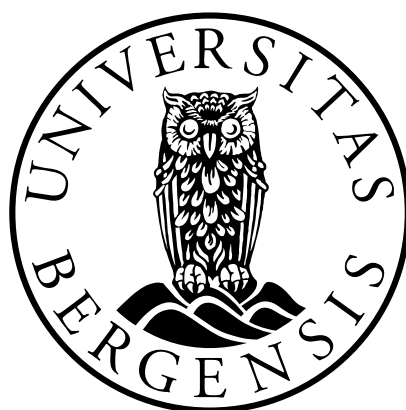


TILRETTELAGTE AVHØR AV BARN SOM BEVIS I STRAFFESAKER

Hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet

Kandidatnummer: 143

Antall ord: 13 844



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

INNHOLDSFORTEGNELSE	2
1 INNLEDNING	4
1.1 TILRETTELAGTE AVHØR AV BARN	4
1.2 TEMA OG ANGIVELSE AV PROBLEMSTILLING	4
1.3 AKTUALITET	5
1.4 HISTORISK UTVIKLING	5
1.5 RETTSKILDESITUASJONEN OG METODE.....	6
1.6 AVGRENSNINGER	8
1.7 STRUKTUR FOR RESTEN AV OPPGAVEN	8
2 BEGREPSAVKLARINGER	10
2.1 RETTSSIKKERHET	10
2.2 BARN.....	10
2.3 MISTENKTE	11
2.4 SIKTEDE	11
3 GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER OG HENSYN SOM GJØR SEG GJELDENDE VED TILRETTELAGTE AVHØR	13
3.1 MATERIELT RIKTIGE AVGJØRELSER	13
3.2 BEVISKRAVET	13
3.3 BEVISUMIDDELBARHETS-, OG MUNTlighETSPRINSIPPET	14
3.4 DET KONTRADIKTORISKE PRINSIPP	15
3.5 PRINSIPPET OM BARNETS BESTE.....	16
4 GJELDENDE LOVGIVNING VED TILRETTELAGTE AVHØR AV BARN.....	18
4.1 GENERELT	18
4.1.1 Når skal det foretas tilrettelagte avhør av barn?.....	18
4.1.2 Frister for gjennomføring av tilrettelagte avhør.....	18
4.1.3 Barnehuset.....	20
4.1.4 Den praktiske gjennomføringen av tilrettelagte avhør	21
4.2 OVERFØRING AV ANSVARET FOR AVHØR AV BARN FRA DOMSTOLEN TIL PÅTALEMYNDIGHETEN.....	22
4.2.1 Påtalemyndigheten har ansvaret for det tilrettelagte avhøret	22
4.2.2 Forklaringsplikt og unntak fra fritaksreglene.....	24
4.3 VARSLING AV MISTENKTE OG SIKTEDE.....	25
4.3.1 Mistenkte	25
4.3.2 Siktede	25
4.3.3 Er reglene om unnlatt varsling i strid med mistenkte og siktedes rett til en "fair hearing" etter EMK art. 6?.....	28
4.4 SUPPLERENDE AVHØR	31
4.4.1 Generelt om supplerende avhør.....	31

4.4.2	<i>Avhørslederens rett til å beslutte at det skal tas supplerende avhør</i>	32
4.4.3	<i>Siktetes rett til å begjære supplerende avhør</i>	32
4.4.4	<i>Bevisavskjæring som følge av avslått begjæring om supplerende avhør</i>	36
5	OBSERVASJONER VED BARNEHUSET I STAVANGER	40
6	AVSLUTNING	42
6.1	OPPSUMMERING	42
6.2	RETTSPOLITISK VURDERING.....	43
	LITTERATURLISTE	45

1 Innledning

1.1 Tilrettelagte avhør av barn

Antall anmeldelser vedrørende barn som har blitt utsatt for seksuallovbrudd, kjønnslemlestelse, mishandling i nære relasjoner, drap og kroppsskade har økt kraftig de siste årene.¹ Økningen i antall anmeldelser trenger imidlertid ikke tilsi at antallet lovbrudd mot barn øker, snarere tvert imot.² Mørketallene har vært, og er fortsatt store.

Barn er mer sårbare enn voksne mennesker, da de ikke har den samme muligheten til å ivareta sine egne interesser. De har derfor et særskilt krav på beskyttelse fra samfunnet.³

Beskyttelseskravet gjenspeiles i det norske rettssystemet, hvor en sentral oppgave er å ivareta barnets interesser.⁴

Strafferettspleien har hatt fokus på dette de senere år. Riksadvokaten har påpekt at påtalemyndigheten skal øke sin innsats for å bekjempe vold i nære relasjoner og seksuallovbrudd. Dette da en ønsker å avdekke og oppklare flere slike saker.⁵ Tilrettelagte avhør er et sentralt virkemiddel i påtalemyndighetens arbeid. For at avhørene skal virke etter sin hensikt er det nødvendig å sikre høy kvalitet ved bevissikringen.⁶ Tilrettelagte avhør er nemlig ofte det eneste, og ikke minst det mest sentrale beviset i saker vedrørende vold og seksuelle overgrep mot barn.⁷

1.2 Tema og angivelse av problemstilling

Et naturlig utslag av rettssystemets ansvar for å ivareta barnets interesser er å forsøke så langt som mulig å gjennomføre etterforskningen og straffeforfølgningen på en slik måte at barnets traumer ikke forverres.⁸ Det er gjort ved å utarbeide en egen avhørsmodell for avhør av barn. Avhørsmodellen er kalt tilrettelagte avhør, og er oppgavens tema. Formålet med tilrettelagte

¹ TV2.

² Innst. 347 L (2014-2015) s. 1.

³ Prop. 112 L (2014-2015) s. 1.

⁴ Grunnloven §104 andre ledd.

⁵ Riksadvokaten (2015) s. 2.

⁶ Ørnulf Øyen: "Flytting av ansvaret for avhør mv. barn fra domstolen til politiet", Lov og Rett 02/2014, s. 61-62.

⁷ Anne Lise Rønneberg og Anne Poulssen: *Barn som vitner- særlig om dommeravhør og observasjon*, Universitetsforlaget, Oslo 2000. s. 34.

⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 5 og Lanzarote-konvensjonen art. 30 nr. 2.

avhør er å ”styrke barns og særlig sårbare voksnes rettssikkerhet, og gi disse et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep, uten at det svekker siktedes rettssikkerhet”.⁹

Formålsangivelsen angir den avveiningen som er tatt mellom hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet ved utformingen av reglene.

Den overordnede problemstillingen i oppgaven er om reglene om tilrettelagte avhør oppfyller de krav som må stilles i lys av hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet. Herunder om siktedes krav på en ”rettferdig rettergang” etter Grunnloven av 17. mai 1814 (Grl.) § 95 tilsvarende ”fair hearing” i den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 6 nr. 1 er oppfylt, samt om reglene ivaretar hensynet til barnets beste. Det er spesielt tre forhold ved tilrettelagte avhør som setter problemstillingen på spissen; flyttingen av ansvaret for avhør av barn fra domstolen til påtalemyndigheten, reglene om unnlatt varsling og supplerende avhør. Oppgaven vil se nærmere på reglene tilknyttet disse forholdene for å vurdere hvordan hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet blir ivare tatt.

1.3 Aktualitet

Reglene om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner ble endret i 2015.¹⁰ Lovendringen aktualiserer igjen spørsmålet om avhørsmodellen som brukes ved avhør av barn ivaretar hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet.¹¹ Dette da reglene om tilrettelagte avhør gjør unntak fra noen av de mest grunnleggende prinsippene vi har i norsk straffeprosess, bevisumiddelbarhetsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet.¹²

1.4 Historisk utvikling

Den første norske straffeprosessloven hadde ingen spesielle regler for avhør av barn. De ble avhørt på samme måte som voksne fornærmede og vitner.¹³ Barn måtte møte til avhør hos politiet og forklare seg umiddelbart under hovedforhandlingen.

I 1920-årene ble det debatt om barnets rettsstilling som fornærmede og vitne. Spesielt ved seksuallovbrudd, fordi en mente omfanget og grovheten av slike forbrytelser hadde økt

⁹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 1.

¹⁰ Straffeprosessloven og forskrift om tilrettelagte avhør.

¹¹ Se nærmere i oppgavens del 1.4 Historisk utvikling.

¹² Anne Robberstad: *Bistandsadvokaten*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2014. s. 131.

¹³ Straffeprosessloven (1887).

betraktelig.¹⁴ Norske Kvinders Nationalråd tok initiativ til å lage særlige regler for avhør av barn.¹⁵ Disse reglene innebar at barnet skulle avgi forklaring for dommeren utenfor rettsmøte, slik at barnet ikke trengte å vitne under hovedforhandlingen. Barnet ble da skånet fra belastningen som fulgte av dette.

Reglene om avhør av barn har blitt endret flere ganger siden den første reformen i 1926. Noen av endringene en bør merke seg er endringene vedrørende forsvarerens tilstedeværelse, en særlig skikket persons tilstedeværelse samt at avhørene nå tas opp på video.¹⁶ Reglene om forsvarerens tilstedeværelse kom som en naturlig utvikling av våre forpliktelser etter den EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.¹⁷ Ved lovendringen i 2015 gikk en imidlertid tilbake på dette punkt. Hovedregelen er nå at forsvareren bare skal være tilstede dersom siktede er varslet om avhøret jf. straffeprosessloven av 22 mai. 1981 (strpl.) § 239 d bokstav b jf. § 239 b første ledd.

Utviklingen viser at det er blitt gjort omfattende endringer i reglene om avhør av barn. Forslaget til ny straffeprosesslov viser at det igjen kan bli aktuelt med endringer i reglene om tilrettelagte avhør.¹⁸ Det er blant annet presisert at hensynet til kontradiksjon må ivaretas bedre, da det ved dagens regler er en stor systematisk risiko for uriktige domfellelser.¹⁹

1.5 Rettskildesituasjonen og metode

Oppgaven vil følge alminnelig juridisk metode.²⁰ Reglene om tilrettelagte avhør fremgår av strpl. § 239 til § 239 f jf. § 298. Forskrift om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner (forskrift om tilrettelagte avhør av barn) bidrar med utfyllende regulering. Herunder om formålet med tilrettelagte avhør, krav til avhørslederen og hans oppgaver, barnehusets rolle samt forholdene før, under og etter det tilrettelagte avhøret.²¹ Bakgrunnen for reglene er gjort nøye rede for i lovens forarbeider.²² De åpner imidlertid opp

¹⁴ NOU 1992:16 s. 43 og Robberstad (2014) s. 132.

¹⁵ NOU: 1992:16 s. 42.

¹⁶ Ot.prp.nr. 19 (1996-1997) s. 7, Innst. O. nr. 39 (1993-1994) s. 6-8 og Magnus Matningsdal: *Siktedes rett til å eksaminere vitner- Opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn*, Fagbokforlaget, Bergen, 2007. s. 228.

¹⁷ Rt. 1994 s. 748 (s. 751)

¹⁸ NOU 2016:24 s. 288.

¹⁹ NOU 2016:24 s. 288.

²⁰ Erik Monsen: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk, Bergen, 2012 og Nils Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2004.

²¹ Forskrift om tilrettelagte avhør §2 til §14.

²² Prop. 112 L (2014-2015).

for en rekke skjønnsmessige vurderinger, hvor nettopp hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet er sentralt. Det finnes lite rettspraksis og juridisk teori tilknyttet de nye reglene, siden de først trådte i kraft 4. februar 2015.

Straffeprosessloven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat jf. strpl. § 4 første ledd. Menneskerettsloven av 21. mai 1999 (mrl.) § 2 fastslår at EMK og Barnekonvensjonen (BK) gjelder som norsk lov, og gis forrang ved motstrid. Reglene om tilrettelagte avhør må dermed tolkes og anvendes i samsvar med disse.²³ Ved anvendelse av EMK i norsk rett må en benytte seg av de tolkningsprinsipper som den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) anvender.²⁴ Det vil si konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMD-praksis.²⁵

EMK gir bare grunnlag for å tolke nasjonale regler til gunst for rettighetshaveren, ingen rettigheter kan innskrenkes med forankring i EMK.²⁶ Grl. § 95 er den endelige skranken for tolkningen av reglene om tilrettelagte avhør, jf. lex superior prinsippet. Det kan derfor stilles spørsmål ved om Grl. § 95 gir et sterkere vern enn det som følger av EMK art. 6. Grl. § 95 er utformet med utgangspunkt i EMK art. 6, følgelig må bestemmelsen forstås i lys av både nasjonal og internasjonal praksis.²⁷ Dette er også uttalt av Høyesterett. Samtidig er det presisert at Høyesterett har et selvstendig ansvar for tolkningen og utviklingen av Grunnloven.²⁸ Ettersom de folkerettslige reglene i Grunnloven fortsatt er av ny dato og Høyesterett synes å legge seg på lik linje som EMD ved tolkning av EMK legges det til grunn at Grl. § 95 per dags dato ikke gir et sterkere vern enn EMK art. 6.²⁹ For å unngå unødvendige gjentakelser i oppgaven vil det derfor tas utgangspunkt i EMK art. 6 og retten til ”fair hearing” ved vurderingen av hensynet til siktedes rettssikkerhet.

Lanzarote-konvensjonen har som formål å bekjempe seksuelt misbruk av barn, fremme nasjonalt og internasjonalt samarbeid mot overgrep, samt beskytte deres rettigheter over hele Europa.³⁰ Norge arbeider for tiden med å ratifisere konvensjonen som har gitt rammer for

²³ Rt. 1990 s. 319 (s. 323) og Grl. § 98.

²⁴ Monsen (2012) s. 198.

²⁵ Rt. 2005 s. 833 (avsnitt 45).

²⁶ Jørgen Aall: ”Grunnloven og EMK”, Lov og rett 09/2014, s. 507-508. s. 507.

²⁷ Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 122.

²⁸ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57 og 64).

²⁹ Rt. 2013 s. 1412 (avsnitt 13-27) hvor Høyesterett har anvendt EMDs forståelse ved anvendelse av EMK art. 6.

³⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 21.

utforming av reglene om tilrettelagte avhør.³¹ Konvensjonen vil dermed være relevant ved tolkningen av straffeprosesslovens regler i §§ 239 til 239 f.

I den avsluttende delen av oppgaven vil det foretas en rettspolitisk vurdering. Her vil mine observasjoner ved barnehuset i Stavanger samt forslaget til ny straffeprosesslov i NOU 2016:4 være sentrale kilder. Det er på det rene at observasjonene ved barnehuset ikke har noen rettskildemessig vekt. Jeg ønsker imidlertid å påpeke noen eksempler for å vise hvordan reglene ivaretar hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet i praksis.

1.6 Avgrensninger

Reglene om tilrettelagte avhør i straffeprosessloven gjelder ikke bare ved avhør av barn. Tilrettelagte avhør kan også anvendes ved avhør av vitner med psykisk utviklingshemming eller annen funksjonsnedsettelse som medfører samme behov, jf. strpl. § 239 tredje ledd. Det vil imidlertid avgrenses mot de øvrige gruppene, da oppgavens tema er tilrettelagte avhør av barn.

Opgavens tema berører store deler av Norges internasjonale forpliktelser.³² Fokuset vil være rettet mot de reglene som fremgår av EMK, BK og Lanzarote-konvensjonen. Det vil avgrenses mot FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter, da den i det vesentlige samsvarer med EMK.

1.7 Struktur for resten av oppgaven

Videre i oppgavens andre del vil jeg gjøre rede for noen av de sentrale begrepene som vil anvendes i oppgaven. I oppgavens tredje del går jeg nærmere inn på de hensyn og prinsipper som gjør seg spesielt gjeldende ved tilrettelagte avhør.

I oppgavens fjerde del vil det gjøres rede for gjeldende rett, mens det foretas en fortløpende vurdering av hvordan hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet blir ivare tatt ved de enkelte regler.

Avslutningsvis i oppgavens femte og sjette del vil jeg først gjøre kort rede for mine observasjoner ved barnehuset i Stavanger før jeg vil foreta en kort oppsummering og en

³¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 21.

³² Se nærmere i oppgavens del 1.5 Rettskildesituasjonen og metode.

rettspolitisk vurdering. Her vil jeg oppsummere de forhold som setter hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet på spissen, mens jeg stiller spørsmål ved hvordan reglene burde være.

2 Begrepsavklaringer

2.1 Rettssikkerhet

Begrepet ”*Rettssikkerhet*” er tvetydig og brukes i mange forskjellige sammenhenger. I denne oppgaven vil følgende forståelse av begrepet legges til grunn:

Med mistenkte og siktedes rettssikkerhet siktes det til ”sikkerheten for at konstatering av straffansvar bygger på korrekt faktum og juss”.³³ Herunder at det foreligger tilstrekkelig bevis for de forhold som retten legger til grunn, dersom forholdene tilsier straffeansvar. Denne sikkerheten får en ved at kravet til ”fair hearing” i EMK art. 6 oppfylles. Ved vurderingen av mistenkte og siktedes rettssikkerhet vil spørsmålet derfor være om deres rett på en ”fair hearing” etter EMK art. 6 kan anses oppfylt.

Med barnets rettssikkerhet siktes det til vernet barn har krav på gjennom deres prosessuelle rettigheter, herunder hensynet til barnets beste.³⁴ Barnets rettssikkerhet har to aspekter ved tilrettelagte avhør. Barnet skal skånes for den belastning som følger av strafforfølgelsen, samtidig som det skal beskyttes mot fremtidig vold og overgrep. Det sistnevnte aspektet er avhengig av at siktedes rett til en rettferdig rettergang er oppfylt. Dette er nødvendig for at avhøret skal kunne brukes som bevis.³⁵ På denne måten sikrer en at skyldige gjerningspersoner blir dømt og at barnet blir beskyttet mot vold og overgrep i fremtiden. Dette viser at hensynet til barnets og siktedes rettssikkerhet ikke alltid står i motsetning til hverandre, de vil i mange tilfeller også være sammenfallende.

2.2 Barn

Begrepet ”*barn*” omfatter alle mennesker under myndighetsalder.³⁶ Myndighetsalderen i Norge er 18 år, jf. Vergemålsloven av 26. mars 2010 (vgml.) § 2 tredje ledd. Det vil si at alle under 18 år er barn.³⁷

³³ Samme forståelse er lagt til grunn i NOU 2016:24 s. 145.

³⁴ GrL. § 104 andre ledd.

³⁵ Se nærmere om dette i oppgavens del 4.4.4 Bevisavskjæring som følge av avslått begjæring om supplerende avhør.

³⁶ BK art. 1.

³⁷ Vgml. § 2 tredje ledd, jf. BK art. 1.

2.3 Mistenkte

Straffeprosessloven har ingen legaldefinisjon for når en skal anses som ”mistenkt”.³⁸ Vurderingen vil bygge på rettspraksis, teori og reelle hensyn. En får automatisk status som mistenkt dersom politiet anser en å være det. Politiets mening i motsatt tilfelle er imidlertid ikke avgjørende. En må da foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, hvor en må se på om mistanken er så sterk og rettet mot en bestemt person at det er naturlig å anse vedkommende som mistenkt. Det er de hensyn som ligger bak hver enkelt straffeprosessuelle regel som vurderes. En må se om hensynet gjør seg gjeldende i en slik grad at det er naturlig at vedkommende tilkjennes den aktuelle rettigheten.³⁹

Når en bestemt person er anmeldt for vold eller seksuelle overgrep og etterforskningen går ut på å finne ut om det er begått en straffbar handling er vedkommende mistenkt.⁴⁰ Når situasjonen er motsatt, slik at en vet at barnet er utsatt for vold eller seksuelle overgrep, men en vet ikke hvem som har utført handlingen må det utøves skjønn ved vurderingen av hvem som er mistenkt.⁴¹ En generell rettesnor er at vedkommende bør anses som mistenkt dersom det er tale om fire til fem aktuelle gjerningspersoner, hvis det er flere aktuelle gjerningspersoner bør de anses som vitner.⁴²

2.4 Siktete

Legaldefinisjonen for når en er å anse som siktet finner man i strpl. § 83. Bestemmelsen viser til tre alternative grunnlag: ”Den mistenkte får stilling som siktet når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet ved retten eller det er besluttet eller foretatt pågrep, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler mot ham.”⁴³

Ordlyden viser at man automatisk får stilling som siktet når påtalemyndigheten erklærer en for det. Det følger av bestemmelsens bruk av ordet ”påtalemyndigheten” at det ikke er tilstrekkelig at en politietterforsker fremsetter en slik erklæring. Den må komme fra noen som tilhører påtalemyndigheten etter strpl. § 55.⁴⁴

³⁸ Johs Andenæs v/Myhrer: Norsk straffeprosess, 4. utgave, Oslo, 2009. s. 62.

³⁹ Ørnulf Øyen: *Straffeprosess*, Fagbokforlaget, Bergen 2016. s. 81.

⁴⁰ Andenæs og Myhrer (2009) s. 61.

⁴¹ Rt. 1997 s. 138 (s. 142).

⁴² Andenæs og Myhrer (2009) s. 62.

⁴³ Straffeprosessloven §83.

⁴⁴ Rt. 2004 s. 173 (avsnitt 22).

Bestemmelsens andre alternativ fastslår at en får status som siktet når forfølgning mot vedkommende er innledet ved retten. I praksis er det lagt til grunn at forfølgning er innledet ved retten når retten har mottatt begjæring fra påtalemyndigheten.⁴⁵ Ordlyden ”retten” kan ikke tolkes så snevert at det må være tale om ”forfølgning for domstolen”, men utenrettslig etterforskning skal heller ikke omfattes av alternativet.⁴⁶ Høyesterett la i Rt. 1993 s. 1118 til grunn at begjæring om dommeravhør som var et utenomrettslig avhør måtte anses å være forfølgning innledet ved retten. Det vil si at mistenkte automatisk fikk status som siktet ved fremsatt begjæring om dommeravhør. Vedkommende ble da tilkjent siktedes rettigheter. Ved lovendringen i 2015 overførte en ansvaret for avhøret fra dommeren til påtalemyndigheten. Konsekvensen av dette er at tilrettelagte avhør ikke lenger anses å være forfølgning innledet ved retten. Det vil si at begjæring om tilrettelagte avhør ikke i seg selv er nok for at mistenkte skal få status som siktet. Med den konsekvens at mistenkte ikke tilkjennes siktedes rettigheter.⁴⁷

Bestemmelsens siste alternativ er at mistenkte får status som siktet dersom det er besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler mot vedkommende. Dette kan eksempelvis være tilfeller hvor det er aktuelt å pågripe mistenkte i anledning tilrettelagt avhør.

⁴⁵ Øyen (2016) s. 83.

⁴⁶ Andenæs og Myhrer (2009) s. 61-62.

⁴⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 48.

3 Grunnleggende prinsipper og hensyn som gjør seg gjeldende ved tilrettelagte avhør

3.1 Materielt riktige avgjørelser

Hovedformålet i straffeprosessen er å komme frem til materielt riktige avgjørelser, slik at uskyldige ikke blir dømt.⁴⁸ For å oppnå dette er det sentralt at påtalemyndigheten opptrer objektivt i all sin virksomhet, de skal legge frem både de opplysninger som taler mot og til fordel for siktede, jf. strpl. §§ 55 fjerde ledd og 226 tredje ledd.

Vitnebeviset er ofte det viktigste og mest sentrale beviset i saker som behandles ved tilrettelagte avhør, med mindre det foreligger en tilståelse.⁴⁹ Tilrettelagte avhør blir dermed en sentral del av etterforskningen, samt et viktig bevis for sakens opplysning ved en eventuell hovedforhandling.

Det følger av strpl. § 226 første ledd bokstav a at det primære formålet med etterforskningen, i vårt tilfelle avhøret, er ”å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale”. Ordlyden tilsier at formålet med avhøret er å kartlegge om det er begått en straffbar handling, og i så tilfelle finne ut hvem som har begått den.

Disse bestemmelsene sett i sammenheng med den spesielle plikt avhørsleder har for å sikre en klar og sannferdig forklaring ved tilrettelagte avhør etter strpl. § 239 a første ledd tredje punktum viser at det stilles strenge krav til gjennomføringen av tilrettelagte avhør for å oppnå materielt riktige avgjørelser. Dette er naturlig og nødvendig da tilrettelagte avhør er et unntak fra bevisumiddelbarhets-, og kontradiksjonsprinsippet som anses å gi de sikreste bevis.⁵⁰

3.2 Beviskravet

Norsk straffeprosess bygger på et strengt beviskrav. Kravet er et utslag av den avveiningen som er tatt mellom behovet for å pådømme straffbare handlinger og det overordnede målet i

⁴⁸ Prop. 147 L (2012-2013) s. 18.

⁴⁹ Andenæs og Myhrer (2009) s. 175.

⁵⁰ Andenæs og Myhrer (2009) s. 393.

straffeprosessen om å hindre at uskyldige mennesker blir dømt.⁵¹ Beviskravet bygger på sedvanerett og er basert på det latinske uttrykket ”in dubio pro reo”, ofte omtalt som at ”tvilen skal komme tiltalte til gode”.⁵² Kravet er nærmere presisert av Høyesterett som at ”enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode”.⁵³

Beviskravet tilsier at det må stilles strenge krav til gjennomføringen av tilrettelagte avhør. Vitnebeviset er det dominerende bevis og kan inneholde feilkilder da barn kan være lett påvirkelige og ha god fantasi.⁵⁴

3.3 Bevisumiddelbarhets-, og muntlighetsprinsippet

Hovedregelen i norsk straffeprosess er at alle bevis skal føres umiddelbart for den dømmende rett. Det umiddelbare bevis er bedre enn det middelbare.⁵⁵ For vitneavhør er dette lovfestet i strpl. § 296 første ledd.⁵⁶ Når vitneavhøret føres umiddelbart for den dømmende rett får dommeren et bredere grunnlag å bedømme vitnets troverdighet og pålitelighet på.⁵⁷

Muntlighetsprinsippet i strpl. § 278 første ledd første punktum er en sentral del av bevisumiddelbarhetsprinsippet. Hovedforhandlingen er muntlig og alle skriftlige bevis må leses opp for at dommeren skal kunne vektlegge dem jf. strpl. § 302, jf. § 305. Det er imidlertid på det rene at de to prinsippene ikke alltid er i overensstemmelse med hverandre. Et bevis kan være muntlig selv om det ikke er umiddelbart.⁵⁸ Ved tilrettelagte avhør spiller en av videoptak fra avhøret, i stedet for umiddelbar forklaring under hovedforhandlingen jf. strpl. § 298. Beviset er da muntlig, men ikke umiddelbart. I slike tilfeller må bevisumiddelbarhetsprinsippet vike av hensyn til den belastningen det ville vært for barnet å forklare seg under hovedforhandlingen.

⁵¹ Rt. 1998 s. 1945 (s. 1948).

⁵² Lars Jonas Nygaard: ”17 dommere om beviskravet i strafferetten”, Lov og rett 2011, s. 618-627. s. 619.

⁵³ Rt. 1998 s. 11 (s.19).

⁵⁴ Øyen (2014) s. 61-62 og Riksadvokaten (2016) s. 7.

⁵⁵ Andenæs og Myhrer (2009) s. 393.

⁵⁶ Robberstad (2014) s. 133.

⁵⁷ Se blant annet Rt. 1994 s. 1324 (s. 1327).

⁵⁸ Andenæs og Myhrer (2009) s. 393.

3.4 Det kontradiktoriske prinsipp

Ettersom tilrettelagte avhør er et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet må det antas at det foreligger en større risiko for at det kan bli begått urett i bedømmelsen av den straffbare handlingen enn ellers. Som følge av dette er det viktig å ha mekanismer i straffeprosessen som kan avdekke forklaringens grad av pålitelighet.⁵⁹ Siktedes rett til kontradiksjon er en slik mekanisme.

Kontradiksjonsprinsippet er anerkjent som et grunnprinsipp i norsk straffeprosess og er kodifisert i GrL. § 95.⁶⁰ Prinsippet utgjør ”en grunnsetning i vår prosessordning”⁶¹, og må leses inn i domskravet i GrL. § 96.⁶² Det generelle grunnlaget for å vise til kontradiksjonsprinsippet finnes i strpl. § 294 som fastsetter rettens ansvar for sakens fulle opplysning.⁶³ Straffeprosessloven angir videre flere spesifikke regler tilknyttet de enkelte deler av prinsippets innhold. Herunder retten til å varsles om rettsmøter, være til stede under forhandlinger, ha anledning til å gjøre seg kjent med anklagematerialet og ha en mulighet til å ta til orde mot dette.⁶⁴

EMD har gjennom sin dynamiske tolkningsstil innfortolket et krav til kontradiksjon i retten til ”fair hearing” i EMK art. 6 nr. 1,⁶⁵ prinsippet er formulert slik:

”the concept of a fair trial (...) implies the right to adversarial proceedings, according to which the parties must have the opportunity not only to make known any evidence needed for their claims to succeed, but also to have knowledge of, and comment on, all evidence adduces or observation filed, with a view to influencing the court’s decision”.⁶⁶

⁵⁹ NOU 2016:24 s. 280.

⁶⁰ Rt. 2011 s. 93 (avsnitt 30) og Innst. 186 S (2013-2014) s. 23.

⁶¹ Rt. 1990 s. 8 (s. 12).

⁶² Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2011. s. 401 og Jørgen Aall: ”Reell anledning til å teste motpartens vitner – EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. En kommentar til Kaste og Mathisen-dommen mot Norge”. Lov og rett 55/2007, s. 55-59. s. 56.

⁶³ Magnus Matningsdal: ”Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker”, Jussens venner 2013 nr. 1, s. 1-115. s. 18.

⁶⁴ Andenæs og Myhrer (2009) s. 54.

⁶⁵ EMDs dom av 23. juni 1983 Ruiz-Mateos mot Spania (avsnitt 63) og dom av 16. februar 2000 Rawe and Davis mot Storbritannia (avsnitt 60).

⁶⁶ EMDs dom av 16. februar 2000 Rawe and Davis mot Storbritannia (avsnitt 60).

I følge utdraget har EMD uttalt at kontradiksjonsprinsippet omfatter tre nærmere bestemte rettigheter. Det er retten til å legge frem bevis, muligheten til å gjøres kjent med de bevis den annen part ønsker å fremlegge, samt rett til å kommentere disse.

Sistnevnte kan anses som retten til krysseksaminasjon, som er kjernen i det kontradiktoriske prinsipp.⁶⁷ Retten fremgår uttrykkelig av minsterrettighetene i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.⁶⁸ EMD har imidlertid tolket bestemmelsen innskrenkende, slik at brudd på retten til krysseksaminasjon ikke automatisk medfører at retten til ”fair hearing” er krenket.⁶⁹ Ved tilrettelagte avhør blir krysseksaminasjonsretten innskrenket ved at siktede ikke får mulighet til å stille spørsmål til barnet under hovedforhandlingen, da barnet ikke er tilstede. Retten til krysseksaminasjon skal oppfylles gjennom supplerende avhør etter strpl. § 239 c.

Kontradiksjonsprinsippet har en egenverdi. Det vil si at brudd på prinsippet ikke er avhengig av å ha virket inn på resultatet for å fastslå krenkelse av EMK art. 6.⁷⁰ Dette viser at det skal mye til for at kravet til ”fair hearing” etter EMK art. 6 kan anses oppfylt dersom det foreligger brudd på EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.⁷¹ Vurderingen vil bli gjort rede for under oppgavens del om supplerende avhør.⁷²

3.5 Prinsippet om barnets beste

Prinsippet om barnets beste skal anses som en prosessuell regel.⁷³ Straffeprosessloven nevner ikke selv prinsippet om barnets beste, men det fremgår av Grl. § 104 andre ledd at “ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn”. Prinsippet gjør seg klart gjeldende ved tilrettelagte avhør av barn. Ordlyden i Grunnloven er inspirert av BK art. 3 nr. 1 som lyder: “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration.”

⁶⁷ Aall (2011) s. 441.

⁶⁸ EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.

⁶⁹ Se blant annet, EMDs dom av 2. oktober 2002 SN mot Sverige (avsnitt 47).

⁷⁰ EMDs dom av 3. juni 2003 Walston mot Norge (avsnitt 59).

⁷¹ Vurderingen vil bli gjort rede for under oppgavens del 4.4.4 Bevisavskjæring som følge av avslått begjæring om supplerende avhør.

⁷² Se nærmere i oppgavens del 4.4 Supplerende avhør.

⁷³ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 64).

I Grunnloven brukes ordene ”grunnleggende hensyn” og i BK art. 3 nr. 1 brukes ordene ”primary consideration”. En naturlig språklig forståelse av ordlydene er at hensynet til barnets beste ikke er et utslagsgivende hensyn, men et hensyn som må veies opp mot andre interesser.⁷⁴ Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1985 hvor de uttalte at hensynet til barnets beste skal veie tungt, men at det også er andre hensyn som skal ilegges betydelige vekt selv om barnets interesser skal fokuseres på og prioriteres.⁷⁵

Det er ikke mulig å lage en konkret definisjon på hva som er til barnets beste, men det kan gjøres generelle tiltak av hensyn til barnets beste. Tilrettelagte avhør er et utslag av dette. Det er gjort unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet av hensyn til barnets beste. Dette kan imidlertid ikke gjøres uavhengig av hensynet til siktedes rettssikkerhet. Følgelig har lovgiver gjennom reglene om tilrettelagte avhør forsøkt å lage et balansert regelsett bygget på de motstridende hensyn, barnets beste og siktedes krav på en ”fair hearing” etter EMK art. 6.

⁷⁴ Innst. 186 S (2013-2014) s. 30.

⁷⁵ NOU 1998:17 s. 43-44.

4 Gjeldende lovgivning ved tilrettelagte avhør av barn

4.1 Generelt

4.1.1 Når skal det foretas tilrettelagte avhør av barn?

Det følger av strpl. § 239 første ledd at tilrettelagte avhør skal benyttes ved avhør av vitner under 16 år i saker om overtredelse av straffeloven kapittel 26 alle seksuallovbrudd, § 273 kroppsskade, § 275 drap, § 282 mishandling i nære relasjoner og § 284 kjønnslemlestelse. Ordlyden sier at ”vitne” under 16 år skal avhøres ved tilrettelagte avhør. Det vil si at tilrettelagte avhør skal benyttes både når barnet er fornærmet og vitne til den straffbare handlingen. Det er alderen ved det første avhøret som er avgjørende for om det skal foretas tilrettelagt avhør. Dersom det første avhøret tas før barnet er 16 år skal alle avhørene tas som tilrettelagte avhør.⁷⁶

Tilrettelagte avhør kan også anvendes i saker som gjelder andre straffbare forhold når ”hensynet til vitnet tilsier det”, jf. strpl. § 239 andre ledd. Ordlyden viser at det må foretas en konkret helhetsvurdering av om hensynet til barnet tilsier at det skal foretas et tilrettelagt avhør ved brudd på andre straffebud. Relevante momenter i helhetsvurderingen vil være hvor alvorlig den straffbare handlingen er, hvor belastende hendelsen har vært for barnet, hvor gammelt barnet er og hvilken tilknytning barnet har til mistenkte.⁷⁷

Bestemmelsens andre ledd andre punktum fastslår at tilrettelagte avhør også kan benyttes når barnet er mellom 16 og 18 år, hvis vedkommende avhøres som fornærmet i sak om overtredelse av strl. § 312 incest, § 313 søskenincest eller § 314 seksuell omgang mellom nærstående.

4.1.2 Frister for gjennomføring av tilrettelagte avhør

Straffeprosessloven § 239 e angir differensierte frister for gjennomføring av tilrettelagte avhør av barn. Fristene baseres på hvilke lovbrudd det er tale om slik at politiet får mulighet til å

⁷⁶ Prop. 112 L (2014-2015) s. 106.

⁷⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 108.

prioritere de sakene som haster. Bestemmelsen fastslår en ukes frist i de akutte sakene, jf. § 239e første ledd, en frist på to uker i de alvorlige sakene jf. § 239 e andre ledd og en tre ukers frist i de resterende sakene jf. § 239 e tredje ledd. En-ukes og to-ukers fristen gjelder bare i de sakene hvor det er obligatorisk med tilrettelagte avhør, overtredelse eller forsøk på seksuallovbrudd, kjønnslemlestelse, mishandling i nære relasjoner, drap eller kroppsskade.⁷⁸ Fristene skal også være så korte når barnet er mellom 16-18 år og det er tale om incest, søskenincest eller seksuell omgang mellom nærstående.⁷⁹ Fristene er videre avhengig av at et av de alternative vilkårene i § 239 e første ledd bokstav a til c eller andre ledd bokstav a til b er oppfylt.

Avhøret er ofte startskuddet som setter rammen for den videre etterforskningen. Det vil derfor være viktig at avhøret finner sted så fort at hendelser og detaljer ikke blir glemte. Dette gjør at saken gis nødvendig prioritet.⁸⁰ Barnehusene selv anser brudd på fristene som den største trusselen mot barns rettssikkerhet i Norge.⁸¹

Fristbrudd kan gjøre at barnet settes i direkte fare eller at det glemmer. Dette kan resultere i at retten ilegger forklaringen mindre verdi og at barnet ikke ønsker å forklare seg.⁸² Det viser at overholdelse av fristene ikke bare er nødvendig for barnets rettssikkerhet, men også for siktedes rettssikkerhet. Dette da fristoverholdelse kan anses nødvendig for å sikre en sann og troverdig forklaring. Det er da sentralt at fristene overholdes for å sikre at saken opplyses i tilstrekkelig grad, slik at en oppnår materielt riktige dommer.

Dette argumentasjonsmønsteret kan også brukes for å hevde at ordningen med tilrettelagte avhør fremfor en umiddelbar forklaring for den dømmende rett kan anses å styrke siktedes rettssikkerhet. Tiden fra anmeldelse og avhør frem til hovedforhandling kan være lang. Når fristene for gjennomføring av tilrettelagte avhør anses så viktige for å sikre en sann og troverdig forklaring er det klart at ventetiden frem til hovedforhandling vil kunne svekke avhørets verdi i forhold til hensynet til sakens opplysning. På den annen side er jeg av den oppfatning at fristreguleringen også i enkelte tilfeller kan være en reell trussel mot partenes rettssikkerhet. For at avhøret skal kunne utgjøre et godt bevis er en avhengig av at en har tilgang på tilstrekkelig informasjon før en gjennomfører det. Hvis ikke er det fare for at

⁷⁸ Strpl. § 239 første og tredje ledd.

⁷⁹ Strpl. § 239 andre ledd andre punktum.

⁸⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 70.

⁸¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 71.

⁸² Tone Davik og Åse Langballe: "Du får bare gjøre så godt du kan" – utfordringer og dilemmaer ved avhør av barn i førskolealder, Lov og Rett, vol. 52 I, 2013. s. 6

politiet selv trår feil i avhøret. Saken må være godt nok opplyst for at påtalemyndigheten skal kunne ta stilling til spørsmålet om noe straffbart har skjedd, og hvem som har gjort det. En mulig løsning ville vært å ha en videre adgang til skjønnsutøvelse i forhold til fristene for tilrettelagte avhør. Hvis regelen hadde sagt at avhøret skulle foretas så fort som mulig ville påtalemyndigheten, som er best egnet til å vurdere når avhøret bør tas, hatt myndighet til å ta avhøret når det anses hensiktsmessig i lys av det øvrige bevisbildet. Når fristene er så strenge som de er i dag, og fokuset på fristbrudd er så sterkt mener jeg det er en reell fare for at påtalemyndigheten fokuserer for mye på å gjennomføre avhøret tidsnok, og da på bekostning av å ha et godt grunnlag å gjennomføre avhøret på.

4.1.3 Barnehuset

Tilrettelagte avhør skal tas på barnehus jf. strpl. § 239 f første ledd. “Statens barnehus er et tilbud til barn og ungdom som kan ha vært utsatt for, eller vært vitne til vold eller seksuelle overgrep, der det foreligger en politianmeldelse”.⁸³ Barnehusene er spredt utover landet. Det er lokaler tilpasset avhør av barn hvor det jobber forskjellige aktører som er tilstede for å sikre at opplevelsen av avhøret blir bedre for barnet. Hovedmålsettingen til barnehuset er å styrke barns rettssikkerhet.⁸⁴ Dette gjøres ved at barn gis et helhetlig tilbud, alle etatene samles på barnehuset hvor hensynet til barnets beste er fremtredende.⁸⁵

Straffeprosessloven § 239 f første ledd andre punktum åpner opp for å gjøre unntak fra hovedregelen om at tilrettelagte avhør skal gjennomføres på barnehuset. Dette gjelder imidlertid bare når aktørene er enige om at det klart er til vitnets beste at avhøret tas et annet sted. Ordlyden ”klart” viser at det skal være en snever unntaksregel. Det er presisert i forarbeidene at avstand og ressurshensyn i utgangspunktet ikke gir grunnlag for å ikke benytte seg av barnehuset.⁸⁶

Lanzarote-konvensjonen har en nødvendighetsregel knyttet til valg av lokaler som er utformet eller tilrettelagt for å unngå at barnets traumer forverres gjennom avhøret.⁸⁷ Det at en i norsk straffeprosess har laget en skal-regel om bruk av barnehuset taler for at barnet har et sterkere vern etter norsk rett enn det en er pliktig til etter internasjonale konvensjoner.

⁸³ Statens barnehus.

⁸⁴ Innst. S. nr. 123 (2004-2005) s. 1

⁸⁵ Barnehus evalueringen I s. 19.

⁸⁶ Prop. 112 L (2014-2015) s. 90.

⁸⁷ Lanzarote-konvensjonen art. 35 nr. 1(b) jf art. 30 nr. 2.

Barnehuset er viktig for barnets rettssikkerhet da omgivelsene legger til rette for at barnet skal ville forklare seg og føle seg trygg på å bli trodd.⁸⁸ Barnehuset sikrer også at barna blir fulgt opp i ettertid når det er nødvendig som følge av den belastningen og påkjenningen som kommer ved avhøret.⁸⁹

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om avhør på barnehuset kan svekke bevisverdien av avhøret; sammenlignet med avhør som tas på politistasjonen. Dette ville i tilfelle vært en trussel mot både barnets og siktedes rettssikkerhet. Det har vært diskutert om sammenblandingen av så mange aktører rundt avhøret kan gjøre at fokuset på sikker og effektiv bevissikring blir svekket. Barnehusevalueringen kom imidlertid frem til at alle aktørene i stor grad var bevisst på sine oppgaver overfor politiet og deres oppgave i forhold til etterforskningen. Dette tilsier at det ikke svekker verken barnets eller siktedes rettssikkerhet at avhøret tas på barnehuset.⁹⁰

4.1.4 Den praktiske gjennomføringen av tilrettelagte avhør

Når det tilrettelagte avhøret skal foretas skal barnets bistandsadvokat være tilstede. Det samme gjelder forsvareren dersom siktede er varslet om avhøret og dette ikke er til skade for vitnet eller etterforskningen, jf. strpl. § 239 d første ledd. Videre i bestemmelsens andre ledd er det angitt en rekke andre aktører som kan være tilstede. Det er representant fra barnehuset, barnevernet, vitnets verge, ytterligere representanter fra politiet eller påtalemyndigheten samt andre som avhørsleder mener det er hensiktsmessig at følger avhøret. Under avhøret kan aktørene komme med forslag til hvilke spørsmål som skal stilles, men det er avhørslederen som har det siste ordet i dette henseende, jf. strpl. § 239 d tredje ledd.

⁸⁸ Prop 112 L (2014-2015) s. 90.

⁸⁹ Prop 112 L (2014-2015) s. 10.

⁹⁰ Barnehusevalueringen I s. 167-169.

4.2 Overføring av ansvaret for avhør av barn fra domstolen til påtalemyndigheten

4.2.1 Påtalemyndigheten har ansvaret for det tilrettelagte avhøret

Ved lovendringen som fant sted i 2015 ble ansvaret for avhør av barn flyttet fra domstolen til påtalemyndigheten grunnet effektivitetshensyn. Mangel på ressurser og organisering hos politiet førte til lang ventetid for å få gjennomført avhøret.⁹¹ Dette er bakgrunnen for endringen i navnet fra dommeravhør til tilrettelagte avhør.⁹² Uavhengig av årsak og begrunnelse er spørsmålet om endringen har svekket barnets eller siktedes rettssikkerhet, da spesielt med tanke på avhørets bevisverdi.⁹³

Tilrettelagte avhør skal "tas av en politietterforsker under ledelse av en påtalejurist med utvidet påtalekompetanse", jf. strpl. § 239 a første ledd. Tilhørende forskrift om tilrettelagte avhør § 4 første ledd fastslår at politietterforskeren i utgangspunktet skal ha bestått politihøgskolens spesialutdanning i avhør av barn og ungdom. Unntak kan gjøres dersom en etter en samlet vurdering av hensynet til vitne, siktede og etterforskningen vurderer forsinkelsen som særlig uheldig. Etterforskeren må da ha kompetanse i kreativ avhørsteknikk. Avhørsteknikken går ut på at etterforskerne skal sette seg inn i sakens bevis før en kartlegger alle mulige rimelige forklaringer. Dette gjør at en ikke får et forutbestemt resultat av avhøret.⁹⁴ Hvis det er tale om tilrettelagte avhør av førskolebarn eller særlig sårbare voksne skal etterforskeren ha spesialutdanning innen dette feltet.⁹⁵

Det er en påtalejurist med utvidet påtalekompetanse som har ansvaret for avhøret. Det følger av tilhørende forskrift § 3 at vedkommende "så vidt mulig" skal ha bestått politihøgskolens spesialutdanning i å lede et tilrettelagt avhør.⁹⁶ Kravet er ikke absolutt, da dette ville skapt problemer i forhold til fristoverholdelse siden det er mangel på slik kompetanse. Tilrettelagte avhør er den eneste avhørsmodellen i Norge som har kompetansekrav utover den generelle politihøgskoleutdanningen.⁹⁷ Lovgiver viser med det at en er bevist på de utfordringer som

⁹¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 44.

⁹² Prop. 112 L (2014-2015) s. 6.

⁹³ Øyen (2014) s. 61-62.

⁹⁴ Riksadvokaten (2012) s. 8-9.

⁹⁵ Forskrift om tilrettelagte avhør § 4.

⁹⁶ Forskrift om tilrettelagte avhør § 3.

⁹⁷ Riksadvokaten (2016) s. 85.

kommer ved at det gjøres unntak fra bevisumiddelbarhets-, og kontradiksjonsprinsippet. Kompetansekravene er med på å styrke avhørets bevisverdi.

Hvis en ser hen til Lanzarote-konvensjonen er det fastslått i art. 35 nr. 1 bokstav c at statene skal se til at barnet avhøres av fagfolk som er opplært til å ta slike avhør. Det er presisert i Explanatory report punkt 239 at dette ikke er en absolutt regel, da landene selv bestemmer hvordan reglene skal implementeres med tanke på adgang til utdannede ressurser og barnas alder.⁹⁸

Det kan stilles spørsmål ved om de overnevnte kompetansekravene og politiets objektivitetsplikt er tilstrekkelig krav for å sikre barnets og siktedes rettssikkerhet ved gjennomføringen av tilrettelagte avhør.⁹⁹ Dette da påtalemyndigheten er part i saken, i motsetning til dommeren som er totalt uavhengig.¹⁰⁰ Lovgiver mener at politiets objektivitetsplikt gjør dem like uavhengige.¹⁰¹ Forskjellen er imidlertid stor, og den er påpekt som et moment i EMDs avgjørelse SN. mot Sverige. Avgjørelsen gjaldt en gutt på 10 år som hadde blitt utsatt for seksuelt misbruk. Han ble avhørt av politiet to ganger. Den siste gangen etter begjæring fra siktede og hans forsvarer. Forsvarer og bistandsadvokat var ikke tilstede ved noen av avhørene, men politiet hadde en liste med de momenter siktede ønsket å belyse nærmere. Avhørene av gutten var de hovedsakelige bevis i saken. Retten kom frem til at det ikke forelå en krenkelse av EMK art. 6, men de påpekte at bevis må håndteres med “extreme care” når det gjøres unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet.¹⁰² I den sammenheng uttalte mindretallet at det var en svakhet ved saken at barnet ikke på noe steg i etterforskningen hadde blitt avhørt av en uavhengig part.¹⁰³

Redegjørelsen viser at overføringen av ansvaret for avhør av barn fra dommeren til påtalemyndigheten ikke er i strid med EMK art. 6. Risikoen for feilgrep er imidlertid høyere når den som har ansvaret for avhøret selv er part i saken. Lovgiver synes å være oppmerksom på dette ved å stille strenge kompetansekrav til de som gjennomfører avhøret. Hvis det gjøres feil er dette ikke bare en krenkelse av siktedes krav på en ”fair hearing” etter EMK art. 6, men

⁹⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 78-79.

⁹⁹ Se oppgavens del 3.1 Materielt riktige dommer.

¹⁰⁰ Straffeprosesslovens andre del kapittel 6.

¹⁰¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 49.

¹⁰² SN mot Sverige (avsnitt 53).

¹⁰³ SN mot Sverige - Concurring opinion of judge Thomassen joined by judge Casadevall.

også en krenkelse av barnets rettsikkerhet da beviset muligens må avskjæres.¹⁰⁴ Da risikerer en at det ikke foreligger tilstrekkelig bevis til å domfelle tiltalte, noe som kan medføre at skyldige gjerningspersoner går fri og voldsutøvelsen eller misbruket mot barnet vil kunne fortsette.

4.2.2 Forklaringsplikt og unntak fra fritaksreglene

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er at en bare har forklaringsplikt ovenfor retten jf. strpl. § 230 første ledd første punktum. Ved overføringen av ansvaret for avhør av barn fra dommeren til påtalemyndigheten var det nødvendig å lovfeste også en forklaringsplikt ovenfor dem ved tilrettelagte avhør av barn. Den fremgår av strpl. § 239 a andre ledd.¹⁰⁵ Forklaringsplikten ovenfor politiet er et viktig virkemiddel for å sikre barnets rettssikkerhet. Plikten tvinger barnet til å fortelle dersom det er utsatt for straffbare forhold. For atplikten skal fungere i dette henseende var det nødvendig å gjøre unntak fra vitnefritaksreglene i strpl. §§ 122 og 123.¹⁰⁶ Unntaket gjelder bare ved de groveste lovbruddene angitt i strpl. § 239 første ledd.

Det gjøres unntak fra fritaksreglene fordi en ikke ønsker å sette barnet i den lojalitetskonflikten som oppstår når en må velge om en ønsker forklare seg mot sine nærstående eller ikke. Spesielt når barnet selv er utsatt for fare. Det kan være vanskelig for barnet å forstå at det vil være til sitt eget beste å forklare seg. Ettersom rettssystemet har en egen oppgave i å ivareta barnets interesser er dette unntaket viktig av hensynet til barnets rettssikkerhet. Hvis barnet velger å ikke forklare seg, har en gjerne ikke de bevis som er nødvendige for sakens opplysning. Da vil det ikke foreligge grunnlag å dømme tiltalte på. Vold og seksuelle overgrep mot barnet vil da fortsette.

Unntaket i strpl. § 239 a andre ledd andre punktum gjelder ikke barn mellom 15 og 16 år selv om også disse avhøres ved tilrettelagte avhør. Barnet må da informeres om sin fritaksrett.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Se nærmere om dette i oppgavens del 4.4.4 Bevisavskjæring som følge av avslått begjæring om supplerende avhør.

¹⁰⁵ Kan sees i sammenheng med BK art. 19 om statens ansvar for å iverksette lovgivningsmessige tiltak for å beskytte barn mot vold og seksuelle overgrep.

¹⁰⁶ Strpl. § 239a andre ledd andre punktum.

¹⁰⁷ HR-2016-2171-A.

4.3 Varsling av mistenkte og siktede

4.3.1 Mistenkte

Hovedregelen er at mistenkte ikke skal varsles om det tilrettelagte avhøret jf. strpl. § 239 b første ledd første punktum. Dette da lovgiver ikke ønsker å påføre mistenkte den belastningen som kommer ved å være mistenkt dersom det viser seg at mistanken var ubegrunnet. Lovgiver mener dette vil kunne senke terskelen for å anmelde saker ved mistanke om vold og overgrep mot barn.¹⁰⁸

Det følger imidlertid av påtaleinstruksen § 17-2 første ledd bokstav a at den som forfølgningen har vært rettet mot skal informeres skriftlig dersom en påbegynt strafforfølgning innstilles. Hvis et barn innkalles til tilrettelagt avhør som følge av anmeldelse rettet mot en bestemt person må vedkommende anses å være mistenkt og forfølgningen har vært rettet mot vedkommende. Mistenkte vil da uansett måtte varsles i ettertid slik at belastningen vil påføres vedkommende. Dette viser at hensynet som begrunner unnlatt varsling ikke kan opprettholdes. Det kan dermed argumenteres for at det ikke er grunnlag for en slik regel.

Dette er trolig årsaken til at lovgiver har bestemt at politiet skal ta ut siktelse og varsle om avhøret dersom de har skjellig grunn til å mistenke en navngitt person, og det anses ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen at vitnet varsles jf. strpl. § 239 b første ledd tredje punktum. Det vil si at siktelse skal tas ut dersom det er sannsynlighetsovervekt for at en navngitt person har utført vold eller seksuelle overgrep mot barnet.¹⁰⁹ Reglene om varsling av siktede kommer da til anvendelse.

4.3.2 Siktede

Siktede skal varsles om det tilrettelagte avhøret så lenge det anses ubetenkelig av hensyn til barnet og etterforskningen, jf. strpl. § 239 b første ledd andre setning. Med hensyn til barnet og etterforskningen siktes det til faren for gjentakelse og bevisforspillelse.¹¹⁰

¹⁰⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53.

¹⁰⁹ Rt. 1993 s. 1302 (s. 1304).

¹¹⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53.

Før lovendringen i 2015 var regelen at siktede alltid skulle varsles om det tilrettelagte avhøret, jf. tidligere strpl. § 239. Siktetes forsvarer kunne imidlertid nektes å overvære avhøret dersom hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen talte mot det.¹¹¹ I Rt. 2003 s. 1146 tok Høyesteretts kjæremålsutvalg stilling til om regelen om å nekte forsvareren å være tilstede kunne tolkes som et grunnlag til også å unnlate å varsle siktede om avhøret. Det var dissens om regelen i tidligere strpl. § 239 skulle tolkes som et absolutt krav om varsling eller ikke. Dommerne var imidlertid enige om at det var ønskelig å kunne unnlate varsling som følge av hensyn til etterforskningen i enkelte tilfeller. De kom til at siktetes rettigheter var tilsidesatt ved unnlatt varsling, men at beviset ikke måtte avskjæres dersom det ble foretatt supplerende avhør hvor siktede var varslet.

Ved lovendringen i 2015 valgte lovgiver å endre lovens ordlyd slik at hensynet til etterforskningen kunne gi grunnlag for unnlatt varsling, det samme kan hensynet til vitne gjøre. Disse grunnlagene for unnlatt varsling vil behandles fortløpende, hver for seg.

(I) Unnlatt varsling som følge av gjentakelsesfare

Når barn har blitt utsatt for vold eller seksuelle overgrep er ofte gjerningspersonen noen barnet kjenner godt.¹¹² På det grunnlag er det ansett nødvendig å åpne for unnlatt varsling i strpl. § 239 b første ledd andre punktum når hensynet til vitnet tilsier det. Dette er svært viktig av hensyn til barnets rettssikkerhet. En kan se regelen i sammenheng med de krav som stilles gjennom BK art. 19 jf. art. 34 om statens beskyttelsesansvar ovenfor barn. Herunder ved å ta alle egnede lovgivningsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for misbruk, spesielt presisert seksuelt misbruk.¹¹³

Det kan være vanskelig å avgjøre når det foreligger grunnlag for unnlatt varsling som følge av gjentakelsesfare. Ved vurderingen kan det være relevant å trekke paralleller til reglene om gjentakelsesfare som grunnlag for varetektsfengsling. I de tilfellene stilles det strenge krav til sannsynligheten for at den kriminelle handlingen vil gjentas jf. ”antas påkrevd” i strpl. § 171 andre ledd nr. 3. Rettspraksis tilsier at bestemmelsen må forstås slik at det kreves sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil kunne forgå seg på nytt dersom vedkommende ikke pågripes.¹¹⁴ Vilkåret kan ikke tolkes like strengt ved reglene om unnlatt varsling, dette da

¹¹¹ Tidligere strpl. § 239 første ledd fjerde punktum jf. tredje punktum.

¹¹² Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2014-2017) s. 64.

¹¹³ Se også Lanzarote-konvensjonen art. 4.

¹¹⁴ Rt. 2012 s. 1207 (avsnitt 9).

inngrepet klart ikke er like stort ved unnlatt varsling som ved frihetsberøvelse. Dette kan tilsi at sannsynligheten for gjentakelse ikke må være særlig sterk for å ikke varsle på dette grunnlag.

(II) Unnlatt varsling som følge av fare for bevisforspillelse

Varsling av siktede kan medføre fare for bevisforspillelse. Dette er en stor trussel for barnets rettssikkerhet. Hvis bevisforspillelse finner sted risikerer man at en ikke har grunnlag å domfelle siktede på. Voldsutøvelsen eller misbruket av barnet kan da fortsette. Lovens forarbeider presiserer at en sikter til faren for at siktede truer barnet til å ikke forklare seg, eventuelt truer barnet til å forklare seg usant.¹¹⁵

Her er det også relevant å trekke paralleller til reglene om bevisforspillelse som grunnlag for varetektsfengsling jf. strpl. § 171 andre ledd nr. 2. Høyesterett har lagt til grunn at det ved fare for bevisforspillelse i form av påvirkning av vitner må kreves at siktede har en reell mulighet for å kontakte og påvirke vitner, og at det foreligger en konkret og nærliggende mulighet for at denne muligheten vil bli benyttet.¹¹⁶

I lys av statens beskyttelsesansvar ovenfor barnet kan ikke det samme strenge kravet legges til grunn ved fare for bevisforspillelse ved tilrettelagte avhør.¹¹⁷ Det må imidlertid kreves at siktede har en reell mulighet for å kontakte og påvirke vitnet. Muligheten vil være reell selv om barnet ikke bor sammen med siktede. Et praktisk eksempel på et tilfelle hvor siktede ikke har en reell mulighet for å kontakte og påvirke vitner er hvis barnet er plassert i beredskapshjem og siktede er ilagt kontaktforbud.

Dersom siktede skal varsles om det tilrettelagte avhøret skal det straks oppnevnes forsvarer for ham jf. strpl. § 97 tredje ledd. Forsvareren skal være tilstede ved det tilrettelagte avhøret, jf. strpl. § 239 d første ledd bokstav b. Motsetningsvis skal ikke forsvareren være tilstede dersom siktede ikke skal varsles som følge av fare for gjentakelse eller bevisforspillelse, jf. strpl. § 239 b første ledd bokstav b andre punktum.

¹¹⁵ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53.

¹¹⁶ Rt. 2004 s. 1780 (avsnitt 9).

¹¹⁷ Se nærmere om statens beskyttelsesansvar ved gjentakelsesfare under oppgavens del 4.3.2 Varsling av siktede.

4.3.3 Er reglene om unnlatt varsling i strid med mistenkte og siktedes rett til en "fair hearing" etter EMK art. 6?

Utgangspunktet for rettighetene som følger av EMK art. 6 er at de tilkommer siktede under "determination". Dette tilsier at rettighetene i utgangspunktet bare tilkommer tiltalte i forbindelse med hovedforhandlingen. EMD har imidlertid uttalt at barn skal anses som et vitne under hovedforhandling ved anvendelse av EMK art. 6 ved ordninger som tilrettelagte avhør.¹¹⁸ Bakgrunnen for dette er at vitneavhøret for politiet i realiteten fungerer som bevisopptak og trer i stedet for en umiddelbar forklaring under en eventuell senere hovedforhandling. Følgelig vil rettighetene som følger av EMK art. 6 tilkomme mistenkte og siktede ved tilrettelagte avhør.

I avgjørelsen A.S mot Finland fremsatte EMD de minstekrav som må være oppfylt for at ordninger som tilrettelagte avhør skal tilfredsstillere kravet til en "fair hearing" i EMK art. 6.¹¹⁹ Avgjørelsen omhandlet en gutt som i en alder av 6-8 år hadde blitt utsatt for misbruk av en venn av familien. Moren til gutten ble avhørt samme dag som anmeldelsen ble levert, og gutten ble avhørt en måned senere. Avhøret ble tatt av en psykolog og tatt opp på video. Mistenkte var ikke tilstede under avhøret, og var ikke varslet om det. Etter fire måneder kom en psykolog frem til at gutten hadde tatt stor skade av misbruket, og at det ikke var forsvarlig å avhøre han flere ganger. Først dagen etter dette ble mistenkte varslet om mistanken mot ham. Tiltale ble tatt ut, og siktede var enig i at gutten ikke burde avhøres igjen. Han påpekte imidlertid at han ikke hadde fått noen mulighet til å stille spørsmål ved guttens forklaring. Han ville at videopptaket skulle avspilles under hovedforhandlingen da han mente denne viste at gutten hadde en gjenfortellende forklaring som hadde blitt utsatt for ytre påvirkning. Mannen ble dømt og brakte saken inn for EMD. Han anførte at det forelå krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 jf. nr. 3 bokstav d.

I avgjørelsens avsnitt 56 uttalte EMD:

"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

¹¹⁸ S.N mot Sverige (avsnitt 45).

¹¹⁹ EMDs dom av 28. september 2010 A.S mot Finland.

the child either directly or indirectly in the course of the first hearing or on a later occasion”.¹²⁰

Det følger av dette at minstekravene for at tilrettelagte avhør skal oppfylle kravet til ”fair hearing” i EMK art. 6 nr. 1 er at: (1) den mistenkte skal varsles om avhøret, (2) mistenkte skal gis en mulighet til å observere avhøret, enten når det foretas eller senere ved å se videoopptak, (3) mistenkte skal få mulighet til å stille spørsmål til barnet, enten direkte eller indirekte ved første avhør eller ved en senere anledning.

Tilrettelagte avhør kan innskrenke mistenkte og siktedes rettigheter etter EMK art. 6. I avgjørelsen S.N mot Sverige uttalte EMD at det må tas hensyn til fornærmedes rett til privatliv ved vurderingen av om rettergangen er ”fair”. Da spesielt når fornærmede som er utsatt for seksuelle overgrep ufrivillig konfronteres med tiltalte.¹²¹ Det vil si at tiltak kan gjøres for å beskytte fornærmede så lenge dette kan forenes med en tilstrekkelig og effektiv utøvelse av rettighetene til forsvaret.

Det kan stilles spørsmål ved om regelen om unnlatt varsling av mistenkte og siktede etter strpl. § 239 b er i strid med de krav som stilles i lys av kravet til ”fair hearing” i EMK art. 6.

Reglene synes umiddelbart å være i strid med de krav som stilles av EMD.¹²² EMD viste imidlertid til tidligere avgjørelser hvor de hadde tillatt at mistenkte ikke var varslet i avgjørelsen A.S mot Finland. I avgjørelsen B mot Finland kom EMD til at det ikke forelå brudd på EMK art. 6, til tross for at tiltalte ikke var varslet om avhørene av barna. Barna hadde blitt avhørt tre ganger, og det siste avhøret ble tatt opp på video. Mistenkte fikk se videoopptaket og mulighet til å stille spørsmål til barna. Hun valgte imidlertid å ikke stille spørsmål. Tiltalte ble dømt for seksuelle overgrep mot de to jentene. Det var klart at det ikke forelå brudd på EMK art. 6. Moren var gitt en ”adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against her either when the statement were made or at a later stage”.¹²³

Videre i avgjørelsen S.N mot Sverige kom EMD til at det ikke forelå brudd på EMK art. 6 selv om mistenkte ikke var varslet om det første avhøret av barnet. Mistenkte og hans forsvarer fikk mulighet til å begjære supplerende avhør av barnet, en mulighet de benyttet seg av. Det oppstod imidlertid en feil ved gjennomføringen slik at verken forsvarer eller

¹²⁰ A.S mot Finland (avsnitt 56).

¹²¹ S.N mot Sverige (avsnitt 47).

¹²² Strpl. § 239 b første ledd første punktum.

¹²³ B mot Finland (avsnitt 41).

bistandsadvokat var tilstede. Forsvareren fikk imidlertid presentert hva han ville ha belyst grundigere, noe politiet tok i betraktning. Etter avhøret fikk forsvareren lese protokoll fra avhøret og han begjærte ikke supplerende avhør. EMD kom på dette grunnlag frem til at forsvaret hadde hatt en mulighet til å stille spørsmål til barnet, og det forelå derfor ikke brudd på EMK art. 6.

Det har også i etterfølgende praksis fra EMD blitt lagt til grunn at kravet til ”fair hearing” i EMK art. 6 er oppfylt, selv om mistenkte ikke har blitt varslet om det første avhøret.¹²⁴ Dette var blant annet tilfelle i avgjørelsen D.T mot Nederland hvor en far ble dømt for seksuelt misbruk av sin datter på 5 år. Mannen hadde verken blitt varslet om avhøret eller blitt informert om sin rett til å begjære supplerende avhør. EMD uttalte at andre bevis som støttet opp under datterens forklaring var gjort rede for. De la til grunn at prosessuelle rettssikkerhetsgarantier forelå slik at det ikke var brudd på EMK art. 6. Dette kan tilsi at formuleringen ”shall be informed of the hearing of the child” bare kan tolkes som en absolutt regel i det konkrete tilfellet som A.S mot Finland berørte.¹²⁵ I den saken gikk det så lang tid fra avhøret ble tatt til siktede ble varslet, at siktedes rett til å stille spørsmål til gutten ikke lenger kunne gjennomføres.

Overnevnt praksis viser at varsling av mistenkte og siktede ikke kan anses som en absolutt regel for at retten til ”fair hearing” i EMK art. 6 skal anses oppfylt. Det avgjørende må være en konkret helhetsvurdering av om det foreligger en ”fair hearing”, selv om det er gjort unntak fra noen av minsterettighetene som fremgår av EMK art. 6.¹²⁶

Dette tilsier at adgangen til å ikke varsle mistenkte og siktede etter den norske straffeprosessloven er i overensstemmelse med de krav som stilles i EMK art. 6. Avgjørelsen A.S mot Finland belyser imidlertid problemet som kan oppstå ved unnlatt varsling. Reglene om unnlatt varsling er avhengig av at mistenkte og siktede gis anledning til å begjære supplerende avhør for at retten til ”fair hearing” etter EMK art. 6 skal være oppfylt.¹²⁷

¹²⁴ Dom av 2. april 2013 D.T mot Nederland.

¹²⁵ Jon Petter Rui: ”*Fra menneskerettsdomstolen*”, Tidsskrift for strafferett nr. 3 2011, s. 327-336. s. 333.

¹²⁶ S.N mot Sverige (avsnitt 43) ”The two provisions taken together”.

¹²⁷ Se oppgavens del 4.4 Supplerende avhør.

4.4 Supplerende avhør

4.4.1 Generelt om supplerende avhør

Reglene om supplerende avhør fremgår av strpl. § 239 c. De kan begjæres av avhørslederen, vitnet og siktede. Det er avhørslederen som har myndighet til å bestemme om det skal foretas supplerende avhør eller ikke. Myndigheten er imidlertid begrenset ved at hans avgjørelse kan bringes inn for retten.¹²⁸

Supplerende avhør skal ikke være gjentakende. Avhøret skal tilføre saken nye relevante opplysninger.¹²⁹

Før lovendringen i 2015 hadde straffeprosessloven en egen regel som sa at supplerende avhør burde unngås av hensyn til barnet. Forskning hadde vist at supplerende avhør kunne være skadelig.¹³⁰ På 1990-tallet begynte imidlertid forskningen å trekke i motsatt retning.

Riksadvokaten og politidirektoratet uttalte at: ”det er en utbredt oppfatning i fagmiljøet at flere avhør ofte er det mest hensynfulle ovenfor barnet fordi barnet da får bedre tid til å opparbeide tillit til avhørspersonen og bedre tid til å forklare om alt det har vært utsatt for”.¹³¹

Lovgiver valgte derfor å fjerne tidligere gjeldende strpl. § 234. Antall avhør skal imidlertid fortsatt begrenses i størst mulig grad.¹³² Dette kan sees i sammenheng med Lanzarote-konvensjonen art. 35 nr. 1 bokstav e hvor det er presisert, ”antall avhør begrenses til et minimum og finner sted bare i den grad det er nødvendig av hensyn til straffeforfølgningen”.

Årsaken til at antall avhør skal begrenses er at gjentatte avhør kan gjøre at barnet føler seg utrygt. De kan tro de har sagt noe feil dersom de blir stilt de samme spørsmålene flere ganger. Dette kan resultere i tilpassede forklaringer, noe som vil kunne medføre lavere bevisverdi på avhøret ettersom faren for at det foreligger en uriktig forklaring øker.¹³³

¹²⁸ Strpl. § 239 c femte ledd.

¹²⁹ Riksadvokaten (2015) s. 10.

¹³⁰ Tidligere strpl. § 234.

¹³¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 51

¹³² Prop. 112 L (2014-2015) s. 52.

¹³³ Davik og Langballe (2013) s. 8.

4.4.2 Avhørslederens rett til å beslutte at det skal tas supplerende avhør

Det følger av strpl. § 239 c, første ledd at “avhørsleder kan beslutte at det skal tas supplerende avhør for å få saken tilstrekkelig opplyst. Ved avgjørelsen skal det legges vekt på forklaringens betydning for sakens opplysning og belastningen for vitnet ved å bli avhørt igjen.”

Det følger av andre punktum i bestemmelsen gjengitt ovenfor at det må foretas en avveining mellom hensynet til sakens opplysning og hensynet til belastningen for vitnet, som i dette tilfellet kan anses som en barnets beste vurdering. Ordlyden tilsier at det må stilles strengere krav til avhørets betydning for sakens opplysning jo større belastning det er for barnet å bli avhørt igjen. Ved vurderingen av forklaringens betydning for sakens opplysning vil det være naturlig å se hen til det øvrige bevisbildet. Foreligger det tilstrekkelig bevis uten det supplerende avhøret er det klart at avhøret ikke er nødvendig. Hvis det ikke foreligger tilstrekkelig bevis mener jeg at lovgiver ikke bør legge opp til en vurdering hvor en ikke skal gjennomføre supplerende avhør hvis det er til stor belastning for barnet. Dette da barnets beste ikke bare handler om å bli skånet for den belastning som kommer av å forklare seg. Det er like viktig for barnets rettssikkerhet at det sikres kontradiksjon slik at beviset ikke kan avskjæres.¹³⁴ Dette da beviset er nødvendig for å få siktede dømt dersom det ikke foreligger andre tilstrekkelige bevis. Er det nødvendig med et nytt avhør av hensyn til sakens opplysning mener jeg at det burde skje uavhengig av hensynet til belastningen det vil være for barnet. I forhold til siktedes rettssikkerhet er supplerende avhør i form av å få saken godt nok opplyst helt sentralt for å sikre at uskyldige personer ikke blir dømt.

Avhørsleder kan også beslutte at det skal foretas supplerende avhør dersom vitnet ber om det selv, jf. strpl. § 239 c første ledd siste punktum.

4.4.3 Siktedes rett til å begjære supplerende avhør

Siktedes rett til å begjære supplerende avhør fremgår av strpl. § 239 c andre ledd.

Supplerende avhør er siktedes mulighet til å gjøre sin rett til kontradiksjon gjeldende, retten til

¹³⁴ Se nærmere om dette i oppgavens del 4.4.4 Bevisavskjæring som følge av avslått begjæring om supplerende avhør.

kontradiksjon er godt egnet til å teste påliteligheten og troverdigheten til vitneavhøret.¹³⁵
Retten kan derfor anses som en sentral rettssikkerhetsgaranti for siktede.¹³⁶

Hvis begjæring om supplerende avhør etter strpl. § 239 c andre ledd er fremsatt innen fristen fastsatt i § 239 b, skal avhøret gjennomføres ”med mindre avhørsleder kommer til at det etter er samlet vurdering, der det legges særlig vekt på siktedes rett til kontradiksjon, vil være en uforholdsmessige belastning for vitnet”, jf. strpl. § 239 c tredje ledd. Det skal svært mye til for å avslå begjæringen på dette grunnlag.¹³⁷ Bestemmelsen viser at hensynet til barnets beste må avveies mot siktedes rett til kontradiksjon. Forarbeidene angir eksempel på tilfeller hvor begjæring om supplerende avhør kan avvises. Disse er hvis en sakkyndig sier at det vil være til skade for vitnet å bli avhørt igjen, eller hvis vitnet har forklart seg utførlig om de spørsmål siktede ønsker å stille.¹³⁸

Der avhøret ikke kommer med ny informasjon som er relevant for saken anses i forarbeidene som et klart grunnlag for å avslå begjæring om supplerende avhør. Disse opplysningene vil ikke ha betydning for siktedes krav på rettfærdig rettergang.¹³⁹ Ved tilfeller hvor begjæring om supplerende avhør avvises selv om spørsmålene er av betydning for sakens opplysning, men det vil være svært belastende for barnet, stilles det krav om sterke holdepunkter for at det vil være belastende for barnet. Avhørsleder skal i den forbindelse innhente sakkyndigvurdering.¹⁴⁰

Vurderingen har enda ikke blitt behandlet i Høyesterett. Dette kommer trolig av at regelen er ny. Spørsmålet har imidlertid vært behandlet av Frostating lagmannsrett.¹⁴¹ Avgjørelsen er av lavere rettskildemessig vekt, men den gir et godt bilde av den vurderingen som må tas ved anvendelse av strpl. § 239 c tredje ledd. Saken gjaldt en 14 år gammel jente som var utsatt for kroppskrenkelser fra sin mor og bror. Ved det første tilrettelagte avhøret var morens forsvarer tilstede. Vedkommende hadde konferert med moren på forhånd og fikk stille spørsmål under avhøret. Moren var imidlertid fra Iran og det var ikke brukt tolk når forsvareren samtalte med henne. Morens nye forsvarer krevde supplerende avhør etter strpl. § 239 c tredje ledd, men

¹³⁵ Se EMDs dom av 15. desember 2011 Al-Khawaja and Tahery mot Storbritannia (avsnitt 118) og Rt. 1994 s. 1324 (s. 1327).

¹³⁶ Rt. 1997 s. 1778 (s. 1784).

¹³⁷ Riksadvokaten (2015) s. 10.

¹³⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 55-58.

¹³⁹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 112.

¹⁴⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 112.

¹⁴¹ 16-0646661SAK-FROST.

begjæringen ble avslått da retten kom til at spørsmålene ikke bidro til opplysning av saken og forutsatte at barnet ikke snakket sant.

Etter min mening viser forarbeidenes uttalelser om at supplerende avhør kan nektes når spørsmålene ikke er nødvendig for sakens opplysning og overnevnte redegjørelse for Frostating lagmannsrett forståelse for retten til å kreve supplerende avhør. Lovgiver og dommeren synes å legge stor vekt på spørsmålenes betydning for sakens opplysning. Siktedes rett til å kreve supplerende avhør skal imidlertid også bidra til å teste påliteligheten og troverdigheten til vitnet. Dette gjøres gjennom gjennomføring av retten til krysseksaminasjon.¹⁴²

Regelen må sees i sammenheng med EMK art. 6 nr. 1 om kravet til en ”fair hearing”. En sentral del av kravet er retten til å avhøre og la avhøre vitner som blir ført mot ham, retten til krysseksaminasjon. Denne rettigheten fremgår eksplisitt av EMK art. 6 nr. 3 d. EMD har gjennom sin dynamiske tolkningsstil valgt å tolke retten til krysseksaminasjon innskrenkende slik at tiltalte ikke har en ubetinget rett til å få krysseksaminere vitner under hovedforhandlingen.¹⁴³ Ved tilrettelagte avhør er det tilstrekkelig at tiltalte får krysseksaminert barnet gjennom sin forsvarer ved supplerende avhør. Rettigheten er angitt å være en av minsterrettighetene ved ordninger som tilrettelagte avhør i avgjørelsen A.S mot Finland.¹⁴⁴ Det viser at siktedes rett til å begjære supplerende avhør etter strpl. § 239 c tredje ledd er ment å ivareta siktedes rett til krysseksaminasjon ved tilrettelagte avhør.

EMD har formulert retten til krysseksaminasjon som at: “The accused must be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when the witness makes his statement or at a later stage.”¹⁴⁵ Ordlyden ”adequate and proper opportunity” tilsier at det ikke er et krav at siktede har gjort gjeldende sin rett til krysseksaminasjon. Det er tilstrekkelig at vedkommende har blitt tilbudt en slik rett. Det må imidlertid være en faktisk mulighet for siktede å kreve retten oppfylt. I A.S v. Finland godtok siktede at han ikke kunne stille spørsmål, men at beviset likevel skulle føres. Psykologen hadde imidlertid på forhånd kommet til at barnet ikke kunne avhøres flere ganger. EMD konkluderte da med at det ikke var en ”adequate and proper opportunity” for

¹⁴² Se Al-Khawaja and Tahery mot Storbritannia (avsnitt 118) og Rt. 1994 s. 1324 (s. 1327).

¹⁴³ Aall (2011) s. 401.

¹⁴⁴ Se oppgavens punkt 4.6.1 om A.S mot Finland.

¹⁴⁵ B mot Finland (avsnitt 41).

krysseksaminasjon, og det forelå således en krenkelse av siktedes rettigheter etter EMK art. 6 nr. 1 jf. nr. 3 bokstav d.

For at supplerende avhør skal kunne sies å oppfylle siktedes krav etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d må retten være så omfattende at retten til krysseksaminasjon blir reell.¹⁴⁶ Det vil si at siktede må få rimelig tid til å gjennomgå og vurdere videopptaket av det tilrettelagte avhøret, samt forberede spørsmål til barnet.¹⁴⁷ Som følge av dette er det fastslått i strpl. § 239 b fjerde ledd at siktede og hans forsvarer straks skal få adgang til å gjøre seg kjent med videopptaket fra avhøret. Fristen for gjennomføring av supplerende avhør er i utgangspunktet en uke, jf. strpl. § 239 e sjette ledd. Bestemmelsen fastslår imidlertid at fristen kan forlenges dersom det er nødvendig av hensyn til etterforskningen eller siktede, og dette ikke vil innebære en uforholdsmessig belastning for vitnet. Igjen må det foretas en avveining av hensynet til barnets beste og siktedes rett til en rettferdig rettergang. Fristen på en uke kan klart være for kort i enkelte tilfeller. På en uke må forsvareren gjennomgå avhøret med siktede samt forberede spørsmål til supplerende avhør, hvis ikke det gis anledning til dette kan ikke retten til krysseksaminasjon anses å være reell. Det kan da foreligge brudd på EMK art. 6. Dette kan som nevnt medføre at beviset ikke kan føres, noe som vil være en reell trussel både for barnets og siktedes rettssikkerhet.¹⁴⁸

Når lovgiver i forarbeidene legger til grunn en forståelse om at begjæring om supplerende avhør kan avslås fordi spørsmålene siktede ønsker å stille ikke er nødvendig av hensyn til sakens opplysning foreligger det en sterk trussel mot siktedes rettssikkerhet. Det kan ikke være opp til påtalemyndigheten å avgjøre om siktedes spørsmål er nødvendige for sakens opplysning. Supplerende avhør er siktedes arena for å gjøre gjeldende sin forståelse av hendelsesforløpet, da ved å belyse de forhold han mener må opplyses grundigere.

Siktede har imidlertid en rettssikkerhetsgaranti i disse tilfeller ved at han kan bringe avgjørelsen inn for retten dersom avhørsleder avslår hans begjæring om supplerende avhør, jf. strpl. § 239 c femte ledd. At siktede kan reise spørsmålet for en uavhengig part kan trekkes inn i den overordnede vurderingen av om rettergangen som en helhet kan anses å være ”fair”

¹⁴⁶ Øyen (2016) s. 402.

¹⁴⁷ Riksadvokaten (2015) s. 10.

¹⁴⁸ Se nærmere om dette i oppgavens del 4.4.4 Bevisavskjæring som følge av avslått begjæring om supplerende avhør.

etter EMK art. 6 nr. 1. Den sterke objektiviteten som en uavhengige domstolen står for er et relevant moment i vurderingen av om det er tale om en "fair hearing".¹⁴⁹

4.4.4 Bevisavskjæring som følge av avslått begjæring om supplerende avhør

Dersom en begjæring om supplerende avhør avslås, og siktede ikke noe annet steg i saken har hatt anledning å stille spørsmål til vitnet gjennom sin forsvarer foreligger det en krenkelse av retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Dette medfører imidlertid ikke automatisk at beviset ikke kan føres.¹⁵⁰ Kravet om "fair hearing" i EMK art. 6 angir et overordnet prinsipp for rettergangen. Minstekravene som følger videre av EMK art. 6 er utslag av dette prinsippet. EMD har gjennom sin dynamiske tolkningsstil valgt å tolke disse minstekravene innskrenkende, slik at det retten til en "fair hearing" kan være oppfylt selv om enkeltregler i EMK art. 6 er brutt.¹⁵¹

Dette er nærmere presisert i EMDs avgjørelse A.S mot Finland i avsnitt 55:

"Criminal proceedings concerning sexual offences are often perceived as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the alleged victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse, certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence. In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours".¹⁵²

Det følger av dommen at det må foretas en streng vurdering i forhold til om beviset kan føres når det ikke har vært gjenstand for kontradiksjon. Vurderingen vil bero på om avspillingen er nødvendig sett i lys av det øvrige bevisbildet, om avhøret er det eneste eller avgjørende

¹⁴⁹ S.N mot Sverige – Concurring opinion of judge Thomassen joined by judge Casadevall.

¹⁵⁰ EMDs dom av 19. desember Rosin mot Estland.

¹⁵¹ Rosin mot Estland.

¹⁵² A.S mot Finland (avsnitt 55).

grunnlaget for domfellelse og hvorvidt prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til forsvaret og en rettferdig rettergang.¹⁵³

Det første som må vurderes er om det er nødvendig å spille av videoopptaket fra det tilrettelagte avhøret sett i lys av det øvrige bevisbildet. Hvis det foreligger tilstrekkelig bevis uten videoopptaket taler ikke hensynet til barnets rettssikkerhet for avspilling. Det kan da ikke rettferdiggjør en krenkelse av siktedes rettigheter etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.

Videre må en vurdere om avhøret er det eneste eller avgjørende grunnlaget for domfellelse. EMD har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at kravet til "fair hearing" i EMK art. 6 nr. 1 vil være oppfylt til tross for brudd på retten til krysseksaminasjon i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d dersom beviset ikke er det hovedsakelige bevis. Dette ble først uttalt i EMDs avgjørelse *Unterpertinger mot Østerrike* hvor hustruens og stedatterens politiforklaringer ble lest opp under hovedforhandlingen siden de da benyttet seg av sin rett til å ikke forklare seg mot ektemannen. EMD uttalte at det forelå en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 fordi avgjørelsen "mainly" bygget på bevis som siktede ikke på noe steg i saken hadde hatt anledning til å krysseksaminere.¹⁵⁴ I EMDs avgjørelse *Lucà mot Italia* var spørsmålet om politiforklaring kunne leses opp fordi en medsiktet nektet å forklare seg under hovedforhandlingen. EMD uttalte at retten til krysseksaminasjon i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d må være oppfylt dersom domfellelsen i utelukkende eller i avgjørende grad - "solely or to a decisive degree" må baseres på en opplest forklaring.¹⁵⁵

Avgjørelsene har relevans for tilrettelagte avhør fordi de praktiske forholdene rundt forklaringene er de samme. I stedet for en umiddelbar forklaring blir den tidligere forklaringen lest opp eller avspilt gjennom videoopptak. Det som kan trekkes ut av avgjørelsene er at avhøret må avskjæres som bevis dersom siktede ikke på noe tidligere tidspunkt i etterforskningen har hatt anledning til å stille spørsmål til barnet, og domfellelsen i utelukkende eller i avgjørende grad vil bygge på avhøret. Høyesterett har lagt samme forståelse til grunn, og uttalt at beviset ikke kan føres dersom beviset er "noe dominerende eller avgjørende bevis".¹⁵⁶

¹⁵³ Prop. 112 L (2014-2015) s. 111.

¹⁵⁴ EMDs dom av 24. november 1986 *Unterpertinger mot Østerrike* (avsnitt 33).

¹⁵⁵ EMDs dom av 27. mai 2001 *Luca mot Italia* (avsnitt 40).

¹⁵⁶ Rt. 2004 s. 1789 (avsnitt 21).

Nyere praksis fra EMD viser imidlertid kravene som er gjort rede for ovenfor ikke er absolutte. I avgjørelsen *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* uttalte EMD at det ikke automatisk er en krenkelse av retten til en ”fair hearing” etter EMK art. 6 nr. 1 dersom en domfellelse baseres utelukkende eller i avgjørende grad på forklaringen fra et vitne som ikke er tilstede under hovedforhandlingen, og som ikke har blitt krysseksaminert. De uttalte at det må foretas en meget grundig vurdering av rettergangen, herunder om det foreligger tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier som sørger for en rettferdig og grundig vurdering av bevisets troverdighet.¹⁵⁷

Det vil si at videoopptaket kan avspilles selv om avgjørelsen i utelukkende eller avgjørende grad bygger på det, dersom det foreligger prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til forsvaret og en rettferdig rettergang.¹⁵⁸

Det avgjørende vil være om myndighetene har forsøkt å legge til rette for krysseksaminasjon gjennom etterforskningen.¹⁵⁹ Dette kan gjøres gjennom regler om varsling, tilgang til opptak og informasjon vedrørende retten til å begjære supplerende avhør. I EMDs avgjørelse *Rosin mot Estland* var en mann dømt for seksuelt misbruk av to gutter på 11 og 17 år. Det hovedsakelige og avgjørende beviset i saken var videoopptak av politiavhøret av den yngste gutten. EMD uttalte at det var grunnlag for å føre videoen som bevis, gutten trengte ikke å forklare seg under hovedforhandlingen. De uttalte videre at videoopptaket var det hovedsakelige og avgjørende beviset da den eldre gutten ikke kunne huske noe. Alle andre bevis i saken var bare bevis som støttet opp under eller var avledet av den minste guttens forklaring. EMD vurderte da om staten hadde tatt de prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som må kreves for at retten til ”fair hearing” etter EMK art. 6 nr. 1 allikevel kunne anses oppfylt. I vurderingen la de stor vekt på at politiet hadde lovet gutten ved det første avhøret at han ikke trengte å fortelle om dette noen gang igjen. Dette ble sett i sammenheng med rapporten først et halvt år senere fra en psykolog som fastslo at gutten ikke kunne avhøres flere ganger. EMD mente dette gav indikasjoner på at påtalemyndigheten visste at det ville være problematisk å avhøre gutten på ny, og at de derfor burde tatt grep med en gang for å sikre at siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d ble oppfylt. Mistenkte var kjent for

¹⁵⁷ *Al-Khawaja and Tahery mot Storbritannia* (norsk sammendrag).

¹⁵⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 64.

¹⁵⁹ *Rosin mot Estland* (avsnitt 59 og 62).

politiet og det ville vært mulig å gjennomføre retten til krysseksaminasjon på et tidligere steg i etterforskningen. På dette grunnlag konkluderte EMD med at det var brudd på EMK art. 6 nr. 1 og beviset måtte avskjæres.

En lignende vurdering fant sted i Norsk Høyesterett på et tidligere tidspunkt. I Rt. 1994 s. 748 hadde en jente blitt utsatt for seksuelle overgrep i barnehagen. Det ble tatt dommeravhør av jenta. Opptak av avhøret ble ikke sendt til forsvareren før det hadde gått 4 måneder, til tross for flere purringer. Forsvareren begjærte supplerende dommeravhør. Begjæringen ble imidlertid avslått fordi det ville være en belastning for jenta å bli avhørt igjen når det hadde gått så lang tid siden første avhør. HR kom imidlertid til at denne begrunnelsen ikke var tilstrekkelig, da tidsbruken var påtalemyndighetens feil. Følgelig ble avgjørelsen ansett å være i strid med EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Avgjørelsene illustrerer at tidsaspektet kan tilsa at supplerende avhør ikke kan gjennomføres av hensyn til belastningen for barnet. I dag finnes det imidlertid strenge regler for underrettelse av siktede og hans forsvarer, samt deres frister til å kreve supplerende avhør. Dette gjør at lignende situasjoner i utgangspunktet ikke skal oppstå i dag.

Vurderingen som foretas i avgjørelsen Rosin mot Estland viser at den absolutte minsterettigheten til å stille spørsmål til barnet på et eller annet steg i etterforskningen i AS mot Finland har blitt tolket innskrenkende i etterfølgende EMD praksis. Det er ikke et absolutt krav, men det skal særdeles mye til for å tillatte et slikt bevis ført.

5 Observasjoner ved barnehuset i Stavanger

Jeg har fått mulighet til å observere tilrettelagte avhør ved Barnehuset i Stavanger over en periode på en uke. Jeg fikk delta på en rekke avhør av barn i forskjellige aldersgrupper som hadde vært utsatt for forskjellige lovbrudd. Observasjonene supplert med samtaler med de ulike aktørene som var tilstede gav meg et overordnet bilde av hvordan reglene gjennomføres i praksis. Det må presiseres at den praktiske situasjonen ved gjennomføring av tilrettelagte avhør er kompleks i forhold til hvordan de enkelte bestemmelser fremstår i straffeprosessloven.

Reglene vedrørende frister for gjennomføring av tilrettelagte avhør blir fortsatt ikke alltid overholdt, til tross for at reglene fremstår som absolutte i loven. Fristbruddene er imidlertid langt kortere enn tidligere. I de alvorligste tilfellene er fristen satt til en uke. Hvis fristen da brytes med en uke må dette anses som en alvorlig fare for partenes rettssikkerhet. Tidsfristene er sterkt begrunnet i hensynet til avhørets bevisverdi som er avgjørende for partenes rettssikkerhet. Observasjonene mine gav meg et bilde av at situasjonen rundt avhøret er en mye mer kompleks prosess enn det lovgiver har for øye. Før avhøret er en avhengig av å være i gang med etterforskningen slik at en er bevisst på hva en ønsker å få ut av avhøret. På bakgrunn av dette mener jeg at det kan stilles spørsmål ved om fristene burde vært lempeligere, slik at en faktisk har mulighet til å overholde dem samtidig som en får forberedt seg godt nok til å faktisk gjøre jobben sin.¹⁶⁰

Bare i et av avhørene jeg observerte var antatt gjerningsperson ukjent for politiet. I de resterende avhørene var mistenkte en navngitt person, som politiet hadde kjennskap til. Til tross for dette ble det ikke tatt ut siktelse mot mistenkte, mistenkte ble dermed ikke varslet i noen av sakene og det ble heller aldri oppnevnt forsvarer. Dette mener jeg er kritikkverdig. Lovteksten og forarbeidene legger i aller høyeste grad vekt på at siktelse skal tas ut dersom en har skjellig grunn til å mistenke en navngitt person, da med konsekvens at det tas ut siktelse mot vedkommende. Reglene for varsling av siktede kommer da til anvendelse.¹⁶¹ Dette er nødvendig for å unngå brudd på retten til "fair hearing" i EMK art. 6. Hvis varsling uteblir, er en avhengig av at det gis adgang til supplerende avhør. Ettersom dette ikke alltid er mulig, bør

¹⁶⁰ Se nærmere om dette i oppgavens del 4.1.2 Frister for gjennomføring av tilrettelagte avhør.

¹⁶¹ Se nærmere om dette i oppgavens del 4.3.3 Varsling av siktede.

varsling finne sted i de tilfeller det er mulig. At reglene ikke gjennomføres slik i praksis gir et bilde av at lovgivers begrunnelse bak reglene om varsling og supplerende avhør, samt redegjørelse for internasjonale forpliktelser etter EMK art. 6 ikke gis gjennomslag. Dette er en trussel mot barnets og siktedes rettssikkerhet.

6 Avslutning

6.1 Oppsummering

Oppgaven viser at reglene om tilrettelagte avhør oppfyller de krav som stilles gjennom nasjonal og internasjonal rett av hensyn til barnets og siktedes rettssikkerhet. Det må imidlertid påpekes at enkelte av reglene om tilrettelagte avhør oppfyller kravene med liten margin. De norske reglene ligger på lavest mulig lovlige terskel på enkelte områder, dette gjør at risikoen for feilgrep øker.

Reglene om unnlatt varsling er som tidligere nevnt avhengig av muligheten til å gjennomføre supplerende avhør. Lovgiver har uttalt at fordelene med å unngå varsling før første avhør er så store at de veier opp for risikoen for at avhøret i enkelte tilfeller ikke vil kunne benyttes under hovedforhandling.¹⁶² Fordelene gjør seg klart gjeldende i de tilfeller hvor det senere er mulighet for å gjennomføre supplerende avhør slik at avhøret kan brukes som bevis under en hovedforhandling. I de tilfeller dette ikke er mulig foreligger det imidlertid en stor risiko for at avhøret ikke kan benyttes som bevis. En risikerer da at saken ikke blir tilstrekkelig opplyst. Dette vil ha store konsekvenser for både barnets og siktedes rettssikkerhet. Hensynet til sakens opplysning er med på å sikre barnets rettssikkerhet, samt at ingen uskyldige blir dømt. Effektivitetshensyn ved å unnlate varsling kan ikke gå på bekostning av rettssikkerheten i enkeltsaker.

Lovgiver mener at reglene om supplerende avhør sikrer siktedes rettssikkerhet. Det er her siktede gis adgang til å gjennomføre sin kontradiksjonsrett. Tidligere drøftelser viser at reglene i utgangspunktet gir siktede tilstrekkelig rettssikkerhet. Det gis imidlertid adgang til å nekte supplerende avhør som følge av belastningen det vil påføre vitnet. Dette er problematisk i forhold til det overnevnte regelsettet. Reglene om unnlatt varsling er nemlig betinget av at det gis adgang til supplerende avhør. Gjennomgangen av EMK og tilhørende EMD praksis støtter opp under min bekymring rundt norsk retts forståelse av retten til krysseksaminasjon som skal oppfylles gjennom supplerende avhør. Lovgiver har uttrykt at strpl. § 239 c tredje ledd er siktedes arena for å gjøre gjeldende sin rett til krysseksaminasjon. Det blir imidlertid lagt vekt på spørsmålenes betydning for sakens opplysning i vurderingen av om begjæringen skal tas til følge. Dette er to helt forskjellige ting, retten til krysseksaminasjon er siktedes rett

¹⁶² Prop. 112L (2014-2015) s. 58.

til å belyse de forhold vedkommende mener er relevant for saken. Det kan ikke være opp til påtalemyndigheten å bestemme dette, da vil ikke begrunnelsen bak retten til krysseksaminasjon gjøre seg gjeldende. Dette vil være en stor og farlig begrensning av siktedes rettssikkerhet, som vil øke risikoen for uriktige domfellelser.

Mine observasjoner ved barnehuset viser at varslingsreglene praktiseres annerledes i praksis enn det som er forutsatt i forarbeidene. Det er som nevnt bare i de tilfeller at en ikke har skjellig grunn til å mistenke en navngitt person at varsling kan unnlates, med mindre hensynet til vitnet eller etterforskningen taler for unnlatt varsling. Når en i praksis ikke en gang varsler i disse tilfellene blir risikoen for brudd på EMK art. 6 enda større. Dette er påpekt i forarbeidene til forslag til ny straffeprosesslov hvor en presiserer at dagens regler om tilrettelagte avhør gir en stor risiko for uriktige domfellelser, og at norsk rett bør tillegge retten til kontradiksjon større vekt enn det som følger av EMD praksis.¹⁶³

6.2 Rettspolitisk vurdering

Som følge av dette foreslås det at hovedregelen burde være at også mistenkte skal varsles om tilrettelagte avhør, og at unnlatt varsling skal være en unntaksregel som bare kan anvendes når konkrete etterforskningshensyn tilsier det.¹⁶⁴ Da på lik linje som reglene om varsling av siktede. På den måten vil faren for at det oppstår situasjoner hvor retten til kontradiksjon har blitt krenket som følge av mangel på varsling, og mulighet for supplerende avhør bli enda snevrere. Hensynet til begge parters rettssikkerhet vil da stå sterkere.

Hvis en ser hen til de andre nordiske landene ser en at disse fokuserer langt mer på siktedes rettigheter enn den ordningen en har i Norge per dags dato, samtidig tar også disse hensyn til barnet. I Svensk rett er det bare barn under 13 år som slipper å forklare seg umiddelbart for den dømmende rett, med mindre gjerningspersonen er nærstående. Videre er hovedregelen i Danmark at det bare er barn under 12 år som slipper å forklare seg umiddelbart med mindre det foreligger særlige omstendigheter. Her er også hovedregelen at en forsvarer skal være tilstede ved ethvert barneavhør så lenge en mistenker at det har skjedd noe straffbart og en ønsker å føre beviset under en eventuell hovedforhandling. På Island bruker en fortsatt avhørsmodellen dommeravhør, og siktede med forsvarer har rett til å være tilstede under

¹⁶³ NOU 2016:24 s. 286.

¹⁶⁴ NOU 2016:24 s. 288.

avhøret.¹⁶⁵ Dette viser at hensynet til siktedes rettssikkerhet er en lavere prioritet i Norge enn i de øvrige nordiske landene.

Jeg mener på denne bakgrunn at reglene om tilrettelagte avhør er for ensidig utformet. Det er lagt for stor vekt på hensynet til barnets rettssikkerhet ved å skåne barnet fra belastningen som kommer ved å vitne flere ganger, eventuelt også under hovedforhandlingen. En like sentral del av barnets rettssikkerhet er å bli beskyttet mot fremtidig vold og overgrep. Dette er betinget av at hensynet til siktedes rettssikkerhet blir ivaretatt i tilstrekkelig grad. Av den grunn burde de norske reglene om tilrettelagte avhør fokusert mer på siktedes rettigheter i forhold til retten til kontradiksjon. Målet må være å komme frem til materielt riktige avgjørelser, dette er til det beste for begge parter. For å oppnå dette må siktedes rettssikkerhet, herunder retten til kontradiksjon prioriteres i en høyere grad.

¹⁶⁵ Prop. 112L (2014-2015) kap. 3.

Litteraturliste

Lover:

Grunnloven (Grl.)	Lov 17 mai 1814 Grunnloven
Straffeprosessloven (1887)	Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (opphevet)
Straffeprosessloven (strpl.)	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
Menneskerettsloven (mrl.)	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Straffeloven (strl.)	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Vergemålsloven (vgml.)	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål

Forskrifter:

Forskrift om tilrettelagte avhør	Forskrift 24. september 2015 om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner
----------------------------------	--

Internasjonale konvensjoner:

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950
BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

Lanzarote-konvensjonen Europarådets konvensjon for å beskytte barn mot seksuelt misbruk av 2007

Forarbeider:

NOU 1992:16 Vern og støtte for kriminalitetsofre

Ot.prp.nr.33 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (styrking av kriminalitetsofres stilling)

Innst. O. nr. 39 (1993-1994) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (styrking av kriminalitetsofres stilling).

Ot.prp.nr.19 (1996-1997) Om lov om endringer i straffeprosessloven (observasjon av små barn mm)

NOU 1998:17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bostad

Innst. S nr. 123 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om forslag fra stortingsrepresentantene May Hansen og Inga Marte Thorkildsen om å innføre en ny avhørsmødel av barn som er utsatt for eller vitne til en traumatisk krisesituasjon

Prop.147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon)

Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

Innst.347 L (2014-2015)

Innstilling fra justiskomiteen om endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner)

Prop.112 L (2014-2015)

Endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner)

NOU 2016:24

Ny straffeprosesslov

Norske rettsavgjørelser:

Rt. 1990 s. 8

Rt. 1990 s. 319

Rt. 1993 s. 1118

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1994 s. 748

Rt. 1994 s. 1324

Rt. 1997 s. 138

Rt. 1997 s. 1778

Rt. 1998 s. 11

Rt. 1998 s. 1945

Rt. 2003 s. 1808

Rt. 2004 s. 173

Rt. 2004 s. 1780

Rt. 2004 s. 1789

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2011 s. 93

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 1207

Rt. 2013 s. 1412

Rt. 2015 s. 93

HR – 2016 – 2171 – A

16-0646661SAK-FROST

EMDs praksis:

Unterpertinger mot Østerrike

Søkenummer 9120/80, dom av 24.
november 1986

Rui-Mateos mot Spania

Søkenummer 12952/87, dom av 23. juni
1983

Rowe and Davis mot Storbritannia

Søkenummer 28901/95, dom av 16.
februar 2000

Luca mot Italia

Søkenummer 33354/96, dom av 27. mai
2001

SN mot Sverige

Søkenummer 34209/96, dom av 2.
oktober 2002

Walston mot Norge

Søkenummer 37372/97, dom av 3. juni
2003

B mot Finland

Søkenummer 17122/02, dom av 24. juli
2007

A.S mot Finland

Søkenummer 40156/07, dom av 28.
september 2010

Al-Khawaja and Tahery mot Storbritannia

Søkenummer 26766/05 og 222208/06,
dom av 15. desember 2011

D.T mot Nederland Søkenummer 25307/10, dom av 2. april 2013

Rosin mot Estland Søkenummer 26540/08, dom av 19. desember 2013

Rundskriv:

Riksadvokaten (2015) Riksadvokaten 2015/00483-018 BIS004622.3: Tilrettelagte avhør – direktiver og retningslinjer, 21.10.2015

Riksadvokaten (2016) Rundskriv fra riksadvokaten 201600799620: Politiavhør, Rundskriv nr. 2/2016.

Riksadvokaten (2017) Rundskriv fra riksadvokaten 201700308690: Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2017 – politiet og statsadvokatene, Rundskriv nr.1/2017.

Rapporter:

Barnehusevalueringen I Barnehusevalueringen av 2012 av Bakketeig, Berg, Myklebust og Stefansen, delrapport I.

Barnehusevalueringen II Barnehusevalueringen av 2012 av Stefansen, Gundersen og Bakketeig, delrapport II.

Barne-, likestillings-, og inkluderingsdepartementet Barndommen kommer ikke i reprise, strategi for å bekjempe vold og seksuelle overgrep mot barn og ungdom (2014-2017), 2 september 2013.

Dok.nr. 16 (2011-2012)

Rapport fra
Menneskerettighetsutvalget om
menneskerettigheter i Grunnloven.

Sæverudrapporten

Avhør av særlig sårbare personer i
straffesaker – rapport fra
arbeidsgruppen for gjennomgang
av regelverket om dommeravhør
og observasjon av barn og psykisk
utviklingshemmede fra 2012, Ole
Bredrup Sæverud, Nils E. Engeset,
Aase Sigmond, Tone Davik,
Kristin Konglevoll Fjell, Åse
Langballe og Hanne Kristensen
Løseth.

Riksadvokaten (2016)

Avhørsmetodikk i politiet, 8.
oktober 2016

Juridisk litteratur:

Andenæs (2009)

Andenæs, Johs, v/Myhrer: *Norsk straffeprosess*, 4. utgave ved
Tor-Geir Myhrer, Oslo, 2009

Davik og Langballe (2013)

Davik, Tone og Åse Langballe: *"Du får bare gjøre så godt du
kan" – utfordringer og dilemmaer ved avhør av barn i
førskolealder*, Lov og Rett, vol. 52 I, 2013

Haugli (2002)

Haugli Trude: *"Det mangfoldige barnets beste"*, Bonus pater
familias, Gyldendal akademiske 2002, s. 313-326

Matningsdal (2007)

Matningsdal, Magnus: *Siktedes rett til å eksaminere vitner-
Opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og
dommeravhør av barn*, Fagbokforlaget, Bergen, 2007

- Matningsdal (2013) Matningsdal Magnus: ”Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker”, Jussens venner 2013 nr. 1, s. 1-115
- Monsen (2012) Monsen, Erik: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk, Bergen, 2012
- Nygaard (2011) Nygaard, Lars Jonas: ”17 dommere om beviskravet i strafferetten”, Lov og rett 2011, s. 618-627
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2004
- Robberstad (2014) Robberstad, Anne: *Bistandsadvokaten*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2014
- Rui (2011) Rui, Jon Petter: ”Fra menneskerettsdomstolen”, Tidsskrift for strafferett nr. 3 2011, s. 327-336
- Rønneberg (2000) Rønneberg, Anne Lise og Anne Poulsson: *Barn som vitner – særlig om dommeravhør og observasjon*, Universitetsforlaget, Oslo 2000
- Øyen (2014) Øyen, Ørnulf: ”Flytting av ansvaret for avhør mv. barn fra domstolen til politiet”, Lov og Rett 02/2014, s. 61-62
- Øyen (2016) Øyen, Ørnulf: *Straffeprosess*, Fagbokforlaget, Bergen 2016.
- Aall (2007) Aall, Jørgen: ”Reell anledning til å teste motpartens vitner – EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. En kommentar til Kaste og Mathisen-dommen mot Norge”. Lov og rett 55/2007, s. 55-59
- Aall (2011) Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2011
- Aall (2014) Aall, Jørgen: ”Grunnloven og EMK”, Lov og rett 09/2014, s. 507-508

Andre dokumenter:

TV2

Eide, Cathrine:

*Skrekkallene: Kraftig
økning i antall seksuelle
overgrep mot barn i Norge,*
12.01.2016,

<http://tv2.no/a/7767528/>.

Statens barnehus

Hjemmesiden til

Statensbarnehus:

[http://www.statensbarnehus
.no](http://www.statensbarnehus.no).

Al-Khawaja and Tahery mot Storbritannia (Norsk sammendrag)

Case of AL-KHAWAJA
and TAHERY v. THE
UNITED KINGDOM.

[https://lovdata.no/pro/#doc
ument/EMDN/avgjorelse/e
mdn-2005-26766-
storb?searchResultContext
=2928](https://lovdata.no/pro/#document/EMDN/avgjorelse/emdn-2005-26766-storb?searchResultContext=2928)