239 b tredje ledd, så snart som mogeleg avgjere om det er grunnlag for å gje mistenkte status som sikta.⁷⁶ Dersom mistenkte får status som sikta, skal sikta og forsvarar straks få tilgang til dokument i saka etter § 242, herunder videoopptaket av tilrettelagt avhøyr.⁷⁷ Vidare skal påtalemakta informere sikta om at han innan ein bestemt frist kan krevje supplerande avhøyr av vitnet.⁷⁸

Av forarbeidet sin merknad til forslaget til ny § 239 b går det fram at terskelen for å gje mistenkte status som sikta må vere låg slik at eventuelt nytt avhøyr kan gjennomførast fort.⁷⁹ Dette vil vere viktig av omsyn til sikta sin kontradiksjon og for at eventuelt nytt avhøyr skal vere minst mogeleg belastande for vitnet.⁸⁰ Under presentasjonen av ny avhøyrmodell går departementet endå lengre, og presiserer at såfram det er grunn til å tru at noko straffbart er skjedd og mistanken er retta mot ein eller fleire namngjeve personar, skal påtalemakta erklære mistenkte for sikta.⁸¹

Dersom sikta krev supplerande avhøyr skal dette gjennomførast ”med mindre avhørsleder kommer til at det etter en samlet vurdering, der det legges særlig vekt på siktedes rett til kontradiksjon, vil være en uforholdsmessig belastning for vitnet”, jf. forslag til ny § 239 c tredje ledd.⁸² Åtgangen til supplerande avhøyr for å ivareta sikta sin kontradiksjon er altså avhengig av ei konkret vurdering der omsynet til kontradiksjon for den sikta må vegast mot omsynet til det beste for barnet. Sjølv om ordlyden legg opp til at sikta sin rett til kontradiksjon er utgangspunktet for vurderinga, må også omsynet til det beste for barnet vege tungt og vere eit ”grunnleggjande omsyn”, jf. GrL. § 104.

Vurderinga av om det er ei ”uforholdsmessig belastning” for barnet å avhøyrast på nytt må gjerast individuelt for kvart enkelt barn. For at avhøyret ikkje skal vere til skade for vitnet bør supplerande avhøyr gjennomførast kort tid etter første avhøyr.⁸³ Raske avhøyr vil oftast vere

⁷⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 b.

⁷⁷ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 b.

⁷⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 b.

⁷⁹ Prop.112 L (2014-2015) s. 110.

⁸⁰ Prop.112 L (2014-2015) s. 110.

⁸¹ Prop.112 L (2014-2015) s. 48.

⁸² Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 c.

⁸³ Prop.112 L (2014-2015) s. 52.

til det beste for barnet.⁸⁴ I lovforslaget viser departementet til eit brev frå Kripos til Riksadvokaten frå 27. mai 2014 der Kripos framhevar følgjande innvendingar mot supplerande avhøyr.⁸⁵

”... kunnskapen vi i dag har om gjentatte avhør viser at tiden det tar mellom det første og det/de gjentatte avhørene er av avgjørende betydning. Det bør gå kort tid, helst ikke mer enn noen få dager, og maksimum en uke mellom avhørene.”

Departementet sluttar seg til dette, og framhevar at eventuelle supplerande avhøyr bør gjennomførast så raskt som mogeleg og i utgangspunktet ikkje seinare enn ei veke etter førre avhøyr.⁸⁶

Praksis i dag viser likevel at fristen blir overskride i stor grad. Born og særleg sårbare vaksne utsett for seksuelle overgrep måtte i 2013 vente 42 dagar i snitt før dei vart avhøyr.⁸⁷ Som følgje av tiltak frå regjeringa for å få ned ventetida for avhøyr, var ventetida gått ned til 32 dagar i desember 2014.⁸⁸ Dersom det ikkje er påreknelig at denne tida vil kortast ned betrakteleg, vil den lange ventetida påverke risikoen for at omsynet til det beste for barnet hindrar at supplerande avhøyr kan gjennomførast.

Departementet vurderer det likevel slik at avhøyr kan gjennomførast langt raskare enn i dag dersom ansvaret for dei tilrettelagte avhøyra vert overført frå domstolane til politiet.⁸⁹

Departementer grunngjev dette nærare:⁹⁰

“Det er... på det rene at det er komplisert å få berammet et dommeravhør. Politiet må sende en begjæring til domstolene og man må deretter finne et tidspunkt som passer både dommeren, avhører, barnehuset, påtalejurist, etterforsker, forsvarer, bistandsadvokat og eventuelle andre som skal være til stede. Dersom politiet overtar ansvaret, vil det bli langt enklere å beramme avhør.”

Det er vanskeleg å sjå korleis det skal vere langt enklare å fastsette tidspunkt for avhøyra ved berre å fjerne dommaren frå lista over alle som skal få delta i avhøret. Som eit utgangspunkt for lovendringsprosessen oppnemnde Justis- og politidepartementet første november 2010 ei arbeidsgruppe som skulle gjennomgå regelverket om dommaravhøyr.⁹¹ Dei såg på årsakene til

⁸⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 72.

⁸⁵ Prop.112 L (2014-2015) s. 52.

⁸⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 52

⁸⁷ Prop.112 L (2014-2015) s. 68.

⁸⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 68.

⁸⁹ Prop.112 L (2014-2015) s. 50.

⁹⁰ Prop.112 L (2014-2015) s. 50.

⁹¹ Prop.112 L (2014-2015) s. 8.

den lange ventetida for dommaravhøyr, og påpeika at dette i stor grad skuldast dårleg organisering og manglande ressursar hos politiet.⁹² Når dette er hovudårsaka til at det tek så lang tid til å få gjennomført dommaravhøyr, er det vanskeleg å sjå korleis ventetida skal gå ned ved at politiet får større ansvar for organiseringa av avhøyrret. Ved ei slik ordning slepper politiet riktig nok å finne eit tidspunkt som passar for dommaren, men må framleis finne eit tidspunkt som passar for alle dei andre aktørane, inkludert påtalejuristen som skal leie avhøyrret.

Lovforslaget inneber vidare at forsvarar sin rett til å delta i avhøyrret vil verte avhengig av svært konkrete vurderingar og atpåtill vere avhengig av at avhøyra gjennomførast langt raskare enn i dag. Tilsvarande vurdering vert ikkje gjort etter strpl. § 239 som gjev forsvararen rett til å delta i avhøyrret av barnet i dag. Dommaravhøyr av barnet er ein del av etterforskinga til politiet, og etter strpl. § 224 skal etterforsking gjennomførast når det som følgje av melding eller andre omstende er rimeleg grunn til å undersøkje om det føreligg straffbart tilhøve som må forfølgjast av det offentlege.⁹³ Endringsforslaget medfører dermed ein større risiko for at forsvararen ikkje får delta i avhøyr av barnet.

3.5 Kan sikta sin rett til kontradiksjon verte ivareteke utan supplerande avhøyr?

Spørsmålet er vidare om sikta sin rett til kontradiksjon kan vere innfridd der omsynet til det beste for barnet gjer at supplerande avhøyr ikkje kan gjennomførast. Dette spørsmålet krev ei analyse av sikta sin rett til å eksaminere barn som vitne i norsk rett og EMK.

I EMK artikkel 6 nr. 1 går det fram at alle har rett til «fair ... hearing».⁹⁴ Vidare går det fram av artikkel 6 nr. 3 bokstav d at:⁹⁵

“3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

⁹² Prop.112 L (2014-2015) s. 50.

⁹³ Strpl. § 224.

⁹⁴ EMK artikkel 6 nr. 1

⁹⁵ EMK artikkel 6 nr. 3 d.

d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him”.

Ordlyden av “minimum rights” i EMK art 6 nr. 3 kan indikere at det ikkje er høve til å lempe på sikta sin rett til å krysseksaminere vitne av omsyn til det beste for barnet. EMK vert likevel tolka dynamisk, og medlemslanda må til ei kvar tid innrette seg etter den tolking EMD legg til grunn.

EMD har føreteke ei innskrenkande tolking av regelen,⁹⁶ og det går fram av EMD sine dommar *Unterpertinger mot Austerike* og *Kostovski mot Nederland* at retten til krysseksaminasjon i artikkel 6 nr 3 bokstad d) må sjåast i samanheng med det grunnleggande prinsippet om ”fair hearing”.⁹⁷ Dette vart også framheva av EMD i *S.N. mot Sverige*.⁹⁸ Domstolen presiserte her at deira oppgåve var å fastslå «whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was taken, were fair”.⁹⁹ Spørsmålet om sikta sin rett til kontradiksjon er ivareteke vert avgjort etter ei breiare heilskapleg vurdering av om rettargangen samla sett er rettferdig

Vidare har EMD i ei rekke saker synt at omsynet til vern av den fornærma sitt privatliv er ein del av denne heilskaplege vurderinga. I ei sak frå 2002, *P.S. mot Tyskland*, var ein musikk lærar dømt for seksuelle overgrep mot ei jente på åtte år. Jenta var avhøyr av politiet utan at mistenkte eller hans forsvarar var tilstades. Ytterlegare avhøyr vart avskorne for å verne om vitnet si personlege utvikling.¹⁰⁰ I følgje mora hadde jenta fortrengt hendinga, og ei påminning ville vere skadeleg.¹⁰¹ EMD presiserte her at ”principles of fair trial require that the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify”.¹⁰² At sikta sine rettar må balanserast mot vitnene sine rettar gjer seg særleg gjeldande dersom interessene vil røre ved retten til privatliv i artikkel 8.¹⁰³ EMD uttala at:¹⁰⁴

⁹⁶ Johs Andenæs, ”Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk straffeprosess”, *Lov og Rett*, 1992 s. 375-387 (s. 383).

⁹⁷ Dom frå EMD 24 november 1986 *Unterpertinger mot Austerike* avsnitt 29 og Dom frå EMD 20 november 1989 *Kostovski mot Nederland* avsnitt 39.

⁹⁸ *S.N. mot Sverige*.

⁹⁹ *S.N. mot Sverige* avsnitt 44.

¹⁰⁰ Dom frå EMD 20. desember 2001 *P.S mot Tyskland* avsnitt 27.

¹⁰¹ *P.S. mot Tyskland* avsnitt 27.

¹⁰² *P.S. mot Tyskland* avsnitt 22.

¹⁰³ *P.S. mot Tyskland* avsnitt 22.

¹⁰⁴ *P.S mot Tyskalnd* avsnitt 28.

“Organising criminal proceedings in such a way as to protect the interests of juvenile witnesses, in particular in trial proceedings involving sexual offences, is a relevant consideration, to be taken into account for the purposes of Article 6.”

I denne saka var likevel den tyske domstolen si grunngeving for å unnlate ytterlegare spørsmål til vitnet vag og spekulativ, og kunne difor etter EMD sitt syn ikkje vere tilstrekkeleg.¹⁰⁵ Dommen talar likevel for at EMD tillet at rettsapparatet lempar på sikta sin rett til kontradiksjon dersom omsynet til det beste for barnet tilseier at nye avhøyr ikkje bør gjennomførast.

I EMD sin dom *A.S. mot Finland* frå 2010 held EMD fast på at sikta sine rettar må balanserast mot rettane til barnet i den konkrete saka, men domstolen stiller også opp generelle minstegarantiar for den sikta sin rettstryggleik ved avhøyr av born:¹⁰⁶

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

I dette avsnittet slår EMD fast at sikta som ikkje er representert i første avhøyr skal ha ein minsterett til å bli informert om avhøyret, få høve til å sjå opptak av avhøyret i etterkant, og høve til å stille spørsmål til barnet i eit supplerande avhøyr. Dersom ein skal ta denne dommen på ordet vil det automatisk medføre eit brot på EMK artikkel 6 dersom domstolen fører eit videoopptak av barnet som bevis utan at sikta har fått høve til å stille spørsmål til vitnet via forsvarar. Etter ei tilvisning til praksis frå både EMD og norsk Høgsterett slår Høgsterett fast ei tilsvarende rettssetning i Rt. 2011 s. 93 A avsnitt 25:¹⁰⁷

”En domfellelse kan følgelig ikke bare eller i avgjørende grad bygge på et dommeravhør dersom den siktede verken har vært til stede under avhøret eller har hatt mulighet til å få stilt spørsmål til vitnet gjennom sin forsvarer. Men dersom den siktedes rett til kontradiksjon senere har blitt tilstrekkelig ivaretatt gjennom et nytt avhør, vil begge avhør likevel kunne brukes som bevis, jf. Rt-2003-1146 og Rt-2010-600.”

¹⁰⁵ *P.S mot Tyskland* avsnitt 28.

¹⁰⁶ *A.S. mot Finland* avsnitt 56

¹⁰⁷ Rt. 2011 s. 93 A (avsnitt 25).

Seinare dommar frå EMD kan på den andre sida tale for at det i visse tilfelle må vere høve til å føre beviset sjølv om den sikta ikkje har fått høve til å stille spørsmål til vitnet.¹⁰⁸ I *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* stilte EMD sitt storkammer opp følgjande vurderingstema i avsnitt 152:¹⁰⁹

«*The Court will therefore consider three issues in each case: firstly, whether it was necessary to admit the witness statements of S.T. or T.; secondly, whether their untested evidence was the sole or decisive basis for each applicant's conviction; and thirdly, whether there were sufficient counterbalancing factors including strong procedural safeguards to ensure that each trial, judged as a whole, was fair within the meaning of Article 6 §§ 1 and 3 (d).*»

Denne dommen er avsagt av EMD i storkammer på 17 dommarar, medan A.S. mot Finland var avsagt i vanleg kammer på sju dommarar. Storkammer vert nytta for saker som reiser viktige spørsmål om tolking og bruk av EMK, og der det er spørsmål om å fråvike rettssetningar i tidlegare saker. Saker handsama i storkammer kan difor tilleggast meir vekt enn saker avsagt i vanleg kammer. Rettssetninga frå *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* vil difor som eit utgangspunkt vege tyngre enn rettssetninga om minsterettar i *A.S. mot Finland*. I motsetnad til rettssetninga frå *A.S. mot Finland* er vurderingstemaet frå *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* også gjentekne i fleire seinare dommar frå EMD, mellom anna *D.T. mot Nederland*¹¹⁰ og *Rosin mot Estland*¹¹¹.

Uttalen frå storkammeret legg opp til at det er tre spørsmål som må handsamast ved vurderinga av om sikta sin rett til ein rettfærdig rettargang og kontradiksjon etter EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d er ivareteke. For det første må det vurderast om det er naudsynt å føre bevisa. For det andre om bevisa er det einaste eller avgjerande grunnlaget for domfelling av den sikta. Og for det tredje om andre faktorar, herunder andre prosessuelle reglar, i tilstrekkeleg grad kan sikre at rettargangen i sin heilskap er rettfærdig etter EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d.

I *D.T. mot Nederland* hadde ei fem år gamal jente fortalt mora at ho var utsett for seksuelle overgrep av faren. Mor til jenta meldte forholdet dagen etterpå, og avhøyr av jenta vart gjennomført etter ein månad. Avhøyret vart tatt opp på video. Ved avhøyr av sikta vart han

¹⁰⁸ Dom frå EMD 2. april 2013 *D.T. mot Nederland* og *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*.

¹⁰⁹ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 152.

¹¹⁰ *D.T. mot Nederland* avsnitt 46

¹¹¹ Dom frå EMD 19. desember 2013 *Rosin mot Estland* avsnitt 54.

ikkje informert om høve til å stille spørsmål til vitnet. Videoopptaket vart ført som bevis, og først i ankeinstansen si handsaming av saka bad sikta om at jenta avga forklaring under hovudforhandling. Retten kom til at det ville skade jenta å verte avhøyrst igjen og tillet at videoopptaket vart ført som bevis.

Etter ei vurdering av dei tre spørsmåla presentert i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*, kom EMD til at det ikkje var brot på EMK artikkel 6 at sikta ikkje hadde fått stille spørsmål til vitnet. I vurderinga av om andre faktorar, herunder andre prosessuelle reglar, i tilstrekkeleg grad sikra at rettargangen i sin heilskap var rettferdig, la EMD vekt på at sikta hadde fått høve til å krysseksaminere vitnet si mor og bestemor i rettssaka.¹¹² Vitnet si mor og bestemor hadde snakka med jenta om hendingane rett etter at overgrepa, i følge tiltalen, hadde skjedd.¹¹³ Vidare hadde det vore fleire ekspertar til stade under avhøyret av barnet, og sikta hadde fått høve til å krysseksaminere tre av desse under hovudforhandling i retten.¹¹⁴ Retten hadde også tillat ei vurdering av barnet si psykiske utvikling etter krav frå den sikta.¹¹⁵ Sikta fekk høve til å diskutere og utfordre funna i denne vurderinga i etterkant.¹¹⁶ Dommen viser at det ikkje er eit absolutt krav etter EMK at sikta må få krysseksaminere barnet for at videoopptaket av barnet skal kunne førast som bevis. Terskelen for å akseptere at videoopptak førast i slike saker er likevel høg.

Spørsmålet er så om dei nye dommane frå EMD i etterkant av *A.S. mot Finland* også kan modifisere uttalen til Høgsterett i Rt. 2011 s. 93 A avsnitt 25. I dommen påpeikar Høgsterett at det også i norsk rett gjeld eit grunnprinsipp om rett til kontradiksjon.¹¹⁷

“...også i norsk rett gjelder det et grunnprinsipp om rett til kontradiksjon. Etter mitt syn er det derfor ikke naturlig å se det slik at retten til eksaminasjon ved dommeravhør av barn alene er forankret i EMK og EMDs praksis, men at den er etablert i et samspill mellom norsk rett og de internasjonale menneskerettigheter.”

Retten til kontradiksjon i norsk rett kan difor gå lengre enn det som følgjer av EMK og EMD sin praksis. Dersom Høgsterett sin uttale om ein unntaksfri rett for den sikta til å stille spørsmål til vitnet også kan heimlast i det norske grunnprinsippet om rett til kontradiksjon, vil denne retten stå seg uavhengig av dei nye dommane frå EMD. Uttalen i Rt. 2011 s. 93 A om

¹¹² *D.T. mot Nederland* avsnitt 50.

¹¹³ *D.T. mot Nederland* avsnitt 50.

¹¹⁴ *D.T. mot Nederland* avsnitt 51.

¹¹⁵ *D.T. mot Nederland* avsnitt 51.

¹¹⁶ *D.T. mot Nederland* avsnitt 51.

¹¹⁷ Rt. 2011 s. 93 A (avsnitt 30).

at sikta har ein absolutt rett til å kysseksaminere vitnet må difor tolkast for å klarlegge om dette følgjer av det norske grunnprinsippet om rett til kontradiksjon eller om uttalen åleine baserte seg på rettstilstanden i EMD etter *A.S mot Finland*.

Vedkommande sikta sin rett til å eksaminere vitner uttalte Høgsterett:¹¹⁸

“Den siktede har en grunnleggende rett til - gjennom sin forsvarer - å avhøre vitner mot seg. Det følger av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) at det som hovedregel krenker denne retten dersom en fellende dom «bare eller i avgjørende grad» baseres på vitneforklaringer fra personer som den siktede ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre, se blant annet Rt-2004-1789. Om gjennomføringen av denne retten ved dommeravhør av barn, heter det i Rt-1999-586 på side 588 til 589...”

Ei tolking av dette sitatet isolert frå resten av dommen kan tyde på at kravet åleine spring ut frå praksis frå EMD, og at Høgsterett berre viser til sin eigen praksis for å gje eksempel på korleis dette vert praktisert. Dersom dette ikkje også er eit krav som følgjer av norsk intern rett, vil derimot den etterfølgjande uttalen om at ”også i norsk rett gjelder det et grunnprinsipp om rett til kontradiksjon” framstå ganske malplassert. Sitatet må difor tolkast i lys av resten av dommen. Eit sentralt spørsmål i saka var om sikta hadde gjeve avkall på retten til kontradiksjon.¹¹⁹ Det er i denne samanheng Høgsterett påpeikar at det også i norsk rett gjeld eit grunnprinsipp om rett til kontradiksjon. Høgsterett framheva at spørsmålet vert regulert ulikt for norsk rett og EMK. Utgangspunktet og hovudregelen i norsk rett er at ein ikkje kan gje avkall på rettstryggleiksgarantiar og at sikta ikkje skal identifiserast med sin forsvarar,¹²⁰ medan sikta både kan seie frå seg retten til eksaminasjon og identifiserast med sin forsvarar etter EMD.¹²¹ I tråd med hovudregelen i norsk rett konkluderte Høgsterett i avsnitt 33 med at ein måtte vere forsiktig med å godta at den tiltalte har gjeve avkall på retten til kontradiksjon ved dommaravhøyr som følgje av forsvararen sine manglande disposisjonar.¹²² Denne drøftinga ville vore irrelevant dersom Høgsterett meinte retten til å krysseksaminere vitner berre følgde av EMK. Gjennom si nærare drøfting syner såleis Høgsterett at det også i norsk rett gjeld eit krav om at forsvarar må få avhøyre vitne som er ført mot tiltalte.

Spørsmålet er dermed om forslaget til lovendring innskrenkar innhaldet av det grunnleggande kontradiksjonsprinsippet i norsk rett. Lovgjevar kan utvikle og endre innhaldet av det

¹¹⁸ Rt. 2011 s. 93 A (avsnitt 24).

¹¹⁹ Rt. 2011 s. 93 A (avsnitt 27).

¹²⁰ Rt. 2011 s. 93 A (avsnitt 28).

¹²¹ Rt. 2011 s. 91 A (avsnitt 29).

¹²² Rt. 2011 s. 93 A (avsnitt 33).

grunnleggande kontradiksjonsprinsippet innanfor grensene av den grunnlovsfesta retten til kontradiksjon i Grl. § 95. For å klarlegge det nærare innhaldet av retten til rettferdig rettargang i Grl. § 95, slår forarbeida fast at det vil vere naturleg å sjå til både ”tidligere nasjonal rettspraksis på området” og ”den omfattende internasjonale praksis på dette området, særleg praksis fra EMD”.¹²³ Der innhaldet av den grunnleggande retten til kontradiksjon i norsk rett ikkje samsvarar med krava etter EMD gjev Grunnlova såleis ikkje heimel for nokon av løysingane. Forfatninga vår set dermed ikkje grenser for lovgjevar sitt høve til å innskrenke det grunnleggande prinsippet om rett til kontradiksjon i norsk rett der dette ikkje samsvarar med kravet til kontradiksjon i EMK.

Det må difor vurderast om lovforslaget medfører ei innskrenking av det grunnleggande kravet til kontradiksjon i norsk rett. Forslaget til ny § 239 c tredje ledd lyder:

“Har siktedes begjæring kommet inn innen fristen fastsatt etter § 239 b, skal det tas supplerende avhør av vitnet, med mindre avhørsleder kommer til at det etter en samlet vurdering, der det legges særlig vekt på siktedes rett til kontradiksjon, vil være en uforholdsmessig belastning for vitnet.”

Føresegna er konkret utforma med tanke på situasjonen som oppstår når sikta krev supplerande avhøyr. Den spesifikke ordlyden vitnar om at endringsforslaget ikkje er meint å medføre ei endring av innhaldet i kontradiksjonsprinsippet i norsk rett, men berre å regulere forsvararen sin tilgang til kontradiksjon i dette enkelte tilfelle. Dessutan er det ikkje lovtæksten i seg sjølv som strir med retten til kontradiksjon, men snarare situasjonane som kan oppstå som følge av lang etterforskingstid. Det er dermed ingenting som tyder på at lovforslaget medfører ei endring i innhaldet av kontradiksjonsprinsippet i norsk rett.

Rettssetninga i Rt. 2011 s. 93 om sikta sin rett til kontradiksjon vil difor framleis stå seg. Dersom den sikta ikkje har fått høve til å avhøyre barnet, verken i første avhøyr eller eit supplerande avhøyr, vil ikkje sikta sin kontradiksjon vere ivareteke og avhøyrret kan difor måtte avskjerast som bevis for retten.

Etter endringsforslaget vil sikta få betre føresetnader for å stille spørsmål til barnet enn i dag dersom supplerande avhøyr vert gjennomført. I desse tilfella vil sikta ha høve til å sjå gjennom barnet si forklaring på førehand, og dermed ha betre føresetnader for å vurdere kva ein ønskjer ytterlegare belyst i avhøyrret. Eit slikt system skapar derimot ein risiko for at sikta

¹²³ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 122.

i enkelte høve ikkje vil få høve til å krysseksaminere vitnet i det heile, og at avhøyet dermed må avskjerast som bevis. Ein mogleg konsekvens av dette er at tiltalte må frikjennast.

4 Vert bevisverdien påverka dersom påtalejuristar overtek leiinga av avhøyret?

4.1 Innleiing

Departementet meiner det ikkje lenger er behov for at ein dommar er tilstade ved avhøyra, og meiner leiingsansvaret må overførast til ein påtalejurist med utvida påtalekompetanse.¹²⁴ Då ordninga med dommaravhøyr vart oppretta i 1926 fekk ikkje sikta på noko stadie av saka høve til å stille spørsmål til vitnet, og det vart ikkje teke opptak av avhøyra.¹²⁵ Dommaren hadde då ei viktig rolle i å skrive ned kva som kom fram i avhøyret og vurdere vitnet sitt truverde. Vidare måtte dommaren sørge for å ivareta sikta sine interesser. I 1992 kom ordninga med at avhøyr kan takast opp på video som kan spelast av under hovudforhandling, og forsvararen fekk rett til å delta i avhøyret i 1994.¹²⁶ Departementet meiner denne utviklinga tilseier at det ikkje lenger er behov for at ein dommar er til stades i avhøyret for å sikre at sikta sin rettstryggleik vert ivareteke.¹²⁷ Etter departementet sitt syn er bevisverdien av avhøyret no i større grad avhengig av kor fort avhøyret vert gjennomført, kompetansen til avhøyrar og den tekniske kvaliteten på lyd og bilete på opptaket, og at det er mindre vesentleg kor vidt ein dommar har følgd avhøyret undervegs.¹²⁸

Det er ingen tvil om at forhold som kompetansen til avhøyrar, lyd- og biletekvalitet på opptaket, samt tida som går før avhøyret gjennomførast er viktige moment for avhøyret sin bevisverdi. Som gjort greie for i kapittel 2.3 vil det likevel også kunne påverke bevisverdien dersom overføringa av leiingsansvaret påverkar rettstryggleiksgarantiane til den sikta, eller dersom påtalejuristar er mindre upartiske som leiarar av avhøyret enn ein dommar.

For å vurdere om overføring av leiingsansvaret kan føre til endringar i rettstryggleiksgarantiane til den sikta, må rollene som påtalejurist og dommar samanliknast. Det må gjerast greie for kor godt eigna desse yrkesgruppene er til å ivareta sikta sin rettstryggleik (kapittel 4.2), og om påtalejuristar sine vurderingar i avhøyrssituasjonen vil vere like upartiske som ein dommar sine vurderingar (kapittel 4.3). Deretter må det gjerast greie

¹²⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 49.

¹²⁵ Prop.112 L (2014-2015) s. 50.

¹²⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 50.

¹²⁷ Prop.112 L (2014-2015) s. 50.

¹²⁸ Prop.112 L (2014-2015) s. 49.

for kva reell innverknad leiarrolla vil få for ivaretaking av sikta sin rettstryggleik i avhøyret etter den nye ordninga (kapittel 4.4). Dette vil skape grunnlag for ta stilling til om bevisverdien av avhøyret vil verte påverka dersom påtalejuristar overtek leiinga av avhøyret.

4.2 Er påtalejuristar like godt eigna som dommarar til å ivareta sikta sine rettstryggleiksgarantiar?

Spørsmålet er først om rollene som påtalejurist og dommar påverkar kor eigna dei er til å ivareta sikta sin rettstryggleik som leiar av avhøyret. Då barnet og den sikta sine interesser kan vere motstridande er det viktig at leiaren for avhøyret er objektiv.

Dommmaren har ei objektivitetsplikt, og skal, sørgje for at det ikkje stillast spørsmål som ved innhald eller form innbyr til svar i ei bestemt retning, med mindre det skjer for å prøve truverdet av opplysningar vitnet tidlegare har gjeve, eller det er forsvarleg av andre grunnar, jf. strpl. § 136 andre ledd. Departementet føreslår at påtalejuristen i rolla som avhøyrsléiar også skal få eit særleg ansvar for å framkalle ei klar og sannferdig forklaring og vake over at saka vert fullstendig opplyst, slik dommmaren sitt ansvar er etter strpl. § 136 første ledd og § 294.¹²⁹ Det er såleis ikkje tvil om at begge yrkesgruppene har ei objektivitetsplikt i rolla som leiar av avhøyret. Vurderinga her er derimot kor godt eigna dei to yrkesgruppene er til å oppfylle denne plikta og til å ivareta sikta sine rettstryggleiksgarantiar i avhøyrssituasjonen. Dette krev eit blikk på kva andre roller desse yrkesgruppene har når dei ikkje er leiar av tilrettelagte avhøyr av born.

Dommmaren sine plikter etter strpl. § 136 gjeld også under hovudforhandling. Det ligg såleis alltid i ein dommar si rolle å vake over saka og gjere ei uavhengig avveging av interessene i den enkelte sak.

Også påtalemakta har ei plikt utanom avhøyrssituasjonen til å klarlegge både det som talar mot mistenkte og det som talar til fordel for mistenkte, jf. strpl. § 226 tredje ledd. Påtalemakta sitt objektivitetskrav kjem til uttrykk i strpl. § 55 fjerde ledd:

”Påtalemyndighetens tjenestemenn skal opptre objektivt i hele sin virksomhet, herunder på etterforskningsstadiet, når det treffes påtalevedtak og ved irettesføring av saken.”

¹²⁹ Prop.112 L (2014-2015) s. 49.

Påtalemakta har ikkje ei interesse i at ein kvar som er tiltalt vert dømt, men representerer det offentlige si interesse i at saka vert riktig avgjort.¹³⁰ Sidan påtalemakta berre skal ta ut tiltale dersom det føreligg bevis ut over ein kvar rimeleg tvil, ligg det også i påtalejuristen si rolle å føreta ei objektiv vurdering av alle bevisa på etterforskningsstadiet.

Den objektive rolla ein påtalejurist har elles i prosessen kan tilseie at denne yrkesgruppa er like kompetente til å ivareta sikta sine rettstryggleiksgarantiar i avhøyrssituasjonen som ein dommar.

4.3 Er påtalejuristar tilstrekkeleg upartiske til å ivareta avhøyet sitt truverde?

Spørsmålet er vidare om påtalejuristar i rolla som leiar av avhøyet er tilstrekkeleg upartisk til å ivareta avhøyet sitt truverde. For dommaren sin del er kravet om ei upartisk rolle ved avhøyet i tråd med generelle krav til dommaren si rolle, jf. domstollova § 55 tredje ledd andre punktum. I følgje denne føresegna skal ein dommar alltid utføre sine oppgåver upartisk og på ein måte som inngir alminnelig tillit og respekt.

Det er rom for å diskutere kor vidt påtalejuristar som yrkesgruppe er like upartiske som dommarane.¹³¹ Straffeprosessen er formelt sett ikkje ein partsprosess. Lova omtalar fleire stadar påtalemakta og sikta som partar i saka,¹³² men det er ikkje tale om noko reell likestilling mellom partane slik som i ei sivil sak.¹³³ Mange påtalejuristar sin yrkesidentitet vil likevel knytte seg sterkt til at dei får ei rolle som aktor når ei sak kjem inn for domstolen.¹³⁴ Under hovudforhandling vil forsvararen sørgje for å føre dei bevisa som talar til sikta sin gunst. Rolla som aktor vil difor i større grad kunne fokuserast på å føre dei bevis som talar mot den sikta. Ein påtalejurist vil bevisst eller ubevisst vurdere avhøyet basert på sin bakgrunn og frå påtalemakta sin ståstad. Det er først og fremst dersom det i hovudforhandling vert stilt spørsmålsteikn ved om det er gjort feilvurdering vedkommande ivaretaking av sikta sin rettstryggleik i avhøyet at det kan tenkast å få verknad for bevisverdien av avhøyet om

¹³⁰ Johs Andenæs, *Norsk straffeprosess*, s. 6.

¹³¹ Tor-Aksel Busch, "Påtalemyndighetens uavhengighet bl.a. om forholdet mellom politiske myndigheter og riksadvokaten for så vidt gjelder mål og prioriteringer i straffesaksbehandlingen" i *Retts teori og Rettsliv. Festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002 s. 155-165 (s. 155).

¹³² Sjå for eksempel strpl. §§ 139, 141, 269, 271, 306, 356, 358.

¹³³ Johs Andenæs, *Norsk straffeprosess*, s. 34.

¹³⁴ Runar Torgersen, "Påtalejuristens rolle, hvordan den har forandret seg de siste 50 år og hva som forventes for fremtiden", *Lov og Rett*, 2011, s. 42-62 (s. 50).

det er leia av ein dommar eller påtalejurist. Retten kan ha meir lit til at det er gjort ei upartisk og uavhengig vurdering av sikta sine interesser når ein dommar har treft avgjerdene i staden for ein påtalejurist. Risikoen for om dette kan påverke bevisverdien vil her vere avhengig av kor stort vurderingsrom påtalejuristen har for dei vurderingane som vil vere avgjerande for ivaretaking av sikta sin kontradiksjon.

4.4 Kva reell innverknad har leiaren på sikta sin rettstryggleik ved avhøyret?

Dommaren si rolle ved avhøyret i dag er å sikre at avhøyret går riktig for seg og at avhøyraren ivaretek dei krav strpl. § 136 stiller til avhøyret (sjå punkt 1.2). Dommaren skal overta avhøyringa dersom det føregår på ein utilfredsstillande måte eller andre grunnar talar for det.¹³⁵ Også etter lovforslaget skal påtalejuristen, som avhøyrslaiar, avgjere spørsmål om gjennomføringa av avhøyret.¹³⁶ Både i dag og etter forslag til ny § 239 d er det leiaren for avhøyret som på nærare vilkår avgjer om forsvararen får vere til stade ved avhøyret. Etter lovforslaget er det også leiaren av avhøyret som avgjer om supplerande avhøyr i det heile skal gjennomførast, jf. forslag til ny § 239 c. Desse spørsmåla er avgjerande for sikta sin rett til kontradiksjon, noko som kan tale for at leiaren av avhøyret har stor innverknad på kor godt sikta sin rettstryggleik vert ivareteke ved avhøyret.

På den andre sida set lovteksten rammer for påtalejuristen si vurdering for fleire av desse spørsmåla. Etter ny § 239 d tredje ledd fjerde punktum skal avhøyrslaiaren tillate forsvararen sine spørsmål, med mindre omsynet til vitnet talar klart imot det. Avhøyrslaiaren kan ikkje gjere ei relevansvurdering av kor viktige spørsmåla er for saka.¹³⁷ Også ved vurderinga av om supplerande avhøyr skal gjennomførast gjev lovforslaget klare rammer for vurderinga. Supplerande avhøyr skal gjennomførast med mindre dette vil vere ei uforholdsmessig belastning for vitnet, jf. ny § 239 c tredje ledd. Når supplerande avhøyr skal gjennomførast, står vidare hovudregelen om at forsvarar skal få delta i avhøyret sterkt. Som klarlagt i kapittel 3.3 er det berre i heilt spesielle unntakstilfelle forsvararen kan nektast å delta i avhøyret. Gjennom desse retningslinjene set lovgjevar grenser for kor stor innverknad påtalejuristen reelt sett får på sikta sin rettstryggleik i avhøyret.

¹³⁵ Strpl. § 136 tredje ledd.

¹³⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 119, forslag til ny § 239 d fjerde ledd siste punktum.

¹³⁷ Prop.112 L (2014-2015) s. 49.

Risikoen for at påtalejuristen si rolle som mindre upartisk i strafferettspleia generelt vil påverke avhøret sin bevisverdi vert dermed redusert ved at endringsforslaget gjev klare retningslinjer for dei vurderingane som har innverknad på sikta sin rettstryggleik i avhøret. Påtalejuristen sitt vurderingsrom er snevert. Grensene for påtalejuristar sitt vurderingsrom gjer dermed at endringsforslaget ikkje vil svekkje den høge bevisverdien avhøret har i dag.

5 Avslutning

Etter den nye avhøyrsmodellen vert hovudregelen om at sikta sin forsvarar skal få delta i avhøyrret først aktualisert ved supplerande avhøyr. Det vil då kunne føreligge fleire dokument i saka som forsvarret har tilgang til etter strpl. § 242, samt videoopptak av første avhøyr av barnet. Sikta vil då kunne ha betre føresetnadar for å stille spørsmål til barnet enn i dag når sikta sin rett til kontradiksjon vert sikra i første avhøyr. For dei tilfella omsynet til barnet vil stenge for at supplerande avhøyr kan gjennomførast, vil derimot sikta sin rett til kontradiksjon i norsk intern rett ikkje vere innfridd. Det er ei utfordring å utforme reglar som tek omsyn til kva som alltid vil vere ein rettferdig rettargang i den konkrete saka. Når saka skal opp for hovudforhandling hjelp det likevel ikkje at reglane i 99 av 100 tilfelle gjev sikta tilstrekkeleg høve til kontradiksjon dersom det er eitt tilfelle dette ikkje skjer. Konsekvensen er at avhøyrret må avskjerast som bevis, eller at domstolen må legge mindre vekt på beviset i vurderinga, eventuelt frifinne tiltalte. Slike konsekvensar medfører at føreslåtte endringar i avhøyrordninga kan vere eit steg i feil retning i høve til hovudmålsettinga i strafferettspleia om å auke innsatsen mot vald og overgrep mot barn.

Ei mogleg løysing vil vere å endre innhaldet av kontradiksjonsprinsippet i norsk rett gjennom lovgjeving. Lovgjevar kan vedta at sikta ved tilrettelagte avhøyr for born ikkje lenger skal ha ein absolutt rett til å eksaminere vitnet. Bevisavskjering vil då berre måtte skje i den grad sikta sin rett til kontradiksjon etter EMK ikkje vert innfridd. Ei slik løysing vil medføre at ein svekkjer sikta sin rettstryggleik for å oppnå at fleire skuldige vert dømt. Ei slik ofring av rettstryggleiksgarantiar for den sikta bør ikkje rettsstaten akseptere.

Av omsyn til avhøyrret sin bevisverdi og bevisføringsåtgang ved hovudforhandling, bør difor forsvararen framleis delta i første avhøyr av barnet.

Ved overføring av ansvaret for leiinga av avhøyrret frå dommarar til påtalejuristar har derimot departementet utforma tilstrekkelege retningslinjer for påtalejuristen si vurdering til at avhøyrret vil kunne behalde sin høge bevisverdi.

6 Litteraturliste

Lov:

Grunnlova 17. mai 1814.

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

Lov 22. mai 1902 nr. 10, alminnelig borgerlig straffelov (straffelova).

Forskrift:

Forskrift 2. oktober 1998 nr. 925 om dommaravhøyr og observasjon.

Dommar frå Høgsterett:

Rt. 1991 s. 421.

Rt. 1991 s. 1524.

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

Rt. 1994 s. 748.

Rt. 2000 s. 1297 (kjm.utv.).

Rt. 2003 s. 1146 (kjm.utv.).

Rt. 2005 s. 1590 A.

Rt. 2009 s. 567 U.

Rt. 2010 s. 600 A.

Rt. 2011 s. 93 A.

Rt. 2011 s. 1289 U.

Rt. 2011 s. 1593 U.

Rt. 2015 s. 93 A.

Forarbeid:

NOU 1992: 16.

Ot.prp. nr. 33 (1993-1994).

Ot.prp. nr. 11 (2007-2008).

Prop.97 L (2009-2010).

Dok.nr.16 (2011-2012).

Grunnlovsforslag 30 (2011-2012).

Innst.186 S (2013-2014)

Prop.112 L (2014-2015).

Andre offentlege publikasjonar

Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 3 (1981) ”Advokathjelp til Fornærmede i voldtektssaker”.

Dokument 8:54 S (2014–2015) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Kjell Ingolf Ropstad, Olaug V. Bollestad og Geir Jørgen Bekkevold om tiltak for å bekjempe vold mot barn.

Den norske advokatforening ”Høring - rapport om avhør av særlig sårbare personer i straffesaker” 22.04.2013.

Dommar frå EMD:

Dom frå EMD 24. november 1986 *Untepertinger mot Austerrike*.

Dom frå EMD 20. november 1989 *Kostovski mot Nederland*.

Dom frå EMD 3. mars 2000 *Krcmár m.fl mot Tsjekkia*.

Dom frå EMD 20. desember 2001 *P.S mot Tyskland*.

Dom frå EMD 2. juli 2002 *S.N. mot Sverige*.
Dom frå EMD 10. november 2005 *Bucos-Cuesta mot Nederland*.
Dom frå EMD 28. september 2010 *A.S. mot Finland*.
Dom frå EMD 15. desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*.
Dom frå EMD 2. april 2013 *D.T. mot Nederland*.
Dom frå EMD 19. desember 2013 *Rosin mot Estland*.

Konvensjonar:

FN sin barnekonvensjon.
Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

Andre internasjonale kjelder:

General Comment No. 14 (2013) frå FN sin Komité for barnet sine rettar.

Bøker:

Andenæs, Johs, ved Tor-Geit Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. Utgave (Oslo 2010).
Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud, og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven
Kommentarutgave Bind I*, 4. utgåve (Oslo 2011).
Hov, Jo, *Rettargang I* (Oslo 2007).
Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner* (Bergen 2007).
Robberstad, Anne, *Bistandsadvokaten*, 3. utgåve (Oslo 2014).
Torgersen, Runar, *Ulovlig Beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (Oslo 2009).

Artiklar i tidsskrift og artikkelsamlingar:

Andenæs, Johs, "Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk straffeprosess", *Lov og Rett*, 1992 s. 375-387.
Busch, Tor-Aksel, "Påtalemyndighetens uavhengighet bl.a. om forholdet mellom politiske myndigheter og riksadvokaten for så vidt gjelder mål og prioriteringer i straffesaksbehandlingen" i *Rettsteori og Rettsliv. Festskrift til Carsten Smith* (Oslo 2002) s. 155-165.
Fredriksen, Steinar, "Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett", *Jussens Venner*, 2011 s. 37-64.
Graver, Hans Petter, "I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2006 s. 189-221.
Kjellby, Gert Johan, "Bevissikring og bevisførsel i familievoldsaker - særlig om adgangen til opplesning av tidligere avgitte forklaringer", *Tidsskrift for strafferett*, 2004 s. 7-42.
Kolflaath, Eivind, "Bevisbedømmelse – Sannsynlighet eller fortelling?" , *Jussens Venner*, 2004 s. 279-304.
Torgersen, Runar, "Påtalejuristens rolle, hvordan den har forandret seg de siste 50 år og hva som forventes for fremtiden", *Lov og Rett*, 2011 s. 42-62.
Øyen, Ørnulf, "Flytting av ansvaret for avhør mv. av barn fra domstolene til politiet", *Lov og Rett*, 2014 s. 61-62.