



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Ivaretagelse av siktedes rettssikkerhet ved bruk av tilrettelagt avhør

Særlig om endringene i overgangen fra dommeravhør til tilrettelagt avhør og hovedregelen om utsatt varsling

—

Vilde Tahnii Johnson

Liten masteroppgave i rettsvitenskap mai 2017



INNHold

Kapittel 1. INNLEDNING	4
1.1 Tema for oppgaven	4
1.1.1 Sentrale begreper i oppgaven.....	5
1.2 Kort historisk fremstilling	6
1.3 Komparativ oversikt over avhør av barn i de øvrige nordiske landene	8
1.4 Rettskilder og metodebruk	8
1.5 Nærmere om gjennomgåelsen av oppgaven	10
Kapittel 2. ORDNINGEN MED TILRETTELAGT AVHØR	11
2.1 Hvorfor ha en ordning med tilrettelagt avhør?	11
2.1.1 Bevisverdien av tilrettelagt avhør.....	11
2.2 Dommeren ut – påtalemyndigheten inn	12
2.3 Sentrale rettssikkerhetsprinsipper blir utfordret	15
2.4 Tilstrekkelige kompetansekrav til avhører?	18
Kapittel 3. UTSATT VARSLING	21
3.1 Hovedregelen om utsatt varslings	21
3.1.1 Ivaretagelse av kontradiksjon ved utsatt varslings	24
3.1.2 Avhør uten forsvarer tilstede.....	24
3.1.3 Kort om henleggelse	26
3.1.4 Betydningen av utsatt varslings for fritaksretten etter strpl. § 122.....	27
3.2 Supplerende avhør	28
3.2.1 Muligheten til å nekte supplerende avhør.....	30
Kapittel 4. MENNESKERETTIGHETER OG TILRETTELAGT AVHØR	33
4.1 Menneskerettighetene – Grunnloven § 95 og EMK art. 6	33
4.1.1 Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen om avhør av barn.....	33
4.1.1.1 S.N v. Sverige	33
4.1.1.2 B v. Finland	36
4.1.1.3 A.S v. Finland	37
4.1.1.4 Rosin v. Estland.....	38
4.1.1.5 Gonzalez Najera v. Spania.....	40
4.1.2 Oppsummering av minsterrettighetene som kan utledes av praksisen	41

4.1.2.1 Krav på informasjon	41
4.1.2.2 Mulighet til å observere avhøret	42
4.1.2.3 Reell mulighet til å stille spørsmål til vitnet	42
4.1.2.4 Det må foreligge ”sufficient counterbalancing factors”	42
4.2 Vurdering av tilrettelagt avhør opp mot minstegarantiene	43
Kapittel 5. AVSLUTNING	46
Kapittel 6. KILDER.....	47
6.1 Lovgivning	47
6.1.1 Lover	47
6.1.2 Forskrifter	47
6.1.3 Konvensjoner	48
6.2 Forarbeider og utredninger	48
6.3 Rettspraksis	49
6.3.1 Norsk rettspraksis	49
6.3.2 Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen	50
6.4 Andre offentlige publikasjoner.....	51
6.5 Litteratur.....	52
6.5.1 Bøker.....	52
6.5.2 Fagartikler	53
6.6 Annet.....	55
6.7 Vedlegg	57

KAPITTEL 1

INNLEDNING

1.1 Tema for oppgaven

I denne oppgaven er problemstillingen om siktedes rettssikkerhet er tilstrekkelig ivaretatt ved tilrettelagte avhør av barn som skjer ved Statens Barnehus. Den 2. oktober 2015 gikk man over fra en ordning med dommeravhør til tilrettelagt avhør, og oppgaven vil ha et særlig fokus på sentrale endringer knyttet til denne overgangen. Ordningen med tilrettelagt avhør følger av straffeprosessloven (strpl.) §§ 239 flg. Barn er en utsatt gruppe vitner med hensyn til alder og utvikling¹. De har en annen virkelighetsoppfatning enn voksne, og vil på generelt grunnlag ha større utfordringer knyttet til å skille fantasi og virkelighet². Troverdigheten til barn blir derfor ofte sådd tvil om³. I løpet av de siste årene har det blitt bred enighet om at en god forklaring fra et barn er avhengig av tålmodighet og særlig kompetanse hos personene som snakker med barnet. Bruk av tilrettelagt avhør skal imøtekomme dette ved at avhøret tas under trygge rammer. Videre skal det utføres av politietterforskere med spesialkompetanse i å ta avhør av barn og ungdom⁴. Ved bruken fravikes sentrale straffeprosessuelle prinsipper, som for eksempel bevisumiddelbarhet og vitnes oppmøteplikt, av hensyn til barna. Ved endringen av straffeprosessloven 2. oktober 2015 gikk man bort fra dommeravhør og over til politistyrte avhør. Oppgaven vil ha et særlig fokus på endringene som skjedde i tilknytning til dette, og på den nye hovedregelen om utsatt varsling etter strpl. § 239 b. Videre vil en sentral del av oppgaven være en vurdering av hvorvidt gjeldende rett er i tråd med de internasjonale forpliktelsene etter EMK artikkel 6, og i ledd av dette en redegjørelse av nyere praksis fra EMD om avhør av barn. Oppgaven avgrensner mot en inngående analyse av EMK og EMDs betydning i norsk rett, men temaet skal kort gjøres rede for under kapittel 1.3. Videre avgrensnes det mot å ta for seg de problemstillingene som knytter seg til barn og særlig sårbare voksne ved tilrettelagte avhør. Oppgaven knytter seg til påtalemyndighetens oppgaver på Statens Barnehus. Det avgrensnes således mot de mange andre oppgavene Statens Barnehus

¹ Se Matningsdal, Siktedes rett til å eksaminere vitnet s. 217

² Andenæs, Avhør av barn i straffesaker s. 59-60

³ Se nærmere Rønneberg og Poulsson, Barn som vitner s. 17

⁴ Se strpl. § 239 a og Forskrift om tilrettelagt avhør § 4

skal ivareta rundt et tilrettelagt avhør av barnet, som omhandler tiden både før og etter et avhør, med blant annet oppfølging og behandling.

1.1.1 Sentrale begreper i oppgaven

Rettsikkerhet er et sentralt begrep i oppgaven, og er overordnet ved at det gir uttrykk for rettigheter man som individ har krav på i et hvert tilfelle hvor staten griper inn i ens private sfære. I NOU 2009:15 på s. 60 er rettsikkerhet definert slik, ”Kjernen i begrepet ’rettsikkerhet’ er knyttet til krav om at enkeltindividet skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samtidig som vedkommende skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser”. Innholdet i rettsikkerhetsbegrepet kan likevel være noe ulikt, da ulike hensyn og prinsipper kan være mer eller mindre fremtredende ut fra hvilket rettsområde man befinner seg på. Rettsikkerhet i straffeprosessuell forstand betyr å sikre rettigheter til partene i saken. Dette for at skyldige i straffbare handlinger skal bli dømt og uskyldige ikke blir utsatt for unødige straffeforfølgning og/eller dømt⁵. Et sentralt hensyn er at enkeltindividet skal være i stand til å forutberegne sin rettsstilling⁶. I NOU 2016: 24 bruker Straffeprosessutvalget rettsikkerhetsbegrepet som ”sikkerhet for at konstatering av straffeansvar bygger på korrekt faktum og juss”⁷.

Rettsikkerhet i straffeprosessen knyttes særlig til kontradiksjon, og i forlengelsen av det også retten til krysseksaminasjon⁸. I oppgaven går prinsippet om bevisumiddelbarhet og kontradiksjon igjen, da det særlig er disse som blir utfordret ved tilrettelagt avhør. Som hovedregel skal man kunne imøtegå bevisene som blir ført direkte foran retten, men dette blir annerledes ved et tilrettelagt avhør som i utgangspunktet består av et videoavhør av vitnet eller fornærmede som blir spilt av i retten. I slike tilfeller kan det være legitimt å ikke gjennomføre rettsikkerhetsprinsippene helt ut, og likevel kunne si at rettergangen har vært rettferdig⁹.

⁵ Se Fredriksen, Innføring i straffeprosess s. 20-21

⁶ Se NOU 2009:15 s. 22

⁷ Se NOU 2016: 24 s. 145

⁸ Se Rui, Straffeprosessen i perspektiv s. 411 og Aall, Reell anledning til å teste motpartens vitner s. 55-56

⁹ Se Andenæs, Norsk straffeprosess 4. utgave s. 3

1.2 Kort historisk fremstilling

Den første reguleringen av dommeravhør av barn ble inntatt i straffeprosessloven av 1926. Dette kom etter en opphetet debatt om avhør av barn i sedelighetssaker¹⁰. Et dommeravhør på dette tidspunktet innebar at et barn og en dommer satt på et kontor, der dommeren stilte spørsmål, skrev ned det som kom fram og førte det inn i en protokoll¹¹. Forklaringen som ble nedskrevet av dommeren, kunne leses opp under hovedforhandlingen uten at barnet behøvde å være til stede¹².

Da reglene om dommeravhør kom inn i straffeprosessloven av 1926 ble det ikke drøftet hvorvidt siktede og hans eller hennes forsvareren skulle få være en del av avhøret. Videre ble det heller ikke drøftet om de skulle få muligheten til å stille spørsmål til barnet, og det ble ikke vedtatt noen regler i tilknytning til dette¹³. Mot slutten av 1980-tallet kom spørsmålet om forsvarers tilstedeværelse opp igjen, og det ble hevdet at det blant annet var i strid med EMK art. 6 at forsvareren ikke fikk være til stede under avhøret av barnet¹⁴. I juni 1988 nedsatte Justisdepartementet et utvalg for å utrede fornærmedes stilling i straffesaker¹⁵. Utvalget fikk et relativt vidt mandat, og drøftet forsvarerens tilstedeværelse ved et dommeravhør¹⁶. Utvalget kom til at forsvarer bør gis rett til å være til stede¹⁷. Departementet fulgte opp utvalgets vurdering, og kom til at forsvarer burde gis adgang til å følge avhøret, men at det ikke skulle være en absolutt rett¹⁸. Departementet uttalte at man ikke kunne se bort fra at "(...) hensynet til barnet eller til etterforskningens øyemed i enkelte tilfeller taler mot at forsvareren er til stede under avhøret, selv om forsvareren forutsettes å følge avhøret fra et siderom. Dette vil for eksempel kunne være situasjonen når barnet får vite at siktedes representant skal være til

¹⁰ Se Rønneberg og Poulsson, Barn som vitner s. 25-27

¹¹ Rønneberg og Poulsson, Barn som vitner s. 26

¹² l.c

¹³ Hennem, Dommeravhør og menneskerettigheter s. 248

¹⁴ l.c

¹⁵ NOU 1992: 16

¹⁶ NOU 1992: 16 s. 8

¹⁷ NOU 1992: 16 s. 51 og 52

¹⁸ Ot.prp. nr. 33 (1993-1994) s. 26

stede, og av den grunn blir lammet av frykt og ute av stand til å svare på avhørspersonens spørsmål”¹⁹.

I tiårene som fulgte var det stadig mer fokus på barns rettigheter, både nasjonalt og internasjonalt. Det førte blant annet til utarbeidelsen av FNs barnekonvensjon, som ble ratifisert i Norge 8. januar 1991²⁰.

I 1992 ble Ulf Hammeren, en barnehageassistent i Bjugn kommune, mistenkt og senere tiltalt i en alvorlig sedelighetssak mot ni barn. Dette blir kalt Bjugn-saken. Saken fikk stor oppmerksomhet. Det ble etter hvert vanskelig å vurdere i hvilken grad barnas forklaringer var uttrykk for egen opplevelse, eller om det var bunnet i ytre påvirkning fra samtaler med andre barn, foreldre og eventuelt ren fantasi²¹. Hammeren ble to år senere fullstendig frifunnet for forholdene. Saken gav økt fokus på siktedes rettssikkerhet. Den satte i gang en opphetet debatt om barns troverdighet, der kvaliteten på avhør av barn ble særlig diskutert²².

I 1998 ble Barnas Hus etablert på Island. Det skulle være en egen ordning der avhør av barn skulle foregå. I Norge ble Statens Barnehus etablert i Bergen i 2007²³. Det er i dag opprettet 11 barnehus i Norge. Ved lovendringen 2. oktober 2015 ble det lovfestet at avhør av barn som den klare hovedregel skal avhøres ved et av landets barnehus.

¹⁹ Se videre kapittel 3.1.2

²⁰ snl.no/Barnekonvensjonen

²¹ Se Andenæs, Norsk straffeprosess 4. utgave s. 188

²² <http://www.aftenposten.no/norge/Mysteriet-i-Bjugn-340216b.html>

²³ Se Barnehusevalueringen 2012 s. 9

1.3 Komparativ oversikt over avhør av barn i de øvrige nordiske landene²⁴

De nordiske landene, Sverige, Danmark, Finland og Island, har også egne ordninger for avhør av barn. I Sverige, Danmark og Finland er det, i likhet med Norge, påtalemyndigheten som har ansvaret for avhøret. På Island ledes avhøret av en dommer.

Sverige har en ordning tilvarende den norske når det kommer til utsatt varsling. Mistenkte følger således som hovedregel ikke det første avhøret, og han eller hun blir representert med forsvarer først når det varsles om saken. For å ivareta siktedes rett til kontradiksjon får siktede mulighet til å be om supplerende avhør, og forsvareren skal som hovedregel følge dette avhøret. I Danmark skal forsvareren følge det første avhøret dersom det er tenkt at det skal brukes under hovedforhandling. Mistenkte får ikke være til stede, men får se videoopptak av avhøret og mulighet til å be om supplerende avhør. I Finland følger i utgangspunktet både siktede og forsvareren det første avhøret av barnet, og siktede skal som hovedregel få muligheten til å stille spørsmål til vitnet enten selv eller gjennom sin forsvarer. På Island er også forsvareren til stede ved avhøret, og siktede får følge avhøret med sin forsvarer med mindre dommeren finner det belastende av hensyn til vitnet.

I alle de nordiske landene er det enten en politietterforsker med spesialutdanning for å avhøre barn, eller en psykolog, som skal ta avhøret. Alle landene har også et egnet lokale, tilsvarende Statens Barnehus i Norge, der avhørene i utgangspunktet skal tas.

1.4 Rettskilder og metodebruk

Ordningen med tilrettelagt avhør er forholdsvis ny. Følgelig er det ingen høyesterettsdommer som går direkte på den nye ordningen, og videre er det av samme grunn lite juridisk litteratur å henvise til om emnet. Likevel vil mye av praksisen og litteraturen vedrørende dommeravhør fortsatt være av interesse. Særlig er dette fordi generell omtale av rettssikkerhetsprinsippene i

²⁴ Prop. 112 L (2014-2015) Kapittel 3

tilknytning til ordningen med dommeravhør fortsatt er aktuell i argumentasjonen rundt de samme prinsippene i dag.

Tilknyttet den nye lovgivningen er det utarbeidet rundskriv fra Riksadvokaten. Disse vil i noen grad bli brukt i oppgaven. Utenfor påtalemyndigheten vil rundskriv ha begrenset verdi, men ut fra hvor grundig det er utarbeidet vil det kunne ha argumentasjonsverdi også utenfor etaten²⁵. Oppgaven vil også i noen grad ta for seg høringsuttalelser i tilknytning til Prop 112 L (2014-2015), særlig uttalelser fra Advokatforeningen. Som rettskilde vil dette i utgangspunktet ikke ha noen rettskildemessig vekt, men med tanke på hvem som har utarbeidet uttalelsen, kvaliteten på arbeidet og hvor mange som stiller seg bak det, antas det å kunne vektlegges på samme måte som juridisk teori.

Oppgaven vil også inneholde en presentasjon av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 6 og redegjørelser av nyere praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) tilknyttet avhør av barn. Norge er både forpliktet til å følge EMK og tolkningen av konvensjonen etter menneskerettsloven § 2. Dette følger også av Grunnloven § 92. Etter menneskerettsloven § 2 skal EMK gjelde som norsk lov, og gå foran norsk lov ved motstrid, jf. menneskerettsloven § 3. Oppgaven skal utrede hvilke rettigheter siktede har i tilknytning til avhør av barn etter EMK, og vurdere om strpl. §§ 239 flg. er i tråd med dette. Det kan legges til grunn at norsk rett anerkjenner EMDs kompetanse²⁶. I oppgaven vil det ved tolkningen av praksis fra EMD tas hensyn til domstolens dynamiske karakter. EMD har fastslått at EMK skal tolkes i samsvar med "the present day conditions"²⁷.

²⁵ Se Myhrer, Påtalemyndighetens praksis som rettskilde punkt 4

²⁶ Se Aall, Siktetes rett til vitne-eksaminasjon etter den europeiske menneskerettskonvensjonen og etter norsk rett punkt II

²⁷ Se Jebens, Menneskerettigheter i straffeprosessen s. 59 og Skoghøy, Dynamisk tolkning i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti

1.5 Nærmere om gjennomgåelsen av oppgaven

I oppgaven blir det først gjort rede for ordningen med tilrettelagt avhør. Både særtrekk ved ordningen og de endringene som ble gjort i overgangen fra dommeravhør til tilrettelagt avhør skal vurderes opp mot siktedes rettssikkerhet. Deretter skal den nye hovedregelen om utsatt varsling etter strpl. § 239 b redegjøres for og vurderes. Noen underproblemstillinger i forlengelsen av dette vil også bli drøftet. Etter dette skal EMK artikkel 6 kort presenteres, før det blir foretatt en relativt grundig gjennomgang av relevant praksis fra EMD som omhandler avhør av barn. Etter dette skal tilrettelagte avhør vurderes opp mot det praksisen fra EMD gir uttrykk for i tilknytning til siktedes rettigheter ved avhør av barn.

ORDNINGEN MED TILRETTELAGT AVHØR

2.1 Hvorfor ha en ordning med tilrettelagt avhør?

Det følger av strpl. § 239 at tilrettelagt avhør skal benyttes ved avhør av vitner under 16 år i saker om seksuallovbrudd, kjønnslemlestelse, mishandling i nære relasjoner, drap og kroppsskade²⁸. Etter andre ledd benyttes det også i saker om andre straffbare forhold når hensynet til vitnet tilsier det. Helt siden dommeravhør kom inn i straffeprosessloven av 1926 har det sentrale hensynet vært å skåne barn mot den påkjenningen det er å vitne i retten. Særlig var dette fordi det viste seg å være svært vanskelig å få en fullstendig forklaring fra barnet under slike forhold. I disse sakene er det ofte personer i nær familie eller omgangskrets det skal vitnes mot, og i tillegg det faktum at barn har et mindre utviklet språk og kognitive ferdigheter enn voksne²⁹. Ordningen med tilrettelagt avhør vil i utgangspunktet utfordre flere av de sentrale straffeprosessuelle prinsippene. Disse utfordringene var også til stede ved det tidligere ordningen med dommeravhør. Eksempler på prinsippene som blir utfordret er bevismiddelbarhet, hensynet til kontradiksjon og i forlengelsen av det retten til krysseksaminasjon³⁰. Ved bruk av tilrettelagt avhør vil hensynet til barnets beste veies opp mot rettssikkerheten til siktede.

2.1.1 Bevisverdien av tilrettelagt avhør

I saker der det skal tas tilrettelagte avhør, er ofte avhøret et av de mest sentrale bevisene i saken. Avhøret sikres gjennom videoopptak og lydopptak³¹. Bevisverdien av et tilrettelagt avhør kan likevel variere noe. Hvor lang tid det har gått mellom hendelsen og avhøret, hvor tydelig barnet er i forklaringen av hva som har skjedd, spørsmålsstillingen og den tekniske kvaliteten på avhøret er noe av det som kan vurderes i tilknytning til bevisverdien til det aktuelle avhøret. Målet må være at det er kort tid mellom hendelsen og avhøret, at barnet gjennom spørsmålsstillingen klarer å få fram de viktigste sidene av hendelsesforløpet på en

²⁸ Se strpl. § 239, jf. strl. kapittel 26, §§ 273, 275, 282 eller 284

²⁹ Se Anfinnsen, Observasjon av barn etter straffeprosessloven § 239 tredje ledd s. 11

³⁰ Se kapittel 2.3

³¹ Se Aarli, Hedlund, Jebens, Bevis i straffesaker s. 304

tydelig måte, og at kvaliteten på video og lyd er tilfredsstillende. Er man nært dette målet vil videoavhøret ha god bevisverdi. Siden barnet ikke skal forklare seg direkte for retten, fremheves viktigheten av at avhøret som blir tatt opp er så godt som mulig. Det må fremgå at man i avhørsprosessen har tatt tilstrekkelig hensyn til siktedes rettssikkerhet³².

2.2 Dommeren ut – påtalemyndigheten inn

Dommeren hadde tidligere ansvaret for å lede avhør av barn. Ved endringen 2. oktober 2015 er det politiet ved påtalemyndigheten som skal fylle denne rollen, og dommeren skal ikke lengre være en del av avhøret, jf. strpl. § 239 a. Det overordnede målet med endringen var å øke barn og særlig sårbare voksnes rettssikkerhet, uten å svekke rettssikkerheten til siktede³³. Ved endringen ble det i strpl. § 239 a andre ledd også lovfestet at vitner som avhøres ved et tilrettelagt avhør har samme forklaringsplikt for politiet som de har for retten. Det som i det videre skal drøftes er hvorfor dommeren er tatt ut av avhøret, og om endringen påvirker siktedes rettssikkerhet.

Det er fremhevet i proposisjonen at rettssikkerheten best blir ivaretatt når avhøret kan tas så snart som mulig. Det er ønskelig at avhøret skal tas raskt etter hendelsen, slik at man får en forklaring fra barnet som i størst mulig grad skildrer den aktuelle hendelsen. Bakgrunnen for endringen med å trekke ut dommeren fra avhøret var blant annet for å forkorte ventetiden på avhørene. I rapporten fra arbeidsgruppen³⁴ er det likevel konstatert at de tidligere forsinkelsene i stor grad skyldes forhold hos politiet. At man velger å ta dommeren ut som aktør i avhøret, som et argument for å forkorte ventetiden, blir derfor ikke helt sammenfallende med argumentasjonen. Det fremstår likevel klart at færre aktører som må bli enige om et tidspunkt som passer for alle til å ta avhøret, gjør at avhøret kan skje raskere. Argumentasjonen om å forkorte ventetiden på avhørene taler derfor ikke direkte for at påtalemyndigheten skulle ta over rollen som avhørsleder, men indirekte gjør den det ved at færre aktører forenkler prosessen og dermed gjør ventetiden kortere.

³² Prop. 112 L (2014-2015) s. 49

³³ Prop. 112 L (2014-2015) s. 5

³⁴ Rapport fra arbeidsgruppe, Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker s. 13

I motsetning til reglene om bevisopptak etter strpl. §§ 270 og 271, vil et tilrettelagt avhør ha en dobbel funksjon. Politiet stiller spørsmål både for å avgjøre om det er grunnlag for å ta ut tiltale, i tillegg til at avhøret skal tjene som bevis under en eventuell hovedforhandling³⁵. Avhøret blir et etterforskningsskritt, og samtidig et bevisopptak. Dette var også tilfellet ved den gamle ordningen med dommeravhør. Ved et tilrettelagt avhør vil nå påtalemyndigheten alene ha ansvaret for begge funksjonene ved avhøret. Dette skiller seg markant fra ordningen med bevisopptak, der dommeren vil komme inn hvis det er indikasjoner på at vitnet ikke kommer til å møte i retten. Et tilrettelagt avhør blir en egen form for bevisopptak som styres av påtalemyndigheten. Det blir følgelig et mer tydelig skille mellom tilrettelagte avhør og bevisopptak, enn det som var tilfellet ved et dommeravhør. Departementet vurderte et tottrinnsystem der politiet hadde ansvaret for første avhør av barnet og at det deretter ble tatt et dommeravhør etter at politiet hadde konkludert med at det trolig hadde skjedd noe straffbart³⁶. Departementet kom fram til at det ikke ville være en god løsning fordi barnet kom til å bli nødt til å gjenta sin forklaring. Videre ble det en betydelig risiko for forsinkelser, og av hensyn til dette ville det være uheldig for rettssikkerheten til både barnet og siktede³⁷. Det er uheldig at reglene om tilrettelagt avhør i større grad enn tidligere skiller seg fra reglene om bevisopptak, da systematikken i straffeprosessloven ikke blir like sammenhengende som før. Likevel må det tas hensyn til at barn er en spesielt sårbar gruppe vitner. Den nye ordningen er lagt opp slik at prosessen skal være effektiv og skånsom, og dette er til gunst for både barna og rettssikkerheten til siktede. At tilrettelagte avhør skiller seg mer markant fra reglene om bevisopptak enn den tidligere ordningen med dommeravhør taler dermed ikke for at rettssikkerheten til siktede er blitt svakere.

Etter strpl. § 237 har påtalemyndigheten mulighet til å begjære et rettslig avhør. Et rettslig avhør skal tas av en dommer. Da vitner generelt ikke har forklaringsplikt overfor politiet, kan man fremstille vitnet overfor retten³⁸. Overfor retten vil vitnet ha forklaringsplikt, det blir tatt et rettslig avhør av vitnet. Etter strpl. § 237 første ledd siste setning har ikke påtalemyndigheten adgang til å begjære rettslig avhør ved et tilrettelagt avhør etter strpl. § 239, med mindre tilrettelagt avhør ikke lar seg gjennomføre uten rettens medvirkning. Av

³⁵ Se Prop. 112 L (2014-2015) s. 9

³⁶ Se Prop. 112 L (2014-2015) s. 51

³⁷ l.c

³⁸ Se strpl. § 108

forarbeidet fremkommer det at det er en unntaksregel som skal tolkes strengt³⁹. Det uttales videre at ”ettersom vitnene ved tilrettelagt avhør får samme forklaringsplikt for politiet som de har for retten, vil det trolig sjelden eller aldri være behov for rettslig avhør i disse sakene. Det vil trolig bare være aktuelt i de tilfeller der et vitne, til tross for at vitnet har forklaringsplikt for politiet, bare vil forklare seg dersom en dommer er til stede”.

Bestemmelsen er svært lite praktisk, og kommer sannsynligvis kun til anvendelse ved et oppkonstruert tilfelle der barnet skulle be om å få forklare seg for en dommer og nekte å forklare seg for politiet. For siktede spiller bestemmelsen liten rolle, da det i alle tilfeller kun er barnet selv som kan be om å heller få forklare seg foran retten.

Advokatforeningen har vært klar på at de ikke støttet forslaget om å trekke ut dommeren fra avhøret. Advokatforeningen mente at ”(...) en påtalejurist ikke vil kunne foreta en uavhengig avveining av interessene i den enkelte sak (...)” og at påtalejuristene ubevisst eller bevisst vil befinne seg i påtalesporet ved avhøret. Etter loven er likevel en påtalejurist pålagt å belyse både det som er til gunst for mistenkte, og det som er til ugunst. Dette følger av strpl. § 226 tredje ledd som er et uttrykk for det grunnleggende prinsippet om at etterforskningen skal være objektiv og upartisk. I forarbeidet⁴⁰ til §§ 239 flg. uttrykkes det i tillegg at politiet vil ha en betydelig interesse i at avhøret gjøres på best mulig måte, da utfallet ved dårlige avhør kan være avskjæring av avhøret som bevis.

Da dommeravhør kom inn i lovverket i 1926 var det i likhet med i dag hensynet til barna som lå til grunn. I motsetning til nyere tids dommeravhør hadde siktede ingen mulighet til å få stilt sine spørsmål til vitnet og det ble ikke tatt noen form for opptak av avhøret⁴¹. I forarbeidene til §§ 239 flg. står det at med tanke på utviklingen av hvordan man tar avhør av barn er det ikke lengre et like stort behov for å ha en dommer til stede. At hensynene bak avhør av barn fortsatt er de samme som da det først kom inn i lovverket kan tale for at det fortsatt er nødvendig å ha en dommer til stede. Likevel er det flere ting som har endret seg siden den første avhørsmodellen. Særlig gjelder dette teknologiutviklingen, og at man nå med video- og lydopptak kan ta opp avhøret med god kvalitet. Departementet uttalte at dommeren i vesentlig

³⁹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 106

⁴⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 49

⁴¹ Se kapittel 1.2

grad har hatt en tilbaketrasket rolle. Dette er et annet argument for å trekke ut dommeren⁴². I starten var det dommeren selv som stilte spørsmål, men i nyere tid er det politietterforskere med spesialkompetanse som tar seg av dette. Dommeren har også i liten grad hatt noe forhold til etterforskningen gjort av politiet, og realiteten av dommerens tilstedeværelse under avhøret har vært begrenset. I tillegg viste det seg at dommeren svært sjeldent kom med innvendinger på hvordan dommeravhøret ble tatt⁴³.

Det er gunstig for rettssikkerheten til siktede at avhøret avvikles raskt og dermed involverer færre aktører. Videre fremstår det relativt klart at dommeren har hatt en tilbaketrasket rolle. Teknologien gjør også at man på en god måte kan etterprøve avhøret, og sammenfattende gjør disse argumentene det akseptabelt å konkludere med at det ikke er en svekkelse av rettssikkerheten til siktede at dommeren er trukket ut av avhøret.

2.3 Sentrale rettssikkerhetsprinsipper blir utfordret

Bevisumiddelbarhet, kontradiksjon og krysseksaminasjon henger tett sammen⁴⁴.

Bevisumiddelbarhet betyr at bevis i utgangspunktet skal føres direkte for den dømmende rett. Dette er blant annet for å sikre kontradiksjonen, som er muligheten til å imøtegå bevisene mot seg. Krysseksaminasjon er en del av kontradiksjonen som spesifikt går ut på å få muligheten til å stille spørsmål til vitner eller fornærmede i saken. Disse rettssikkerhetsgarantiene er viktige å overholde for å hindre at uskyldige personer blir straffeforfulgt, samt hindre at uskyldige blir dømt. Ordningen med tilrettelagt avhør utfordrer disse grunnleggende prosessuelle rettighetene på ulike måter, og dette skal i det følgende belyses nærmere.

I utgangspunktet skal vitner forklare seg og få spørsmål direkte under en hovedforhandling. Ved avhør av barn har man gått bort fra dette ved at avhøret blir spilt av som video i retten. Det vil da være et klart brudd med bevisumiddelbarheten⁴⁵. Når et tilrettelagt avhør spilles av under hovedforhandlingen vil det ikke være mulig å stille spørsmål til fornærmede eller

⁴² Prop. 112 L (2014-2015) s.49

⁴³ l.c

⁴⁴ Se Aall, Rettsstat og menneskerettigheter 4.utgave s. 492

⁴⁵ Se strpl. § 298

vitnet. En ordning der man går bort fra et sentralt strafferettslig prinsipp vil i utgangspunktet ikke være gunstig for siktedes rettssikkerhet. Dog har man akseptert dette av hensyn til barn. Samtidig har man søkt å etablere ordningen slik at siktede skal få muligheten til å stille spørsmål på et tidligere tidspunkt i saken, slik at man på best mulig måte skal klare å forene rettssikkerheten til to parter med svært ulike interesser. Dette blir igjen ulikt reglene om bevisopptak, der kontradiksjonen til siktede hovedsakelig sikres under selve bevisopptaket⁴⁶.

En god forklaring må likevel være det viktigste i saker det tas i bruk tilrettelagt avhør, og nettopp derfor er det at bevisumiddelbarheten må vike i disse sakene. Barnet vil i større grad klare dette under de rammene som Statens Barnehus har etablert⁴⁷. Er man skyldig i for eksempel vold mot et barn, men ikke ønsker at dette skal komme fram, er det nok ikke ønskelig at barnet skal gi en god forklaring. Kravet om bevisumiddelbarhet kunne da vært en mulighet for å hindre at barnet turte å forklare seg i retten, og den skyldige kunne gått fri. Hadde man stått tiltalt for vold mot et barn som uskyldig kunne en god forklaring fra barnet vært med på å underbygge uskylden. At det aksepteres et videoavhør på tross av bevisumiddelbarheten, for å få fram en god forklaring fra barnet, er derfor positivt for rettssikkerheten til siktede samtidig som det gagnar barnet.

I straffeprosessloven er det ingen bestemmelse tilsvarende tvl. § 1-1 som fremhever retten til kontradiksjon. Likevel er det på det rene at det er en av de viktigste straffeprosessuelle prinsippene i norsk rett, og det er også sterkt forankret i EMK art. 6 om rettferdig rettergang. I rettspraksis er prinsippet omtalt som en fundamental og grunnleggende rett⁴⁸. Aall sier det slik, ”en prosess uten kontradiksjon er like paradisk som et demokrati uten fri meningsbryting”⁴⁹. Som hovedregel blir kontradiksjonen ivaretatt under en hovedforhandling der siktede får muligheten til å kommentere og eventuelt imøtegå bevisene som blir ført mot han eller henne, og videre spørre ut vitner som blir ført. Det er uttalt at dommeravhørene er det som skaper størst utfordringer knyttet til det kontradiktoriske prinsipp⁵⁰. Også i

⁴⁶ Se strpl. § 271 andre ledd, jf. strpl. § 244

⁴⁷ Se Barnehusevalueringen 2012 s. 137

⁴⁸ Se Rt. 1997 s.134 på side 135 og HR-2017-555-U avnitt 12

⁴⁹ Aall, Reell anledning til å teste motpartens vitner s. 55

⁵⁰ Matningsdal, Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker punkt 5.2

forarbeidene⁵¹ til strpl. §§ 239 flg. er kontradiksjonen flere ganger fremhevet. Strpl. § 239 b innebærer likevel et klart brudd på det kontradiktoriske prinsipp ved at mistenkte og forsvarer ikke er representert under det første avhøret. Ivaretagelsen av prinsippet kan likevel gjennomføres ved et supplerende avhør. Dette skal behandles nærmere i kapittel 3.

Rt. 2011 s.93 går inn i problemstillinger knyttet til bruk av dommeravhør, og de generelle uttalelsene i redegjørelser om kontradiksjon og retten til krysseksaminasjon er fortsatt av interesse i tilknytning til tilrettelagt avhør. Saken gjaldt betydning av et dommeravhør av tre barn i en sak om familievold som var gjennomført uten at forsvareren som var til stede hadde fått konferert med sin klient før avhøret. Et sentralt spørsmål var om retten til kontradiksjon var frafalt gjennom forsvarerens passivitet. I avsnitt (28) i dommen slår Høyesterett fast at det er et viktig prinsipp i norsk straffeprosess at tiltalte som hovedregel ikke identifiseres med sin forsvarer, og at utgangspunktet og hovedregelen er at rettssikkerhetsgarantiene er indispositive. Høyesterett uttalte at ”kontradiksjon er (...) både innenfor EMK og intern norsk rett en meget viktig rettighet (...)”. Deretter sies det at ”man bør på den bakgrunn etter mitt syn i alle fall være forsiktige med å godta at den tiltalte har gitt avkall på retten til kontradiksjon i forbindelse med dommeravhør som følge av forsvarerens manglende disposisjoner”. I dommen fremheves det også at i saker der det tas avhør av barn, og barna følgelig ikke skal møte under en hovedforhandling, er det viktig å sikre kontradiksjonen på etterforskningsstadiet⁵². Det kan legges til grunn at uttalelsene fortsatt står seg etter overgangen fra dommeravhør til tilrettelagt avhør, men endringen skaper noen ytterligere problemstillinger som skal drøftes i kapittel 3. Ved bruk av tilrettelagt avhør kan det slås fast at kontradiksjonen er svært viktig, og siktede skal ikke identifiseres med sin forsvarer i vurderingen av om kontradiksjonen er ivaretatt. Dette er svært viktig for siktedes rettssikkerhet ved bruk av tilrettelagt avhør.

I forlengelsen av kontradiksjonen, er retten til krysseksaminasjon sentral. Retten til å krysseksaminere et vitne innebærer ikke en rett til å stille spørsmål direkte til vitnet. I Rt.1994 s.748 hadde det blitt gjennomført to dommeravhør uten at siktede eller hans forsvarer i noen

⁵¹ Prop. 112 L (2014-2015)

⁵² Rt. 2011 s.93 avsnitt 35

av tilfellene hadde fått muligheten til å stille spørsmål til vitnet. I saken sies det at det er tilstrekkelig at eventuelle spørsmål formidles til vitnet⁵³. Det kan for eksempel bety at dersom siktede får sitt spørsmål stilt til vitnet gjennom forsvarer eller avhører vil retten til å krysseksaminere vitner mot seg være ivaretatt. I Rt.1999 s.386 var en mann dømt for utuktig omgang med sin datter, og under dommeravhørene av datteren hadde forsvareren som var tilstede ikke hatt kontakt med sin klient. Høyesterett fremhever her at det sentrale i vurderingen av krysseksaminasjon er om siktede på noe tidspunkt har fått en reell mulighet til å stille spørsmål til vitnet⁵⁴. Muligheten er en viktig rettssikkerhetsgaranti, særlig fordi det kan bidra med å belyse svake sider av et avhør⁵⁵.

De prosessuelle rettssikkerhetsprinsippene står fortsatt like sterkt med dagens ordningen, som ved den tidligere ordningen med dommeravhør. At man aksepterer å fravike bevisumiddelbarheten av hensynet til den sårbare gruppen vitner barn er, er ikke noe nytt med overgangen fra dommeravhør til tilrettelagt avhør. I utgangspunktet står også kontradiksjonen og retten til krysseksaminasjon like sterkt i dag som den gjorde ved bruk av dommeravhør. Endringene har ikke bidratt til en svekkelse av dette, men ordningen fører med seg noen nye problemstillinger som gjør at prinsippene er fremhevet og understreket i større grad en tidligere. At den nye ordningen gir flere problemstillinger knyttet til rettssikkerhetsprinsippene er i utgangspunktet ikke en styrking av rettssikkerheten til siktede. Likevel antas det at et økt fokus på å sikre blant annet kontradiksjonen gjør at man i praksis i større grad en tidligere vil overvåke at det blir gjennomført, som igjen vil styrke rettssikkerheten til siktede.

2.4 Tilstrekkelige kompetansekrav til avhører?

Det følger av strpl. § 239 a første ledd at tilrettelagt avhør tas av en politietterforsker under ledelse av en påtalejurist med utvidet påtalekompetanse. Etter ordlyden i loven kan enhver politietterforsker ta tilrettelagt avhør av barn der vilkårene for det er oppfylt. Kompetansekrav til avhører følger imidlertid av forskrift om tilrettelagte avhør § 4. Der står det at tilrettelagt

⁵³ Rt. 1994 s.748 på side 750

⁵⁴ Rt. 1999 s.386 på side 589

⁵⁵ Se Øyen, Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet s. 167

avhør skal tas av en politietterforsker som har bestått Politihøgskolens spesialutdanning i avhør av barn og unge. Bestemmelsen første ledd andre og tredje setning sier at hvis det ikke er mulig at en ”(...) politietterforsker med slik spesialutdanning tar avhøret uten at det blir vesentlig forsinket, og avhørsleder etter en samlet vurdering av hensyn til vitnet, siktede og etterforskningen vurder forsinkelsen som særlig uheldig, kan avhøret tas av en politietterforsker uten slik spesialutdanning”. Det fremstår som en snever unntaksregel at avhøret tas av en politietterforsker uten spesialutdanning, og det er fremhevet i forarbeidet at det er svært viktig med kompetente avhørere for å få avhør med høy bevisverdi. Samtidig er det poengtert at en adgang til å gjøre unntak er nødvendig i de ekstraordinære tilfellene. Å gjøre unntak fra denne hovedregelen kan i disse tilfellene være eneste mulighet for at avhøret skal skje raskt nok. Problemstillingen er om det stilles strenge nok krav til avhører slik at siktedes interesser ivaretas godt nok under selve avhøret.

Det er sentralt for kvaliteten av et tilrettelagt avhør, at en person med spesialkompetanse i avhør av barn er avhører i disse sakene. Det samme gjaldt også ved den tidligere ordningen med dommeravhør. Ved overgangen fra dommeravhør til tilrettelagt avhør har det ikke blitt lempeligere krav til kvaliteten av selve avhøret. Faktum er heller at regelverket har blitt mer detaljert i tilknytning til avhører og avhørssituasjonen⁵⁶. Detaljerte krav til selve avhøret skal også bidra til å styrke avhørets bevisverdi⁵⁷

Barn er mer sårbar i en avhørssituasjon enn voksne, og vil lettere kunne påvirkes av for eksempel ledende spørsmål⁵⁸. At man har et unntak i en forskrift fra regelen om at avhøret skal tas av en politietterforsker med spesialkompetanse, kan tale for at siktedes rettssikkerhet i tilknytning til dette er svak. Likevel er det også av hensyn til siktede at man ønsker at avhøret skal tas raskt. Venter man for lenge med å ta avhøret er det en risiko for at barnet utsettes for ytre påvirkninger som får innvirkning på barnets forklaring. Avhørslederen har også et ansvar for at avhøret tas på en forsvarlig måte. I de unntakstilfellene at avhøret må tas av en politietterforsker uten spesialkompetanse stilles det større krav til avhørslederens iakttagelse av avhøret. I tillegg er ”vesentlig” en høy terskel for å fravike hovedregelen. Ved å sette en

⁵⁶ Se forskrift om tilrettelagt avhør

⁵⁷ Se kapittel 2.1.1

⁵⁸ Se Rønneberg og Poulsson, Barn som vitner s. 232-233

høy terskel imøtekommer man i stor grad både hensynet til tid og hensynet til kompetanse. Det kan derfor slås fast at kravene til avhører gjør at siktedes interesser sikres godt nok under selve avhøret.

UTSATT VARSLING

3.1 Hovedregelen om utsatt varsling

Strpl. § 239 b regulerer utsatt varsling. Bestemmelsen innebærer at man som hovedregel utsetter å varsle mistenkte om det første avhøret. Hovedkonsekvensen er at mistenkte ikke får oppnevnt forsvarer og dermed ikke er representert under det første avhøret. Den tidlige ordningen med dommeravhør innebar at mistenkte ble siktet samtidig med at det første avhøret ble tatt, og han fikk samtidig en forsvarer som representerte han eller henne under avhøret. I forarbeidene⁵⁹ til strpl. § 239 b er det nevnt flere begrunnelser for innføringen av bestemmelsen, og disse skal gjennomgås.

En av begrunnelsene for endringen var oppfatningen av at terskelen for å melde i fra om mulige overgrep mot barn var for høy, og ved utsatt varsling ønsket man blant annet å senke denne terskelen. Videre ville man hindre å utsette uskyldige personer for straffeforfølgning og den stigma det kan innebære å bli straffeforfølgt i denne type saker. Begrunnelsen henger tett sammen med å senke terskelen for å melde i fra. Et sentralt moment for å utsette å melde i fra er at man ikke ønsker å gjøre det før man er helt sikre på at det har skjedd noe straffbart⁶⁰. Politiet får etterforsket saken og kartlagt om det har skjedd noe straffbart, før mistenkte får formell status som siktet. Mistenkte vil likevel bli orientert om straffesaken kort tid etter første avhør. Det kan også tenkes at vedkommende kalles inn til avhør, uten å bli gjort oppmerksom på at det tas et tilrettelagt avhør i tilknytning til saken. Det sentrale er at vedkommende ikke blir siktet i saken i tilknytning til at det første avhøret blir tatt, hvis vilkårene for utsatt varsling er til stede. Begrunnelsen legger dermed til grunn at vedkommende som melder i fra om et mulig overgrep mot et barn, har en bevissthet omkring den formelle statusen politiet vil gi personen det meldes i fra om. Dette er det ikke holdepunkter for å legge til grunn, tvert i mot må det antas at folk flest ikke har et bevisst

⁵⁹ Prop. 112 L (2014-2015)

⁶⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53

forhold til dette. Utsatt varsling som begrunnelse for å senke terskelen for å melde i fra er et svakt argument.

En annen begrunnelse som fremheves er gjentakelsesfaren dersom mistenkte varsles, knyttet til at overgrep ofte skjer av nærstående av barnet⁶¹. Dersom mistenkte blir varslet er det en risiko for at barnet for eksempel blir utsatt for mer vold. Ved utsatt varsling vil denne risikoen forminskes.

Bevisforspillelse er enda en begrunnelse for å utsette varslingen av mistenkte. Når en person blir varslet vil han eller hun kunne kvitte seg med viktige bevis, og eventuelt påvirke vitner eller fornærmede i saken. Gjennom for eksempel trusler og vold kan mistenkte få barnet til å motsette seg å avgi forklaring eller forklare seg uriktig. For å hindre dette har man tidligere pågrepet, og eventuelt ransaket vedkommende, i forbindelse med at avhøret skulle tas. I forarbeidene⁶² ble dette trukket fram som svært ressurskrevende og belastende for personen det ble aksjonert mot. I forlengelsen av dette blir det ved utsatt varsling også enklere for politiet å etterforske saken, som kan være en medvirkende faktor til at flere skyldige blir dømt⁶³.

Rt.2003 s.1146 er den siste dommen som uttaler seg om et tilfelle der man utsatte varslingen av mistenkte. Dommen kom riktig nok før lovendringen, og omhandler en person som hadde formell status som siktet, men det som blir uttalt er fortsatt av interesse. I dommen var spørsmålet om et dommeravhør av en mindreårig skulle avskjæres på grunn av mangelfull varsling til siktede om avhøret. I Kjæremålsutvalget ble det dissens om siktedes rett til å bli varslet. Dommer Lund mente det var straffeprosessuelt i strid med siktedes partsrettigheter at han ikke ble varslet. Skoghøy uttalte at det ikke kunne være et absolutt krav for siktede å bli varslet om avhøret, dersom det for eksempel av hensyn til etterforskningen var nødvendig å utsette varslingen. Dommer Matningsdal uttalte at det var uklart om siktede hadde en unntaksvis rett på å bli varslet om et dommeravhør. Etter gjeldende rett vil ikke mistenkte få

⁶¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53

⁶² l.c

⁶³ Prop. 112 L (2014-2015) s. 51

formell status som siktet før han er varslet om avhøret, forutsatt at han ikke blir siktet i tilknytning til pågripelse eller ransakelse etter strpl. § 82. Det er likevel slik at mistenkte skal varsles og det skal tas ut siktelse, hvis det ikke er ubetenkelig på grunn av blant annet etterforskningen⁶⁴.

Etter strpl. § 239 b første ledd andre og tredje setning følger det to unntak fra hovedregelen om utsatt varsling. Andre setning gjelder der mistenkte allerede er siktet i saken, og tredje setning gjelder der politiet har skjellig grunn til å mistenkte en navngitt person. I begge tilfellene skal mistenkte da varsles om det første avhøret dersom det er ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen. Ut fra ordlyden skal det være uproblematisk å varsle mistenkte av hensyn til vitnet og etterforskningen, og at noe skal være ubetenkelig anses i utgangspunktet som et strengt krav. I forarbeidene⁶⁵ står det at der vitnet vil kunne komme i en farlig situasjon, eller dersom det er fare for bevisforspillelse, er dette situasjoner som ikke vil være ubetenkelige og dermed gi grunnlag for utsatt varsling. Det finnes ingen rettspraksis som vurderer bestemmelsen eller vilkåret. Muligheten til utsatt varsling framstår derfor vid, da det er en forholdsvis høy terskel for å kunne si at noe er ubetenkelig.

Rettsikkerheten til mistenkte/siktede blir på dette punktet svekket i forhold til den tidligere ordningen der man ble siktet samtidig med at første avhøret skulle tas. Ved å miste den formelle statusen som siktet i tilknytning til saken vil du for eksempel ikke ha krav på offentlig oppnevnt forsvarer, og du vil ikke være representert ved det første avhøret slik som det var tidligere⁶⁶.

Begrunnelsen om utsatt varsling er i stor grad knyttet til barnets beste, men begrunnelsen om unødig straffeforfølgning og stigmatisering må antas og i størst grad knytte seg til mistenkte. I utgangspunktet er ordningen med utsatt varsling en svekkelse av siktedes rettsikkerhet for å på en bedre måte ivareta hensyn til barna i disse sakene. Siktedes rettsikkerhet er likevel søkt ivaretatt gjennom supplerende avhør, som det skal redegjøres for under kapittel 3.2.

⁶⁴ Se strpl. § 239 b andre og tredje setning

⁶⁵ Prop. 112 L (2014-2015) s. 110

⁶⁶ Se også ESTR-2017-101 – Tilrettelagt avhør ga ikke status som siktet

3.1.1 Ivaretagelse av kontradiksjon ved utsatt varsling

Ved det første avhøret der det er besluttet utsatt varsling er ikke kontradiksjonen til siktede ivaretatt. Han eller hun vil ikke være representert under avhøret, og vil følgelig ikke kunne imøtegå det som kommer fram eller få krysseksaminert vitnet. Dette er uheldig, og her ser man tydelig hvordan man viker fra rettssikkerhetsgarantiene til siktede for å på best mulig måte ta hensyn til barnet. Men selv om det er brudd på det kontradiktoriske prinsipp ved det første avhøret, er dette noe man kan i ettertid kan sørge for at ivaretas. I Rt. 2010 s.600 var det foretatt et dommeravhør der forsvareren som var til stede ikke hadde hatt mulighet til å konferere med siktede. Høyesterett kom til at avhøret brøt det kontradiktoriske prinsipp, men kom til at bruddet var reparert ved at et tilleggsavhør ble gjennomført der siktede fikk anledning til å fremme sine spørsmål. Etter gjeldende rett ivaretas kontradiksjonen til siktede gjennom at siktede og hans forsvarer kan kreve et supplerende avhør etter strpl. § 239 c, jf. strpl. § 239 b fjerde ledd⁶⁷. Uten denne muligheten kunne man aldri akseptert en ordning med utsatt varsling både med tanke på rettssikkerheten til siktede, og overholdelse av menneskerettighetene etter Grunnloven § 95 og EMK art. 6.

3.1.2 Avhør uten forsvarer tilstede

Under den tidligere ordningen der en person ble siktet samtidig med at avhøret av barnet skulle tas, fikk vedkommende samtidig oppnevnt en forsvarer. Forsvareren var da tilstede under det første avhøret som ble tatt. Etter strpl. § 239 d første ledd bokstav b skal forsvareren følge avhøret dersom siktede er varslet om avhøret og så fremt det kan skje uten skade for vitnet eller etterforskningen. Ved utsatt varsling etter strpl. § 239 b skal det ikke oppnevnes forsvarer i tilknytning til saken før mistenkte er varslet om avhørene og siktet i saken.

For det første begrunnes dette med at en forsvarer som ikke har vært i kontakt med sin klient i liten grad vil representere en rettssikkerhetsgaranti. I forarbeidene uttales det at bruk av forsvarer bør begrenses til tilfeller der mistenktes rettssikkerhet ikke kan sikres på annet vis. Som eksempel trekkes det fram bruk av ”skygge-advokater” ved rettens behandling av for

⁶⁷ Se kapittel 3.2

eksempel begjæring om kommunikasjonskontroll eller romavlytting⁶⁸. Dette er advokater som ikke har hatt kontakt med sin klient, og bruken er begrenset til saker der det ikke er mulig å informere mistenkte om saken før den behandles i retten⁶⁹. Slike saker er derfor ulike de sakene der tilrettelagt avhør tas i bruk. Der tilrettelagt avhør brukes vil mistenkte kunne trekkes inn i saken før den behandles av retten. For det andre trekkes det fram at en forsvarer som ikke har vært i kontakt med sin klient vil komme i en vanskelig situasjon der han eller hun skal representere en klient som ikke er klar over det selv. Som eksempel trekkes det fram at forsvareren vil kunne komme til å stille spørsmål til vitnet som det i ettertid viser seg at klienten ikke ønsket stilt. For det tredje trekkes det fram at oppnevning av forsvarer er merarbeid og vil forsinke avhøret noe, og at økt ventetid er en ulempe for både barna og siktede.

I Rt.2003 s.1146 kom Høyesterett til at dommeravhøret av en gutt på 8 år kunne avspilles i retten selv om siktede og hans forsvarer ikke var varslet om det første avhøret⁷⁰. Avgjørende for resultatet var at siktede og forsvareren ble gjort kjent med innholdet i avhøret kort tid etterpå, og fikk muligheten til å stille eventuelle spørsmål. Det forelå da ingen krenkelse av siktedes kontradiksjon. Rønneberg og Poulsson⁷¹ støtter også opp om noe av begrunnelsen som er gitt i forarbeidet, og sier at en forsvarer som ikke har hatt anledning til å konferere med sin klient etter de flestes oppfatning ikke gir noen tilfredsstillende rettssikkerhetsgaranti. Videre sies det at det vil være mer egnet å få forsvareren inn på et senere stadium og la denne stille supplerende spørsmål.

En forsvarer har en spesialkompetanse i tilknytning til siktedes behov i straffesaker som ikke bør undervurderes. Forsvareren vil på grunnlag av sin erfaring kunne se en sak fra et annet perspektiv enn det en påtalejurist eller bistandsadvokat vil. Dette taler for at forsvareren bør være en del av det første avhøret. Argumentet om merarbeid og økt tid er ikke holdbart. I saker der det er ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen er det forventet at forsvarer møter opp raskt. I tilknytning til dette hadde det uansett vært mulig å lovfeste en

⁶⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 56

⁶⁹ l.c

⁷⁰ Se også Rt.1999 s.586

⁷¹ Se Barn som vitner s. 73

adgang til å fravike retten til å ha forsvarer til stede, eksempelvis der man så at det ble merarbeid og tok noe lengre tid å få avviklet førstegangsavhøret. Likevel er det sentrale med å ha en forsvarer til stede, som ikke har hatt kontakt med sin klient, av hensyn til rettssikkerheten til siktede. Det er dette som blir det avgjørende argumentet. De generelle rettighetene som tilkommer siktede, måten spørsmål blir stilt til vitnet under avhøret og objektivitetsplikten til partene, skal avhørslederen påse at er på plass. Siktede, forsvarer og dommeren vil også i etterkant kunne etterprøve dette. Følgelig er siktetes rettssikkerhet tilstrekkelig ivaretatt selv om forsvareren ikke får ta del i det første avhøret ved utsatt varsling.

3.1.3 Kort om henleggelse

Hovedregelen om utsatt varsling etter strpl. § 239 b første ledd får også innvirkning på henleggelse av saker under etterforskningen, knyttet til at mistenkte som hovedregel ikke vil få formell status som siktet i saken. Dette kommer klarest til uttrykk når det gjelder omgjøringsadgangen av henleggelsesbeslutninger. En omgjøringsadgang må generelt tillates av hensynet til å få det riktige utfallet i en sak, både for samfunnet sin del og direkte for den eller de fornærmede. Samtidig vil en omgjøringsadgang være uheldig for mistenkte eller siktede som vil være tjent med en endelig henleggelse av saken. Strpl. §§ 74 og 75 begrenser adgangen til å gjenoppta en henlagt sak, men begge disse forutsetter at man har vært siktet i saken. Har en person kun vært mistenkt, og ikke siktet, er det ingen begrensning i adgangen til å omgjøre henleggelsesbeslutningen⁷². Når endringen med utsatt varsling utsetter tidspunktet for når vedkommende er å regne som siktet i saken, blir rettsstillingen til mistenkte svakere nå enn den var ved den tidligere ordningen hva gjelder omgjøringsadgangen av henleggelsesbeslutninger.

Etter strpl. § 73 annet ledd har siktede krav på skriftlig melding om henleggelsen. Ved utsatt varsling der mistenkte ikke har formell status som siktet i saken, skal ikke vedkommende etter ordlyden i bestemmelsen ha skriftlig melding om henleggelsen. Det følger imidlertid av påtaleinstruksen § 17-2 første ledd bokstav a at det også skal gis melding til "(...) den

⁷² Se Rt.1980 s.549 på side 550 og Rt.1996 s.1144 på side 1145, og Andenæs, Norsk straffeprosess 4.utgave s.371

forfølgningen har vært rettet mot”. Etter påtaleinstruksen skal følgelig også mistenkte ha skriftlig melding om henleggelse av en eventuell forfølgning mot seg, selv om dette ikke lengre er noe som framkommer av lovbestemmelsen.

3.1.4 Betydningen av utsatt varsling for fritaksretten etter strpl. § 122

Strpl. § 239 a andre ledd første setning har en regel om at vitner som avhøres ved tilrettelagt avhør har samme forklaringsplikt for politiet som de har for retten. Strpl. § 239 andre ledd andre setning konstaterer ytterligere at barn under 15 år ikke kan fritas for vitneplikt eller forklaringsplikt etter §§ 122 og 123. Barn over 15 år kan likevel fortsatt fritas fra vitne- og forklaringsplikten. Det samme gjelder barn mellom 12 og 15 år som kan fritas fordi avhøret er tatt etter strpl. § 239 andre ledd, altså i tilknytning til andre straffbare forhold der det ikke er lovbestemt at tilrettelagt avhør skal tas i bruk. Strpl. §§ 122 og 123 gjelder imidlertid etter sin ordlyd ”siktetes” nærmeste familie. Ved utsatt varsling vil ikke vedkommende ha formell status som siktet i saken. Forarbeidene er tause om problemstillingen. Det finnes heller ikke rettspraksis som klargjør dette⁷³. I retningslinjer fra Riksadvokaten er dette bemerket, og det uttales at ”Riksadvokaten legger til grunn at hensynene som ligger bak vitnefritaksretten må føre til at denne rett gjøres kjent for barn og voksne ved tilrettelagt avhør, uavhengig av den nærstående formelle status på tidspunktet for avhøret”⁷⁴. Det er en svakhet i lovverket at dette ikke er drøftet og tatt stilling til. Dette er en viktig rettighet av hensyn til forutberegneligheten til barnet og mistenkte/siktede⁷⁵.

Slik strpl. §§ 122 og 123 praktiseres i tilknytning til andre avhør enn de tilrettelagte, tolkes de heller ikke her strengt etter ordlyden. Hadde dette vært tilfellet, kunne man lett omgått reglene ved å utsette å gi en person formell status som siktet, slik at de nærstående måtte forklare seg.

⁷³ Se likevel HR-2016-2171-A

⁷⁴ RA-2016-2014 punkt I.

⁷⁵ Se Rt.2013 s.469 avsnitt 14 – Fritaksretten er likevel til vern for vitnet, og ikke en rettssikkerhetsgaranti for tiltalte.

3.2 Supplerende avhør

Reglene om supplerende avhør følger av strpl. § 239 c. Supplerende avhør er et avhør som skal komme i tillegg til det første avhøret som blir tatt. Det skal ikke være gjentakende, men bidra til en fullstendig og god forklaring fra vitnet⁷⁶. Nyere forskning viser at det ikke er belastende for barnet å bli avhørt flere ganger slik man tidligere la til grunn. Man skal likevel unngå å stille de samme spørsmålene flere ganger da barnet kan få inntrykk av at det ønskes et annet svar på spørsmålene⁷⁷. I førstegangsavhør der barnet for eksempel blir svært sliten, og man ser at man må fortsette en annen dag, vil det neste avhøret betegnes som et fortsettende førstegangsavhør, og ikke et supplerende avhør⁷⁸. Et supplerende avhør skal bidra til å få saken tilstrekkelig belyst. Å få fram en fullstendig og god forklaring er positivt både for barnet og for siktede.

Etter første ledd siste setning kan vitnet be om supplerende avhør. I utgangspunktet skal det da tas. Det kan tenkes unntak der det stadig blir bedt om nye avhør, og det er klart at det ikke vil fremkomme ny informasjon⁷⁹.

Det følger av strpl. § 239 c andre ledd at siktede ved begjæring til avhørsleder kan be om supplerende avhør av vitnet. Denne muligheten er sentral for å ivareta det kontradiktoriske prinsipp ved utsatt varsling⁸⁰. Siktetes mulighet til å stille spørsmål til vitnet er helt sentralt for å ivareta siktetes rett til kontradiksjon, og således sikre en rettfærdig rettergang etter Grunnloven § 95 og EMK art. 6. Av den grunn slås det fast i forarbeidet at det skal mye til for å avslå siktetes begjæring dersom den mottas innen fristen⁸¹. Departementet fremhever i forarbeidet at lovfestingen av siktetes mulighet til å be om et supplerende avhør er en bedring av rettssikkerheten til siktede. Det fremheves at han eller hun i motsetning til tidligere får tid til å sette seg inn i bevisene og rådføre seg med sin forsvarer, for så å vurdere hvilke spørsmål som ønskes stilt til vitnet⁸². Under den tidligere ordningen med dommeravhør ble siktede,

⁷⁶ Prop. 112 L (2014-2015) s. 51

⁷⁷ Rapport fra arbeidsgruppe, Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker punkt 3.4

⁷⁸ NOU 2017:5 punkt 7.5.1

⁷⁹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 111

⁸⁰ Se Rt.2010 s.600 – Her ble kravet til kontradiksjon reparert ved et tilleggsavhør.

⁸¹ Se kapittel 3.2.1

⁸² Prop. 112 L (2014-2015) s. 49

samtidig som han ble orientert om avhøret, spurt om det var spørsmål han ønsket stilt ved avhøret av barnet. Hvis siktede avsto fra denne muligheten, hadde han fått en reell mulighet til å stille spørsmål, og kravet til kontradiksjon ville vært ivaretatt. I realiteten ville kravet til kontradiksjon i slike tilfeller være oppfylt forut første avhør.

Det følger av strpl. § 239 b fjerde ledd andre setning at påtalemyndigheten skal informere siktede om at siktede har adgang til å kreve supplerende avhør av vitnet og at videoopptak av tilrettelagt avhør vil kunne tre i stede for vitnes personlige forklaring under hovedforhandlingen. I praksis gjøres dette ved at et skjema med denne informasjonen sendes ut til siktede, og hans eller hennes forsvarer, som siktede må skrive under på. Dette er begrunnet av hensynet til notoritet⁸³. Skriver siktede under på at han ikke krever supplerende avhør, har han frasagt seg retten til å krysseksaminere vitnet.

I Rt. 2010 s.600 var det foretatt et avhør der forsvareren som var til stede ikke hadde konferert med sin klient. Avhøret representerte et brudd på det kontradiktoriske prinsipp. Over et år senere ble det tatt et tilleggsavhør. Siktede fikk følge tilleggsavhøret fra et siderom, og hans forsvarer fikk følge det fra observasjonsrommet. Siktede fikk sine spørsmål stilt ved tilleggsavhøret. Høyesterett kom her til at tilleggsavhøret reparerte krenkelsen av retten til kontradiksjon som det første avhøret innebar. I Rt. 2011 s.93 kom de til at det var en saksbehandlingsfeil at det ble brukt et dommeravhør der kontradiksjonen til siktede var krenket. I avnitt 42 i dommen sa de at dette var en saksbehandlingsfeil som kunne rettes opp ved at det ble gjennomført et tilleggsavhør av barna der tiltalte sin rett til kontradiksjon ble ivaretatt.

Siktedes mulighet til å begjære supplerende avhør er avgjørende for ivaretagelsen av hans eller hennes kontradiksjon. At man har en ordning med utsatt varsling som i utgangspunktet krenker siktedes rett til kontradiksjon kan tale for at rettssikkerheten til siktede er svekket. På den andre siden var ordningen tidligere slik at siktede og forsvarer i utgangspunktet fikk følge det første avhøret, og hadde på dette tidspunktet også mulighet til å stille spørsmål. I

⁸³ Se kapittel 6.7 - Vedlegg

utgangspunktet ville da kontradiksjonen til siktede være oppfylt. Ved den nye ordningen får siktede i større grad en reell mulighet til å stille spørsmål til vitnet, ved at han eller hun får satt seg inn i avhøret, og så vurdere hva som er viktig å få belyst nærmere. Det konkluderes derfor med at ordningen med supplerende avhør i utgangspunktet styrker rettssikkerheten til siktede i forhold til ordningen med dommeravhør.

Statistikken viser for øvrig at det tas svært få supplerende avhør på landsbasis. I 2016 ble det tatt 5 995 tilrettelagte avhør, av disse var 381 supplerende avhør og 60 var fortsettende førstegangsavhør⁸⁴. På den ene siden gir dette en indikasjon på at det første avhøret er fullstendig og belyser saken tilstrekkelig, der både det som skulle tale til gunst og ugunst for siktede er tatt opp. På den andre siden kan det for siktede, som ikke anser seg selv som uskyldig, være et sjansespill å få vitnet til å forklare seg mer utfyllende. Siktede vil ikke ha noe kontroll på hva barnet vil kunne komme til å si, og kanskje bidra til å opplyse saken til ugunst for seg selv. Som skyldig i noe straffbart er det på det rene at det er ønskelig at vitner uttaler seg minst mulig. Av statistikken fremkommer det likevel ikke hvor mange supplerende avhør som er begjært, uten at begjæringen er tatt til følge.

3.2.1 Muligheten til å nekte supplerende avhør

Strpl. § 239 c tredje ledd sier at når siktedes begjæring er kommet innen fristen etter strpl. § 239 b, ”skal det tas supplerende avhør av vitnet, med mindre avhørsleder kommer til at det etter en samlet vurdering, der det legges særlig vekt på siktedes rett til kontradiksjon, vil være en uforholdsmessig belastning for vitnet”. Etter fjerde og femte ledd kan begjæringer som kommer inn etter fristen innvilges, og begjæringer som helt eller delvis blir avslått kan bringes inn for retten.

I forarbeidene står det at hvis siktede ønsker å stille spørsmål om ting som vitnet allerede har forklart seg utførlig om, kan begjæringen avslås⁸⁵. Begrunnelsen for dette er at spørsmålene da ikke vil ha betydning for sakens opplysning eller for siktedes rett til rettferdig rettergang,

⁸⁴ Se NOU 2017: 5 punkt 7.5.1 og Politidirektoratet, Tilrettelagte avhør 2016 statistikknotat 19.01.2017 punkt 1.2

⁸⁵ Prop. 112 L (2014-2015) s. 111

og samtidig at det normalt vil være belastende for barn å få spørsmål om ting de allerede har forklart seg utførlig om⁸⁶. Dette henger forøvrig også godt sammen med det som følger av strpl. § 136. Der står det blant annet at spørsmål som ikke kommer saken ved, skal avvises. I forarbeidene til strpl. § 239 c står det videre at det samme gjelder der det er svært belastende for vitnet å bli avhørt igjen, og siktedes spørsmål anses ubetydelige. I andre tilfeller står det at supplerende avhør bare kan avslås når det er sterke holdepunkter for at det vil være svært belastende for vitnet å bli avhørt igjen, og i disse tilfellene skal avhørsleder innhente en sakkyndig vurdering før avslaget gis.

Hvis en begjæring om supplerende avhør kommer inn etter fristen er det likevel mulig å innfri den, men det vil da bli en ”(...) konkret vurdering av hensynet til vitnet og siktedes rettigheter, hvor det særlig legges vekt på årsaken til at begjæringen kom inn etter fristen, om og i hvilken grad det vil være belastende for vitnet å bli avhørt igjen, hvor lang tid det har gått siden fristen gikk ut og siden vitnet ble avhørt og hvor viktig spørsmålene siktede ønsker å stille er for sakens opplysning”⁸⁷. Hensynet til å få en fullstendig og god forklaring, helst uten ytre påvirkning på vitnet, taler for at fristen bør være relativt kort. Samtidig må det av hensyn til siktedes mulighet til å sette seg godt inn i saken, og det som kommer fram i videoavhøret, tale for en noe lengre frist. Siktede må også få tid til å rådføre seg med sin forsvarer, og gjøre vurderinger i samråd med han eller henne. I forarbeidene står det at supplerende avhør som hovedregel bør tas så raskt som mulig og normalt innen en uke etter forrige avhør, men at fristens lengde i utgangspunktet settes etter ”(...) en samlet vurdering av hensynet til vitnet, hensynet til siktedes rett til en rettfærdig rettergang og etterforskningsmessige hensyn”⁸⁸.

Det er ikke ført statistikk på hvor mange begjæringer om supplerende avhør som er nektet fremmet. På Lovdata finnes det ett eksempel på at begjæring om supplerende avhør er blitt avslått. I LF-2016-46661⁸⁹ var mor og bror siktet for kroppskrenkelse av en 14 år gammel jente. Det ble tatt et tilrettelagt avhør av jenta, og det ble tatt ut siktelse mot moren og broren. Moren ved sin forsvarer begjærte supplerende avhør, og et av spørsmålene som var ønsket

⁸⁶ Se kapittel 3.2

⁸⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s.111

⁸⁸ l.c

⁸⁹ HR-2016-1210-U – Anken ble forkastet, og dommen er rettskraftig.

stilt var om datteren ikke snakket sant til politiet for å skade mor. Avhørsleder avslo begjæringen på grunnlag av spørsmålenes art og innhold, og de holdningene spørsmålene innebar. Avlaget ble tatt inn for retten, og tingretten kom til at begjæringen ikke kunne tas til følge. Lagmannsretten forkastet anken, og konkluderte med at spørsmålene ikke var egnet til å opplyse saken da fornærmede hadde forklart seg utførlig om det siktede ville spørre om. Det ble likevel understreket i kjennelsen at det skal svært mye til for å avslå siktedes begjæring om supplerende avhør, da en avvisning kan krenke siktedes rett til en rettferdig rettergang.

Ordningen med utsatt varsling og muligheten til å nekte supplerende avhør kan man i større grad enn tidligere komme i en posisjon som fører til at siktedes rett til rettferdig rettergang blir krenket. Eventuelle videoavhør tatt opp ved et førstegangsavhør ved utsatt varsling kan da bli avskjært som bevis. Dette taler for at siktedes rettssikkerhet er blitt svekket. Det er likevel klart fremhevet i både lovteksten og forarbeidene at terskelen for å avslå en begjæring om et supplerende avhør skal være høy, og det skal også begrunnes godt. At det er klart i lovteksten at en avlått begjæring kan bringes inn for retten er også positivt for rettssikkerheten til siktede. I likhet med den tidligere ordningen med dommeravhør er det fortsatt dommeren som har det siste ordet i avgjørelsen av om en begjæring om supplerende spørsmål skal nektes fremmet⁹⁰. Påtalemyndigheten har også stor interesse av å tilstrebe at siktede får innfridd sin begjæring om supplerende avhør, da et avslag kan medføre at de ikke får føre beviset i retten. Selv om rettssikkerheten i noen grad er svekket i forhold til ordningen med dommeravhør, er siktedes rettssikkerhet etter strpl. § 239 c tilstrekkelig ivaretatt.

⁹⁰ Se strpl. § 239 c femte ledd.

MENNESKERETTIGHETER OG TILRETTELAGT AVHØR

4.1 Menneskerettighetene – Grunnloven § 95 og EMK art. 6

Det følger av Grl § 92 at statens myndigheter skal sikre og respektere menneskerettighetene som er nedfelt i Grunnloven. Dette gjelder også menneskerettighetene som følger av internasjonale forpliktelser⁹¹. En sentral menneskerettighet i denne sammenheng er retten til rettferdig rettergang som følger av både Grl § 95 og EMK art. 6. Høyesterett har lagt til grunn at Grunnloven § 95 er en selvstendig rettsnorm, men i den nærmere fastleggelsen av hva som er rettferdig rettergang er det naturlig å se hen til både tidligere nasjonal praksis og den omfattende internasjonale praksisen på området, særlig praksis fra EMD⁹². Dette utgangspunktet er også gjort rede for i juridisk litteratur som sier at det ved tolkningen av ”rettferdig rettergang” etter Grl. § 95 er relevant å gå inn i det tilsvarende begrepet ”fair trial” i EMK art.6 og hvordan dette er presisert i den europeiske menneskerettsdomstolen⁹³. I det følgende er det derfor nødvendig å gå inn i praksisen til EMD, og finne ut hvordan de presiserer rettferdig rettergang i tilknytning til avhør av barn. Noen nyere dommer fra EMD som omhandler avhør av barn skal redegjøres for. Ministerrettighetene som praksisen gir uttrykk for skal fremstilles.

4.1.1 Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen om avhør av barn

4.1.1.1 S.N v. Sverige⁹⁴

I saken S.N v. Sverige var klageren dømt for seksuelt misbruk av en 10 år gammel gutt. Gutten var blitt avhørt uten at klageren ble varslet eller fikk oppnevnt forsvarer. Det første avhøret av gutten ble tatt 7. april, og klager ble gjort oppmerksom på mistanken 10. mai. Først 3. juli fikk klageren oppnevnt forsvarer, og samtidig fikk han lese gjennom avhøret som ble

⁹¹ Se også menneskerettsloven §§ 2 og 3

⁹² Se Rt.2015 s.404 avsnitt 19 og Rt.2014 s.1292 avsnitt 21

⁹³ Aall, Grunnloven og EMK

⁹⁴ Application no. 34209/96

tatt 7. april. Etter ønske fra forsvareren ble det gjennomført et nytt avhør av gutten 20. september, og partene var enige om at avhøret kunne tas opp på lydbånd. Forsvareren ønsket generelt at gutten skulle forklare seg mer detaljert om det som var påstått hadde skjedd, men det ble ikke skrevet ned noen spesifikke spørsmål. Forsvareren samtykket til at avhøret ble gjort uten at han var til stede. Etter å ha hørt lydopptaket av avhøret anså forsvareren å ha fått utdypet det han ønsket, og det ble ikke bedt om ytterligere avhør. Spørsmålet i saken var om klagerens rett til å krysseksaminere vitnet etter EMK art 6 nr 3 bokstav d var blitt krenket. Dette fordi hans forsvarer ikke var til stede under det andre avhøret⁹⁵, og at klageren ikke fikk mulighet til å krysseksaminere vitnet under hovedforhandlingen og ankebehandlingen.

I para. 44 uttales det at for å være i tråd med kravet etter EMK art 6 nr 1 og nr 3 bokstav d må den siktede få en "adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings (...). Videre i avsnittet sies det at "(...) Article 6 does not grant the accused an unlimited right to secure the appearance of witnesses in court. It is normally for the national courts to decide whether it is necessary or advisable to hear a witness (...)". I para 47 uttales det videre, "The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences". Videre at "These features are even more prominent in a case involving a minor. (...) 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 right 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 (...)".

Det sentrale som kan utledes av dette er at siktede må få en reell mulighet til å imøtegå og stille spørsmål til vitnene mot han. Men EMD slår også fast at EMK art 6 likevel ikke gir en absolutt rett for siktede til å kreve at vitnene møter opp i retten. Det er akseptert å ta hensyn og beskytte vitner i saker som for eksempel gjelder seksuelle overgrep, og særlig når det

⁹⁵ EMD har tidligere slått fast at siktede identifiseres med sin forsvarer etter EMK art. 6 nr 3 bokstav d, jf. Doorson v. Nederland⁹⁵ para. 74.

involverer mindreårige. Men i denne sammenhengen må myndighetene også ta grep som likevel sikrer forsvaret til siktede på en god måte.

I para. 51 konkluderer retten med at det ikke var en krenkelse av EMK art 6 nr 1 og nr 3 bokstav d at forsvareren ikke var til stede under det andre avhøret. Begrunnelsen var at forsvareren hadde samtykket til å ikke være til stede. For det andre hadde han muligheten til å be om utsettelse, og for det tredje hadde han ingen innvendinger mot måten avhøret ble gjennomført på.

I para. 52 og 53 konkluderes det også med at det ikke var brudd på kravet om rettferdig rettergang at klageren ikke hadde fått krysseksaminert gutten under hovedforhandlingen og ankebehandlingen av saken. I para. 52 andre setning står det ”Having regard to the special proceeding concerning sexual offences (...), the provision cannot be interpreted as requiring in all cases that question be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means”. I para. 53 uttaler de likevel følgende, ”The Court reiterates, however, that evidence obtained from a witness under condition in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be **treated with extreme care**” (*min uthevnning*).

EMD gjør det her klart at det ikke er brudd på art. 6 at man ikke får krysseksaminere et barn under hovedforhandling, slik man normalt vil kunne gjøre med andre vitner. Det bemerkes likevel at bruken av bevis som ikke følger de prosessuelle reglene man vanligvis følger skal behandles med svært stor varsomhet.

4.1.1.2 B v. Finland⁹⁶

I B v. Finland ble en mor dømt for seksuelle overgrep mot sine to døtre på 7 og 11 år. Avhørene av begge jentene ble tatt opp på video. I etterkant fikk moren se videoavhørene, og hun avviste påstandene om seksuelt misbruk. Hun fikk muligheten til å få eventuelle ytterligere spørsmål stilt til barna, men valgte å ikke benytte seg av denne muligheten. Hun hadde hele tiden bistand fra forsvarer. Moren ble dømt og fengslet, men hun anket dommen. En av døtrene besøkte moren i fengselet, og overfor moren skulle hun ha benektet at overgrepene fant sted. Moren begjærte da et nytt avhør av datteren, men dette ble avslått. Moren ble dømt også i ankeinstansen, og anken til øverste instans ble forkastet. Moren mente at hennes rett etter EMK art 6 nr 1 og nr 3 bokstav d var blitt krenket da hun ikke hadde fått en "(...) adequate opportunity to put questions to the witnesses against her (...)".

Dommen følger opp rettssetningene i S.N v. Sverige og uttaler i para 44, "(...) Similarly to the case of S.N v. Sweden (...) the applicant and counsel had been afforded an opportunity to have questions put to the children during the pre-trial investigations. However, they did not avail themselves of that possibility". Videre i para 45 uttales det, "As the defence had been afforded but turned down a possibility to have questions put to the children in the pre-trial investigations, there is nothing to indicate that the rights of the defence were not respected before the applicant's being convicted and sentenced by the District Court. There has, therefore, been no violation as to the proceedings in the District Court. The same considerations apply to the proceedings in the Court of Appeal as far as the use in evidence of the children's pre-trial statements was concerned".

Dommen gir uttrykk for at så lenge siktede har fått muligheten til å stille spørsmål til vitnene i saken mot seg, men velger å ikke benytte seg av denne muligheten, foreligger det ingen krenkelse av EMK art. 6.

⁹⁶ Application no. 17122/02

4.1.1.3 A.S v. Finland⁹⁷

I denne saken var klageren dømt for seksuelt misbruk av en gutt på 5 år. Gutten ble avhørt 26. februar 2005 av en psykolog på et barnesykehus etter politiets ønske. Klageren var ikke til stede under avhøret og var heller ikke varslet om det. To psykologer gav skriftlige uttalelser om at avhøret av gutten virket troverdig, i tillegg kom de med en rapport om at gutten ikke burde avhøres flere ganger på grunn av hans psykiske tilstand og at det ville være skadelig for gutten å bli avhørt flere ganger om hendelsen. Den 1. juli samme året ble klageren avhørt av politiet. Han benektet anklagene mot seg om seksuelt misbruk av gutten.

Aktor i saken ville bruke avhøret som bevis i saken. Klageren begjærte ikke at det skulle tas flere avhør av gutten, men påpekte at han ikke hadde fått stilt gutten spørsmål. Han valgte likevel å fremme videoavhøret som bevis for hans sak, da det etter hans mening var et videoavhør som blant annet viste en gutt som gjentok innøvde setninger. Under første dag av hovedforhandlingen etter aktors innledningsforedrag, gjorde han likevel gjeldende at videoavhøret måtte avskjæres som bevis da hans rett til å krysseksaminere gutten var krenket. Etter en diskusjon mellom partene ble de likevel enige om at videoavhøret kunne spilles av. Klager ble frifunnet i første instans, og aktor anket saken. Under ankeforhandlingen protesterte ikke klager mot avspillingen av videoavhøret, men gjorde igjen oppmerksom på at han ikke hadde fått krysseksaminert vitnet. Spørsmålet for EMD var om det var brudd på klagerens rett til å krysseksaminere vitnet etter EMK art. 6 nr 3 bokstav b.

Dommen følger opp argumentasjonen i S.N v. Sverige, og uttaler i para. 53 at det viktigste er at den siktede har fått en "(...) adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statement or at a later stage (...)". Videre uttaler de i likhet med S.N-dommen at man i denne type saker må "(...) counterbalance the handicaps under which the defence labors (...)". I para. 56 utdyper de seg og sier "In acknowledging the need to strike 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**

⁹⁷ Application no. 40156/07

from an audiovisual recording, and to have questions put to the child, either directly or indirectly, in the course of the first hearing or on a later occasion” (*min utheving*).

I para. 69 flg. drøfter retten om klageren hadde sagt i fra seg sin rett til å krysseksaminere vitnet. I para. 70 sier de at ”Neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial. However, such waiver must, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance”. Om dette uttales det i para. 71 at ”The Court reiterates that **before an accused can be said to have impliedly, through his conduct, waived an important right under article 6 it must be shown that he could reasonable foresee what the consequences of his conduct would be (...)**” (*min utheving*).

Det følger av det overnevnte at rettighetene etter EMK art. 6 ved samtykke kan fravikes på grunnlag av en persons frie vilje. Det stilles likevel forholdsvis strenge krav til et slikt samtykke. Blant annet må siktede i en slik situasjon ut fra en fornuftig tankegang kunne forutsett hva et slikt samtykke måtte innebære. Retten fant at det i denne saken ikke var gitt et slikt samtykke om at rettigheten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 kunne ses bort fra, og det ble konstatert brudd på konvensjonen.

4.1.1.4 Rosin v. Estland⁹⁸

I Rosin v. Estland hadde klager blitt domfelt for seksuell omgang med to gutter, en på 11 år og en på 17 år. Domfellelsen baserte seg i stor grad på 11-åringens avhør som ble tatt opp på video under etterforskningen⁹⁹. Klageren ble gjort oppmerksom på mistanken og ble avhørt samme dag. Han valgte å ikke ha forsvarer til stede. Klager ønsket senere et ytterligere avhør av gutten, men dette ble avvist av hensyn til guttens psykiske tilstand. Gutten var til stede under hovedforhandlingen en liten stund, men fikk lov til å dra da det etter hvert ble for belastende for han. Klageren mente at siden han ikke hadde fått krysseksaminert gutten når

⁹⁸ Application no. 26540/08

⁹⁹ 17-åringen husket ikke selve overgrepet på grunn av beruselse. Han møtte i retten, men kunne ikke uttale seg direkte om selve overgrepet.

han var til stede under hovedforhandlingen, og ved at han ikke fikk stilt spørsmål til gutten ved et tilleggsavhør, var EMK art. 6 nr 1 og nr 3 bokstav d krenket. Dommen følger i stor grad argumentasjonen i de overnevnte dommene.

I para. 52 uttales det at "(...) where a conviction is based solely or decisivly on the evidence of absent witnesses, The Court will examine whether there were sufficient counterbalancing factors in place, including measures permitting a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place", og viser blant annet til *Al Khawaja and Tahery v.*

*Storbritannia*¹⁰⁰. Uttalelsene tolkes dit hen at i tilfeller hvor en domfellelse er basert "solely or decisivly" på vitneforklaring fra et fraværende vitne, skal straffeforfølgingen eksamineres nøye. Det må foretas en vurdering av bevisets troverdighet, og tas tilstrekkelig hensyn til siktedes prosessuelle rettigheter.

I para. 57 til og med para. 63 vurderer og konkluderer de på det overnevnte vurderingstemaet. I para. 62 sier de "The Court has no doubts that the domestic judicial authorities acted in the best interests of the child in declining to summon the presumed victim of the defence to a court hearing. Furthermore, playing the video recording of the victim's statements at the court hearing allowed the trial court as well as the applicant to observe the manner in which the interview had been conducted (...). However, having regard to the importance of V's testimony, The Court considers that the above was insufficient to secure the applicant's rights of defence (...). It remains a fact that the applicant was never given an opportunity to have question put to the victim (...). The Court notes that there was no strong corroborative evidence supporting V's statements in the present case (...).

I saken fremheves det i likhet med A.S- og S.N-dommen at siktede må få en "adequate and proper opportunity to challenge and question the witness against him, either when the witness makes his statements or at a later stage". I dommen er "sufficient counterbalancing factors" fremhevet i større grad enn i de overnevnte dommene. Slik dommen forstås må det i tilfeller der et videoavhør mot den siktede er et sentralt bevis, og siktede ikke har fått muligheten til å

¹⁰⁰ Se application nos. 26766/05 og 22228/06

stille spørsmål til vitnet, vurderes konkret om rettighetene til den siktede er tilstrekkelig ivaretatt. I denne vurderingen vil man kunne trekke inn om det foreligger andre sterke bevis som støtter opp videoavhøret. I tillegg kan det trekkes inn på den ene siden den strenge fengselsstraffen siktede står overfor hvis han eller hun blir dømt, opp mot hvor vanskelig og belastende det er for barnet at de eventuelle spørsmålene blir stilt. Det sentrale er at det i disse tilfellene er en helhetsvurdering om det foreligger ”sufficient counterbalancing factors”.

4.1.1.5 Gonzalez Najera v. Spania¹⁰¹

Den nyeste dommen i EMD som omhandler avhør av barn er Gonzalez Najera v. Spania. I saken var klageren dømt for seksuelle overgrep mot syv barn. Det ble tatt avhør av barna uten at forsvarer eller siktede var til stede under disse. Klageren ba ikke om å få stille spørsmål til barna, og protesterte ikke når avhørene ble fremført under hovedforhandlingen. Klager ble dømt. Han klaget inn saken for EMD. Han hevdet at hans rett til å krysseksaminere barna etter EMK art 6 var krenket.

Dommen følger premissene i de overnevnte dommene, men i oppsummeringen av minimumsrettighetene skiller den seg noe fra den nesten tilsvarende oppsummeringen i A.S v. Finland. Ordlyden i oppramsingen av minimumsgarantier i A.S-dommen er ”shall”, jf. para. 56. I Gonzalez Najera-dommen er den ”must” jf. para. 45. I utgangspunktet er det nok ikke ment å representere en stor endring, men med en naturlig forståelse av ordene må det antas at man i den nyeste dommen konstaterer minimumsgarantiene noe sterkere med ordlyden ”must”.

I dommen ble det ikke konstatert brudd på EMK. Det ble lagt vekt på at klager var representert av forsvarer under hele prosessen, og det ble ikke bedt om å få spørsmål stilt til barna selv om det var klart av dokumentene i saken at han hadde muligheten til å gjøre dette. Videre ble det lagt vekt på at noen av foreldrene til barna, og noen av lærerne som barna hadde fortalt om hendelsene til, vitnet i retten. Klageren hadde muligheten til å imøtegå disse vitnene. Tilslutt ble det fremhevet at en ekspert som hadde utarbeidet en rapport om

¹⁰¹ Application no. 61047/13

troverdigheten til barna var tilgjengelig for siktede å krysseksaminere under hovedforhandlingen. I para 57 konkluderer retten og sier at "Against the background of the careful scrutiny of the evidence by the domestic courts, and **viewing the fairness of the proceedings as a whole**, the Court finds that the above-mentioned counterbalancing measures were sufficient. It therefore concludes that the applicant was afforded protection of the rights safeguarded by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention" (*min utheving*). Retten vurderer også her hele straffeforfølgingsprosessen i vurderingen av om det er tatt "sufficient counterbalancing factors" i saken.

4.1.2 Oppsummering av minsterettighetene som kan utledes av praksisen

De sentrale minsterettighetene som den redegjorte praksisen gir uttrykk for kan oppsummeres i fire punkter. I tilknytning til disse rettighetene identifiseres siktede med sin forsvarer. For eksempel vil siktedes rett til å krysseksaminere vitnet være ivaretatt dersom forsvareren har vært til stede under et avhør av barnet og har hatt muligheten til å stille spørsmål til han eller henne¹⁰².

4.1.2.1 Krav på informasjon

For det første er det en minstegaranti at du skal informeres om avhøret av barnet. Det er ikke nærmere utdypet når mistenkte eller siktede har krav på å bli informert. I de ulike dommene er det relativt store forskjeller i hvor lang tid det har gått mellom avhøret og når informasjon om avhøret blir gitt. I S.N v. Sverige tok det nesten en måned fra første avhør til informasjon om avhøret ble gitt til mistenkte. I A.S v. Finland tok det rundt tre måneder fra første avhør til informasjon ble gitt om avhøret til mistenkte, mens i Rosin v. Estland var klageren arrestert og avhørt samme dag som avhøret av barna ble tatt. Praksisen kan tolkes dit hen at det i tilknytning til mistenktes krav på å få informasjon ikke stilles strengere krav enn at informasjonen blir gitt innen rimelig tid av hensyn til de konkrete forholdene i saken. Samtidig må man se dette sammen med de øvrige minstegarantiene. For å oppfylle de andre minstegarantiene på en god måte, som for eksempel muligheten til å stille spørsmål til vitnet, kan ikke retten til å få informasjon praktiseres slik at den blir gitt i lang tid etter at avhøret er tatt.

¹⁰² Se Doorson v. Nederland application no. 20524/92 para. 74, og Rt.2011 s.93 avsnitt 29

4.1.2.2 Mulighet til å observere avhøret

For det andre skal siktede gis muligheten til å observere avhøret. Han eller hun skal få observere mens avhøret blir tatt, eller få muligheten til å se avhøret på video i etterkant. Det er viktig for siktedes rettssikkerhet at han eller hun får satt seg godt inn i saken mot seg, og gjøre seg kjent med det som kommer fram i avhøret. På denne måten kan den siktede finne ut hva som er viktig å få fram i et eventuelt nytt avhør, eller vurdere hvilke andre bevis det er mulig å framskaffe for å eventuelt avkrefte en mistanke. I de tilfellene det er redegjort for over hadde de siktede fått mulighet til å observere avhøret på video i etterkant.

4.1.2.3 Reell mulighet til å stille spørsmål til vitnet

Som en tredje minstegaranti skal siktede få stille spørsmål til barnet enten direkte eller indirekte. Dette skal skje mens avhøret blir tatt, eller på et senere tidspunkt i saken. Denne garantien er utdypet som et krav om å få en ”adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him (...)”. I dette ligger det at siktede på et tidspunkt i saken har fått en reell mulighet til å imøtegå og krysseksaminere vitnet som blir ført mot han eller henne. Rettigheten er sentral og går tydelig igjen i den redegjorte praksisen. Kravet må som nevnt ses i sammenheng med retten til å bli informert. I de tilfellene der det har gått svært lang tid fra avhøret ble tatt til siktede blir informert, er det vanskeligere å kunne konstatere at vedkommende har fått en reell mulighet til å imøtegå vitnet.

4.1.2.4 Det må foreligge ”sufficient counterbalancing factors”

Den fjerde minstegarantien som kan utledes fra praksisen er at det må foreligge ”sufficient counterbalancing factors”. Dette tolkes som et overordnet krav om at det i straffeforfølningsprosessen mot siktede er tatt tilstrekkelig hensyn til hans eller hennes rettssikkerhetsgarantier. I denne vurderingen ser man på hele prosessen, fra etterforskningen startet fram til en eventuell rettssak¹⁰³. Det blir en konkret vurdering av det som har skjedd i den aktuelle saken¹⁰⁴. For eksempel vil det i saker der et videoavhør tjener som det sentrale beviset, og siktede ikke har fått krysseksaminert vitnet, vurderes om siktedes rettigheter er tatt

¹⁰³ Se Rosin v. Estland para. 62 og Gonzalez Najera v. Spania para. 57

¹⁰⁴ l.c

hensyn til i tilstrekkelig grad ellers i straffeforfølgingsprosessen. I tillegg skal troverdigheten av beviset vurderes og det skal blant annet ses på om det foreligger andre sterke bevis som støtter opp videoavhøret.

4.2 Vurdering av tilrettelagt avhør opp mot minstegarantiene

Minstegarantiene som er redegjort for ovenfor knyttet til avhør av barn kommer fra EMDs tolkning av EMK art 6, da særlig nr 1 og nr 3 bokstav d. Det vil være konvensjonsstridig dersom norsk rett har regler som er i strid med EMK, og det følgende skal reglene om tilrettelagt avhør etter norsk rett vurderes opp mot minstegarantiene som EMK gir siktede knyttet til avhør av barn.

Et av minstekravene er at siktede skal få informasjon om avhøret av barnet. Ved et tilrettelagt avhør har man etter § 239 b muligheten til å utsette tidspunktet for når siktede skal få informasjon¹⁰⁵. Etter ordlyden kan det tyde på at en utsatt varsling, der siktede ikke har fått informasjon om avhøret, er i strid med EMDs mistekrav til siktede ved avhør av barn. Arbeidsgruppen¹⁰⁶ sa i sin rapport at ”I lys av den foreliggende EMK-retten (...) må det etter arbeidsgruppens oppfatning legges til grunn at EMD har ment at siktede som hovedregel skal varsles før første avhør”. I forarbeidene til §§ 239 flg. er Departementet oppmerksom på at arbeidsgruppen la dette til grunn. Departementet uttalte at det blant annet på bakgrunn av at retten i A.S v. Finland ble vist til både B. v. Finland og S.N v. Sverige, ikke kunne legges til grunn en slik tolkning av praksis fra EMD. I begge sakene var det ikke gitt varsel før første avhør, og det ble ikke konstatert brudd på EMK. I forarbeidene står det at ”Departementet mener derfor at praksis fra EMD må forstås slik at mistenkte skal varsles så raskt som mulig etter avhøret slik at det faktisk lar seg gjøre å få stilt spørsmål til vitnet, men at det ikke er oppstilt noe krav om at varsling må skje før første avhør”¹⁰⁷. Det er klart etter gjeldende norsk rett at siktede skal få informasjon om avhøret. Dersom vilkårene for utsatt varsling er til stede vil det ikke bli gitt slik informasjon før etter det første avhøret. Praksis fra EMD stiller ikke nærmere krav om når informasjon skal gis, og etter reglene for tilrettelagt avhør etter strpl. §§

¹⁰⁵ Se kapittel 3

¹⁰⁶ Rapport fra arbeidsgruppe, avhør av særlig sårbare personer i straffesaker s. 37

¹⁰⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s.61

239 flg. er det heller ikke nøyaktig presisert når en eventuell informasjon skal gis. Det sentrale er at informasjonen om avhøret blir gitt. Informasjonskravet må under enhver omstendighet ses opp mot de øvrige rettighetene til siktede.

I tilknytning til kravet om å observere avhøret, har gjeldende norsk rett lovfestet kravet til siktede om å se videoopptak av avhøret etter strpl. § 239 b fjerde ledd. Siktede har ikke krav på å få observere det første avhøret mens det blir tatt. EMDs minstekrav om å få observere avhøret av barnet er likevel ikke tolket så strengt at siktede må være til stede ved det første avhøret¹⁰⁸. En lovfestet rett til å få observere avhøret av barnet er innenfor minsterettighetene utledet av praksis fra EMD.

I praksis fra EMD er det slått fast at rettighetene etter art. 6 er dispositive¹⁰⁹. Etter norsk rett er ikke rettssikkerhetsgarantiene til siktede noe han kan si i fra seg, de er indispositive¹¹⁰. Rettssikkerhetsgarantiene som for eksempel kontradiksjon vil ikke kunne fravikes selv om siktede skulle samtykket til brudd på rettigheten etter norsk rett. Et absolutt krav om at sentrale rettssikkerhetsprinsipper følges, må antas å gi siktede et sterkere vern. Samtidig vil det etter EMD stilles strenge krav til det eventuelle utsagnet siktede har gitt om at han gir avkall på sentrale prosessuelle rettigheter¹¹¹. Blant annet skal siktede i en slik situasjon være klar over hvilke konsekvenser et slikt avkall vil innebære.

Både etter EMK art. 6 og etter norsk rett er det sentralt at siktede får en reell mulighet til å imøtegå vitner og bevis i saken. Ordningen med tilrettelagt avhør søker i stor grad å ivareta dette gjennom en adgang for siktede til å be om supplerende avhør. Avhørsleder har imidlertid mulighet til å nekte et supplerende avhør¹¹². Dette kan komme i konflikt med EMK art. 6. I forarbeidene til strpl. §§ 239 flg. er det fremhevet at et avslag på siktedes begjæring om supplerende avhør kan medføre at et eventuelt videoavhør av barnet må avskjæres i sin

¹⁰⁸ Se kapittel 4.1.2

¹⁰⁹ Se kapittel 4.1.1.2

¹¹⁰ Se Rt.2011 s.93 og kapittel 2.3

¹¹¹ Se kapittel 4.1.1.2

¹¹² Se kapittel 3.2.1

helhet som bevis i saken, og siktedes mulighet til å få gjennomført et supplerende avhør skal derfor være vid¹¹³. Det kan likevel legges til grunn at man ved en ordning der siktedes mulighet til å imøtegå vitnet gjøres gjennom supplerende avhør, som kan nektes gjennomført dersom vilkårene for det er oppfylt, gjør at reglene for tilrettelagt avhør legger seg nærmere minimumskravene etter EMK art. 6 enn ordningen med dommeravhør der siktede og hans eller hennes forsvarer var til stede ved første avhør. Ordningen med tilrettelagt - og supplerende avhør gjør at man i større grad enn tidligere kan komme i en posisjon der avhøret må avskjæres som bevis i saken.

En prinsipiell forskjell mellom EMK og norsk rett er i denne sammenheng at siktede ikke identifiseres med sin forsvarer etter norsk rett, slik tilfellet er etter EMK art. 6 jf. praksis fra EMD¹¹⁴. At siktede har et selvstendig krav på for eksempel å få stille spørsmål og imøtegå vitner og bevis i saken, må antas å være en viktig rettssikkerhetsgaranti for siktede ved tilrettelagt avhør av barn. Norsk rett ligger her godt innefor kravet etter EMK.

¹¹³ Prop. 112 L (2014-2015) s. 52

¹¹⁴ Se Doorson v. Nederland application no. 20524/92 para. 74, og Rt.2011 s.93 avsnitt 29

KAPITTEL 5

AVSLUTNING

Det er få holdepunkter for å konstatere noe annet enn at siktedes rettsikkerhet er tilstrekkelig ivaretatt ved tilrettelagte avhør av barn ved Statens Barnehus. Ved endringen har man likevel lagt seg nært minstekravene som følger av EMDs tolkning av EMK i tilknytning til avhør av barn. Dette er særlig fremtredende ved muligheten til å avslå siktedes begjæring om supplerende avhør, som i verste fall kan føre til at videoavhøret må avskjæres i sin helhet.

Da påtalemyndigheten fikk ansvaret for avhør av barn ved Statens Barnehus ble det ikke tilført ytterligere ressurser til politiet. Samtidig var dette en ordning som kom til å kreve store ressurser og kapasitet hos politi- og påtalemyndigheten. Det ble ved lovendringen 2. oktober 2015 også innført korte og strenge frister for når avhøret skulle tas, og det krevde stor kapasitet hos politiet å prøve og overholde disse. Ressurser, kapasitet og økonomi er også noe som vil ha betydning for rettssikkerheten til siktede ved tilrettelagte avhør. Et godt utrustet lovverk, uten midlene til å kunne gjennomføre det, er ikke tilstrekkelig for å ivareta hensynet til verken barna eller siktede. De siste årene har det likevel vært et økt fokus på å styrke Statens Barnehus og politi – og påtalemyndigheten på dette området. I det siste statsbudsjettet ble Statens Barnehus særlig prioritert¹¹⁵. Det skal også settes i gang en spesialutdanning for avhørsledere ved Politihøgskolen i Oslo¹¹⁶. Studiet skal være et bidrag til å bedre kvaliteten på avhør av barn. En styrking av ressurser og kompetansen i barnehusene og hos påtalemyndigheten er viktig i arbeidet med å bedre rettssikkerheten til barna, uten å svekke rettssikkerheten til siktede.

¹¹⁵ <http://www.statsbudsjettet.no/Statsbudsjettet-2017/Statsbudsjettet-fra-A-til-A/Vold-og-overgrep---Statens-barnehus/#artikkel> - Regjeringen økte bevilgningen til Statens Barnehus med 15 millioner kroner.

¹¹⁶ <http://www.phs.no/om-phs/nyheter/nyhetsarkiv/2016/desember/patalejurister-far-videreutdanning-i-tilrettelagte-avhor/> - Politihøgskolens videreutdanning for påtalejurister.

KAPITTEL 6

KILDER

6.1 Lovgivning

6.1.1 Lover

Grunnloven (Grl)	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Straffeprosessloven av 1926	Lov 1. Juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager
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
Tvisteloven (Tvl)	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

6.1.2 Forskrifter

Forskrift om tilrettelagt avhør	Forskrift 24. september 2015 nr. 1098 om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner
Påtaleinstruksen	Forskrift 28. Juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten

6.1.3 Konvensjoner

Den europeiske
menneskerettskonvensjon (EMK)

Convention for the Protection of Human Rights and
Fundamental Freedoms. Vedtatt 4. november 1950

FNs konvensjon om barnets
rettigheter (Barnekonvensjonen)

Convention on the Rights of the Child.
Vedtatt 20. november 1989

6.2 Forarbeider og utredninger

NOU 1992: 16

NOU 1992: 16 Sterkere vern og støtte for
kriminalitetsofre. 1992-05-04

NOU 2009: 15

NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll.
2009-26-06

NOU 2016: 24

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov. 2016-11-03

NOU 2017: 5

NOU 2017: 5 En påtalemyndighet for fremtiden –
påtaleanalysen. 2017-03-02

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

Ot.prp. nr. 33 (1993-1994) Om lov om endringer i
straffeprosessloven mv (styrking av kriminalitetsofres
stilling). 1994-03-04

Prop. 112 L (2014-2015)

Prop. 112 L (2014-2015) Endringer i
straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig
sårbare fornærmede og vitner). 2015-04-24

6.3 Rettspraksis

6.3.1 Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1980 s. 549

Rt. 1994 s. 748

Rt. 1996 s. 1144

Rt. 1997 s. 134

Rt. 1999 s. 386 (A)

Rt. 1999 s. 586 (A)

Rt. 2003 s. 1146 (U)

Rt. 2010 s. 600 (A)

Rt. 2011 s. 93 (A)

Rt. 2013 s. 469 (U)

Rt. 2014 s. 1292 (A)

Rt. 2015 s. 404 (U)

HR-2016-1210-U

HR-2016-2171-A

HR-2017-555-U

Lagmannsretten

LF-2016-1210-U

Annen praksis

ESTR-2017-101

6.3.2 Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen

Doorson v. Nederland

Application no. 20524/92, dom 26. mars 1996

S.N v. Sverige

Application no. 34209/96, dom 2. juli 2002

B. v. Finland

Application no. 17122/02, dom 24. april 2007

A.S v. Finland

Application no. 40156/07, dom 28. september 2010

Al Khawaja og Tahery v. Storbritannia Application no. 26766/05 og 22228/06,

dom 11. desember 2011

Rosin v. Estland

Application no. 26540/08, dom 19. desember 2013

Gonzalez Najera v. Spania

Application no. 61047/13, dom 11. februar 2014

6.4 Andre offentlige publikasjoner

Rapport fra arbeidsgruppe

Sæverud, Engeset, Sigmond, Davik, Fjell, Langballe. ”Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker”, avgitt 16. oktober 2012.

Riksadvokaten (RA-2016-2014)

RA-2016-2014. Riksadvokaten – retningslinjer. Bruk av dommeravhør og tilrettelagt avhør av barn og særlig sårbare voksne fritatt for vitneplikt som bevis.

2016-12-28.

Advokatforeningens høringsvar v/ Keiserud
(2013)

Høring – rapport om avhør av særlig sårbare
personer i straffesaker. Dok.nr: 155628,
22.04.2013.

6.5 Litteratur

6.5.1 Bøker

Aall

Aall, Jørgen, *Rettsstat og
menneskerettigheter*, 4.utgave (Bergen 2015)

Aarli, Hedlund, Jebens

Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre
Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker*
(Oslo 2015)

Andenæs

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*,
4.utgave (Oslo 2009)

Anfinsen

Anfinsen, Anne Marie Frøseth, *Observasjon
av barn etter straffeprosessloven § 239 tredje
ledd* (Oslo 1999)

Fredriksen

Fredriksen, Steinar, *Innføring i
straffeprosess*, 3.utgave (Oslo 2013)

Jebens
Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen* (Oslo 2004)

Matningsdal
Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner* (Bergen 2007)

Poulsson, Rønneberg
Poulsson, Anne og Anne Lise Rønneberg, *Barn som vitner* (Oslo 2000)

6.5.2 Fagartikler

Aall
Aall, Jørgen, ”Reell anledning til å teste motpartens vitner”, *Lov og Rett*, 2007 s. 55-59

Aall
Aall, Jørgen, ”Siktedes rett til vitneeksaminasjon etter den europeiske menneskerettskonvensjonen og etter norsk rett”, *Lov og Rett*, 1988 s. 478-488

- Aall
Aall, Jørgen, ”Grunnloven og EMK”, *Lov og Rett*, 2014 s. 507-508
- Andenæs
Andenæs, Johs., ”Avhør av barn i straffesaker”, *Festskrift til Armanni Snævarr*, 1989 s. 59-71
- Hennum
Hennum, Ragnhild, ”Dommeravhør og menneskerettigheter – konvensjonspraksis om særlig sårbare vitner”, *Festskrift til Carl August Fleicher, Dog Fred er ej det Bedste..*, 2006
s. 247-261
- Matningsdal
Matningsdal, Magnus, ”Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker”, *Jussens Venner*, 2007
s. 1 – 115
- Myhrer
Myhrer, Tor-Geir, ”Påtalemyndighetens praksis som rettskilde”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2003 s. 219-245
- Rui
Rui, Jon Petter, ”Straffeprosessen i perspektiv”, *Jussens Venner*, 2014 s. 382-443

Skoghøy

Skoghøy, Jens Edvin, "Dynamisk tolkning i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti", *Lov og Rett*,

2011 s. 511 - 530

Øyen

Øyen, Ørnulf, "Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet", *Tidsskrift for strafferett*, 2012 s. 165 - 183

6.6 Annet

Snl.no/Barnekonvensjon

<https://snl.no/Barnekonvensjonen>

(sist sjekket 27. april 2017)

Aftenposten.no/Mysteriet-i-Bjugn

<http://www.aftenposten.no/norge/Mysteriet-i-Bjugn-340216b.html> *(sist sjekket 27. april 2017)*

Barnehusevalueringen 2012

Bakketeig mfl., Barnehusevalueringen 2012 (elektronisk utgave) Delrapport 1

http://www.bvs.is/media/barnahus/Barnehus_delrapport1.pdf
(Sist sjekket 27. april 2017)

Politidirektoratet, tilrettelagt
avhør - stikknotat

Politidirektoratet, Tilrettelagt avhør 2016 – stikknotat
19.01.2017. <https://www.politi.no/vedlegg/>

lokale_vedlegg/politidirektoratet/Vedlegg_4460.pdf

(sist sjekket 27. april 2017)

Statsbudsjettet 2017

<http://www.statsbudsjettet.no/Statsbudsjettet-2017/Statsbudsjettet-fra-A-til-A/Vold-og-overgrep---Statens-barnehus/#artikkel> *(Sist sjekket 28. april 2017)*

Politihøgskolen –
spesialutdanning for
påtalejurister

<http://www.phs.no/om-phs/nyheter/nyhetsarkiv/2016/desember/patalejurister-far-videreutdanning-i-tilrettelagte-avhor/>

(sist sjekket 28. april 2017)

6.7 Vedlegg



Vår referanse

Dato
25.04.2017

Dok.nr.
16

Orientering om gjennomført tilrettelagt avhør mv.

<(MÅ FORKYNNES FOR SIKTEDE, JF. STRPL. § 239B, 4. LEDD. DERSOM SIKTEDE IKKE SNAKKER NORSK MÅ DET TYDELIG FREMGÅ AV FORKYNNINGEN AT SIKTEDE FORSTOD INNHOLDET I BREVET MV. SAMTIDIG MÅ ETTERFORSKER KONTAKTES UMIDDELBART FOR Å KUNNE ORDNE OVERSETTELSE MV. AV AVHØRET)>

Den gjennomførte politiet tilrettelagt avhør av vitnet Politiet har etter avhøret siktet Dem for brudd på <XX>, jf. vedlagte siktelse av <dato>.

De gjøres med dette oppmerksom på at i en eventuell hovedforhandling mot Dem vil videoopptaket av det tilrettelagte avhøret kunne tre i stedet for vitnets personlige forklaring for retten.

De gjøres videre oppmerksom på at De har anledning til å begjære supplerende avhør av vitnet. Slik begjæring må fremmes innen <dato/klokkeslett>.

De har krav på bistand fra offentlig oppnevnt forsvarer for å bistå Dem i vurderingen av om det er behov for supplerende avhør og, eventuelt, under gjennomføringen av det.

Dersom De har et ønske om bistand fra en bestemt advokat bes De opplyse om dette til vedkommende som forkynner dette skriv for Dem. Dersom De ikke har et slikt ønske vil politiet foreslå en forsvarer for dem overfor retten.

Sakens dokumenter, herunder kopi av det tilrettelagte avhøret av ..., vil stilles til din forsvarers rådighet, slik at Dere sammen kan gjennomgå det, og vurdere om det er behov for et supplerende avhør.

For at Deres advokat lettere kan få tak i Dem, bes de om å oppgi et telefonnummer forsvarer kan nå Dem på de nærmeste ukene.

Med hilsen

Politiansvokat

Politiet i Salten

Post: Postboks 1023, 8001 BODØ
Tel: 75545800 Faks: 75546053
E-post: post.salten@politiet.no