



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Tilrettelagte avhør av barn

Et spenningsfelt mellom siktedes og barns rettssikkerhet

Marianne Birkeland

Stor masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3901 juni 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Historisk tilbakeblikk	3
1.4	Den videre fremstillingen.....	5
1.5	Metode og rettskilder.....	5
1.6	Tolkningen av internasjonale konvensjoner.....	6
1.7	Forholdet mellom Grunnlovens menneskerettigheter og internasjonale menneskerettigheter.....	8
2	Grunnleggende rettsprinsipper og hensyn ved avhør av barn	12
2.1	Innledende om prinsippene	12
2.2	Rettsikkerhet	13
2.3	Den materielle sannhets prinsipp	13
2.4	Rettferdig rettergang som overordnet prinsipp	14
2.5	Bevisumiddelbarhetsprinsippet	15
2.6	Kontradiksjon og krysseksaminasjon.....	16
2.7	Barnets beste.....	19
3	Presentasjon av utvalgte regler for avhørsordningen tilrettelagt avhør.....	19
3.1	Innledning.....	19
3.2	Det materielle virkeområdet for avhørsordningen	20
3.3	Kompetansrettslige krav for avhørsordningen	21
3.4	Prosessuelle regler for tilrettelagte avhør	21
3.4.1	Barns vitne- og forklaringsplikt	21
3.4.2	Utsatt varsling av mistenkte	23
3.4.3	Forsvarer som hovedregel ikke til stede ved første avhør.....	24
3.4.4	Supplerende avhør.....	25

3.4.5	Videopptak av tilrettelagt avhør trer i stedet for personlig forklaring	28
3.4.6	Tidsfristene for gjennomføring av tilrettelagt avhør.	28
4	Er straffeprosesslovens regler om tilrettelagte avhør i samsvar med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet	29
4.1	Innledning.....	29
4.2	EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1	30
4.2.1	S.N. mot Sverige	31
4.2.2	A.S. mot Finland	35
4.2.3	Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia	41
4.2.4	Rosin mot Estland	46
4.2.5	Schatschaschwili mot Tyskland	50
4.2.6	N.K. mot Tyskland	54
4.2.7	Cabral mot Nederland	55
4.2.8	Oppsummering av de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet.....	56
4.3	Vurdering av utvalgte regler i straffeprosessloven.....	56
4.3.1	Er det en god grunn til at vitner som avhøres ved tilrettelagt avhør ikke møter i hovedforhandling.....	57
4.3.2	Vitnebevisets vekt og behovet for kompenserende faktorer	58
4.3.3	Er hovedregelen om utsatt varsling av mistenkte i tråd med menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet	59
4.3.4	Er hovedregelen om at forsvarer ikke er til stede ved første avhør i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet	62
4.3.5	Er reglene om supplerende avhør i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet.....	66
4.3.6	Konklusjon	68
5	Barns rettssikkerhet og vern mot vold og seksuelle overgrep.....	69
5.1	Innledning.....	69

5.2	Bidrar barns forklaringsplikt til å styrke barns rettssikkerhet og gi barn et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep.....	69
5.3	Bidrar de stramme fristene til å styrke barns rettssikkerhet og gi barn et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep.....	71
5.4	Siktede barns rettssikkert.....	73
6	Avslutning	75
7	Kildeliste	77
7.1	Lover:	77
7.2	Forskrifter.....	77
7.3	Praksis fra norske domstoler	77
7.4	Praksis fra EMD	78
7.5	Forarbeider og andre publikasjoner fra det offentlige:.....	78
7.6	Utenlandske og internasjonale kilder	80
7.7	Litteratur/Bøker	80
7.8	Artikkel i tidsskrift og artikkelsamlinger	81
7.9	Øvrige kilder.....	82

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er tilrettelagt avhør av barn. En lovendring i 2015 medførte at den tidligere ordningen, dommeravhør ble erstattet med tilrettelagt avhør.¹ Lovgiver har i forarbeidene uttalt at formålet med endringen «er å styrke barns (...) rettssikkerhet og gi disse et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep, uten at det svekker siktedes rettssikkerhet.»² Avhandlingens problemstillingen er hvorvidt lovgivers uttalte formål oppnås. Formålet er todelt. På den ene siden skal endringen styrke barns rettssikkerhet og gi dem et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep. På den annen side skal lovendringen ikke svekke siktedes rettssikkerhet. Ved tilrettelagt avhør er hovedregelen at videoopptak av barnets forklaring trer i stedet for personlig forklaring under hovedforhandling.³ Når det gjelder siktedes rettssikkerhet aktualiseres derfor forholdet til den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK art. 6 nr. 3 bokstav d sammenholdt med nr. 1.⁴ Det heter i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d at «[e]veryone charged with a criminal offence has the following minimum rights: d. to examine or have examined witnesses against him (...)».

Minsterettigheten ser ut til å forby middelbar bevisførsel av tidligere vitneforklaringer. Departementet har i forarbeidene konkludert med at ordningen er i tråd med internasjonale forpliktelser.⁵ I den forbindelse er det verdt å bemerke at nye avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) kan medføre at tidligere praksis må justeres for å være i tråd med EMK.⁶ En undersøkelse av om ordningen er i tråd med EMK art. 6 nr. 3 bokstav d sammenholdt med nr. 1 er derfor interessant. Når det gjelder barns rettssikkerhet og vern mot vold og seksuelle overgrep aktualiseres forholdet til FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen – BK) og Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbruk (Lanzarote-konvensjonen).⁷ Det sentrale er om

¹ Lov om endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner) 04. september 2015 nr. 87.

² Prop. 112 L (2014-2015) s. 6. I punkt 2.2 i avhandlingen skal jeg redegjøre for begrepet rettssikkerhet.

³ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven, strpl.) § 298 første ledd første punktum.

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

⁵ Prop. 112 L (2014-2015) s. 49.

⁶ I punkt 1.6 skal jeg redegjøre for EMDs dynamiske tolkningsstil.

⁷ FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (BK) og Europarådets konvensjon av 25. oktober 2007 om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbruk (Lanzarote-konvensjonen).

avhørsordningen er hensiktsmessig for å gi barn et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep og styrke barns rettssikkerhet. Det er verdt å bemerke at menneskerettighetene som er relevante i lys av avhandlingens tema også følger av Grunnloven.⁸

Et tilrettelagt avhør er en særegen form for bevisopptak i regi av politi og påtalemyndigheten.⁹ Avhørsordningen er ment å dekke et dobbelt behov, idet tilrettelagt avhør både er et etterforskningsskritt og et bevisopptak.¹⁰ Tilrettelagt avhør skal sikre en pålitelig forklaring fra barn, en hensynsfull behandling av dem, og et avhør som reelt sett kan fungere som bevisopptak til bruk i forbindelse med en eventuell hovedforhandling.¹¹ Avhørsordningen medfører dermed at ulike hensyn må avveies mot hverandre, særlig hva gjelder barns og siktedes interesser.¹² For siktede utløser bevisopptaksfunksjonen et behov for kontradiksjon. Hensynet til barnet kan imidlertid begrense siktedes rett til kontradiksjon. For barn er den ordinære avhørssituasjonen ofte uegnet, eller i det minste uheldig.¹³

Det er grunn til å bemerke at den teknologiske utviklingen i større grad har muliggjort nettrelaterte overgrep, og at det har vært en betydelig økning i denne sakstypen med barn og unge som fornærmede.¹⁴ Utbruddet av virusykdommen covid-19 har gitt et mer alvorlig risikobilde for seksuelle overgrep mot barn på internett, i den forbindelse kan det forventes flere tilrettelagte avhør.¹⁵

1.2 Aktualitet

En undersøkelse av om lovgivers uttalte formål oppnås er interessant av flere grunner. For det første medfører problemstillingen at rettighetene som følger av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1 må analyseres. EMK gir et rettighetsvern for siktede som er inkorporert i norsk rett.¹⁶ Det tilsier i seg selv at en slik analyse er ønskelig. For det andre er det interessant å vurdere

⁸ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (grl.). I punkt 1.7 i avhandlingen skal jeg redegjøre for forholdet mellom Grunnlovens menneskerettigheter og internasjonale menneskerettigheter.

⁹ NOU 2016:24 punkt 5. 3. 4.

¹⁰ Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlige sårbare personer i straffesaker*» 2012 s. 13.

¹¹ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» 2. utgave Bergen 2019 s. 168.

¹² Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker*» 2012 s. 16 og Prop. 112 L (2014-2015) s. 6.

¹³ Magnus Matningsdal, «*Siktedes rett til å krysseksaminere vitner*», Bergen 2007 s. 217.

¹⁴ Politidirektoratet, «*STRASAK-rapporten*» 2018, s. 10.

¹⁵ Justis- og beredskapsdepartementet, «*Egen tiltakspakke for sårbare barn og unge på justisområde*» 2020.

¹⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven, mrl.) § 2 nr. 1.

om avhørsordningen er hensiktsmessig for å gi barn et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep og gi barn bedre rettssikkert. Avhandlingens problemstilling gir grunnlag for å vurdere om lovgiver har balansert siktedes og barns rettssikkerhet på en hensiktsmessig måte.

Det er verdt å bemerke at utvalgte regler i avhørsordningen er gjenstand for faglig diskusjon. Straffeprosessutvalget har i NOU 2016:24 foreslått justeringer i enkelte av reglene for tilrettelagt avhør.¹⁷ Utvalget mener justeringene er ønskelig for å sikre overholdelse av våre folkerettslige forpliktelser på en bedre måte.¹⁸ Det er grunn til å bemerke at forslaget har vært kritisert for å ikke ha vurdert og vektlagt barns rettssikkerhet tilstrekkelig.¹⁹ Riksadvokaten har foreslått enkelte regelendringer for avhørsordningen.²⁰ Til sist har justis- og beredskapsdepartementet som følge av utbruddet av covid-19 foreslått å utvide fristene for tilrettelagt avhør i et forslag til midlertid endringer i prosessregleverket.²¹

1.3 Historisk tilbakeblikk

Et historisk tilbakeblikk er interessant for å forstå de verdipremisser og formålet som lovendringen bygger på.²² Reglene om avhør av barn har gjennomgått en omfattende utvikling. I det følgende vil sentrale endringer fremheves. Første gang avhør av barn ble særskilt regulert var i 1926.²³ Avhør av barn som var vitne eller fornærmet i saker om seksuallovbrudd ble da tatt av dommeren før hovedforhandling.²⁴ Barnets forklaring ble deretter lest opp under hovedforhandlingen.²⁵ Lovendringen møtte visse motforestillinger, blant annet fordi siktede ikke fikk være til stede ved avhør av barnet.²⁶ Formålet med lovreformen i 1926 var å skåne barnet fra å møte i retten.²⁷ For å sikre siktedes rettigheter ble ordningen lagt til domstolene.²⁸ På 1980-tallet kom spørsmålet om forsvarers tilstedeværelse

¹⁷ NOU 2016:24 s. 288.

¹⁸ NOU 2016: 24 s. 288.

¹⁹ Barneombudet, «Høring – Ny straffeprosesslov» 2017 s. 1 og Stine Sofies Stiftelse «Høringssvar ny straffeprosesslov» 2017 s. 5.

²⁰ Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør: Status. Behovet for regelendringer», 2018.

²¹ Justis- og beredskapsdepartementet, «Forslag til midlertidige endringer i prosessregleverket» 2020. I punkt 3.4.6 i avhandlingen skal jeg redegjøre for tidsfristene for gjennomføring av tilrettelagt avhør.

²² Jens Edvin A. Skoghøy, «Rett og rettsanvendelse», Oslo 2018 s. 245.

²³ Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, «Barn som vitner» Oslo 2000 s. 26.

²⁴ Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, «Barn som vitner» Oslo 2000 s. 26.

²⁵ Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, «Barn som vitner» Oslo 2000 s. 26.

²⁶ Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, «Barn som vitner» Oslo 2000 s. 26.

²⁷ Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, «Barn som vitner» Oslo 2000 s. 29.

²⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 43.

opp igjen, og forholdet til EMK art. 6 nr.1 sammenholdt med nr. 3 bokstav d ble aktualisert.²⁹ Straffeprosessloven av 1981 videreførte ordningen med dommeravhør med det tillegg at avhøret skulle tas opp på lydbånd og spilles av i hovedforhandling.³⁰ Innføringen av lydopptak ga den dømmende rett et langt bedre grunnlag for å vurdere bevisverdien av barnets forklaring.³¹ Endringen medførte også at dommeren fikk adgang til å tilkalle en særlig *skikket person* til å bistå ved avhøret.³² Blant annet psykologer og politifolk med erfaring i avhør av barn var ansett som særlig skikket.³³ I 1998 ble tidsfrister for avhør av barn for første gang lovfestet.³⁴

I lys av avhandlingens problemstilling er det interessant å sammenligne den tidligere ordningen, dommeravhør med gjeldende avhørsordning. Ordningen med tilrettelagt avhør skiller seg fra den tidligere ordningen på flere måter. I det følgende vil særlig tre ting fremheves. For det første var det en automatikk i at beslutning om dommeravhør ga mistenkte status som siktet.³⁵ Hovedregelen for tilrettelagt avhør er at første avhør tas uten at mistenkte blir varslet.³⁶ For det andre hadde dommeren ansvaret for gjennomføringen av dommeravhørene.³⁷ Etter lovendringen i 2015 tok påtalemyndigheten over ansvaret for gjennomføringen av tilrettelagte avhør.³⁸ For det tredje var hovedregelen ved dommeravhør at forsvareren skulle gis anledning til å overvære avhøret.³⁹ Ordningen med tilrettelagt avhør medfører at forsvareren som hovedregel ikke er til stede ved gjennomføringen av det første avhøret.⁴⁰ Denne sammenligningen taler i retning av at siktedes rettssikkerhet er svekket som følge av lovendringen i 2015. Det er imidlertid nødvendig å undersøke avhørsordningen nærmere for å vurdere om endringen svekker siktedes rettssikkerhet.

²⁹ Ragnhild Hennum, «Dommeravhør og menneskerettigheter», Festskrift til Carl August Fleischer, Oslo 2006 s. 247-261 (s. 247).

³⁰ Strpl. § 239 første ledd tredje punktum fra 22. mai 1981.

³¹ Andenæs, Johs, «Avhør av barn som vitner i straffesaker» Festskrift til Armanni Snævarr s. 59-71 (s. 61).

³² Andenæs, Johs, «Avhør av barn som vitner i straffesaker» Festskrift til Armanni Snævarr s. 59-71 (s. 61).

³³ Andenæs, Johs, «Avhør av barn som vitner i straffesaker» Festskrift til Armanni Snævarr s. 59-71 (s. 62).

³⁴ Strpl. § 239 fjerde ledd fra 01. november 1998.

³⁵ Strpl. § 239 første ledd tredje punktum fra 01. november 1998 og 01. juni 2008.

³⁶ Strpl. § 239 b første ledd første punktum.

³⁷ Strpl. § 239 første ledd første punktum fra 01. november 1998 og 01. juni 2008.

³⁸ Strpl. § 239 a første ledd første punktum.

³⁹ Strpl. § 239 første ledd tredje punktum fra 01. november 1998 og 01. juni 2008.

⁴⁰ Strpl. § 239 d første ledd bokstav b jf. § 239 b første ledd første punktum.

1.4 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 vil det følge en oversikt over sentrale prinsipper som er relevante i lys av avhandlingens tema. Videre vil det i kapittel 3 følge en fremstilling av utvalgte regler i ordningen med tilrettelagte avhør. Formålet er ikke å gi en detaljert fremstilling av de utvalgte reglene, men en oversikt som kan gi grunnlag for å besvare avhandlingens problemstilling. I kapittel 4 skal den ene delen av lovgivers formål undersøkes. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1 med tilhørende praksis fra EMD må analyseres for å avklare hvilke menneskerettslige krav som stilles til siktedes rettssikkerhet. Deretter vil det følge en vurdering av om utvalgte regler i avhørsordningen er i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet. I kapittel 5 vil den andre delen av lovgivers formål undersøkes, utvalgte bestemmelser vil benyttes for å vurdere om avhørsordningen gir barn et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep og styrker barns rettssikkerhet. Før jeg går i gang med presentasjon av prinsippene skal det redegjøres for metodiske forhold og utfordringer knyttet til avhandlingens tema.

1.5 Metode og rettskilder

Formålet med avhandlingen er å undersøke om sentrale regler for avhørsordningen oppfyller et uttalt formål fra lovgiver. Undersøkelsen medfører at menneskerettslige regler og straffeprosessuelle prinsipper må vurderes. Når det gjelder siktedes rettssikkerhet er det nødvendig å avklare hvilke menneskerettslige krav som følger av gjeldende rett. I så måte er avhandlingen rettsdogmatisk.⁴¹ Undersøkelsen av om reglene faktisk gir barn et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep har i større grad preg av kritisk analyse. Avhandlingens problemstilling vil gi grunnlag for å vurdere om det er nødvendig med endringer i utvalgte rettsregler, såkalte *de lege ferenda*-vurderinger.

Som nevnt i punkt 1.1. har departementet foretatt en vurdering av om ordningen er i tråd med våre internasjonale forpliktelser, forarbeidene er derfor av særlig relevans for avhandlingens problemstilling. Forarbeidene har også stor vekt ved tolkningen av de utvalgte bestemmelsene som skal presenteres i kapittel 3.⁴² Det er i den forbindelse grunn til å bemerke at forarbeidene bygger på tre rapporter, som kan utdype forarbeidene og gi bedre grunnlag for å forstå

⁴¹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «*Rett og rettsanvendelse*» Oslo 2018, s. 25 om rettsdogmatisk metode.

⁴² Nils Nygaard, «*Rettsgrunnlag og standpunkt*», 2. utgave Oslo 2004 s. 196

lovgivers intensjon ved lovendringen.⁴³ Samtidig med lovendringen i 2015 ble det fastsatt en ny forskrift for tilrettelagt avhør.⁴⁴ Forskrifter utgjør en del av lovgivningsprosessen og må derfor anses som autoritative rettskilder som bygger på lovgivningsmyndighet.⁴⁵ Forskrifter har imidlertid ikke samme tyngde som lovforarbeider.⁴⁶ Ved fremstilling av gjeldende rett vil lovtekst være den primære rettskilde. Forskrift brukes i den grad det er nødvendig for å klarlegge lovteksten.

I lys av avhandlingens tema er det noen metodiske utfordringer som krever nærmere omtale. I det følgende skal redegjøre for tolkningen av internasjonale menneskerettskonvensjoner og forholdet mellom Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter.

1.6 Tolkningen av internasjonale konvensjoner

Utgangspunktet for tolkningen av internasjonale konvensjoner er Wienkonvensjonen om traktatretten hvor det i art. 31. nr. 1 heter at traktater skal tolkes «(...) in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the lights of its object and purpose.»⁴⁷ Internasjonale menneskerettskonvensjoner som rettskilde ved behandling av straffeprosessuelle spørsmål kan skape noen metodiske utfordringer. Det har sammenheng med at ordlyden i de internasjonale konvensjonene ofte er vag og kortfattet.

Særskilt for EMK er rettskildeprodusenten EMD som har det siste ordet ved tolkningen av EMK.⁴⁸ Det er på det rene at avgjørelser fra EMD er rettslig bindende for Norge og har stor vekt som rettskilde ved tolkningen av EMK.⁴⁹ Som nevnt i punkt 1.1 kan avgjørelser fra EMD medføre at norske regler må justeres for å være i tråd med EMK. Det har sammenheng med at EMK oppfattes som «(...) a living instrument which (...), must be interpreted in the light of

⁴³ Justis- og politidepartementet og Domstolsadministrasjonen, «*Dommeravhør og observasjon av barn*» 2004. Politi-høgskolen, «*Barnehusevalueringen delrapport 1/2012*». Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring «*Barnehusevalueringen delrapport 2/2012*». Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker*» 2012.

⁴⁴ Forskrift 24. september 2015 nr. 1098 om avhør av barn og andre særlige sårbare fornærmede og vitner (tilrettelagt avhør).

⁴⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, «*Rett og rettsanvendelse*» Oslo 2018 s. 39. Nils Nygaard, «*Rettsgrunnlag og standpunkt*» 2. utgave Oslo 2004 s. 44-45.

⁴⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, «*Rett og rettsanvendelse*» Oslo 2018 s. 75.

⁴⁷ Wien-konvensjonen om traktatretten 23. mai 1969.

⁴⁸ Jon Petter Rui, «*EMK-retten frem mot 2020*» Tidsskrift for strafferett 4/2010 s. 365-382 (s. 366).

⁴⁹ EMK art. 46 og artikkel 1 sammenholdt med artiklene 19, 32 og 44.

present-day conditions.»⁵⁰ Den dynamiske tolkningsstil medfører at menneskerettighetene ses på som standarder som må tilpasses med tiden.⁵¹ Den dynamisk tolkningsstil er nødvendig for å oppnå formålet med de internasjonale menneskerettighetene, de skal være praktiske og effektive.⁵² EMD legger stor vekt på tidligere avgjørelser, og skiller ikke mellom *ratio decidendi* og *obiter dicta*.⁵³ Det er i den forbindelse grunn til å bemerke at EMD ved bruk av tidligere avgjørelser legger vekt på om det finnes relevante forskjeller mellom sakene.⁵⁴

Når norske rettsanvendere skal tolke EMK må den metode som følges av EMD benyttes.⁵⁵ Norske domstoler skal likevel ikke tolke EMK like dynamiske som EMD.⁵⁶ Når norske domstoler skal tolke EMK må de forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.⁵⁷ Høyesterett har uttalt at det ikke skal bygges inn noen sikkerhetsmargin mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.⁵⁸ Høyesterett omtaler rettskildepriussene som skal anvendes ved tolkningen av EMK under fellesbetegnelsen selvstendig tolkning.⁵⁹ Tradisjonelle norske verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning kan vektlegges innenfor den metode som gjelder for tolkningen av EMK. At EMD tilkjenner nasjonale myndigheter en skjønnsmargin betyr enten at EMD er tilbakeholden med å overprøve nasjonale myndigheters standpunkt, tiltak eller vurderinger fullt ut, eller at nasjonale myndigheter gis en materiell skjønnsfrihet når to konkurrerende interesser kommer i konflikt med hverandre.⁶⁰ Det er flere forhold som tilsier at EMD må vise tilbakeholdenhet.⁶¹ EMD må for det første forholde seg til subsidiaritetsprinsippet.⁶² Det følger av prinsippet at det i første rekke er opp til nasjonale myndigheter å sikre retten til en

⁵⁰ *Tyrer mot Storbritannia* (1978) avsnitt 31.

⁵¹ Njål Høstmælingen, «Internasjonale menneskerettigheter», 2. utgave, Oslo 2012 s. 95.

⁵² Se fortalen til EMK og *Christine Goodwin mot Storbritannia* (2002) avsnitt 74.

⁵³ Rt-2002-557 s. 566. Se også Hans Petter Graver, «Internasjonale konvensjoner som rettskilde» Lov og rett nr. 8/2003 Volum 42 s. 468-489 (s. 481).

⁵⁴ Rt-2002-557 s. 579-580. Se også Hans Petter Graver, «Internasjonale konvensjoner som rettskilde» Lov og rett nr. 8/2003 Volum 42 s. 468-489 (s. 481).

⁵⁵ HR-2005-1014-A avsnitt 45. Tidligere plenumssaker har uttalt seg lignende se blant annet HR-2000-30-B s. 1006-1008 og HR-2001-1527-B s. 565 og 573.

⁵⁶ HR-2000-30-B s. 1008

⁵⁷ HR-2000-30-B s. 1007.

⁵⁸ HR-2000-30-B s. 1008.

⁵⁹ HR-2005-1014-A avsnitt 45. Jon Petter Rui, «EMK-retten frem mot 2020» Tidsskrift for strafferett 4/2010 s. 365-382 (s. 375.)

⁶⁰ Silje Holten, «Har den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmargin i retning av en mer prosessuell kontroll?», *Jussens venner* 2/2018 vol. 53 s. 112-136 (s. 114).

⁶¹ Jon Petter Rui, «Retten til en rettfærdig rettergang i straffesaker anno 2017», *Jussens venner* 3/2017 volum 52 s. 123-184 (s. 127).

⁶² Prinsippet kommer til uttrykk i EMK art 1, 13, 19 og 35.

rettferdig rettergang.⁶³ For det andre er nasjonale myndigheter i prinsippet bedre plassert enn EMD til å vurdere lokale behov og forhold.⁶⁴ Statene har som primær oppgave å sikre konvensjonsrettighetene og EMD skal utøve en subsidiær og internasjonal kontroll.⁶⁵ EMD skal kun gripe inn hvis nasjonale myndigheter har sviktet.⁶⁶ I lys av avhandlingens tema er det verdt å bemerke at rettergangskrav ved ileggelse av straff er en klassisk menneskerettighet hvor nasjonale myndigheter kun har en smal skjønnsmargin.⁶⁷

Når det gjelder EMK på straffeprosessens område gir konvensjonen i første rekke regler som gjelder den anklagedes eller domfeltes rettigheter. EMK gir likevel regler som skal sikre at barn blir beskyttet mot vold og seksuelle overgrep.⁶⁸ Barns rett til beskyttelse mot vold og seksuelle overgrep er imidlertid gitt et særskilt vern i BK og Lanzarotekonvensjonen.⁶⁹ Straffeprosessens regler om tilrettelagt avhør må søke å balansere menneskerettighetene til siktede og barn mot hverandre slik at avhørsordningen kan ivareta siktedes og barns menneskerettigheter.

1.7 Forholdet mellom Grunnlovens menneskerettigheter og internasjonale menneskerettigheter

Som nevnt i punkt 1.1 følger sentrale menneskerettigheter i lys av avhandlingens tema også av Grunnloven.⁷⁰ Forholdet mellom rettighetene i Grunnloven og de internasjonale menneskerettighetene er derfor viktig for å fastslå menneskerettighetens stilling i norsk rett.⁷¹

Grunnlovens menneskerettigheter er inspirert av internasjonale konvensjoner og ved tolkning av Grunnlovens menneskerettigheter er det nærliggende å se hen til parallelle bestemmelser i konvensjonene.⁷² I rapporten fra Menneskerettighetsutvalget fremgår det at «Grunnlovens

⁶³ Jon Petter Rui, «Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017», Jussens venner 3/2017 Volum 52 s. 123-184 (s. 127).

⁶⁴ S.A.S. v. Frankrike (2014) avsnitt 129.

⁶⁵ EMK art 1, 13, 19 og 35 nr. 1.

⁶⁶ Jon Petter Rui, «Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017», Jussens venner 3/2017 Volum 52 s. 123-184 (s. 127).

⁶⁷ Jørgen All, «Rettsstat og menneskerettigheter», Bergen 2018 s. 431.

⁶⁸ Se EMK art. 8 nr. 1.

⁶⁹ BK art. 19 nr.1 og Lanzarotekonvensjonen art. 4.

⁷⁰ Grl. § 95 første ledd andre punktum og § 104 tredje ledd første punktum.

⁷¹ Tor-Inge Harbo, «Grunnlovens autonomi: om forholdet mellom nasjonale og internasjonale menneskerettigheter», Lov og rett nr. 9/2018 s. 537-557 (s. 543)

⁷² Dok. nr.16 (2011-2012) s. 42 og 90. HR-2014-2472-A avsnitt 14.

menneskerettighetsbestemmelser i fremtiden må tolkes i lys av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og praksis knyttet til disse.»⁷³ Det fremgår videre at «[f]or flere av bestemmelsene som utvalget foreslår grunnlovsfestet, finnes mer detaljerte formuleringen i konvensjonen. Disse vil naturlig nok bidra til å kaste lys over forståelse av Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»⁷⁴ Høyesterett har fulgt opp denne tilnærmingen og uttalt at «[j]eg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkning som ved tolkning av de parallelle konvensjonsbestemmelsene (...)»⁷⁵ Det er på det rene at det er Høyesterett som har ansvaret for å tolke og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.⁷⁶

Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 ble det konstitusjonelt forankret i grl. § 92 at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Ordlyden i grl. § 92 sidestiller plikten til å sikre og respektere Grunnlovens egne menneskerettigheter med plikten til å sikre og respektere menneskerettigheter i konvensjoner som Norge er part i. Utgangspunktet er at Grunnloven er *lex superior* og går dermed foran regler av lavere rang.⁷⁷ Bestemmelsen medførte derfor diskusjoner om hvorvidt noen de internasjonale menneskerettskonvensjonene hadde fått grunnlovs trinnhøyde. I 2016 la Høyesterett i plenum til grunn at «Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.»⁷⁸ Det er dermed avklart at internasjonale menneskerettigheter som er gjennomført på lovs nivå i menneskerettsloven har lavere trinnhøyde enn Grunnlovens parallelle bestemmelser. I lys av avhandlingens tema er det grunn til å bemerke at retten til en rettferdig rettergang i EMK og barns rett til vern mot vold og seksuelle overgrep i BK har lavere trinnhøyde enn Grunnlovens parallelle bestemmelser.⁷⁹ Det er i den forbindelse grunn til å påpeke at eldre internasjonal tolkningspraksis likevel har en form for prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkning, i den grad praksisen gir uttrykk for hvordan parallelle folkerettsregler

⁷³ Dok. 16 (2011-2012) s. 90.

⁷⁴ Dok. 16 (2011-2012) s. 90.

⁷⁵ HR-2015-206-A avsnitt 57. Fulgt opp i HR-2016-2554-P avsnitt 81.

⁷⁶ HR-2015-206-A avsnitt 57.

⁷⁷ Eivind Smith, «Konstitusjonelt demokrati» 3. utgave (Bergen 2014) s. 68, 70 og 105.

⁷⁸ HR-2016-2554-P avsnitt 68-70.

⁷⁹ MrI. § 2 nr. 1 og nr. 4.

skal forstås.⁸⁰ Retten til en rettferdig rettergang i EMK danner eksempelvis naturlig nok utgangspunktet for grunnlovstolkningen.⁸¹

At grunnlovens menneskerettigheter er *lex superior* medfører at de kan tolkes uten støtte i praksis fra internasjonale håndhevingsorganer.⁸² HR-2014-1045-A er illustrerende. Flertallet tolket her Grunnloven § 95 om retten til en rettferdig rettergang på selvstendig grunnlag og ga rettigheten innhold som ikke følger direkte av EMDs praksis vedrørende EMK art. 6.⁸³

I forarbeidet til grunnlovsendringen fremgår det at prinsippet om en rettferdig rettergang skal benyttes som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning.⁸⁴ Videre fremgår det at «[i] den grad man står ovenfor flere plausible tolkningsalternativer ved fortolkningen av lov eller forskrift, vil domstoler og forvaltning normalt måtte legge til grunn det alternativ som i størst mulig grad ivaretar prinsippet om at rettergangen skal være rettferdig.»⁸⁵ I en avgjørelse fra 2014 uttalte Høyesterett følgende om retten til en rettferdig rettergang;

«Jeg legger til grunn at retten til en rettferdig rettergang i Grl. § 95 første ledd er en selvstendig rettsnorm, hvor innholdet må fastlegges «i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området», (...). Og ved «den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette område, særlig praksis fra EMD»»⁸⁶

I en avgjørelse fra 2018 uttalte Høyesterett at «[p]rinsippet i Grunnloven § 95 vil prege tolkningen av annen lovgivning, (...). Dette medfører at «straffeprosesslovens mer detaljerte regler alltid må avstemmes med det overordnede kravet om at rettergangen skal være rettferdig», (...).»⁸⁷ Norske domstoler må følgelig alltid vurdere om avspilling av tilrettelagte avhør er i tråd med retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven.⁸⁸ Ved løsningen av

⁸⁰ Arnfinn Bårdsen, «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014» Jussens venner 1/2017 s. 1-44 (s. 11).

⁸¹ Dok. 16 (2011-2012) s. 89-90.

⁸² Jens Edvin A. Skoghøy, «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», Lov og rett nr.4/2015 s. 195-196 (s. 196)

⁸³ HR-2014-2151-A avsnitt 40-45.

⁸⁴ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 121.

⁸⁵ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 121.

⁸⁶ HR-2014-2472-A avsnitt 21 med videre henvisninger.

⁸⁷ HR-2018-1909-A avsnitt 29 med videre henvisning.

⁸⁸ Jørgen All, «Rettsstat og menneskerettigheter» 5. utgave (Bergen 2018) s. 521.

spørsmål hvor retten til en rettferdig rettergang aktualiseres er det begrenset hva ordlyden i Grunnloven § 95 og EMK art. 6 nr.1 kan bidra med.⁸⁹ Det nærmere innholdet i retten til en rettferdig rettergang må derfor først og fremst fastlegges på grunnlag av forarbeidene, allmenne rettsstatsidealer og praksis ved internasjonale domstoler, og da hovedsakelig praksis fra EMD.⁹⁰ Selv om EMK formelt ikke likestilles med Grunnloven oppstiller konvensjonen rettigheter som på mange områder er mer vidtrekkende, og dermed reelt i større grad legger bånd på statens myndigheter.⁹¹ EMK slik rettighetene presiseres av EMD, vil derfor spille en viktig rolle ved tolkningen av tilsvarende grunnlovsbestemmelser. EMDs presisering av kravet til en rettferdig rettergang er dermed relevant for tolkningen av retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95.

Det er verdt å bemerke at grunnlovenes menneskerettigheter etter sin ordlyd fremstår som absolutte.⁹² Høyesterett har imidlertid uttalt at flere av dem er relative, altså at det *kan* gripes inn i menneskerettighetene på visse vilkår. Som et gjennomgående krav har Høyesterett fremholdt at inngrep i en grunnlovsrettighet, for å være konvensjonsmessig, må ha *hjemmel i lov*, må forfølge et *legitimt formål* og være *forholdsmessig*.⁹³ Høyesterett er tydelig inspirert av EMD som har samme krav for at et inngrep i menneskerettighetene skal være konvensjonsmessig.⁹⁴

Internasjonale menneskerettigheter kan potensielt være i konflikt med/gi svakere rettigheter enn Grunnloven. Som HR-2014-1045-A viste kan retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 rekke lengere enn de folkerettslige forbildene. Høyesterett har ikke behandlet avspilling av tilrettelagt avhør og forholdet til Grunnloven § 95 om retten til en rettferdig rettergang. Praksis fra EMD gir imidlertid omfattende og detaljert veiledning ved spørsmål om opplesning og avspilling av tidligere forklaringer.⁹⁵ EMD har i et stort antall saker avsagt avgjørelser som har presisert og utviklet kravet til en rettferdig rettergang.⁹⁶ Retten til en rettferdig rettergang i EMK er langt mer utpenslet som følge av at EMD avsier

⁸⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, «*Rett og rettsanvendelse*» Oslo 2018 s. 72.

⁹⁰ Jens Edvin A. Skoghøy, «*Rett og rettsanvendelse*» Oslo 2018 s. 72.

⁹¹ Jørgen All, «*Rettsstat og menneskerettigheter*», 2018 5. utgave, s. 24.

⁹² Se f.eks. grl. § 95 og § 104.

⁹³ HR-2014-2288-A avsnitt 28, HR-2015-206-A avsnitt 60, HR-2016-2554-P avsnitt 82.

⁹⁴ Jon Petter Rui, «*Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*», Jussens venner 2017 vol 52 s. 123-184 (s 155-156).

⁹⁵ F.eks. Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) og *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015).

⁹⁶ Jon Petter Rui, «*Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*», Jussens venner vol 52. s. 123-184 (s. 125).

dommer hvor konvensjonen fortolkes og utvikles.⁹⁷ I avhandlingen tas derfor utgangspunkt i EMK og EMDs praksis for å fastslå innholdet i retten til en rettferdig rettergang. Det er grunn til å bemerke at retten til en rettferdig rettergang også er forankret i konvensjonen fra 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14. Det legges til grunn at vurderingen etter SP og EMK i all hovedsak er sammenfallende.⁹⁸

2 Grunnleggende rettsprinsipper og hensyn ved avhør av barn

2.1 Innledende om prinsippene

Formålet med kapittel 2 er å redegjøre for grunnleggende rettsprinsipper og hensyn som er sentrale for avhandlingens tema. Redegjørelsen er nødvendig da prinsipper har spilt en sentral rolle ved utforming av reglene for tilrettelagt avhør.⁹⁹ Når det gjelder begrepet prinsipper kan det beskrives som uskrevne normer som ofte er mer generelle og vage enn vanlige rettsregler.¹⁰⁰ Det er i juridisk teori ikke en allmenn konsensus om hvilke straffeprosessuelle regler som bør klassifiseres som grunnprinsipper.¹⁰¹ Det er i den forbindelse verdt å bemerke at et grunnprinsipp ikke har større vekt eller høyere rang enn andre rettskilder kun i kraft av å være et grunnprinsipp.¹⁰² Grunnprinsippene er bindende, men kan i konkrete tilfeller bli oppveid av andre prinsipper.¹⁰³ Selv om et prinsipp kan være grunnleggende, for eksempel kontradiksjonsprinsippet, kan det i konkrete tilfeller måtte vike for andre hensyn. Det er grunn til å bemerke at selv om et prinsipp ikke får fullt gjennomslag, betyr det nødvendigvis ikke at det brytes.¹⁰⁴ Følgende rettsprinsipper og hensyn skal redegjøres for, rettssikkerhet, den

⁹⁷ Jørgen All, «*Rettsstat og menneskerettigheter*», 5. utgave 2018, s. 37.

⁹⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 26.

⁹⁹ Prop. 112 L (2014-2015).

¹⁰⁰ Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, «*Rettsystemer – Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*» 2. utgave, Oslo 1991 s. 117.

¹⁰¹ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» 2. utgave Bergen 2019 s. 30 med videre henvisninger til Rui og Kjelby.

¹⁰² Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*», Jussens venner 6/2014 s. 382-444 (s. 399). Se Jens Edvin A. Skoghøy «*Rett og rettsanvendelse*» Oslo 2018 s. 215 flg, Hans Petter Graver, «*I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*» Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 2/3 2006 s.189-221 (s. 196) og Nygaard, «*Rettsgrunnlag og standpunkt*» 2. utgave Bergen 2004 s. 261 om ulike tilnærminger til prinsipper.

¹⁰³ Robert, Alexy, «*A theory of constitutional rights*», Oxford 2002 s. 45-57.

¹⁰⁴ Hans Petter Graver, «*I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*» Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 2/3 2006 189-221 (s. 195)

materielle sannhet, bevisumiddelbarhet, retten til en rettferdig rettergang, kontradiksjon, herunder krysseksaminasjon og barnets beste.

2.2 Rettssikkerhet

Begrepet rettssikkerhet i straffeprosessen knytter seg først og fremst til et mål om at domstolene skal treffe materielt riktige avgjørelse. Straffeprosessloven inneholder en rekke prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som skal søke å oppnå dette målet. De straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantiene skal særlig søke å oppnå den viktige straffeprosessuell målsetningen om at uskyldige ikke skal straffes. Rettssikkerhetsgarantier er helt nødvendig for at siktede og samfunnet for øvrig skal ha tillit til straffeprosessen. I straffeprosessen kan rettssikkerhet sikres gjennom prosessuelle og personelle regler. Prosessuelle rettssikkerhetsgarantier skal søke å ivareta uavhengighet, objektivitet, saklighet, overprøving og kontroll.¹⁰⁵ Andre viktige prosessuelle rettssikkerhetsgarantier er innsyn og underretning.¹⁰⁶ Retten til en rettferdig rettergang er en sentral rettssikkerhetsgaranti.¹⁰⁷

Når det gjelder barns rettssikkerhet søker straffeprosessens regler om tilrettelagt avhør å sikre en effektiv etterforskning slik at reglene ikke er til hinder for barns vern mot vold og seksuelle overgrep. I avhandlingen vil begrepet rettssikkerhet brukes som et koblingsbegrep for hvilke verdier og prinsipper som bør ivaretas for straffeprosessens regler om tilrettelagte avhør.

2.3 Den materielle sannhets prinsipp

Rettssikkerhet skal søke å oppnå materielt riktige avgjørelser, den materielle sannhets prinsipp anses derfor som en bærebjelke i straffeprosessen.¹⁰⁸ Prinsippet går ut på at saksbehandlingsreglene for straffesaker må utformes slik at avgjørelser legger til grunn det som faktisk har skjedd.¹⁰⁹ Den materielle sannhets prinsipp er sentralt for å motvirke at ingen uskyldige blir straffet. Prinsippet skal virke tillitsvekkende for mistenkte og øvrige direkte og indirekte aktører i straffesaken.¹¹⁰ Det er verdt å bemerke at påtalemyndigheten har en særlig

¹⁰⁵ NOU 2009:15 s. 60.

¹⁰⁶ NOU 2009:15 s. 22.

¹⁰⁷ I punkt 2.4 i avhandlingen skal jeg redegjøre for retten til en rettferdig rettergang som overordnet prinsipp.

¹⁰⁸ HR-2007-1746-A avsnitt 38.

¹⁰⁹ Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*», Jussens venner 6/2014 s. 382-443 (s. 401).

¹¹⁰ Jorun Rui, «*Mistenktes innsyn i straffekaken, I spenningsfeltet mellom tillit og kontroll*» Oslo 2017 s. 129.

plikt til å klarlegge den materielle sannhet.¹¹¹ Plikten blir betegnet som påtalemyndighetens objektivitetsplikt og kommer blant annet til uttrykk i strpl. § 226 tredje ledd hvor det fremgår at «[e]r en bestemt person mistenkt, skal etterforskningen søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham.» Objektivitetsplikten skal søke å oppnå den materielle sannhet prinsipp og ikke minst sikre tillit til strafferettspleien.¹¹² For at påtalemyndigheten skal søke å oppnå sin objektivitetsplikt er det viktig at siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon ivaretas.¹¹³

2.4 Rettferdig rettergang som overordnet prinsipp

Retten til en rettferdig rettergang regnes som et overordnet grunnprinsipp.¹¹⁴ Mange av rettighetene som inngår i en rettferdig rettergang er presisert og forklart i EMK art. 6 nr. 3. Sentrale rettigheter som inngår i en rettferdig rettergang er blant annet retten til å la seg representere av en advokat, retten til å bli kjent med anklagene mot seg, retten til å forsvare seg mot anklagene (kontradiksjon), retten til tilstrekkelig tid for å forberede sitt forsvar og retten til å føre og eksaminere vitner.¹¹⁵

At tiltalte får en rettferdig rettergang er blant annet viktig for å få frem flere sider av en sak, slik at ikke myndighetenes versjon er den eneste som blir hørt og lagt til grunn av domstolene.¹¹⁶ Videre er rettigheten sentral for å sikre at bare den som er skyldig etter loven, blir domfelt og straffet for den handlingen som er begått.¹¹⁷ En strafferettslig rettergang kan medføre at tiltalte blir dømt til straff, som er den sterkeste reaksjonen staten har til disposisjon overfor borgerne.¹¹⁸ For at straffen skal være legitim må rettergangen være rettferdig.¹¹⁹ Retten til en rettferdig rettergang skal sikre likebehandling og menneskeverd.¹²⁰ Det anses

¹¹¹ Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*», Jussens venner 6/2014 s. 382-443 (s. 402 og 430).

¹¹² Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*», 2. utgave Bergen 2019 s. 31.

¹¹³ NOU 2016:24 s. 281.

¹¹⁴ Njål Høstmælingen, «*Internasjonale menneskerettigheter*», Oslo 2012 s. 200. Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*», Jussens venner 6/2014 s. 382-443 (s. 408)

¹¹⁵ EMK art. 6 nr. 3 bokstav a-d.

¹¹⁶ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 121.

¹¹⁷ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 121.

¹¹⁸ Jon Petter Rui, «*Fra menneskerettighetsdomstolen*», Tidsskrift for strafferett 3/2018 s. 202-215 (s. 205).

¹¹⁹ Jon Petter Rui, «*Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*», Jussens venner vol 52 s. 123-184 (s. 124).

¹²⁰ Dok.16 (2011-2012) s. 60.

som sentrale verdier i vår rettsorden.¹²¹ Prinsippet om bevisumiddelbarhet er blant annet innfortolket i kravet til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1. Innholdet i en rettferdig rettergang når tilrettelagt avhør føres som bevis, skal det redegjøres for i kapittel 4.

2.5 Bevisumiddelbarhetsprinsippet

Bevisumiddelbarhetsprinsippet går ut på at alle bevis i en rettssak skal føres direkte for dømmende rett.¹²² Motsetningen til bevisumiddelbarhet er middelbar (indirekte) bevisførsel.¹²³ For eksempel kan en tidligere avgitt forklaringer på visse vilkår leses opp eller spilles av under hovedforhandling.¹²⁴ Det rettslige utgangspunkt under hovedforhandling er imidlertid bevisumiddelbarhetsprinsippet.¹²⁵ Det kommer blant annet til uttrykk i strpl. § 296 første ledd som fastsetter at «[v]itner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandling såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det.» Hva gjelder vitneforklaringer er de velegnet for umiddelbar bevisførsel.¹²⁶ Den klare hovedregelen i norsk straffeprosess er derfor at både vitner og tiltalte skal forklare seg muntlig under hovedforhandlingen.¹²⁷ Straffeprosessloven har imidlertid gjort unntak fra hovedregelen når vitnet er et barn. At vitnet er et barn kan etter strpl. § 296 første ledd anses som «særegne forhold», som tilsier at vitnet ikke kan avhøres muntlig under hovedforhandlingen.¹²⁸ Utgangspunktet om bevisumiddelbarhetsprinsippet er ikke absolutt og i enkelte tilfeller aksepteres middelbar bevisførsel. Straffeprosessloven har flere regler som aksepterer unntak fra prinsippet om bevisumiddelbarhet.¹²⁹ Praksis fra EMD har imidlertid vist at det er grunn til å være kritisk til unntakene i noen situasjoner.¹³⁰

¹²¹ Fortalen til FNs menneskerettserklæring (Universal Declaration of Human Rights, Verdenserklæringen) og EMKs fortale.

¹²² Jon Petter Rui, «Straffeprosessen i perspektiv», Jussens venner 6/2014 s. 382-444 (s. 423).

¹²³ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess», 2. utgave Bergen 2019 s. 345.

¹²⁴ Strpl. §§ 296, 297 og 298.

¹²⁵ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess», 2. utgave Bergen 2019 s. 346.

¹²⁶ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess», 2. utgave Bergen 2019 s. 346.

¹²⁷ Strpl. § 278 første ledd.

¹²⁸ Se henvisning til strpl. § 298 (avspilling av tilrettelagt avhør under hovedforhandling) i note nr. 2 i strpl. § 296.

¹²⁹ Strpl. §§ 290, 296 andre ledd og 297.

¹³⁰ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) og *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015). Jørgen All, «Rettsstat og menneskerettigheter» 5. utgave Bergen 2018, s. 507.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet som utgangspunkt har blant annet sin begrunnelse i at retten sikres det beste grunnlaget for å vurdere bevisets verdi.¹³¹ Når det gjelder vitneforklaringer gir bevisumiddelbarhet det beste grunnlaget for å vurdere påliteligheten og troverdigheten til den som forklarer seg.¹³² Bevisumiddelbarhet og muntlighet har en slik funksjon bl.a. fordi det å møte i retten å forklare seg gjør at dommeren kan danne seg et inntrykk av hvordan vedkommende ser ut når han forklarer seg. Et velkjent uttrykk er «*papir rødmer ikke*».¹³³ At dommeren kan iaktta vedkommende har en verdi i seg selv.¹³⁴ Bevisumiddelbarhet og muntlighet legger dessuten til rette for den beste formen for kontradiksjon omkring vitneforklaringer, *krysseksaminasjon*.¹³⁵

2.6 Kontradiksjon og krysseksaminasjon

Innholdet i kontradiksjonsprinsippet innebærer at partene skal ha adgang til å uttale seg om saken, til å gjøre seg kjent med det motparten anfører, til å kommentere hverandres anførsler og bevis, samt fremsette motanførsler og motbevis før det avsies dom.¹³⁶ Prinsippet anses som en grunnsetning i vår prosessordning.¹³⁷ Kontradiksjonsprinsippet inngår i kravet til en rettferdig rettergang som følger av grl. § 95 første ledd annet punktum.¹³⁸ Prinsippet er også innfortolket i kravet om at ingen kan «straffes uten etter dom» i grl. § 96 første ledd.¹³⁹ Sistnevnte skal søke å oppnå straffeprosessens målsetning om at ingen uskyldige skal straffes.¹⁴⁰ Det kontradiktoriske prinsipp er derfor viktig for å søke å oppnå at avgjørelser blir materielt riktige.¹⁴¹ Retten til kontradiksjon følger også av bestemmelser i straffeprosessloven.¹⁴² I strpl. § 135 første ledd første punktum heter det at «[h]ver part avhører de vitner som er innkalt etter hans begjæring.» Bestemmelsen gir en rett til å krysseksaminere vitner som forklarer seg under et rettsmøte. Krysseksaminasjon av vitner etter strpl. § 135 første ledd første punktum avhenger dermed av om bevisføringen er

¹³¹ Jorun Rui, «*Mistenktes innsyn i straffesaken, I spenningsfeltet mellom tillit og kontroll*», Oslo 2017 s. 138.

¹³² Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*», 2. utgave Bergen 2019 s. 346.

¹³³ Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*», Jussens venner 6/2014 s. 382-444 (s. 425).

¹³⁴ Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*», Jussens venner 6/2014 s. 382-444 (s. 425).

¹³⁵ Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*», Jussens venner 6/2014 s. 382-444 (s. 425).

¹³⁶ Jon Gisle, «*Jusleksikon*» 4. utgave Oslo 2010 s. 80.

¹³⁷ Rt-1990-8 s. 12.

¹³⁸ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 118.

¹³⁹ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 126. Se også NOU 2016:24 s. 140.

¹⁴⁰ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*», 2. utgave Bergen 2019 s. 30.

¹⁴¹ Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*» Jussens venner 6/2014 s. 382-442 (s. 411).

¹⁴² Se blant annet strpl. §§ 92 første ledd og 303.

umiddelbar.¹⁴³ Kontradiksjonsprinsippet er også innfortolket i kravet om en rettfærdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1.¹⁴⁴

Krysseksaminasjon gir forsvaret anledning til å korrigere informasjon fra vitner ved å stille kritiske spørsmål, og på den måten rokke ved en forklaring som ellers kan felle den tiltalte.¹⁴⁵ Dermed kan krysseksaminasjon bidra til å oppnå et materielt riktig resultat. Muligheten å stille kritiske spørsmål og påpeke svakheter ved opplesing eller avspilling av avhør gir ikke samme mulighet til å korrigere informasjon fra vitner som krysseksaminasjon. Bevisumiddelbarhet er en forutsetning for at krysseksaminasjon kan finne sted under hovedforhandling. Når det gjelder tilrettelagt avhør er hovedregelen som nevnt i punkt 1.1. at videoptak trer i stedet for barnets personlige forklaring under hovedforhandling.¹⁴⁶ Det medfører at retten til krysseksaminasjon begrenses.

Hva gjelder kontradiksjonsprinsippet er det verdt å bemerke at det gjelder uavhengig av hvilken part i saken som vil benytte seg av rettigheten, men siktedes rett til kontradiksjon står i en særstilling. For det første skal rettighetene ivareta siktedes rettssikkerhet.¹⁴⁷ Kontradiksjon og krysseksaminasjon skal sikre at dommeren får det beste grunnlaget for å treffe en materielt riktig avgjørelse. Rettighetene er således viktig for å sikre at siktede og samfunnet forøvrig har tillit til strafferettspleien.¹⁴⁸ Når det gjelder krysseksaminasjon kan fravær av muligheten til å stille spørsmål til vitnet medføre at forklaringen fremstår som mer pålitelig og personen som mer troverdig enn det er grunnlag for.¹⁴⁹ Det kan medføre en risiko for at uskyldige dømmes.¹⁵⁰ For det andre er siktedes rett til kontradiksjon folkerettslig forankret. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d gir siktede to rettigheter, retten til krysseksaminasjon av aktorats vitner og anklagedes egen likeverdige rett til vitneførsel. Bestemmelsen er et utslag

¹⁴³ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*», 2. utgave Bergen 2019 s. 428.

¹⁴⁴ Leas mot Estland (2012) avsnitt 77.

¹⁴⁵ Jørgen All, «*Prosessuelle garantier og forholdsmessighet*» Jussens venner vol. 48 s. 227-258 (s. 245).

¹⁴⁶ Strpl. § 298 første ledd første punktum.

¹⁴⁷ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» 2. utgave Bergen 2019 s. 427. Se også NOU 2016:24 s. 282.

¹⁴⁸ Ørnulf Øyen, «*Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet*» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 168).

¹⁴⁹ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» 2. utgave Bergen 2019 s. 427. Ørnulf Øyen, «*Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet*» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 168).

¹⁵⁰ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» 2. utgave Bergen 2019 s. 427. Ørnulf Øyen, «*Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet*» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 168).

av partslikhetsprinsippet.¹⁵¹ Retten til krysseksaminasjon i EMK art. 6 nr. 3 d kan dermed ses på som en rettighet som skal søke å oppnå partslikhet.¹⁵²

Om betydningen av retten til krysseksaminasjon har EMD uttalt at;

«(...) Moreover, unsworn statements by witnesses who cannot be examined often appear on their face to be cogent and compelling and it is, (...) “seductively easy” to conclude that there can be no answer to the case against the defendant(...) Experience shows that the *reliability of evidence, including evidence which appears cogent and convincing, may look very different when subjected to a searching examination(...)*»¹⁵³(mine uthevinger)

Retten til kontradiksjon og krysseksaminasjon er viktig for at siktede skal oppleve rettergangen som rettferdig. Rettighetene reduserer også faren for at avgjørelsen baseres på et uriktig faktum. Det skyldes at siktede som oftest er kjent med forholdet og har opplysninger som kan være av betydning for vitnets troverdighet.¹⁵⁴ Høyesterett har uttalt at tiltaltes rett til å eksaminere vitner er en sentral rettssikkerhetsgaranti.¹⁵⁵ Retten til krysseksaminasjon må likevel tåle begrensninger av hensyn til andre konvensjonsrettigheter.¹⁵⁶ For eksempel kan det bli tale om begrensninger i anklagedes rett til krysseksaminasjon av hensyn barnets rettigheter. Siktetes rettssikkerhet tilsier isolert at siktede bør ha rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon både på etterforskningsstadiet og irettføringsstadiet.¹⁵⁷ Straffeprosessens målsetningen om en effektiv og kostnadseffektiv straffeforfølgning medfører imidlertid at retten til kontradiksjon og krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet må begrenses.¹⁵⁸

Det er verdt å bemerke at dersom hensynet til en effektiv rettergang kommer i konflikt med rettssikkerhetshensyn bygger straffeprosessen på en klar forutsetning, at hensynet til rettssikkerheten skal gå foran.¹⁵⁹ Kontradiksjonsprinsippet setter skranker for hvor effektiv en

¹⁵¹ HR-2003-1098 avsnitt 18. Se Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*» Jussens venner 6/2016 s. 382-443 (s. 429) for partslikhetsprinsippet.

¹⁵² Jon Petter Rui, «*Straffeprosessen i perspektiv*» Jussens venner 6/2014 s. 382-443 (s. 429).

¹⁵³ Al-Khawaja mot Storbritannia (2011) avsnitt 142.

¹⁵⁴ Magnus Matningsdal, «*Siktetes rett til å eksaminere vitner*», (Bergen 2007) s. 15-16.

¹⁵⁵ HR-1994-153-B s. 1326.

¹⁵⁶ Jørgen All, «*Rettsstat og menneskerettigheter*» 5. utgave Bergen 2018 s. 507.

¹⁵⁷ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*», 2. utgave Bergen 2019 s. 428.

¹⁵⁸ Jorun Rui, «*Mistenktes innsyn i straffekaken, I spenningsfeltet mellom tillit og kontroll*» Oslo 2017 s. 129.

¹⁵⁹ Steinar Fredriksen, «*Innføring i straffeprosess*», 4. utgave Oslo 2018 s. 18.

straffeprosess kan være.¹⁶⁰ Siden kontradiksjonsprinsippet er forankret i rettssikkerhetshensyn kan effektivitetshensyn sjeldent medføre begrensninger i kontradiksjonsadgangen.¹⁶¹

2.7 Barnets beste

Siden tilrettelagt avhør omfatter barn må deres rettigheter og barnets beste søkes ivaretatt. Barnets beste er forankret i BK art. 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd. Den rettslige betydningen av barnets beste er først og fremst som tolkningsmoment, men også som skranke mot lover som overser barnets interesser.¹⁶² Barnekonvensjonen og Grunnloven stiller to hovedkrav til anvendelsen av barnets beste.¹⁶³ Det første er at det må undersøkes, vurderes og tas stilling til hva som er til det beste for barnet, jf. ordlyden «barnets beste». Vurderingen dreier seg om innholdet i hva som konkret er til det enkelte barns beste.¹⁶⁴ Det andre hovedkravet som følger av barnets beste etter Grunnloven og BK er at barnets beste skal tillegges vekt som et «grunnleggende hensyn» i vurderinger hvor eventuelle andre hensyn må avveies mot barnets beste.¹⁶⁵ Når det gjelder reglene for avhørsordningen tilrettelagt avhør må det vurderes hva som generelt er til barnets beste. Det er i den forbindelse verdt å bemerke at i strafferettspleien er det andre hensyn som står særlig sterkt og som må balanseres mot hensynet til barnets beste.

3 Presentasjon av utvalgte regler for avhørsordningen tilrettelagt avhør

3.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg gi en oversikt over utvalgte bestemmelser i regelsettet for tilrettede avhør. Reglene om tilrettede avhør fremgår av strpl. §§ 234, 239 til 239f, 298, samt forskrift om avhør av barn og andre særlige sårbare fornærmede og vitner.¹⁶⁶ Reglene som skal presenteres i dette kapittelet er valgt ut i lys av avhandlingens problemstilling, om

¹⁶⁰ Ståle Eskeland, «Strafferett» 5. utgave ved Alf Petter Høgberg Oslo 2018 s. 545.

¹⁶¹ Jon Petter Rui, «Straffeprosessen i perspektiv», Jussens venner 6/2014 s. 382-442 (s. 411).

¹⁶² Kirsten Sandberg, «Grunnlovfesting av barns rettigheter» Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 1/2012 årgang 10 s. 5.

¹⁶³ Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red), «Rettigheter i velferdsstaten» Oslo 2016 s. 58.

¹⁶⁴ Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red), «Rettigheter i velferdsstaten» Oslo 2016 s. 58.

¹⁶⁵ Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red), «Rettigheter i velferdsstaten» Oslo 2016 s. 58.

¹⁶⁶ Forskrift 24. september 2015 nr. 1098.

formålet med lovendringen i 2015 oppnås. Først og fremst har jeg valgt å trekke frem bestemmelser som er særlig relevant å vurdere opp mot de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet. For det andre vil bestemmelser som er hensiktsmessig å vurdere i relasjon til barn rettssikkerhet og vern mot vold og seksuelle overgrep presenteres. Kapittel 3 er strukturert slik at jeg først vil ta for meg det materielle virkeområdet for tilrettelagte avhør, deretter kompetanserettslige regler og til sist prosessuelle regler.

3.2 Det materielle virkeområdet for avhørsordningen

Tilrettelagte avhør gjelder for en begrenset målgruppe. Straffeprosessloven § 239 differensierer mellom saker der det *skal* tas tilrettelagt avhør, og saker der det *kan* tas slike avhør. Hvis tilrettelagt avhør *skal* benyttes er minstekravet at vitnet er under 16 år og det er mistanke om overtredelse av en av bestemmelsene i straffeloven om seksuallovbrudd eller kroppsskade, drap, mishandling i nære relasjoner og kjønnslemlestelse.¹⁶⁷ Fornærmede omfattes av ordlyden «vitne» i strpl. § 239, det fremgår uttrykkelig av forskriften om tilrettelagt avhør § 1 siste punktum. Fornærmede anses som vitne i sin egen sak.

Påtalemyndigheten har en skjønsmessig adgang til å gjennomføre tilrettelagt avhør i andre tilfeller enn de som nevnt ovenfor jf. ordlyden «kan» i strpl. § 239 andre ledd første punktum. Minstekravet er da at vitnet er under 16 år og at hensynet til vitnet tilsier at tilrettelagt avhør må benyttes.¹⁶⁸ Riksadvokaten har i direktiver og retningslinjer for tilrettelagt avhør uttalt at sakstyper hvor bruk av tilrettelagt avhør ikke er obligatorisk, men hvor det likevel kan være særlig aktuelt er saker som gjelder ran, uaktsomt drap, kroppskrenkelser og brudd på bestemmelser i straffeloven kapittel 24 om vern av den personlige frihet og fred.¹⁶⁹ En naturlig følge av den skjønsmessige adgangen til å gjennomføre tilrettelagte avhør, tilsier at det vil gjennomføres tilrettelagte avhør ved de grove delikt av lovbruddene som fremgår av strpl. § 239 første ledd. Det støttes også av forarbeidene.¹⁷⁰ Den skjønsmessige adgangen til å benytte tilrettelagt avhør kan også brukes ved avhør av vitner mellom 16 og 18 år, og som avhøres som fornærmet i sak om overtredelse av de strafferettslige bestemmelsene om incest og seksuell omgang mellom andre nærstående.¹⁷¹ I praksis vil det trolig benyttes tilrettelagte

¹⁶⁷ Strpl. § 239 første ledd første punktum.

¹⁶⁸ Strpl. § 239 andre ledd første punktum

¹⁶⁹ Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør – direktiver og retningslinjer» 2015 under punkt 3.

¹⁷⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 107-108.

¹⁷¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) §§ 312, 313 og 314.

avhør ved nesten alle avhør av barn under 16 år. Tilfeller hvor det anses forholdsmessig at barn under 16 år møter og avgir personlig forklaring i en straffesak er trolig forbeholdt unntakstilfeller.

3.3 Kompetanserettslige krav for avhørsordningen

De kompetanserettslige krav som følger av avhørsordningen er særegne. Slike kompetanserettslige krav gjelder ikke for andre avhør som politiet tar. Gjennomføringen av tilrettelagte avhør ledes av en påtalejurist med utvidet påtalekompetanse.¹⁷² Selve avhøret tas av en politietterforsker som har bestått Politihøgskolens spesialutdanning i avhør av barn og ungdom.¹⁷³ Spesialutdanningen av etterforskere som gjennomfører tilrettelagt avhør er en følge av at det kreves en særskilt avhørsmetodikk for å avhøre barn. For det første er det svært utfordrende å sikre at barn forteller dersom de har blitt utsatt for vold og seksuelle overgrep.¹⁷⁴ For det andre kan feilinformasjon lett plantes hos barn dersom riktig avhørsteknikk ikke benyttes.¹⁷⁵

3.4 Prosessuelle regler for tilrettelagte avhør

3.4.1 Barns vitne- og forklaringsplikt

Utgangspunktet i norsk rett er at enhver har plikt til å møte og forklare seg ovenfor retten, med mindre annet er bestemt ved lov.¹⁷⁶ En naturlig språklig forståelse av ordlyden «enhver» i strpl. § 108 tilsier at barn omfattes. I straffeprosessloven § 122 første ledd første punktum er det gjort unntak fra forklaringsplikten for siktedes slektninger. Fritaksretten er begrunnet med den belastningen det kan være å måtte velge mellom å bidra til at slektninger blir straffet, eller å lyve.¹⁷⁷ Lovgiver har ved å gi siktedes slektninger fritak fra forklaringsplikten vektlagt hensynet til familierelasjoner foran hensynet til å få klarlagt den materielle sannhet.¹⁷⁸

¹⁷² Strpl. § 239 a først ledd første punktum.

¹⁷³ Strpl. § 239 a første ledd første punktum jf. forskrift 24. september 2015 nr. 1098 om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner (tilrettelagt avhør) § 4.

¹⁷⁴ Prop. 112 L (2014-2015) s. 78.

¹⁷⁵ Prop. 112 L (2014-2015) s. 78.

¹⁷⁶ Strpl. § 108.

¹⁷⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 84.

¹⁷⁸ Jon Petter Rui, «Straffeprosess i perspektiv» Jussens venner 6/2014 s. 382-444 (s. 397).

Fritaksretten gjelder imidlertid ikke for fornærmede eller vitner under 12 år.¹⁷⁹ Vitner under 12 år har dermed en plikt til å forklare seg, også der siktede er barnets slektning. Det er flere hensyn som begrunner at barn under 12 år ikke vernes at fritaksretten. Blant annet små barns evne til å foreta et overveid valg med hensyn til om fritaksretten skal benyttes eller ikke.¹⁸⁰ Et annet hensyn er at det kan være en tung belastning for barn å vite at de ved å forklare seg kan bidra til at en nærstående straffes.¹⁸¹ Etter lovgivers syn tilsier barnet beste at barn under 12 år bør slippe den lojalitetskonflikt det er å ta stilling til om man skal forklare seg eller ikke ovenfor nærstående.¹⁸² Barn over 12 år er også fritatt fra å forklare seg om spørsmål som kan utsette foreldrene deres for straff etter straffeprosessloven § 123 første ledd. Det gjelder imidlertid ikke dersom det gjennomføres tilrettelagte avhør av barn over 12 år.¹⁸³

Lovendringen i 2015 medførte at barns forklaringsplikt ble utvidet. Barn som er under 15 år og avhøres i saker hvor det skal gjennomføres tilrettelagt avhør har forklaringsplikt selv om siktede er nærstående.¹⁸⁴ I forarbeidene ble endringen begrunnet med at konsekvensen av at barn ikke forklarer seg kan innebære at saken ikke blir oppdaget slik at siktede fortsetter å begå overgrep.¹⁸⁵ Departementet viste i sin vurdering til at Norge er forpliktet etter BK art. 19 til å treffe egnede lovgivningsmessige tiltak for å beskytte barnet mot vold og seksuelle overgrep.¹⁸⁶ Det er verdt å bemerke at barn over 15 år er fritatt fra vitne- og forklaringsplikt i alle straffesaker dersom siktede er nærstående.¹⁸⁷

Som nevnt i punkt 3.2 har påtalemyndigheten en skjønnsmessig adgang til å gjennomføre tilrettelagt avhør i saker om *andre straffbare forhold*. Barn over 12 år som avhøres i andre straffbare forhold enn de som fremgår av strpl. § 239 første ledd og barn over 15 år omfattes av fritaksretten og må følgelig gjøres oppmerksom på sin fritaksrett før de blir avhørt.¹⁸⁸ Riksadvokaten har uttalt at retten til å gjøres kjent med fritaksretten gjelder uavhengig av den

¹⁷⁹ Strpl. § 122 første ledd tredje punktum.

¹⁸⁰ Ot.prp.nr. 11 (2007-2008) side 57.

¹⁸¹ Ot.prp.nr. 11 (2007-2008) s. 57.

¹⁸² Ot.prp.nr. 11 (2007-2008) side 57.

¹⁸³ Strpl. § 239 a andre ledd første punktum.

¹⁸⁴ Strpl. § 239 a andre ledd andre punktum.

¹⁸⁵ Prop. 112 L (2014-2015) s. 83.

¹⁸⁶ Prop. 112 L (2014-2015) s. 83.

¹⁸⁷ Strpl. §§ 239 andre ledd andre punktum jf. § 122 første ledd første punktum.

¹⁸⁸ Strpl. § 239 a andre ledd første og andre punktum, § 122 første ledd jf. § 235 første ledd.

nærstående sin formelle status på tidspunktet for avhøret.¹⁸⁹ Det er også i tråd med de hensyn som ligger bak fritaksretten.

3.4.2 Utsatt varsling av mistenkte

Når det gjelder varsling er hovedregelen at mistenkte ikke skal varsles når politiet ønsker å iverksette det første tilrettelagte avhøret av barnet.¹⁹⁰ Begrepet varsling forstås i denne forbindelse å informere den mistenkte om gjennomføring av tilrettelagt avhør. Selv om hovedregelen er utsatt varsling skal mistenkte likevel i noen tilfeller varsles. For det første skal mistenkte varsles dersom mistenkte allerede er siktet i saken og det anses «ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen».¹⁹¹ En naturlig språklig forståelse av ordlyden «ubetenkelig» tilsier en høy terskel. For det andre «[h]ar politiet skjellig grunn til å mistenke en navngitt person og det anses ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen at vedkommende varsles, skal politiet ta ut siktelse og varsle om avhøret.»¹⁹² Varsling om gjennomføring av tilrettelagt avhør avhenger etter lovens ordlyd av om vedkommende anses som siktet eller ikke.¹⁹³

Et praktisk eksempel på når det ikke er skjellig grunn til mistanke er dersom det foreligger en vag mistanke om vold i hjemmet mot et barn som bor med foreldre og søsken. Vilkåret om «skjellig grunn» til å mistenke en eller flere navngitte personer er da ikke oppfylt.¹⁹⁴ I et slikt tilfelle vil det dessuten ikke være praktisk mulig å avgjøre hvem som skal varsles og hvem politiet skal innlede etterforskning mot. Det vil også være urimelig å innlede etterforskning mot alle som barnet bor med.¹⁹⁵ Det er imidlertid verdt å bemerke at dersom det forelå mistanke om at faren var voldsutøveren så ville han trolig ikke blitt varslet fordi det ville vært «ubetenkelig av hensyn til vitnet».¹⁹⁶

¹⁸⁹ Riksadvokaten, «Direktiv om politiets informasjonsplikt ved avhør av barn mfl. uten vitneplikt», 2016, s. 2.

¹⁹⁰ Strpl. § 239 b første ledd første punktum.

¹⁹¹ Strpl. § 239 b første ledd andre punktum.

¹⁹² Strpl. § 239 b første ledd tredje punktum.

¹⁹³ NOU 2016:24 s. 206.

¹⁹⁴ Justis- og beredskapsdepartementet, «Avhør av barn og andre særlige sårbare personer i straffesaker», 2012 s. 36.

¹⁹⁵ Justis- og beredskapsdepartementet, «Avhør av barn og andre særlige sårbare personer i straffesaker», 2012 s. 36.

¹⁹⁶ Strpl. § 239 b første ledd tredje punktum.

Et annet praktisk eksempel på når mistenkte ikke kan varsles er dersom hensynet til etterforskningen tilsier at mistenkte vil kvitte seg med bevis dersom vedkommende varsles, f.eks. ved mistanke om nettrelaterte overgrep. I slike saker kan varsling medføre at mistenkte kvitter seg med bevismateriale som kan være viktig for en eventuell domfellelse.

Begrunnelsen for regelen om utsatt varsling er sammensatt. I forarbeidene er det fremhevet at utsatt varsling er ment å legge til rette for at flere saker om vold og seksuelle overgrep mot barn faktisk blir anmeldt, og minske risikoen for at vitnene blir utsatt for nye overgrep, påvirkning eller trusler i tiden mellom anmeldelse og avhør.¹⁹⁷ Det ble fra departementet fremholdt at terskelen for å melde fra til politiet ved mistanke om vold og overgrep var for høy og at en regel om utsatt varsling vil kunne senke terskelen.¹⁹⁸ Videre har departementet fremholdt at varsling av mistenkte kan medføre en risiko for at barnet blir påvirket eller truet til å la være å forklare seg før avhør.¹⁹⁹ Lovgiver har også ønsket å unngå den belastning en siktelse og varsel om avhør vil være for mistenkte i de sakene det viser seg at mistanken var ubegrunnet.²⁰⁰

3.4.3 Forsvarer som hovedregel ikke til stede ved første avhør

Hovedregelen ved tilrettelagte avhør er at den mistenkte ikke er representert ved forsvarer under det første tilrettelagte avhøret.²⁰¹ Det er i forarbeidene begrunnet med at oppnevning av forsvarer som er til stede ved første avhøret, men som ikke har vært i kontakt med siktede ikke gir god rettssikkerhet for siktede.²⁰² Departementet fremhever at det ikke er tilstrekkelig for å ivareta siktedes rett til kontradiksjon etter EMK art. 6 nr. 3 d at forsvarer er til stede ved første avhør, når forsvarer ikke har hatt mulighet til å konferer med siktede på forhånd.²⁰³ Lovgiver mener at bruk av advokat som ikke har vært i kontakt med sin klient bør begrenses til tilfeller der det ikke er mulig å sikre mistenktes rettssikkerhet på annet vis.²⁰⁴ Det blir i forarbeidene også antatt at forsvarer lett vil komme i vanskelige situasjoner dersom han ikke har vært i kontakt med klienten før avhør, for eksempel at forsvareren kan føle at han må stille

¹⁹⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 5.

¹⁹⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53.

¹⁹⁹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53.

²⁰⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53. Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør – direktiver og retningslinjer» 2015 under punkt 13.

²⁰¹ Strpl. § 239 b første ledd første punktum jf. § 239 d første ledd bokstav b.

²⁰² Prop. 112 L (2014-2015) s. 56.

²⁰³ Prop. 112 L (2014-2015) s. 56.

²⁰⁴ Prop. 112 L (2014-2015) s. 56.

spørsmål som det senere viser seg at klienten ikke hadde ønsket stilt.²⁰⁵ I tillegg har departementet fremhevet at det vil medføre merarbeid og vil kunne forsinke avhøret noe dersom forsvarer skal oppnevnes ved første avhør.²⁰⁶ Departementet mener siktedes rett til kontradiksjon blir godt ivaretatt ved adgangen til å stille spørsmål til vitnet i et supplerende avhør.²⁰⁷

I tilfeller hvor det er grunnlag for å ta ut siktelse og det ikke er ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen skal siktede varsles, og vil da ha rett på forsvarer som skal følge det første tilrettelagte avhøret.²⁰⁸

3.4.4 Supplerende avhør

Med supplerende avhør forstås i denne forbindelse et avhør som skal bidra til å utfylle det første avhøret. Det fremgår uttrykkelig av straffeprosessloven at supplerende avhør kan tas for å få saken tilstrekkelig opplyst.²⁰⁹ Ved avgjørelsen av om supplerende avhør skal tas, må avhørsleder særlig legge vekt på siktedes rett til kontradiksjon.²¹⁰ Påtalemyndigheten skal så snart som mulig etter første tilrettelagt avhør avgjøre om det er grunnlag for å ta ut siktelse.²¹¹ Det er i forarbeidene fremhevet at terskelen for å ta ut siktelse skal være lav for å ivareta siktedes rett til kontradiksjon gjennom et snarlig supplerende avhør.²¹² Dersom det tas ut siktelse «skal siktede og forsvarer straks få adgang til å gjøre seg kjent med de dokumenter i saken som det er adgang til etter § 242, herunder videopptak av tilrettelagte avhør.»²¹³ For å sikre notoritet skal påtalemyndigheten «ved forkynning informere siktede om at siktede har adgang til å begjære supplerende avhør av vitnet og at videopptak av tilrettelagte avhør vil kunne tre i stedet for vitnets personlige forklaring under hovedforhandling.»²¹⁴ Siktelsen utløser en rett for siktede til å begjære supplerende avhør.²¹⁵ Avhørslederen skal da gi siktede en frist på *en uke* etter forrige avhør til å begjære et supplerende avhør.²¹⁶

²⁰⁵ Prop. 112 L (2014-2015) s. 56.

²⁰⁶ Prop. 112 L (2014-2015) s. 56.

²⁰⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 56.

²⁰⁸ Strpl. § 239 d første ledd bokstav b jf. § 239 b første ledd andre punktum og tredje punktum

²⁰⁹ Strpl. § 239 c første ledd første punktum.

²¹⁰ Strpl. § 239 c tredje ledd.

²¹¹ Strpl. § 239 b tredje ledd.

²¹² Prop. 112 L (2014-2015) s. 57.

²¹³ Strpl. § 239 b fjerde ledd første punktum.

²¹⁴ Strpl. § 239 b fjerde ledd andre punktum. Se Prop. 112 L (2014-2015) s. 110.

²¹⁵ Strpl. § 239 b fjerde ledd andre punktum.

²¹⁶ Strpl. § 239 b fjerde ledd tredje punktum jf. strpl. § 239 e sjettede ledd første punktum.

Departementet har i forarbeidene uttalt at det bør gå kort tid, helst ikke mer enn noen få dager og maksimum en uke mellom avhørene.²¹⁷ Fristen er ikke absolutt og kan forlenges dersom «(...)det er nødvendig av hensyn til etterforskningen eller siktede og det ikke vil være en uforholdsmessig belastning for vitnet.»²¹⁸ Den korte fristen for gjennomføring av supplerende avhør er begrunnet med at det kan være en belastning for barnet med en lengre frist.²¹⁹ Hensynet til etterforskningen, siktede eller barnet kan imidlertid tilsi at supplerende avhør må gjennomføres senere enn *en uke* etter forrige avhør.²²⁰ Et eksempel på at det er til barnets beste å utsette det supplerende avhøret er hvis barnets helsetilstand tilsier at det ikke kan avhøres.²²¹ Et eksempel hvor hensynet til siktede tilsier at supplerende avhør må gjennomføres senere enn *en uke* er dersom tidsrommet ikke er forsvarlig for å gi siktede tilstrekkelig tid til å se gjennom videoptak av barnets forklaring, og forberede spørsmål til barnet.

Dersom siktedes begjæring om supplerende avhør har kommet innen fristen som påtalemyndigheten fastsetter, «(...)skal det tas supplerende avhør av vitnet, med mindre avhørslederen 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.*»²²² (mine uthevinger). Det er avhørsleder som foretar vurderingen av *om* det skal tas supplerende avhør.²²³ Forklaringens betydning for sakens opplysning, og belastningen for barnet ved å bli avhørt igjen er momenter i vurderingen.²²⁴ Det fremgår av forarbeidene at dersom en sakkyndig konkluderer med at det vil være til skade for barnet å bli avhørt igjen, eller barnet allerede har forklart seg *utførlig* om det siktede ønsker å stille spørsmål om kan begjæring om supplerende avhør avslås.²²⁵ At siktede gjennom supplerende avhør får mulighet til å stille spørsmål til barnet er helt sentralt for å ivareta siktedes rett til kontradiksjon og således sikre at siktede får en rettfærdig rettergang etter grl. § 95 og EMK art. 6. Det skal derfor være en høy terskel for å avslå siktedes begjæring om supplerende avhør dersom den mottas innen fristen.²²⁶ En viktig rettsikkerhetsgaranti for siktede er at begjæring om supplerende avhør kan

²¹⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 52.

²¹⁸ Strpl. § 239 e sjette ledd første punktum.

²¹⁹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 52

²²⁰ Riksadvokaten, «*Tilrettelagt avhør: Status. Behov for regelendringer*», 2018 s. 8.

²²¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 114.

²²² Strpl. § 239 c tredje ledd.

²²³ Strpl. § 239 c tredje ledd.

²²⁴ Strpl. § 239 c første ledd andre punktum.

²²⁵ Prop. 112 L (2014-2015) s. 57.

²²⁶ Prop. 112 L (2014-2015) s. 49.

bringes inn for retten dersom begjæring avslås, jf. § 239 c femte ledd. Departementet har i forarbeidene uttalt at dersom siktede ikke ønsker supplerende avhør så bør påtalemyndigheten få dette skriftlig.²²⁷

Siktede gis ikke adgang til å observere det supplerende avhør og siktedes rett til kryssseksaminasjon ivaretas ved at forsvareren får følge avhøret.²²⁸ De spørsmål siktede eventuelt ønsker stilt fremsettes av forsvarer. Det er avhørsleder som vurderer om spørsmålene fra forsvarer skal stilles.²²⁹ Det heter i strpl. § 239 d fjerde ledd fjerde punktum at «[f]orsvarers spørsmål skal tillates stilt, med mindre hensynet til vitnet klart taler mot det.» Terskelen for å nekte forsvarers spørsmål stilt skal være høy, det følger av ordlyden «klart taler mot det». I forarbeidene er det fremhevet at avhørslederen må foreta en avveining mellom siktedes rett til kontradiksjon og hensynet til vitnet.²³⁰ Dersom avhørslederen anser spørsmålene som unødvendig, men det ikke er grunn til å tro at spørsmålene er belastende for vitnet så skal avhørsleder godta at spørsmålene blir stilt.²³¹ Det er i forarbeidene også fremholdt at dersom et spørsmål er sentralt for å sikre siktedes rett til en rettferdig rettergang så må avhørsleder tillate spørsmålet, selv om det kan være belastende for vitnet å få spørsmålet.²³² Det kan i slike tilfeller være indirekte til barnets beste at spørsmålene stilles slik at avhøret kan benyttes som bevis under hovedforhandlingen.²³³ Spørsmål av betydning for sakens opplysning og siktedes forsvar kan bare avslås dersom det er *svært belastende* for vitnet å få spørsmålene stilt.²³⁴

Forarbeidene synes å forutsette at det i de fleste saker vil bli gjennomført to avhør, det første avhøret uten forsvarer til stede og deretter et supplerende avhør der forsvarer gis mulighet til å stille spørsmål. I praksis gjennomføres det et lavt antall supplerende avhør.²³⁵ Det kan tilsi at mange barn *de facto* bare har én sjanse til å forklare seg om hva som har skjedd. Nyere studier viser at barn som har vært utsatt for seksuelle overgrep, forteller dobbelt så mye i andre og tredje avhør som i det første avhøret.²³⁶ Dessuten viser nyere forskning at barn normalt ikke

²²⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 110.

²²⁸ Strpl. § 239 d første ledd bokstav b.

²²⁹ Strpl. § 239 d fjerde ledd tredje punktum

²³⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 113.

²³¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 113.

²³² Prop. 112 L (2014-2015) s. 113.

²³³ Prop. 112 L (2014-2015) s. 113.

²³⁴ Prop. 112 L (2014-2015) s. 113.

²³⁵ Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør: Status. Behovet for regelendringer» 2018, s. 2-3.

²³⁶ Kari Marie Trøften Gamst, «Profesjonelle barnesamtaler: å ta barn på alvor», 2. utgave Oslo 2017 s. 130 med videre henvisninger.

tar skade av gjentatte avhør, men at det tvert imot ofte vil være til barnets beste å bli avhørt flere ganger.²³⁷ Det lave antall supplerende avhør kan i den forbindelse medføre at saker ikke blir godt nok opplyst og at kvaliteten på etterforskningen dermed heller ikke er god nok.²³⁸

3.4.5 Videoopptak av tilrettelagt avhør trer i stedet for personlig forklaring

Ved tilrettelagt avhør er hovedregelen at videoopptak av avhøret trer i stedet for personlig forklaring under hovedforhandling.²³⁹ Barn som er under 16 år ved hovedforhandling og avhøres i saker hvor det *skal* gjennomføres tilrettelagt avhør vil aldri måtte vitne i retten.²⁴⁰ Hovedregelen om at avspilling trer i stedet for personlig forklaring gjelder også for vitner som har fylt 16 år. Bestemmelsen oppstiller imidlertid et unntak for aldersgruppen over 16 år. Dersom «(...) det av hensyn til siktedes rett til kontradiksjon er nødvendig at vitnet avgir personlig forklaring under hovedforhandlingen.» så kan tilrettelagte avhør av barn over 16 år ikke spilles av.²⁴¹ Det fremgår av forarbeidene at unntaket bare skal komme til anvendelse dersom Grunnloven § 95 eller EMK art. 6 er til hinder for avspilling.²⁴² Et eksempel på at avspilling av tilrettelagt avhør er i strid med Grunnloven § 95 eller EMK art. 6 er hvis det er flere år siden avhøret ble tatt, og barnet for lengst har blitt myndig, og det ikke foreligger spesielle grunner som taler for å beskytte vitnet.²⁴³ I praksis vil det imidlertid sjeldent bli tale om å gjøre unntak.²⁴⁴ I saker hvor det er tatt tilrettelagt avhør av barn under 16 år om andre straffbare forhold enn de som nevnt i straffeprosessloven § 239 første ledd er det retten som avgjør om det tilrettelagte avhøret skal spilles av eller om vitnet må møte å gi forklaring under hovedforhandling.²⁴⁵

3.4.6 Tidsfristene for gjennomføring av tilrettelagt avhør.

Ved lovendringen i 2015 ble tidsfristene for når avhør av barn skal tas strammet inn. Ved dommeravhør gjaldt det en frist på to uker fra anmeldelse. Ventetiden for dommeravhør var

²³⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 51 med videre henvisninger.

²³⁸ Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør: Status. Behov for regelendringer», 2018, s. 3.

²³⁹ Strpl. § 298 første ledd første punktum.

²⁴⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 115. I punkt 3.2 i avhandlingen redegjorde jeg for disse tilfellene.

²⁴¹ Strpl. § 298 første ledd andre punktum.

²⁴² Prop. 112 L (2014-2015) s. 115.

²⁴³ Prop. 112 L (2014-2015) s. 115.

²⁴⁴ Prop. 112 L (2014-2015) s. 115.

²⁴⁵ Strpl. § 298 andre ledd.

etter departementets syn for lang og det ble ansett å utgjøre en trussel mot både vitnes og siktedes rettssikkerhet.²⁴⁶ Nåværende frister er hjemlet i strpl. § 239 bokstav e. Det er oppstilt differensierte frister på en, to og tre uker. Det følger av bestemmelsens fjerde ledd første punktum at de differensierte fristene kan forlenges med en uke dersom politiet før fristen gikk ut har «(...)foretatt tidkrevende etterforskningskritt eller forberedelser som var nødvendig av hensyn til vitnet eller avhørets kvalitet(...)».²⁴⁷ Ordlyden «tidkrevende etterforskningskritt» tilsier etterforskningskritt av et vist omfang, for eksempel avhør av foreldre eller barnehageansatte, pågripelse av mistenkte eller ransaking av mistenktes bolig.²⁴⁸ Dersom avhørsleder og barnehuset er enige om at det klart er til vitnets beste at avhøret utsettes, kan fristene forlenges med en uke.²⁴⁹

4 Er straffeprosesslovens regler om tilrettelagte avhør i samsvar med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal den ene delen av lovgivers intensjon testes. Som nevnt i punkt 1.1 skal lovendringen ikke svekke siktedes rettssikkerhet. Utvalgte bestemmelser i avhørsordningen vil sammenlignes med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet for å vurdere om denne delen av formålet oppnås. Før jeg kan behandle den enkelte regels forenlighet med EMK skal jeg i kapittel 4.2 forsøke å klargjøre hvilke skranker konvensjonen egentlig oppstiller for bruk av tilrettelagte avhør i en strafferettslig rettergang. Det vil følge en analyse av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d nr. 1 med tilhørende praksis. EMDs praksis vil analyseres i kronologisk rekkefølge. Etter analysen vil hovedregelen om utsatt varsling av mistenkte, hovedregelen om at forsvarer ikke skal være til stede ved det første avhøret og reglene om supplerende avhør og deres forenlighet med EMK vurderes. Etter mitt syn er det regler som på hver sin måte er verdt å vurdere i et kritisk lys i relasjon til EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1.

²⁴⁶ Prop. 112 L (2014-2015) s. 50.

²⁴⁷ Strpl. § 239 e fjerde ledd første punktum.

²⁴⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 72.

²⁴⁹ Strpl. § 239 e fjerde ledd andre punktum.

4.2 EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1

I EMK art. 6 nr. 1 heter det at «[i]n the determination (...) of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair (...) hearing». Formuleringen «fair hearing» i EMK art. 6 nr. 1 har et vidt anvendelsesområde.²⁵⁰ Etter artikkelen har den som anses som «criminal charge» en rett på en rettferdig rettergang. Formuleringen «[i]n the determination (...) of any criminal charge against him» tilsier at rettigheten først får anvendelse på irettføringsstadiet.²⁵¹ EMD har imidlertid presisert at minsterettigheten i EMK art. 6 nr. 3 gjelder indirekte på etterforskningsstadiet.²⁵² EMK art. 6 nr. 3 inneholder en rekke minimumsrettigheter som skal sikre en rettferdig rettergang. Det heter i EMK art. 6 nr. 3 d at «[e]veryone charged with a criminal offence has the following minimum rights: d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under same conditions as witnesses against him;». Artikkelen nedfeller prinsippet om bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon omkring vitneforklaringer.²⁵³

En naturlig språklig forståelse av formuleringen «minimum rights» i EMK art. 6 nr. 3 tilsier at kravet til bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon er absolutt. Artikkelen inneholder ingen unntaksbestemmelse slik en del øvrige materielle bestemmelser i EMK inneholder.²⁵⁴ EMD har likevel i sin praksis klargjort at det kan gjøres unntak fra rettigheten i nr. 3 bokstav d.²⁵⁵

EMK art. 6 nr. 3 bokstav d er et utslag av kontradiksjonsprinsippet og EMD har gjentatte ganger uttalt at:

«The Court reiterates that the guarantees in paragraph 3 (d) of Article 6 are specific aspects of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1 of this provision, which must be taken into account in any assessment of the fairness of proceedings. For this reason, the Court considers it appropriate to examine the complaints under the two provisions taken together(...)».²⁵⁶

²⁵⁰ Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier, «Den Europæiske Menneskeretskonvention», Danmark 1994, s. 139.

²⁵¹ Ørnulf Øyen, «Straffeprosessen», 2. utgave Bergen 2019 s. 429

²⁵² Se Ibrahim og andre mot Storbritannia (2016) avsnitt 260-262.

²⁵³ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 118.

²⁵⁴ Se f.eks. EMK art. 8 nr. 2, art. 9 nr. 2 og art. 10 nr. 2.

²⁵⁵ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 118 og Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 105.

²⁵⁶ Vronchenko mot Estland (2013) avsnitt 53, Al-Khawaja and Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 118, Aigner mot Østerrike (2012) avsnitt 34.

Uttalelsen innebærer at de krav som følger av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d må ses i lys av retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1.²⁵⁷ Når det gjelder hvilke bevis som kan aksepteres i en rettferdig rettergang, medfører ikke rettighetene i EMK art. 6 at enkelte bevis ikke aksepteres. EMD tar ikke stilling til om en vitneforklaringer kan tillates anvendt som bevis, men vurderer rettergangen som helhet, inkludert om måten forklaringen ble ført på var rettferdig.²⁵⁸ Hva som er å betrakte som en rettferdig rettergang fremstår ikke av en enkeltstående og endelig regel, men avhenger av omstendighetene i den konkrete saken.²⁵⁹ Det overordnede vurderingstema for EMD er om prosessen som en helhet har vært rettferdig.²⁶⁰

4.2.1 S.N. mot Sverige

Den første dommen fra EMD som i full bredde drøfter vitneavhør av barn ved mistanke om seksuelle overgrep kom i 2002.²⁶¹ Spørsmålet for EMD var om det hadde skjedd en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 jf. nr. 3 bokstav d. Om bevisumiddelbarhetsprinsippet uttaler EMD:

«(...)All evidence must normally be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument. However, the use in evidence of statements obtained at the stage of the police inquiry and the judicial investigation is not in itself inconsistent with the paragraphs 1 and 3 (d) of Article 6, provided that the rights of the defence have been respected. As a rule, these rights require that the defendant be given an 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 (...) The Court further draws attention to the fact that 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(...)»²⁶²(mine uthevinger)

²⁵⁷ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 118. Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 101. Se Ørnulf Øyen, «Straffeprosess» 2. utgave Bergen 2019 s. 47.

²⁵⁸ Aigner mot Østerrike (2012) avsnitt 35.

²⁵⁹ Ibrahim and Others mot Storbritannia (2016) avsnitt 250.

²⁶⁰ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 118. Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 101.

²⁶¹ Jon Petter Rui, «Betenkning om EMKs rettslige rammer» 2011 s. 127 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker» 2012.

²⁶² S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 44.

Hovedregelen er som det følger av uttalelsen bevisumiddelbarhet med mulighet til krysseksaminasjon under hovedforhandling. EMD har i en rekke avgjørelser fulgt opp dette utgangspunktet.²⁶³ Bruk av bevis som er tatt opp på etterforskningsstadiet er etter denne uttalelsen ikke i seg selv er i strid med EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Denne tilnærmingen er også fulgt opp i senere avgjørelser.²⁶⁴ Unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet er mulig men det kreves at anklagede gis en passende mulighet til å imøtegå og stille spørsmål til barnet, enten når barnet avhøres eller på et senere stadium av saken som sikrer en reell adgang til kontradiksjon.

Om de spesielle forhold som oppstår i saker om seksuelle overgrep, ikke minst dersom den fornærmede er mindreårig uttaler EMD:

«The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim. *Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence (...)* In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours (...)²⁶⁵ (mine uthevinger)

Uttalelsen er fulgt opp i en rekke avgjørelser fra EMD.²⁶⁶ På bakgrunn av det som her uttales av EMD konkluderte flertallet med at EMK art. 6 nr. 3 bokstav d ikke kan tolkes slik at anklagede eller hans forsvarer i alle saker får stille spørsmål direkte ved krysseksaminasjon

²⁶³ Se blant annet Vronchenko mot Estland (2013) avsnitt 55, Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 118 og Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 103.

²⁶⁴ F.eks. Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 147.

²⁶⁵ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 47.

²⁶⁶ Se blant annet Vronchenko mot Estland (2013) avsnitt 56, A.S. mot Finland (2010) avsnitt 55.

eller annen måte.²⁶⁷ Videre gir uttalelsen uttrykk for at myndighetene kan bli pålagt å treffe tiltak som skal motvirke de ulempene middelbar bevisførsel medfører.

I saken ble det under hovedforhandling spilt av videopptak fra det første avhøret og utskriften fra det andre avhøret ble lest opp. Klageren hadde ikke fått mulighet til å krysseksaminere vitnet, en gutt på 10 år. Selv om gutten ikke forklarte seg i hovedforhandling tolket EMD formuleringen «witness» i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d autonomt fordi guttens forklaring var brukt som bevis mot anklagede under hovedforhandlingen.²⁶⁸ Gutten ble ansett som et «witness» etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d selv om han ikke vitnet i retten.²⁶⁹ EMD har fulgt opp denne tilnærmingen til formuleringen «witness» i en rekke avgjørelser.²⁷⁰

De to forklaringene fra gutten i saken *S.N. mot Sverige* utgjorde de eneste bevisene for domfellelsen.²⁷¹ Flertallet i EMD konkluderte med at det ikke hadde skjedd en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 jf. nr. 3 bokstav d.²⁷² Flertallets avgjørelse tilsier at unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet er mulig selv når barnets forklaring er det eneste beviset. Det avgjørende for flertallet var at anklagedes forsvarer var fraværende i det supplerende avhøret av gutten som ble gjennomført på forespørsel fra forsvareren.²⁷³ EMDs flertall fremholdt at forsvareren ved å godta å ikke være til stede også godtok måten avhøret ble gjennomført på.²⁷⁴ Det var dessuten mulig for forsvareren å be om utsettelse slik at han kunne delta i avhøret, og be om at avhøret skulle tas opp på video. Forsvareren benyttet ikke disse mulighetene. En handling/unnlattelse utført av forsvarer binder tiltalte etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.²⁷⁵ Det følger av formuleringen «to examine or have examined» i EMK art. 6 nr. 3 d. Det er i den forbindelse verdt å bemerke at vi i norsk rett ikke identifisere tiltalte med forsvarer.²⁷⁶ En handling/unnlattelse utført av forsvarer fører ikke automatisk til at siktede har gitt avkall på sin rett til kontradiksjon i norsk rett.²⁷⁷

²⁶⁷ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 52.

²⁶⁸ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 45.

²⁶⁹ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 45.

²⁷⁰ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 57 og B. mot Finland (2007) avsnitt 42.

²⁷¹ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 46.

²⁷² S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 54.

²⁷³ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 49 og 51.

²⁷⁴ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 49

²⁷⁵ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 49.

²⁷⁶ HR-2011-182-A.

²⁷⁷ HR-2011-182-A avsnitt 28.

I tillegg la flertallet i EMD vekt på at politiet hadde stilt de spørsmål som forsvareren hadde bedt om og forsvareren hadde ingen innvendinger mot avhøret etter å ha hørt gjennom lydopptaket.²⁷⁸ Forsvareren ba heller ikke om ytterligere supplerende avhør. Det som flertallet her legger vekt på tilsier at dersom forsvareren hadde fremsatt innvendinger mot måten avhørene ble tatt på så hadde det medført en krenkelse av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1.²⁷⁹ Etterfølgende praksis fra EMD viser også at dersom et ønske om ytterligere spørsmål avskjæres, kan det medføre krenkelse av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.²⁸⁰ Flertallet uttalte om krysseksaminasjon av mindreårige:

«Nor can it be said that the applicant was denied his rights under Article 6 § 3 (d) on the ground that he was unable to examine or have examined the evidence given by M. during the trial and appeal proceedings. Having regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences (...), this provision *cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means(...)*»²⁸¹
(mine uthevninger)

At videopptak av det første avhøret og lydopptak fra det supplerende avhøret ble spilt av under hovedforhandling ble av flertallet ansett som tilstrekkelig for anklagede til å imøtegå forklaringene fra gutten og hans troverdighet under straffesaken.²⁸² Det presiseres likevel at:

«(...) evidence obtained from a witness under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with *extreme care* (...) The court took into account the fact that some of the information given by M. had been vague and uncertain and lacking in detail. The court also had regard to the leading nature of some of the questions put to him during the police interviews. In these circumstances, the Court is satisfied that the necessary care was applied in the evaluation of M.'s statements.»²⁸³ (min utheving)

²⁷⁸ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 50.

²⁷⁹ Jon Petter Rui «*Betenking om EMKs rettslige rammer*» 2011 s. 130 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker*» 2012.

²⁸⁰ W. mot Finland (2007) avsnitt 46 og 48.

²⁸¹ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 52.

²⁸² S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 52.

²⁸³ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 53.

Uttalelsen gir uttrykk for at nasjonale domstoler må behandle middelbare bevis med forsiktighet ved f.eks. å gi uttrykk for at de er oppmerksom på de svakheter slike bevis kan medføre. Avgjørelsen er avsagt under dissens 5-2. Flertallets begrunnelse er imidlertid fulgt opp i *B. mot Finland*²⁸⁴ og *W. mot Finland*.²⁸⁵ Avgjørelsene vil ikke gjennomgås da de i stor grad følger opp det som fremgår av *S.N. mot Sverige*.

4.2.2 A.S. mot Finland

I *A.S. mot Finland*²⁸⁶ stilte flertallet i EMD opp fire minstegarantier for å balansere rettighetene til anklagede og barnet;

«In acknowledging the need to strike a balance between the rights of the defendant and those of the alleged child victim, the Courts finds that *the following minimum guarantees must be in place: the suspected person shall be informed of the hearing of the child, he or she shall be given an opportunity to observe that hearing, either as it is being conducted or later from an audiovisual recording, and to have question put to the child, either directly or indirectly, in the course of the first hearing or on a later occasion.*»²⁸⁷ (mine uthevninger).

Det sentrale når det gjelder denne uttalelsen er hvordan minstegarantiene skal forstås.²⁸⁸ Formuleringen av den første minstegarantien om at mistenkte skal varsles fremstår som en absolutt garanti, uten skjønnsmargin for nasjonale myndigheter.²⁸⁹ Slik de tre andre minstegarantiene er formulert legger EMD opp til en viss grad av skjønnsmargin for nasjonale myndigheter. Det er på det rene at det gir bedre rettssikkerhet at mistenkte får anledning til å observere avhøret når det tas, og får stille spørsmål direkte til barnet. Det andre alternativet er at mistenkte får anledning til å observere avhøret senere, og stille spørsmål indirekte på et senere tidspunkt. Det er naturlig at førstnevnte alternativet gir bedre rettssikkerhet da det ligger nærmere utgangspunktet om bevisumiddelbarhet.

²⁸⁴ B. mot Finland (2007).

²⁸⁵ W. mot Finland (2007).

²⁸⁶ A.S. mot Finland (2010).

²⁸⁷ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 56.

²⁸⁸ Jon Petter Rui, «Betenkning om EMKs rettslige rammer» 2011 s. 135 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker» 2012.

²⁸⁹ Støttes også av Jon Petter Rui «Betenkning om EMKs rettslige rammer» 2011 s. 136 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «Avhør av særlige sårbare personer i straffesaker» 2012.

Det kan stilles spørsmål om uttalelsen kan anses som et *obiter dictum*, hvis nasjonale myndigheter hadde fulgt disse minstegarantiene så ville det ikke foreligget en krenkelse.²⁹⁰ Det er på det rene at generelle uttalelser fra EMD i en viss utstrekning må tolkes i lys av faktum i den konkrete saken og hva saken rettslig sett handlet om.²⁹¹ Spørsmålet for EMD i den konkrete saken var om det forelå en krenkelse av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d og nr. 1. Det eneste direkte beviset i saken var forklaringen fra en gutt. Forklaringen ble tatt opp på video, flere avhør var etter en sakkyndig vurdering ikke forsvarlig for den gutten.²⁹² Anklagede ble informert om den sakkyndige vurderingen og ba derfor ikke om at gutten skulles avhør igjen. At anklagede ikke hadde bedt om at gutten skulle avhøres igjen kunne etter EMDs mening ikke holdes mot anklagede.²⁹³ Ikke på noe tidspunkt av saken hadde anklagede fått mulighet til å stille spørsmål til gutten som utgjorde det eneste direkte beviset for domfellelsen.²⁹⁴

Flertallet i EMD uttalte om videopptak at:

«(...)While the Court acknowledges the significance of such a recording as evidence (...), it cannot alone be regarded as sufficiently safeguarding the rights of the defence where no real opportunity to put questions to a person giving the account has been afforded by the authorities (...) Although the Court is satisfied that, in the present case, the trial courts made a careful assessment of the evidence as a whole, the fact remains that the applicant was never, and this contrary to the specific provisions of the domestic law, afforded an opportunity to contest effectively A.'s account by having questions put to him.»²⁹⁵(mine uthevinger)

Det som her uttales viser at den tilnærmingen EMD hadde i *S.N. mot Sverige* om at videopptak gir anklagede tilstrekkelig mulighet til å imøtegå barnets forklaring ikke er gjeldende rett lengere.²⁹⁶ Videopptak av avhøret er ikke alene nok for å sikre anklagede en reell og passende mulighet til å stille spørsmål til barnet.

²⁹⁰ Jon Petter Rui «*Betenkning om EMKs rettslige rammer*» 2011 s. 135 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlige sårbare personer i straffesaker*» 2012.

²⁹¹ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» 2. utgave Bergen 2019 s. 52.

²⁹² A.S. mot Finland (2010) avsnitt 7 og 63.

²⁹³ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 64.

²⁹⁴ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 64.

²⁹⁵ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 66.

²⁹⁶ Se punkt 4.2.1 om denne avgjørelsen.

Flertallet i EMD konkluderte slik på spørsmålet om rettighetene til anklagede etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d var ivaretatt som følge av at anklagede ikke på noe tidspunkt av saken hadde fått mulighet til å stille spørsmål til vitnet:

«(...)the use of a complainant *child's video-taped account as the only direct evidence* leading to the applicant's conviction, *without giving him any opportunity to put questions to that child*, involved such limitations on the rights of the defence that the proceedings could *not be said to have complied with the requirement of a fair trial*, as set out in Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention.»²⁹⁷ (mine uthevinger)

Flertallets avgjørelse innebærer at det ikke er i tråd med en rettferdig rettergang at videooptak av barnets forklaring er det eneste direkte beviset for domfellelse når anklagede ikke på noe tidspunkt har fått en passende mulighet til å stille spørsmål til barnet. En passende mulighet for anklagede til å stille spørsmål til barnet kan være supplerende avhør hvor spørsmål fra anklagede eller forsvarer stilles slik som anklagede fikk i *S.N. mot Sverige* og *B. mot Finland*.²⁹⁸

Flertallet bemerket også at anklagede ikke hadde fått være til stede eller blitt informert om avhøret før ca. fire måneder etter at gutten ble avhørt.²⁹⁹ At anklagede ikke på noe tidspunkt hadde fått mulighet til å stille spørsmål til barnet skiller denne saken fra *S.N. mot Sverige* hvor anklagede gjennom sin forsvarer fikk stille spørsmål.³⁰⁰ Den nasjonale domstolens tilnærming til bevisene i saken var en kompenserende faktor men ble ikke ansett tilstrekkelig.³⁰¹ EMD bemerket at det også var i strid med nasjonal lovgivning at ikke anklagede hadde fått en mulighet til å stille spørsmål til vitnet som ble ført middelbart for retten.³⁰²

Avgjørelsens *ratio decidendi*, dersom det legges et snevert perspektiv var at anklagede ikke fikk stille spørsmål til barnet og at det ledet til krenkelsen.³⁰³ Som nevnt i punkt 1.6 skiller EMD ikke mellom *ratio decidendi* og *obiter dicta* og uttalelsen i avsnitt 56 kan dermed ikke

²⁹⁷ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 68.

²⁹⁸ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 51 og B. mot Finland (2007) avsnitt 45.

²⁹⁹ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 63 og 6-10.

³⁰⁰ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 49-50.

³⁰¹ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 67.

³⁰² A.S. mot Finland (2010) avsnitt 60.

³⁰³ Jon Petter Rui «*Fra menneskerettighetsdomstolen*» Tidsskrift for strafferett 03/2011 s. 233-337 (s. 331)

legges mindre vekt på. Leses den første minstegarantien om varsling av mistenkte før avhør i lys av faktum, at anklagede i saken ikke fikk være til stede ved avhøret og at han heller ikke ble informert om avhøret før ca. fire måneder etter avhørt av gutten, kan det tilsi at EMD vil moderere garantien dersom det i en konkret sak foreligger sterke grunner for å ikke varsle mistenkte.³⁰⁴ Det fremkom ingen begrunnelse fra nasjonale myndigheters side om hvorfor siktede ikke ble varslet.³⁰⁵ Den første minstegarantien har ingen selvstendig betydning dersom det er tilstrekkelig at vedkommende varsles i forbindelse med at det gis anledning til å se gjennom avhøret i ettertid.³⁰⁶ Leses den første garantien i sammenheng med de andre garantiene som er formulert slik at nasjonale myndigheter er gitt en viss skjønnsmargin tilsier det at varsling av mistenkte ikke er en absolutt garanti og at nasjonale myndigheter kan gjøre unntak fra garantien dersom det foreligger sterke grunner. En regel hvor mistenkte i alle tilfeller skal varsles før avhør vil sette en stopper for mange etterforskninger av overgrep mot barn.³⁰⁷ Det er neppe EMDs mening at slike overgrep ikke skal etterforskes på en effektiv måte.³⁰⁸ Senere praksis viser også at EMD aksepterer utsatt varsling av mistenkte.³⁰⁹ Som nevnt i punkt 4.2 er det overordnede vurderingstema for EMD om prosessen som helhet har vært rettferdig, konkrete omstendigheter i denne saken har trolig hatt betydning for formuleringen av den første mistegarantien.

Den andre minstegarantien om at mistenkte skal gis mulighet til å observere avhøret, enten når det gjennomføres eller på et senere stadium av saken ved video- eller lydopptak tilsier at myndighetene kan velge om siktede skal få være til stede under det første avhøret eller se opptak av det senere.³¹⁰ Det er imidlertid flere forhold som tilsier at det er en for snever tolkning.³¹¹ For det første vil den første minstegarantien miste sin betydning dersom siktede eller forsvarer ikke må være til stede ved det første avhøret.³¹² For det andre må myndighetene legge til rette for at den middelbare bevisførselen kommer så nært

³⁰⁴ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 7 og 11. Støttes av Jon Petter Rui «*Fra menneskerettighetsdomstolen*» Tidsskrift for strafferett 03/2011 s. 233-337 (s. 331).

³⁰⁵ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 63.

³⁰⁶ Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker*» 2012 s. 35.

³⁰⁷ Anne Robberstad, «*Bistandsadvokaten*» 3. utgave 2014 s. 166.

³⁰⁸ Anne Robberstad, «*Bistandsadvokaten*» 3. utgave 2014 s. 166.

³⁰⁹ S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 7 og 11, B. mot Finland (2007) avsnitt 6-7 og 50, D.T. mot Nederland (2013) avsnitt 6-9 og 52.

³¹⁰ Jon Petter Rui «*Betenkning om EMKs rettslige rammer*» 2011 s. 136 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlige sårbare personer i straffesaker*» 2012.

³¹¹ Jon Petter Rui «*Fra menneskerettsdomstolen*» Tidsskrift for strafferett 03/2011 s. 233-337 (s. 333)

³¹² Jon Petter Rui «*Fra menneskerettsdomstolen*» Tidsskrift for strafferett 03/2011 s. 233-337 (s. 333)

utgangspunktet om bevisumiddelbarhet som mulig.³¹³ Unntak skal følge et minste inngreps prinsipp, et slik krav ses også ellers hvor EMD vurderer begrensninger i rettssikkerhetsgarantier.³¹⁴ Begrensninger i rettigheter kan ikke gjøres i større grad enn hensyn som taler for begrensning rekker, det er en fast doktrine ved EMDs tolkning av øvrige rettigheter i EMK art. 6.³¹⁵ Dersom nasjonale myndigheter kan vise at det foreligger gode grunner for at siktede ikke skal være til stede ved det første avhøret så er det tilstrekkelig at siktede får se opptak fra avhøret etterpå.³¹⁶

Den tredje minstegarantien som oppstilles er at siktede skal gis anledning til å stille spørsmål til vitnet enten direkte eller indirekte, når avhøret tas eller på senere tidspunkt.

Minstegarantien må slik som de to andre minstegarantiene tolkes i lys av at unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet skal følge et minste inngreps prinsipp og at retten til kontradiksjon omkring barnets forklaring skal ivaretas så langt som mulig.³¹⁷ At siktede får anledning til å stille spørsmål direkte til vitnet når avhøret tas vil være den beste rettssikkerhetsgarantien for siktede. Det vil trolig som med de andre garantiene aksepteres at siktede indirekte får stille spørsmål til vitnet på et senere tidspunkt dersom det foreligger gode grunner.

Den fjerde minstegarantien som oppstilles er at avhøres tas opp ved lyd- eller bildeopptak i tilfeller hvor mistenkte eller forsvarer ikke er til stede. Denne garantien vil EMD trolig anse som en absolutt minstegaranti. De andre garantiene om varsling, adgang til å observere avhøret når det tas eller senere og stille spørsmål direkte eller indirekte bør imidlertid søkes ivarettatt for å være i tråd med menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. Det er grunn til å bemerke at konkrete omstendigheter i andre saker kan medføre at EMD aksepterer unntak fra minstegarantiene dersom det foreligger sterke grunner.³¹⁸ De fire rettssikkerhetsgarantiene bør imidlertid søkes ivarettatt gjennom nasjonal lovgivning for at avspilling av barneavhør

³¹³ Jon Petter Rui «*Fra menneskerettsdomstolen*» Tidsskrift for strafferett 03/2011 s. 233-337 (s. 333)

³¹⁴ Jon Petter Rui «*Fra menneskerettsdomstolen*» Tidsskrift for strafferett 03/2011 s. 233-337 (s. 333)

³¹⁵ Jon Petter Rui «*Fra menneskerettsdomstolen*» Tidsskrift for strafferett 03/2011 s. 233-337 (s. 333)

³¹⁶ Jon Petter Rui «*Betenkning om EMKs rettslige rammer*» s. 136 2011 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlige sårbare personer i straffesaker*» 2012.

³¹⁷ Jon Petter Rui «*Betenkning om EMKs rettslige rammer*» s. 137 2011 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlige sårbare personer i straffesaker*» 2012.

³¹⁸ Anne Robberstad, «*Bistandsadvokaten*» 3. utgave 2014 s. 166 med henvisning til Jon Petter Rui som har en annen tilnærming, «*Betenkning om EMKs rettslige rammer*», 2011 s. 135-136 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «*Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker*» 2012.

skal være i tråd med en rettfærdig rettergang. Jo flere rettssikkerhetsgarantier som ivaretas jo større sannsynlighet for at de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet anses oppfylt. EMD vurderte i den konkrete saken også hvorvidt den anklagede hadde gitt avkall på retten til å krysseksaminere barnet. Med begrepet avkall forstås i denne forbindelse hvorvidt anklagede gjennom sin handlemåte er skyld i at han ikke får krysseksaminere vitnet. EMD uttaler om avkall 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 a waiver must, if it is to be *effective for Convention purpose, be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance*. In addition, it *must not run counter to any important public interest* (...) 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 reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be* (...)»³¹⁹ (mine uthevninger)

Uttalelsen innebærer at et avkall for å være effektivt, må gis ved en handlemåte som ikke kan misforstås. Videre innebærer uttalelsen at det er et krav at anklagede må ha forutsett hvilke konsekvenser hans handlemåte ville ha. EMD konkluderte i avgjørelsen slik på spørsmålet om anklagede hadde gitt avkall på retten til å krysseksaminere vitnet:

«(...) the Court finds, however, that merely by consenting to the viewing of the video-recording (...) the applicant cannot be understood as having *waived of his own free will, either expressly or tacitly*, his right to put questions to A. (...) As it was clear that A. could not be heard again, the applicant chose to invoke the video-recording on his behalf in a situation where the remaining evidence produced to the courts was of an indirect nature. The Court cannot conclude that the applicant had, in those circumstances, *unequivocally waived his entitlement to the guarantees of a fair trial*.»³²⁰ (mine uthevninger)

EMDs konklusjon innebærer at det er et krav at anklagede eller den han indentifiseres med kan bebreides for å ha skapt den situasjonen at vitnet uteblir for at avkall skal være

³¹⁹ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 70-71.

³²⁰ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 74.

rettsgyldig.³²¹ Det faktiske grunnlaget for avgjørelsen innebærer videre at dersom anklagede godtar avspilling av avhøret under hovedforhandlingen, så innebærer det ikke automatisk at anklagede har gitt avkall på sin rett til krysseksaminasjon. Andre avgjørelser fra EMD vil illustrere flere krav for at avkall anses rettsgyldig og effektivt.

4.2.3 Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia

I *Al-Khawaja og Tahery v. Storbritannia*³²² oppstilte EMD detaljerte vurderingsmomenter for vurderingen av om opplesning av tidligere forklaringer fra vitner som ikke er til stede under hovedforhandlingen er i tråd med en rettferdig rettergang.³²³

EMD fremholdt tre vurderingsmomenter som må vurderes dersom unntak fra bevisumiddelbarhet skal være i tråd med retten til en rettferdig rettergang:

«(...) Firstly, there must be a *good reason for the non-attendance of a witness*. Secondly, when a conviction is based *solely or to a decisive degree* on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence may be *restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6(...)*»³²⁴ (mine uthevinger)

Det første som må vurderes dersom unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet skal være i tråd med retten til en rettferdig rettergang er om det er en god grunn til at vitnet ikke møter under hovedforhandling.³²⁵ EMD har akseptert flere årsaker.³²⁶ Under vurderingen av om det er god grunn til at vitnet ikke møter i hovedforhandling, stiller EMD i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* opp et krav om at unntak fra bevisumiddelbarhet skal være «a measure of last resort», dersom et vitnet ikke har blitt krysseksaminert av tiltalte på et stadium av saken.³²⁷

³²¹ A.S. mot Finland (2010) avsnitt 72-74.

³²² Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011).

³²³ HR-2013-2295-A avsnitt 17.

³²⁴ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 119.

³²⁵ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 119 og avsnitt 120.

³²⁶ Se f.eks. Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) (død), Rosin mot Estland (2013) (mindreårig) og Cabral mot Nederland (2018) (selvinkrimineringsvernet).

³²⁷ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 125.

Det andre som må vurderes er om vitneforklaringen er det *eneste eller avgjørende*.³²⁸ EMD presiserte i avgjørelsen hvordan begrepene «sole or decisive» skal forstås. Begrepet «sole» skal forstås som den eneste beviset mot vedkommende.³²⁹ Begrepet «decisive» skal forstås som et bevis som sannsynlig vil være bestemmende for utfallet av saken.³³⁰ Vurderingen av om beviset er «sole or decisive» vurderes etter nasjonale domstolers begrunnelse for hvilke bevis som taler for domfellelse.

Vurderingen av beviset vekt avhenger ifølge flertallet i EMD av styrken på bevisene som bekrefter vitneforklaringen.³³¹ Jo sterkere de bekreftende bevisene er, jo mindre sannsynlig er det at vitneforklaringen vil bli ansett som avgjørende.³³² Hvis en forklaring fra et vitne som tiltalte ikke har fått en passende mulighet til å krysseksaminere, og forklaringen utgjør det *eneste eller avgjørende* bevis for domfellelse, så er tiltaltes rettigheter unødig begrenset.³³³ Frem til denne avgjørelsen var regelen om *eneste eller hovedsakelige* bevis absolutt slik at dersom beviset var *det eneste eller avgjørende* så kunne ikke forklaringen føres middelbart.³³⁴ I *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*³³⁵ fravek flertallet i EMD det som hadde vært den gjeldende regelen om dette i en lengere periode. EMD uttalte at vurderingen av om beviset er *det eneste eller avgjørende* ikke er et absolutt krav.³³⁶ I den forbindelse bemerkes det at dissensen gjaldt dette prinsipielle spørsmålet.³³⁷

Det tredje som må vurderes er kompenserende faktorer, eller som EMD uttaler det: «counterbalancing factors».³³⁸ Unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet krever kompenserende faktorer. De kompenserende faktorene skal veie opp for de ulempene det er for tiltalte at vitnebevis ikke føres umiddelbart, og dermed at vitnet ikke blir krysseksaminert under hovedforhandling. Slike kompenserende faktorer kan være at vitneforklaringen støttes av andre bevis.³³⁹ Et annet kompenserende tiltak kan være at den nasjonale domstolen i

³²⁸ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 128.

³²⁹ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 131.

³³⁰ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 131.

³³¹ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 131.

³³² *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 131.

³³³ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 128.

³³⁴ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 146.

³³⁵ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011).

³³⁶ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 143-146.

³³⁷ Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 170).

³³⁸ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 147.

³³⁹ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 156.

domsgrunnene presiserer at de er oppmerksom på at vitneforklaringens bevisverdi reduseres, når vitnet ikke har vært til stede i retten.³⁴⁰ Andre avgjørelser fra EMD vil også kunne illustrere andre typer kompenserende faktorer.

EMD presiserer rettsstillingen i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 147 slik:

«The Court therefore concludes that, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very importance factor to balance in the scales (...) and one which would *require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards*. The question in each case is whether there are *sufficient counterbalancing factors* in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence *only if its sufficiently reliable given its importance in the case.*»³⁴¹ (mine uthevinger).

Rettsstillingen medfører at avspilling eller opplesning av tidligere avgitte forklaringer som er det *eneste eller avgjørende* beviset mot anklagede ikke automatisk medfører brudd på EMK art. 6 nr. 1. Det er imidlertid en forutsetning at det foreligger sterke kompenserende faktorer, inkludert sterke prosessuelle rettssikkerhetsgarantier dersom en domfellelse skal baseres på en vitneforklaring som ikke har vært krysseksaminert og forklaringen utgjør det *eneste eller avgjørende* beviset.³⁴² De kompenserende faktorene og prosessuelle rettssikkerhetsgarantier skal sikre at anklagede får en rettferdig rettergang som vedkommende har krav på etter EMK art. 6 nr. 1. Hvorvidt det foreligger tilstrekkelig kompenserende faktorer vil avhenge av konkrete omstendigheter.

Denne avgjørelsen i EMD ble behandlet i storkammer og gjaldt to saksforhold. I begge sakene var spørsmålet om EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1 var krenket som følge av

³⁴⁰ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 157.

³⁴¹ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 147.

³⁴² Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 147.

domfellelse basert på opplesning av tidligere avgitte forklaringer som de tiltalte ikke hadde fått adgang til å krysseksaminere under hovedforhandlingen.

I saken mot Al-Khawaja konkluderte EMD med at art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1 ikke var krenket gjennom opplesning av politiforklaringen til den fornærmede som ikke møtte under hovedforhandling. Anklagede var tiltalt for å ha befølt to kvinnelige pasienter under hypnose.³⁴³ Den ene fornærmede begikk selvmord før hovedforhandlingen, og EMD anså det naturlig nok som en god grunn for at hun ikke møtte under hovedforhandling. Politiforklaring til den avdøde kvinnen ble tillat opplest på tross av at forklaringen var et avgjørende bevis.³⁴⁴ Det avgjørende for EMDs konklusjon var at det forelå tilstrekkelig kompenserende faktorer.³⁴⁵ En kompenserende faktor var at avdøde og den andre fornærmede hadde like forklaringer.³⁴⁶ Dessuten hadde avdøde forklart to venner om hendelsen like etter at det skulle ha skjedd. Disse avga vitneforklaring under hovedforhandling med mulighet for krysseksaminasjon.³⁴⁷ Vitneforklaringene fra vennene til avdøde var i hovedsak sammenfallende med avdødes forklaring. Det styrket pålitelighet av politiforklaringen til den avdøde og utgjorde også en kompenserende faktor.³⁴⁸ EMD i storkammer bemerket at vanskelig kan tenkes noen andre sterke bekræftende bevis for påståtte overgrep som finner sted under en privat konsultasjon med lege og pasient enn andre vitneforklaringen som avgis under rettssaken med mulighet for krysseksaminasjon.³⁴⁹ I tillegg la EMD til grunn at juryen hadde fått tilstrekkelig veiledning om vekten av bevis hvor det ikke har vært mulighet for krysseksaminasjon til å foreta en rettferdig og grundig vurdering av påliteligheten til vitnet.³⁵⁰

I saken mot Tahery konkluderte derimot EMD med at opplesning av vitneforklaringen utgjorde en krenkelse av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1. Vitne møtte ikke under hovedforhandling på grunn av frykt for represalier.³⁵¹ Vitnet var den eneste som hadde sett den aktuelle handlingen. De kompenserende faktorene som forelå i saken var den nasjonale domstolens tilnærming til forklaringen. Den nasjonale domstolen hadde for det første vurdert at Tahery fikk en rettferdig rettergang ved opplesning av vitneforklaringen, fordi han hadde

³⁴³ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 156.

³⁴⁴ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 11 og 152.

³⁴⁵ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 158.

³⁴⁶ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 156

³⁴⁷ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 156-157

³⁴⁸ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 156-157.

³⁴⁹ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 156.

³⁵⁰ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 157.

³⁵¹ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 33.

mulighet til å imøtegå forklaringen ved å selv forklare seg eller innkalle andre vitner. For det andre hadde den nasjonale domstolen også gjort juryen oppmerksom på at det var nødvendig å behandle vitneforklaringen med forsiktighet. EMD vurderte imidlertid at disse kompenserende faktorene hverken sammen eller alene var tilstrekkelig for at anklagede hadde fått en rettferdig rettergang. En forskjell mellom sakene til Al-Khawaja og Tahery synes å være at flertallet i EMD anså forklaringen mot Tahery som et enda mer sentralt element i bevisgrunnet for domfellelsen.³⁵² Flertallets tilnærming i saken mot Tahery må forstås slik at forklaringen må betraktes som et avgjørende bevis, og nær opp mot situasjonen der forklaringen er det eneste beviset.³⁵³ Bevisets vekt og karakter veide tungt i balansen av om anklagede hadde fått en rettferdig rettergang.³⁵⁴ De kompenserende faktorene var ikke tungtveiende nok til å oppveie for bevisets vekt og karakter.³⁵⁵ Flertallets avgjørelse i saken mot Tahery viser at dersom en forklaring er det *eneste eller avgjørende* og anklagede ikke har fått en mulighet til å stille spørsmål til vitnet, så veier det tungt i balansen av om rettergangen har vært rettferdig.

Når det gjelder avkall på retten til krysseksaminasjon gikk ikke flertallet i EMD konkret inn på hvilke typer opptreden som leder til at krysseksaminasjon anses oppgitt, men nøyde seg med formuleringen «threats or actions which lead to the witness being afraid to testify».³⁵⁶ Det følger av avgjørelsen at avkall kan gis av «the defendant or those who act on behalf of the defendant or with his knowledge and approval.»³⁵⁷ Bruken av ordet «knowledge» tilsier at anklagede må ha faktisk kunnskap om at den som opptrer på anklagedes vegne gir avkall på retten til krysseksaminasjon.³⁵⁸ Det er ikke tilstrekkelig at tiltalte burde ha kjent til at den som

³⁵² Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 160. Se også Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 171).

³⁵³ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 160. Se også Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 171).

³⁵⁴ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 161-165. Se også Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 171).

³⁵⁵ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 165. Se også Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 171).

³⁵⁶ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 123. Se også Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 174).

³⁵⁷ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 123.

³⁵⁸ Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 176).

handler på anklagedes vegne ga avkall på hans rett til krysseksaminasjon.³⁵⁹ Det sentrale er at retten til krysseksaminasjon anses tapt dersom tiltalte kan bebreides for at vitnet ikke kan krysseksamineres.³⁶⁰

Etter EMDs avgjørelse i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*³⁶¹ skal unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet følge et minste inngreps prinsipp jf. formuleringen «measure of last resort».³⁶²

4.2.4 Rosin mot Estland

Etter *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* har de tre vurderingsmomentene som ble oppstilt i denne avgjørelsen vært sentral ved vurderingen av om anklagede har fått en rettferdig rettergang, som følge av middelbar bevisførsel av barns forklaring.³⁶³ I det følgende skal en av dem, *Rosin mot Estland*³⁶⁴ analyseres. I den konkrete saken var det to mindreårige fornærmede i en sak om seksuelle overgrep. Det var imidlertid bare den yngste gutten som var i stand til å forklare seg om hva som hadde skjedd, fordi den eldste gutten ikke husket noe på grunn av beruselse. Den yngste gutten ble avhørt av politiet og avhøret ble tatt opp på video. Den anklagede ble avhørt samme dag som de to guttene men ble ikke varslet før avhørene av de to fornærmede barna.³⁶⁵ Selv om de fire rettsikkerhetsgarantiene som ble oppstilt i *A.S. mot Finland* ikke ble drøftet eksplisitt, viser det faktiske grunnlaget for avgjøresen at flere av dem ikke var oppfylt i den konkrete saken. For det første ble anklagede ikke varslet før avhør. For det andre fikk hverken anklagede eller hans forsvarer adgang til å observere avhøret når det ble tatt.³⁶⁶ Anklagede fikk imidlertid anledning til å observere videopptak av forklaringen under hovedforhandlingen, men fikk ingen mulighet til å stille spørsmål til de to guttene. Den eneste rettsikkerhetsgarantien som var oppfylt var at avhøret av den yngste gutten ble tatt opp på video. Som tidligere praksis fra EMD viser, er det ikke tilstrekkelig for å oppfylle de krav som stilles til en rettferdig rettergang.³⁶⁷

³⁵⁹ Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 176).

³⁶⁰ Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet» Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 176).

³⁶¹ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 125.

³⁶² *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avsnitt 125.

³⁶³ Se blant annet D.T. mot Nederland (2013) og Vronchenko mot Estland (2013).

³⁶⁴ *Rosin mot Estland* (2013).

³⁶⁵ *Rosin mot Estland* (2013) avsnitt 11.

³⁶⁶ *Rosin mot Estland* (2013) avsnitt 25.

³⁶⁷ Se punkt 4.2.2 i avhandlingen.

Når det gjelder de tre vurderingsmomentene fra *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*, konstaterte flertallet i EMD at de spesielle tiltak som må tas for å beskytte fornærmede i saker om seksuelle overgrep, spesielt når den fornærmede er et barn, tilsa at det forelå en god grunn for at det mindreårige vitnet ikke møtte.³⁶⁸ Ved spørsmålet om forklaringen var det *eneste eller avgjørende*, konstaterte flertallet at guttens forklaring utgjorde det avgjørende bevis for domfellelsen.³⁶⁹ Det var ingen sterke bekræftende bevis for domfellelse foruten videopptaket av den mindreåriges forklaring.³⁷⁰ Fravær av andre bevis var det imidlertid ikke, og anklagde hadde mulighet til å krysseksaminere den eldste gutten under hovedforhandling og andre vitner.³⁷¹ Vitneforklaringene ga derimot bare indirekte støtte til den yngste guttens forklaring.³⁷² Videre hadde en sakkyndige vurdert at den yngste gutten ikke var i stand til å gi en adekvat forklaring under hovedforhandling, og gjentatte avhør ville nødvendigvis ikke gi en mer pålitelig forklaring eller forklaring som samsvarte med hans tidligere forklaring.³⁷³ Ved vurderingen av hvorvidt det i den konkrete saken forelå tilstrekkelig kompenserende faktorer startet EMD med å bemerke følgende:

« (...) the Court finds that there is some indication that the investigating authorities had *already taken the view that V. was not expected to be examined at a court hearing at the outset of the proceedings*(...)»³⁷⁴ (mine uthevinger)

Uttalelsen viser at vurderingen av om det foreligger kompenserende faktorer i relasjon til middelbar bevisførsel av barns forklaring skiller seg noe fra opplesning av politiforklaringer. EMD ser hen til om myndighetene på etterforskningsstadiet hadde kunnskap om at forklaringen ville føres middelbart for retten med manglende mulighet til å krysseksaminere barnet under hovedforhandling. Dersom myndighetene har kunnskap har de også forutsetninger for å ivareta retten til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet. Formuleringen «some indication» gir uttrykk for at når det foreligger en synbar risiko for at forklaringen vil føres middelbart så må myndighetene legge til rette for å ivareta siktedes rett til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet.

³⁶⁸ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 55.

³⁶⁹ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 56.

³⁷⁰ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 62.

³⁷¹ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 61.

³⁷² Rosin mot Estland (2013) avsnitt 61.

³⁷³ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 22.

³⁷⁴ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 57.

En kompenserende faktor i den konkrete saken var at spørsmålet om fornærmedes rett til beskyttelse og siktedes rettigheter ble vurdert i øverste nasjonale domstol.³⁷⁵ Den nasjonale domstolen konkluderte med at den sakkyndige uttalelsen tilsa at videopptak av forklaringen til den yngste gutten kunne spilles av.³⁷⁶ Flertallet i EMD merket at nasjonale domstoler ikke kunne bebreides for å ha nektet å innkalle den yngste gutten til hovedforhandling på grunnlag av den sakkyndige uttalelsen.³⁷⁷ Den nasjonale domstolens avgjørelser var basert på hensynet til barnets beste.³⁷⁸

Om krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet uttalte EMD at:

«(...)The Court considers, however, that for these very reasons it would have been *essential to give the defence an opportunity to have questions put to the victim during the preliminary investigation*. The same applies to the experts' opinion that after the passage of some time young children were unable to distinguish whether they remembered real facts or something heard from others – this problem, too, *could have been avoided by allowing the defence to put questions to the victim at an earlier stage of the proceedings*. The Court also reiterates in this context that *one of the purposes of putting questions to a witness is to test the witness testimony in order to reveal any inconsistencies – something the defence was prevented from effectively doing in the present case.*»³⁷⁹ (mine uthevinger)

Uttalelsen innebærer at dersom nasjonale myndigheter kan klandres for at siktedes rett til kontradiksjon ikke ble ivaretatt på et tidligere stadium av saken kan det medføre at retten til en rettferdig rettergang ikke er ivaretatt.³⁸⁰ I den konkrete saken hadde anklagede aldri fått en mulighet til å stille spørsmål til vitnet. Flertallet i EMD vurderte den kompenserende faktoren som utilstrekkelige, for å sikre anklagede en rettferdig rettergang og konkluderte følgelig med at anklagede ikke hadde fått en rettferdig rettergang.³⁸¹

Om balansen mellom anklagedes rettigheter og hensynet til barnet uttalte flertallet at;

³⁷⁵ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 59.

³⁷⁶ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 59.

³⁷⁷ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 60.

³⁷⁸ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 60.

³⁷⁹ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 60.

³⁸⁰ Se også A.S. mot Finland (2010).

³⁸¹ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 62-63.

«(...) It also considers that weighing, on the one hand, *the applicant's defence rights – regard also being had to the substantial prison sentence he faced* – and, on the other hand, *the limited impact there would have been on V. if the applicant's questions had been put to him in addition to the questions that the investigator had put to him anyway during the preliminary investigation*, the Court is unable to see that if the investigating authorities had *paid due attention to the applicant's defence rights there would have been any significant additional damage to the child (...)*»³⁸² (mine uthevninger)

Uttalelsen innebærer at dersom det ikke er skadelig for barnet så må anklagede gis en mulighet til å oppfylle sin rett til krysseksaminasjon ved å stille spørsmål gjennom den som foretar avhøret av barnet på etterforskningsstadiet. Dersom det er skadelig at anklagede får stille sine spørsmål til barnet, og myndighetene ikke kan klandres for ikke å ha sikret anklagedes rett til krysseksaminasjon så kan det være i tråd med en rettferdig rettergang å spille av det tidligere avhøret. Dersom myndighetene kan klandres for at anklagede ikke fikk en passende mulighet til å stille spørsmål til vitnet på et tidligere stadium kan det derimot være i strid med en rettferdig rettergang å spille av barnets forklaring selv om etterfølgende krysseksaminasjon ikke var forsvarlig.

Flertallet understreket at;

«(...)The Court once more emphasises in this context that the above is *not to be understood as meaning that the authorities were obliged to carry out a confrontation between the applicant and V. or to ensure V.'s cross-examination at a court hearing*. Rather, what is at issue in a case like the present one is *whether it was possible to put questions to the witness, for example through the defendant's lawyer, police investigator or psychologist, in an environment under the control of the investigating authorities and in a manner that would not need to substantially differ from the interview which was in any event carried out by those authorities(...)*»³⁸³

³⁸² Rosin mot Estland (2013) avsnitt 62.

³⁸³ Rosin mot Estland (2013) avsnitt 62.

Flertallets uttalelse innebærer at nasjonale myndigheter ikke har en plikt til å sørge for anklagedes rett til krysseksaminasjon av barnet. Bakgrunnen for at nasjonale myndigheter ikke har en plikt til å sørge for anklagedes krysseksaminasjon har sammenheng med at retten til krysseksaminasjon tilkommer tiltalte og at vedkommende kan gi avkall på sin rett til krysseksaminasjon.³⁸⁴ I en slik situasjon vil det ikke være hensiktsmessig at myndighetene er pålagt å sikre anklagedes rett til krysseksaminasjon.

Avgjørelsen viser at det sentrale i saker hvor vitneforklaringer fra barn føres middelbart er om anklagede fikk en passende mulighet til å stille spørsmål til barnet. Det kan tenkes at en passende mulighet til å stille spørsmål er ivaretatt, selv om anklagede ikke har fått stilt sine spørsmål til barnet. For eksempel dersom anklagede velger å ikke benytte seg av muligheten til å stille spørsmål.

4.2.5 Schatschaschwili mot Tyskland

Fire år etter *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*³⁸⁵ avsa EMD en ny storkammerdom; *Schatschaschwili mot Tyskland*.³⁸⁶ Her modifierer og utdyper EMD de tre vurderingsmomentene som ble oppstilt i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*. Forholdet mellom vurderingsmomentene presiseres også.

Etter *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* var det for det for det første behov for å avklare forholdet mellom de tre vurderingsmomentene som ble oppstilt i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*. Det sentrale når det gjelder forholdet mellom de tre vurderingsmomentene er at samtlige momenter må vurderes selv om et eller flere av dem ikke anses oppfylt.³⁸⁷ Kompenserende faktorer må således foreligge både i situasjoner hvor beviset er det *eneste eller hovedsakelige* og når et bevis ikke utgjør det *eneste eller hovedsakelige*.³⁸⁸ Rettergangen kan være i tråd med EMK art. 6 nr. 1 selv om samtlige vurderingsmomenter ikke er oppfylt. Vurderingen av om det er en god grunn for at vitnet ikke møter må vurderes selv om beviset ikke utgjør det *eneste eller hovedsakelige*. Vurderingstema er således om rettergangen, sett under ett, har vært rettferdig og de tre vurderingsmomentene utgjør ikke

³⁸⁴ Se punkt 4.2.2 i avhandlingen om avkall på krysseksaminasjon.

³⁸⁵ *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011).

³⁸⁶ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015).

³⁸⁷ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 110. Støttes også av Jon Petter Rui, «*Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*», *Jussens venner* vol. 52 s. 123-184 (s. 138).

³⁸⁸ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 116.

kumulative vilkår. Vurderingsmomentene skal inngå i en helhetsvurdering av om rettergangen er rettferdig som følge av opplesning eller avspilling av en tidligere avgitt forklaring.³⁸⁹

For det andre var det etter *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* uklart hvilke elementer som er relevante i vurderingen av hvorvidt kompenserende faktorer anses som tilstrekkelige for den ulempen at anklagede ikke får krysseksaminere et vitne under hovedforhandling. Flertallet i *Schatschaschwili mot Tyskland* presiserte tre sentrale momenter som er relevante i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig kompenserende faktorer;

«(...)the trial court's approach to the untested evidence; the availability and strength of further incriminating evidence; and the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial.»³⁹⁰

Når det gjelder nasjonale domstolars tilnærming til forklaringen som føres middelbart, må nasjonale domstoler vise i sin begrunnelse at de er klar over at forklaringer som føres middelbart har mindre vekt sammenlignet med forklaringen som føres umiddelbart.³⁹¹ Nasjonale domstoler må gi en detaljert begrunnelse for hvorfor de anser forklaringer som føres middelbart som pålitelige, sammenlignet med andre tilgjengelige bevis.³⁹² Videopptak av forklaringer anses av EMD som en kompenserende faktor som gir en ekstra beskyttelse for at den nasjonale domstolen, påtalemyndigheten og forsvaret skal få mulighet til å observere vitnets opptreden under avhør og danne sitt eget inntrykk av vitnets pålitelighet.³⁹³

Om tilgjengeligheten av andre bevis og styrken av andre støttende bevis uttaler EMD at dersom forklaringen som føres middelbart styrkes av andre bevis vil behovet for kompenserende faktorer være mindre.³⁹⁴ Hvis vitneforklaringer som støtter forklaringen i tillegg har vært ført umiddelbart under hovedforhandling med adgang til krysseksaminasjon, er behovet for kompenserende faktorer enda mindre.³⁹⁵ Vekten av beviset vil ha betydning for om rettergangen anses rettferdig når det ikke foreligger kompenserende faktorer.³⁹⁶ Hvilket

³⁸⁹ *Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 118*. Støttes også av Jon Petter Rui, «*Fra menneskerettighetsdomstolen*» Jussens venner 1/2020 s. 92-99 (s. 94).

³⁹⁰ *Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 145*.

³⁹¹ *Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 126*.

³⁹² *Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 126*.

³⁹³ *Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 127*.

³⁹⁴ *Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 116*.

³⁹⁵ *Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 128*.

³⁹⁶ *Schatschaschwili mot Tyskland (2015), avsnitt 116*.

omfang av kompenserende faktorer som kreves avhenger dermed av bevisets vekt. Jo større vekt beviset har, jo større vekt må de kompenserende faktorene ha for at rettergangen skal anses som rettferdig.³⁹⁷ Bevisets vekt og behovet for kompenserende faktorer har som avgjørelsen viser nær sammenheng. Det har sammenheng med at jo større vekt vitneforklaringen har, jo viktigere er det for anklagede å få en mulighet til å krysseksaminere vitnet. EMD påpekte at også i tilfeller hvor beviset ikke er det *eneste eller avgjørende* men har betydelig vekt, må det foreligge tilstrekkelig kompenserende faktorer for at en rettssak skal anses rettferdig.³⁹⁸ F.eks. dersom en forklaring sammen med andre bevis er nødvendig for å begrunne fellende dom, må tilstrekkelig faktorer foreligge da fravær av krysseksaminasjon kan virke inn på dommens innhold til skade for anklagede. Dersom en vitneforklaring kan begrunne fellende dom er muligheten til krysseksaminasjon særlig viktig for å oppnå et materielt riktig resultat.³⁹⁹ En domfellelse som har sin bakgrunn i en vitneforklaring som tiltalte ikke har fått en passende mulighet til å krysseksaminere, er det i utgangspunktet ikke grunn til å ha tillit til.⁴⁰⁰ Hvilken ulempe det er å ikke få krysseksaminere et vitnet blir ikke tydelig før vitneforklaringen er utfordret.⁴⁰¹ Det er imidlertid på det rene at denne ulempen potensielt kan medføre at uskyldige dømmes. På denne bakgrunn kreves kompenserende faktorer som kan balansere for denne potensielle ulempen.

Når det gjelder prosessuelle tiltak som skal kompensere for den manglende mulighet for anklagede til å krysseksaminere vitnet, er både tiltak som iverksettes når den aktuelle forklaringen ble gitt og ved bevissituasjonen under hovedforhandlingen aktuell.⁴⁰² Dersom situasjonen på tidspunktet når den aktuelle forklaringen ble gitt var slik at tiltaltes rett til krysseksaminasjon kunne og klart burde vært sikret på etterforskningsstadiet, må opplesning eller avspilling normalt nektes.⁴⁰³ Dersom bevissituasjonen ved hovedforhandling er slik at andre bevis støtter beviset som føres middelbart, vil det være en kompenserende faktor for den ulempen manglende mulighet for krysseksaminasjon innebærer.⁴⁰⁴ Slike bevis må belyse

³⁹⁷ Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 116.

³⁹⁸ Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 116.

³⁹⁹ Se punkt 2.6 i avhandlingen om betydningen av krysseksaminasjon.

⁴⁰⁰ Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet», Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183 (s. 168)

⁴⁰¹ Ørnulf Øyen, bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet, Tidsskrift for strafferett nr. 2/2012 s. 166-184 s. 168.

⁴⁰² Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 146 og 152-165. Ørnulf Øyen, «Straffeprosess» 2. utgave Bergen 2019 s. 442.

⁴⁰³ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess» Bergen 2016 s. 407.

⁴⁰⁴ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess» Bergen 2016 s. 407.

påliteligheten og troverdigheten til vitnet.⁴⁰⁵ Slike bevis kan være forklaringer fra personer som den fornærmede snakket med eller betrodde seg til i etterkant, forklaringer eller andre bevis som kan belyse motivasjon eller egeninteresse hos vitnet samt videopptak av det aktuelle vitneavhøret mv.⁴⁰⁶

Spørsmålet for EMD i *Schatschaschwili mot Tyskland*⁴⁰⁷ var om rettergangen var i tråd med EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d som følge av at tidligere forklaringer ble lest opp under hovedforhandling, uten at anklagede eller hans forsvarer hadde fått mulighet til å krysseksaminere vitnene.⁴⁰⁸ Flertallet i EMD konkluderte med at det forelå en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.⁴⁰⁹ Det avgjørende for flertallet var at hverken klageren eller forsvareren ble innkalt til det rettslige avhøret av de fornærmede på etterforskningsstadiet.⁴¹⁰ På tidspunktet for det rettslige avhøret var klageren mistenkt, men hadde ikke blitt informert om etterforskningen mot ham.⁴¹¹ Dommeren som foretok de rettslige avhørene utelukket mistenkte fra avhørene av hensyn til vitnene.⁴¹² Alt på avhørstidspunktet var det en synbar risiko for at de fornærmede ikke ville møte under hovedforhandlingen da det under politiavhøret kom frem at de ville returnere til Latvia.⁴¹³

Flertallet i EMD mente myndigheten var bevisst risikoen da det rettslige avhøret ble begjært, fordi det forelå en risiko for at de fornærmede ikke ville møte under hovedforhandling å avgi forklaring.⁴¹⁴ Forklaringene var de avgjørende bevis.⁴¹⁵ Når det gjelder tilstrekkelig kompensierende faktorer var EMD tilfreds med den nasjonale domstolens vurdering.⁴¹⁶ Det var også andre bevis i saken som støttet forklaringene.⁴¹⁷ Flertallet fant imidlertid disse faktorene utilstrekkelig.⁴¹⁸ Avgjørelsen innebærer at terskelen for å tillate at bevis føres

⁴⁰⁵ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» Bergen 2016 s. 407.

⁴⁰⁶ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 152-165. Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» Bergen 2016 s. 407.

⁴⁰⁷ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015).

⁴⁰⁸ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 67.

⁴⁰⁹ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 164.

⁴¹⁰ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 155 til 164.

⁴¹¹ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 21.

⁴¹² *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 21.

⁴¹³ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 21, 130.

⁴¹⁴ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 160.

⁴¹⁵ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 136.

⁴¹⁶ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 146-150. Se også Jon Petter Rui, «*Retten til en rettfærdig rettergang anno 2017*» Jussens venner vol. 52 s. 123-184 (s. 151).

⁴¹⁷ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 151-152. Se også Jon Petter Rui, «*Retten til en rettfærdig rettergang anno 2017*» Jussens venner vol. 52 s. 123-184 (s. 151)

⁴¹⁸ *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015) avsnitt 161-165. Se også Jon Petter Rui, «*Retten til en rettfærdig rettergang anno 2017*» Jussens venner vol. 52 s. 123-184 (s. 152).

middelbart er høy dersom nasjonale myndigheter allerede på etterforskningsstadiet vet at forklaringen ikke ville bli ført umiddelbart og retten til krysseksaminasjon ikke er ivaretatt.⁴¹⁹ Da har påtalemyndigheten et særlig ansvar for å sikre at mistenkte sikres en mulighet til å stille spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet.⁴²⁰ Øyen har fremholdt at EMDs tilnærming medfører at opplesning eller avspilling normalt må nektes hvis tiltaltes rett til krysseksaminasjon kunne og klart burde vært sikret alt på etterforskningsstadiet.⁴²¹

4.2.6 N.K. mot Tyskland

I en nyere avgjørelse fra EMD, *N.K. mot Tyskland*, konkluderte EMD med at det ikke forelå krenkelse, selv om krysseksaminasjon burde ha vært sikret på etterforskningsstadiet.⁴²² Spørsmålet for EMD var hvorvidt anklagede hadde fått en rettfærdig rettergang som følge av at hverken han eller hans forsvarer hadde fått mulighet til å krysseksaminere et vitnet som var det eneste direkte vitnet til hendelsen.⁴²³ Den nasjonale domstolens vurdering av bevisene var en kompenserende faktor.⁴²⁴ En annen viktig kompenserende faktor var at forklaringen ble bekreftet av andre bevis av betydelig vekt.⁴²⁵ På denne måten skiller saksforholdet seg fra *Rosin mot Estland* hvor bevisene kun ga indirekte støtte til forklaringen.⁴²⁶ Når det gjelder de bevis av betydelig vekt, forelå det flere vitneforklaringer som bekreftet kvinnenes forklaring. I *Rosin mot Estland* forelå også andre vitneforklaringer men EMD anså dem som bevis som bare indirekte støttet forklaringen.⁴²⁷

EMD fremhevet i den konkrete saken at anklagede hadde mulighet til å presentere sin egen versjon av hendelsene, noe han valgte å ikke gjøre, og at han hadde mulighet til å krysseksaminere andre vitner under hovedforhandling.⁴²⁸ Disse forholdene og de kompenserende faktorene ble avgjørende for EMDs avgjørelse selv om forklaringen klart burde vært sikret på etterforskningsstadiet. EMDs tilnærming i denne saken tilsier at selv om myndighetene kan klandres for å ikke ha sikret anklagedes rett til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet, kan det foreligge tilstrekkelig kompenserende faktorer som tilsier at

⁴¹⁹ Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 157.

⁴²⁰ Schatschaschwili mot Tyskland (2015) avsnitt 157.

⁴²¹ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess», 2. utgave (Bergen 2019) s. 442.

⁴²² N.K. mot Tyskland (2018) avsnitt 60 og 63.

⁴²³ N.K. mot Tyskland (2018) avsnitt 51.

⁴²⁴ N.K. mot Tyskland (2018) avsnitt 59.

⁴²⁵ N.K. mot Tyskland (2018) avsnitt 58.

⁴²⁶ Se punkt 4.2.4 i avhandlingen om denne avgjørelsen.

⁴²⁷ Se punkt 4.2.4 i avhandlingen om denne avgjørelsen.

⁴²⁸ N.K. mot Tyskland (2018) avsnitt 61.

anklagede har fått en rettførdig rettergang. Det er da en forutsetning at forklaringen støttes av andre bevis av betydelig vekt. Andre vitneforklaringer kan som avgjørelsen viser være bevis av betydelig vekt som kompenserer for manglende krysseksaminasjon av et avgjørende bevis.

4.2.7 Cabral mot Nederland

I *Cabral mot Nederland*⁴²⁹ behandlet EMD spørsmålet om hvorvidt EMK art. 6 nr. 3 bokstav d var fulgt, som følge av at en tidligere politiforklaringer ble lest opp da vitnet nektet å forklare seg under hovedforhandling. EMD brukte vurderingsmomentene fra *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* ved avgjørelsen av spørsmålet. Selvinkrimineringsvernet var etter EMDs syn en god grunn for at vitnet nektet å forklare seg. Anklagede fikk en mulighet til å stille spørsmål til vitnet i hovedforhandling, men muligheten ga ikke reell krysseksaminasjon da vitnet nektet å svare på spørsmål. EMD konkluderte i den konkrete saken med at det hadde skjedd en krenkelse av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d som følge av at politiforklaringen ble lest opp.⁴³⁰ Det avgjørende for EMD var at forklaringen utgjorde det eneste eller hovedsakelige beviset, og at det ikke fantes tilstrekkelig kompenserende faktorer som veide opp for ulempene ved at krysseksaminasjon ikke var mulig.⁴³¹

Avgjørelsen tilsier at der forklaringen er det avgjørende bevis og det ikke har vært en reell mulighet til å krysseksaminere vitnet, vil det formodentlig sjeldent ligge slik an at kompenserende faktorer leder til at opplesning kan skje.⁴³² Det er imidlertid grunn til å bemerke at avgjørelsen ikke gjaldt avhør av barn, hvor det i større grad er mulig å sikre viktige rettsikkerhetsgarantier på etterforskningsstadiet. *Cabral mot Nederland* kan likevel tas til inntekt for at dersom barnets forklaring er det avgjørende bevis og anklagede ikke har fått en passende og reell mulighet til å krysseksaminere barnet så vil det sjeldent ligge slik an at kompenserende faktorer leder til at avspilling eller opplesning er i tråd med en rettførdig rettergang. Tilfeller hvor kompenserende faktorer er tilstrekkelig for at opplesning eller avspilling er i tråd med en rettførdig rettergang selv om anklagede ikke har fått en passende og reell mulighet til å krysseksaminere vitnet, er som tilfellet i *N.K. mot Tyskland* viser, hvor forklaringen ble støttet av andre vitneforklaringer av betydelig vekt.

⁴²⁹ Cabral mot Nederland (2018).

⁴³⁰ Cabral mot Nederland (2018) avsnitt 38.

⁴³¹ Cabral mot Nederland (2018) avsnitt 36-37.

⁴³² Cabral mot Nederland (2018) avsnitt 33-38. Jon Petter Rui, «*Fra menneskerettighetsdomstolen*» Tidsskrift for strafferett 1/2020 s. 92-99(s. 99).

4.2.8 Oppsummering av de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet

En kort oppsummering av de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet er nødvendig før det foretas en vurdering av de utvalgte reglers forenlighet med EMK.

Analysen viser at for å vurdere om de norske reglene om tilrettelagt avhør er i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet, må følgende tre momenter vurderes. Det må vurderes om det foreligger en god grunn til at vitnet ikke møter, bevisets vekt og om det foreligger tilstrekkelig kompensierende faktorer. Analysen viser at de tre momentene når det gjelder videoopptak av barns forklaring under hovedforhandling, er noe ulik vurderingen ved opplesning av politiforklaringer. En vesensforskjell hva gjelder videoopptak av barns forklaring er at myndighetene i større grad har mulighet til å legge til rette for at siktede får krysseksaminere barnet på etterforskningsstadiet. Analysen viser at unntak fra bevisumiddelbarhet må ligge så nært som mulig utgangspunkt om bevisumiddelbarhet. Avspilling av tilrettelagt avhør er et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet, slik at reglene for avhørsordningen bør søke å ligge så nært utgangspunktet om bevisumiddelbarhet som mulig. EMD har oppstilt fire minstegarantier som medfører at den middelbare bevisførselen av barnets forklaring vil ligge tett opp mot utgangspunkt om bevisumiddelbarhet. For det første må mistenkte varsles før avhør. For det andre må mistenkte få anledning til å observere avhøret når det tas eller på et senere tidspunkt. For det tredje må mistenkte få stille spørsmål enten indirekte eller direkte når avhøres tas eller på et senere tidspunkt. For det fjerde må avhøret tas opp på lyd- eller bildeopptak. Etterfølgende praksis viser at utsatt varsling av mistenkte kan aksepteres, dersom det foreligger sterke grunner. Når det gjelder de andre minstegarantiene bør de søkes ivare tatt for å være i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet. De tre momentene og de fire minstegarantiene inngår i en helhetsvurdering av om rettergangen har vært rettferdig. Derfor kan rettergangen anses rettferdig selv om noen momenter og minstegarantier ikke er oppfylt.

4.3 Vurdering av utvalgte regler i straffeprosessloven

I det følgende skal det undersøkes om den ene delen av lovgivers uttalte formål oppnås, ved å undersøke utvalgte reglers forenlighet med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet. Som nevnt i punkt 1.1 skulle lovendringen i 2015 ikke svekke siktedes rettssikkerhet. Som de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet viser, må det først

vurderes om det er en god grunn til at barn som avhøres ved tilrettelagt avhør ikke møter under hovedforhandling. Deretter må bevisets vekt og kompenserende faktorer vurderes. Etter vurderingen av om det foreligger god grunn til at barn som avhøres ved tilrettelagte avhør ikke møter under hovedforhandling vil det følge en kort redegjørelse av bevisets vekt og behovet for kompenserende faktorer. Deretter vil jeg foreta en vurdering av om avhørsordningen inneholder tilstrekkelig kompenserende faktorer i lys av hovedregelen om utsatt varsling av mistenkte, hovedregelen om at forsvarer ikke er til stede ved første avhør og reglene om supplerende avhør. Straffeprosessutvalgets forslag fra NOU 2016:24 vil i den grad jeg vurderer regler hvor de har foreslått endringer kommenteres. I den forbindelse vil kapittelet inneholde *de lege ferenda*-vurderinger.

4.3.1 Er det en god grunn til at vitner som avhøres ved tilrettelagt avhør ikke møter i hovedforhandling

I det følgende skal det vurderes om det er en god grunn for at barn som avhøres ved tilrettelagt avhør ikke møter under hovedforhandling. Som nevnt i punkt 1.5 må det ved inngrep i konvensjonsrettigheter avgjøres om inngrepet har et legitimt formål. Avspilling av tilrettelagt avhør medfører begrensninger i en konvensjonsrettighet, siktedes rett til å krysseksaminasjon. Dersom det foreligger god grunn for at barn som avhøres ved tilrettelagt avhør ikke møter under hovedforhandling vil kravet om legitimitet anses oppfylt.

Som den foregående analysen viser aksepterer EMD at det tas spesielle hensyn til mindreårige vitner som er fornærmet i saker om seksuelle overgrep. EMD har i en rekke avgjørelser uttalt at hensynet til å beskytte barn som er fornærmet i saker om seksuelle overgrep tilsier at det er en god grunn for at vitnet ikke møter under hovedforhandling.⁴³³ Det vil sannsynligvis derfor alltid være en god grunn for at mindreårige som anses som fornærmede i saker om seksuelle overgrep, ikke møter under hovedforhandling. De norske reglene skal anvende tilrettelagt avhør ved mistanke om alvorlig kriminalitet som vold og seksuelle overgrep.⁴³⁴ Barn som avhøres ved tilrettelagt avhør er derfor i en sårbar situasjon. Hvorvidt EMD aksepterer at forklaringer fra barn føres middelbart i saker som ikke gjelder seksuelle overgrep, er etter den foregående analysen usikkert. Etter mitt syn vil EMD trolig akseptere unntak fra

⁴³³ Se blant annet Vronchenko mot Estland (2013) avsnitt 58 og S.N. mot Sverige (2002) avsnitt 47, A.S. mot Finland (2010) avsnitt 55, B. mot Finland (2007) avsnitt 43, Aigner mot Østerrike (2012) avsnitt 37.

⁴³⁴ Se punkt 3.2 i avhandlingen om det materielle virkeområdet for avhørsordningen.

bevisumiddelbarhet ved avhør av mindreårige vitner som er fornærmet i saker om integritetskrenkelser. De spesielle hensyn som EMD tar til mindreårige vitner som er fornærmet i saker om seksuelle overgrep, vil i stor grad være sammenfallende for mindreårige vitner som avhøres er fornærmede i saker om andre integritetskrenkelser. Det gjelder i en viss grad også for øyevitner som avhøres ved tilrettelagt avhør.

Både straffeprosessloven og EMD anerkjenner at lav alder, sammenholdt med sakens karakter, er en legitim grunn til at vitnet ikke møter under hovedforhandling.⁴³⁵ Det er en god grunn for at barn som avhøres ved tilrettelagt avhør ikke møter under hovedforhandling. Den foregående analysen viser imidlertid at kravet om god grunn ikke alene anses tilstrekkelig for å ivareta de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet.

4.3.2 Vitnebevisets vekt og behovet for kompenserende faktorer

Den foregående analysen viser at vitnebevisets vekt og behovet for kompenserende faktorer har nær sammenheng. Når det gjelder bevisets vekt kan det variere fra å være det *eneste eller avgjørende*, til å være et av mange i et bredt bevisbilde. Behovet for kompenserende faktorer vil avhenge av hvor på denne «skalaen» man er i den konkrete sak. Analysen av EMDs praksis viser at jo større vekt beviset har jo større vekt må de kompenserende faktorene ha. Det sentrale er om straffeprosessloven i tilstrekkelig grad har tatt høyde for denne variasjonsbredden. Det mest problematisk i relasjon til EMK er når videoopptaket av barnets forklaring er det *eneste eller avgjørende* beviset, og siktede ikke har fått krysseksaminere barnet. Når en forklaring utgjør et av flere bevis tilsier rettssikkerhetsmessige betraktninger at det ikke er samme grunner til å stille krav om krysseksaminasjon som når forklaringen utgjør det *eneste eller avgjørende* beviset. Som analysen viser kan det være i tråd med en rettfærdig rettergang selv om anklagede ikke har fått krysseksaminere et vitnet dersom det foreligger tilstrekkelig kompenserende faktorer. Det avgjørende er om regelverket legger til rette for en viss grad av krysseksaminasjon på et tidligere stadium av prosessen, i det minste en passende mulighet. Kompenserende faktorer skal sikre at unntak fra utgangspunktet om bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon er forholdsmessig. Unntak fra bevisumiddelbarhet (til fordel for barnet) skal ikke gå på bekostning av rettighetene til forsvaret (til fordel for siktede). Som EMD uttaler skal unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet være et «measure

⁴³⁵ Strpl. § 298 første og andre ledd. AS. mot Finland (2010) avsnitt 55 og 56.

of last resort».⁴³⁶ Vurderingen av de utvalgte reglens forenlighet med EMK vil vise om unntaket fra bevisumiddelbarhetsprinsippet følger et minste inngreps prinsipp.

4.3.3 Er hovedregelen om utsatt varsling av mistenkte i tråd med menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet

I dette punktet skal jeg vurdere hvorvidt hovedregelen om utsatt varsling av mistenkte er i tråd med de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. Straffeprosessutvalgets forslag om at hovedregelen skal være at mistenkte skal varsles vil deretter kommenteres.

Som analysen viser er det en minstegaranti at mistenkte varsles før avhør. Ettersom varsling av mistenkte i forkant av avhør vil ligge nærmere utgangspunktet om bevisumiddelbarhet, vil varsling ivareta siktedes rettssikkerhet i større grad enn utsatt varsling. Hovedregelen i norsk rett er derimot utsatt varsling. Det kan tilsi at regelen ikke er i tråd med de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. Som det fremgår av den foregående analysen kan imidlertid sterke grunner tilsi at utsatt varsling aksepteres. Det må derfor vurderes hvorvidt den norske hovedregelen om utsatt varling har sterke grunner som taler for seg.

Hovedregelen om utsatt varsling er som nevnt begrunnet i at barnet ikke skal påvirkes av den mistenkte før avhør og bevisforspillelsesfare.⁴³⁷ Hensynet til å beskytte barn mot vold og seksuelle overgrep søkes også ivaretatt ved hovedregelen om utsatt varsling av mistenkte.⁴³⁸ Det taler i retning av at det foreligger sterke grunner for å utsette å varsle mistenkte. Som analysen viser vil utsatt varsling av mistenkte trolig aksepteres av EMD dersom myndighetene kan vise til at det forelå fare for bevisforspillelse. Regelen om utsatt varsling kan ses som et utslag av det materielle sannhets prinsipp.⁴³⁹ Det er ønskelig for påtalemyndigheten og for samfunnet å unngå at mistenkte påvirker vitner, slik at de ikke forteller sannheten. Det er også ønskelig å unngå at mistenkte fjerner bevis, fordi det blir vanskelig å få realisert den materielle sannheten dersom bevis fjernes. Det er imidlertid grunn til å bemerke at utsatt varsling også kan medføre at den materielle sannhet ikke oppnås. Dersom den mistenkte ikke får imøtegå barnets forklaring når avhøres tas og supplerende

⁴³⁶ Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (2011) avsnitt 125.

⁴³⁷ Se punkt 3.4.2 i avhandlingen om regelen om utsatt varsling av mistenkte

⁴³⁸ Se punkt 3.4.2 i avhandlingen om regelen om utsatt varsling av mistenkte.

⁴³⁹ Se punkt 2.3 i avhandlingen om den materielle sannhets prinsipp.

avhør ikke gjennomføres kan barnets forklaring fremstå som mer troverdig enn det er grunnlag for og således medføre et uriktig materielt resultat.⁴⁴⁰

Det er på det rene at det ikke er avklart om en mistenkt er skyldig eller uskyldig i forbindelse med etterforskningen.⁴⁴¹ Rettsikkerhetsgarantier gjelder derfor selv om det ikke er grunnlag for å ta ut siktelse.⁴⁴² At reglene om varsling i den norske avhørsordningen avhenger av om mistenkte kan anses som siktede, kan derfor være problematisk i relasjon til de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. Hvorvidt det er grunnlag for å ta ut siktelse vil trolig ikke ha betydning dersom den norske avhørsordningen kommer opp for EMD. Hvis det ikke foreligger bevisforspillelsesfare eller hensynet til vitnet ikke taler mot det bør derfor mistenkte varsles selv om det ikke er grunnlag for å ta ut siktelse. Departementet begrunnet som nevnt regelen om utsatt varsling av mistenkte med hensynet til å unngå unødige straffeforfølgning.⁴⁴³ Sentrale menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet kan ikke gå på bekostning av hensynet til å unngå unødige straffeforfølgning. Det taler i retning av at utsatt varsling ikke er i tråd med de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet.

En naturlig følge av hovedregelen om utsatt varsling av mistenkte, medfører at mistenkte ikke får anledning til å observere avhøret når det tas. Dersom det tas ut siktelse får siktede hverken adgang til å følge det første avhøret, eller et eventuelt supplerende avhør. Siktedes forsvarer får anledning til å følge det første avhøret dersom siktede varsles, og et eventuelt supplerende avhør dersom det begjæres.⁴⁴⁴ En viktig rettssikkerhetsgaranti er at siktede får se gjennom videopptak straks etter det er tatt ut siktelse.⁴⁴⁵ At det tas videopptak av barnets forklaring er en viktig prosessuell garanti da det gir anklagede, forsvareren og dommere mulighet til å vurdere påliteligheten av barnets forklaring. Det er også i tråd med den fjerde minstegarantien som EMD har oppstilt, at barnets forklaring skal tas opp på lyd- eller bildeopptak. Som analysen viser er muligheten til å observere barnets tidligere forklaring ikke alene en tilstrekkelig kompenserende faktor, når barnets forklaring er det *eneste eller avgjørende*. Avhørsordningen må derfor inneholde flere kompenserende faktorer for å være i tråd med de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet.

⁴⁴⁰ Se punkt 2.6 i avhandlingen om betydningen av retten til krysseksaminasjon av vitner.

⁴⁴¹ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» 2. utgave Bergen 2019 s. 27.

⁴⁴² Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*» 2. utgave Bergen 2019 s. 27.

⁴⁴³ Se punkt 3.4.2 i avhandlingen om regelen om utsatt varsling.

⁴⁴⁴ Se punkt 3.4.2 og 3.4.3 i avhandlingen.

⁴⁴⁵ Se punkt 3.4.4 i avhandlingen.

En annen kompenserende faktor som analysen viser nasjonale domstolars tilnærming til bevisbildet. Dersom nasjonale domstoler viser at de er oppmerksomme på at bevisverdien av barnets forklaring vekkes når forklaringen ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon, anser EMD det som en kompenserende faktor. Analysen viser imidlertid at det heller ikke er en tilstrekkelig kompenserende faktor når beviset er det *eneste eller avgjørende*, og siktede ikke har fått en passende mulighet til å stille spørsmål til barnet. Den forgående analysen viser at de to kompenserende faktorene heller ikke sammen anses som tilstrekkelig, når barnets forklaring er det *eneste eller avgjørende*, og siktede ikke har fått en passende mulighet til å krysseksaminere vitnet. På bakgrunn av dette står hovedregelen om utsatt varsling i et tvilsomt forhold til EMK art. 6, når retten til krysseksaminasjon ikke ivaretas gjennom supplerende avhør og forklaringen er *det eneste eller avgjørende* beviset. Som nyere praksis fra EMD viser er det bare bevis av betydelig vekt som støtter forklaringen som anses som tilstrekkelige kompenserende faktorer når retten til krysseksaminasjon ikke er ivaretatt og forklaringen er det *eneste eller avgjørende* beviset.

Når det gjelder tidsperspektivet på den utsatte varsling, viser analysen at påtalemyndigheten må varsle mistenkte tidligere enn fire måneder etter gjennomført avhør av barnet. Dersom de prosessuelle reglene om at påtalemyndigheten *straks* etter avhøret av barnet varsler siktede når det er grunnlag for å ta ut siktelse overholdes, vil den norske avhørsordningen på dette punkt sannsynligvis aksepteres av EMD.

I det følgende skal straffeprosessutvalget forslag kommenteres. Utvalget har foreslått at hovedregelen skal snus slik at mistenkte som hovedregel skal varsles, og at unntak må begrunnes i konkrete etterforskningshensyn.⁴⁴⁶ Forslaget er etter mitt syn en god løsning. For det første må avhørsordningen for å være i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet, inneholde rettssikkerhetsgarantier som sikrer en rettferdig rettergang når supplerende avhør ikke gjennomføres. Varsling av mistenkte kan medføre at avhørsordningen inneholder tilstrekkelig kompenserende faktorer når supplerende avhør avslås. Hensynet til siktedes rettssikkerhet taler med tyngde for at hovedregelen bør være at mistenkte varsles. Varsling av mistenkte ligger som nevnt nærmere utgangspunkt om bevisumiddelbarhet og vil derfor ivareta de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet bedre enn alternativet, utsatt varsling.

⁴⁴⁶ NOU 2016:24 s. 289.

Det er på det rene at det i noen tilfeller foreligger sterke grunner for å utsette varsling av mistenkte, regelverket må derfor inneholde en adgang for å utsette varsling av mistenkte. Som straffeprosessutvalget foreslår bør adgangen til å utsette varsling av mistenkte begrunnes i konkrete etterforskningshensyn. Etter mitt syn må utsatt varsling også aksepters dersom hensynet til vitnet tilsier det, f.eks. kan det være direkte skadelig for et barn dersom mistenkte varsles.⁴⁴⁷ Da må anklagedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon på tidspunktet for avhøret av barnet etter mitt syn tåle begrensinger. Varsling av mistenkte kan ikke gå på bekostning av barns vern mot vold og seksuelle overgrep som følger av våre folkerettslige forpliktelser.⁴⁴⁸

Departementet fremhevet i forarbeidene at utsatt varsling vil medføre at det blir enklere å etterforske saken, og at det vil være en medvirkende faktor til at flere skyldige blir dømt.⁴⁴⁹ Etter mitt syn vil en hovedregel om varsling bedre legge til rette for også å ivareta et av straffeprosessens viktigste formål, om at uskyldige ikke skal straffes.⁴⁵⁰

4.3.4 Er hovedregelen om at forsvarer ikke er til stede ved første avhør i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet

I det følgende skal jeg vurdere hvorvidt hovedregelen om at forsvarer ikke er til stede ved første avhør er i tråd med de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. Deretter vil straffeprosessutvalgets forslag om at mistenkte skal ha forsvarer kommenteres.

Som analysen av EMDs praksis viser er det ikke et krav at forsvarer er til stede ved første avhør. Det avgjørende er at anklagede har fått en passende mulighet til å stille spørsmål til barnet på et stadium av saken. Dersom supplerende avhør gjennomføres, viser analysen det anses som en passende mulighet til å stille spørsmål og at de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet således da er oppfylt. Adgangen til å begjære supplerende avhør taler i retning av at forsvarers tilstedeværelse ikke er nødvendig for å ivareta de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. Det er imidlertid på det rene at adgangen til supplerende avhør

⁴⁴⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 41.

⁴⁴⁸ BK art. 19 nr.1.

⁴⁴⁹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 53.

⁴⁵⁰ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess» 2. utgave Bergen 2019 s. 27.

helt eller delvis kan avslås.⁴⁵¹ I tilfeller hvor supplerende avhør avslås, står hovedregelen om at forsvarer ikke er til stede ved første avhør i et tvilsomt forhold til EMK art. 6.

Den foregående analysen viser dessuten at unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet skal være «a measure of last resort». Formuleringen taler i retning av at forsvarers tilstedeværelse anses nødvendig, for at avspilling av tilrettelagt avhør skal være «a measure of last resort». Det er imidlertid på det rene at forsvarers tilstedeværelse ikke anses nødvendig i alle tilfeller. At det tilrettelagte avhøret anses som et etterforskningskritt og et bevisopptak er bakgrunnen for det. I tilfeller hvor mistanken er ubegrunnet vil forsvarers tilstedeværelse anses som unødvendig. Hensynet til prosessøkonomi taler mot forsvarers tilstedeværelse ved slike tilfeller. På den annen side kan forsvarers tilstedeværelse være nødvendig for å ivareta de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. Det gjelder særlig i tilfeller hvor supplerende avhør ikke gjennomføres.⁴⁵² Analysen viser at forsvarers tilstedeværelse kan medføre at anklagede har fått en passende mulighet til å krysseksaminere barnet, og at de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet anses ivaretatt. Det taler for forsvarers tilstedeværelse ved første avhør. For at den norske avhørsordningen skal være i tråd med de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet, må det foreligge tilstrekkelig kompensierende faktorer i alle situasjoner. Forsvarers tilstedeværelse kan i enkelte situasjoner utgjøre en tilstrekkelig kompensierende faktor, som f.eks. når det ikke er mulig å gjennomføre et supplerende avhør. På bakgrunn av det må forsvarers tilstedeværelse anses nødvendig å ivareta de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet i de tilfeller hvor supplerende avhør ikke gjennomføres.

I det følgende vil jeg trekke frem sider ved avhørsordningen for å belyse at forsvarers tilstedeværelse er nødvendig for at den norske avhørsordningen skal balansere siktede og barns rettssikkerhet riktig. For det første medfører hovedregelen om at forsvarer ikke er til stede ved første avhør at påtalemyndigheten skal ivareta både mistenkte og barns rettssikkerhet ved første avhør. De prosessuelle rettssikkerhetskrav om objektivitet og uavhengighet tilsier at det kan være problematisk. For det andre har barn i tilrettelagt avhør krav på bistandsadvokat på et punkt av saken hvor mistenkte ikke har krav på forsvarer.⁴⁵³

⁴⁵¹ Se punkt 3.4.4 i avhandlingen.

⁴⁵² Se punkt 3.4.4 i avhandlingen.

⁴⁵³ Strpl. §§ 107 a første ledd bokstav a jf. § 239 d første ledd bokstav d (fornærmedes krav på bistandsadvokat).

Bistandsadvokaten er til stede for å ivareta barnets interesser, mistenkte må derimot stole på at påtalemyndigheten ivaretar hans interesser. Det skaper en ubalanse mellom barns og siktedes rettssikkerhet. Rettssikkerhetsmessige betraktninger tilsier at mistenkte bør ha krav på forsvarer som kan følge det tilrettelagte avhøret på lik linje med barnets krav på bistandsadvokat ved tilrettelagt avhør. Avhørsordning må ivareta prosessuelle garantier som objektivitet og uavhengighet for å sikre tillit til strafferettspleien. Det taler med tyngde for at den norske avhørsordningen for å balansere barns og siktedes rettssikkerhet må gi forsvarer adgang til å være til stede på lik linje med barnets krav på bistandsadvokat. Tillit til strafferettspleien er viktig ikke bare for tiltalte, men andre aktører og samfunnet som sådan. Forsvarerens tilstedeværelse på et tidspunkt hvor barnet har krav på bistandsadvokat vil utad fremstå som en avhørsordning som inngir tillit. Det er en målsetning for straffeprosessen at etterforskningen utad fremstår på en måte som inngir tillit.⁴⁵⁴ Det taler ytterligere i retning av at forsvarers tilstedeværelse på lik linje med barnets krav på bistandsadvokat er nødvendig for at avhørsordningen skal balansere siktede og barns rettssikkerhet.

Det er grunn til å bemerke at forsvarers tilstedeværelse ved første avhør dersom mistenkte ikke varsles kan være problematisk. Lovgiver har blant annet antatt at det ikke vil gi god rettssikkerhet for mistenkte. At forsvarer ikke får adgang til å konferere med sin klient før avhør mente departementet var problematisk, fordi forsvareren kan komme i en vanskelig situasjon og føle at han må stille spørsmål som det senere viser seg at klienten ikke hadde ønsket stilt.⁴⁵⁵ Når retten til kontradiksjon omkring barnets forklaring begrenses ved utsatt varsling og forsvarer som hovedregel ikke til stede ved første avhør, fremstår det som riktig å sikre den mest betryggende personelle avgjørelseskompetansen, domstolen. Endringen fra dommeravhør til tilrettelagt avhør medførte imidlertid at påtalemyndigheten har avgjørelseskompetansen. Det taler ytterligere i retning av at forsvarers tilstedeværelse er nødvendig for at avhørsordningen skal balansere siktede og barns rettssikkerhet. I forbindelse med forsvareroppnevning dersom mistenkte ikke varsles, er det verdt å bemerke at ved skjulte tvangsmidler oppnevnes en «*skyggeadvokat*» etter strpl. § 100a tredje ledd som skal ivareta mistenktes interesser. Tilrettelagt avhør er ikke et tvangsmiddel i lovens forstand noe som tilsier at ordningen med «*skyggeadvokat*» ikke passer for tilrettelagt avhør. Det er imidlertid et poeng at bruk av skyggeadvokat i norsk straffeprosess gir uttrykk for at alternativet med skyggeadvokat gir bedre rettssikkerhet enn ingen forsvarer. Bruk av «*skyggeadvokat*» i

⁴⁵⁴ Ørnulf Øyen, «*Straffeprosess*», 2. utgave Bergen 2019 s. 27.

⁴⁵⁵ Se punkt 3.4.3 i avhandlingen.

tilfeller hvor mistenkte ikke varsles før avhør vil derfor etter mitt syn gi bedre rettssikkerhet enn alternativet, at forsvarer ikke er til stede. For det første har forsvareren forutsetninger som jurist til å skille ut hvilke spørsmål som har rettslig betydning for straffesaken. Selv om forsvareren på forhånd ikke har konferert med klienten vil forsvarers tilstedeværelse etter mitt syn utgjøre en rettssikkerhetsgaranti som er bedre enn alternativet, at forsvarer ikke er til stede.

I det følgende vil straffeprosessutvalget forslag kommenteres. Straffeprosessutvalget har foreslått at mistenkte skal ha forsvarer ved tilrettelagt avhør.⁴⁵⁶ Etter mitt syn har forslaget gode grunner for seg. For det første vil forsvarers tilstedeværelse i tilfeller hvor supplerende avhør ikke gjennomføres gi et element av kontradiksjon som kan medføre at avspilling av barnets forklaring er i tråd med EMK, noe som gir siktede og barn bedre rettssikkerhet. Som nevnt ovenfor taler imidlertid prosessøkonomiske hensyn mot oppnevning av forsvarer til mistenkte ved tilrettelagte avhør. Det er imidlertid grunn til å påpeke at de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet medfører at det må det foreligge tilstrekkelig kompenserende faktorer også når supplerende avhør ikke gjennomføres. Forsvarers tilstedeværelse kan som analysen være en tilstrekkelig kompenserende garanti. Som vurderingen viser taler rettssikkerhetsmessige betraktninger med tyngde for at mistenkte bør ha forsvarer ved første tilrettelagt avhør. Etter mitt syn må avhørsordningen også for å balansere siktede og barns rettssikkerhet oppnevne forsvarer som er til stede på lik linje med barns krav på bistandsadvokat.

Til sist er det interessant å bemerke at dansk straffeprosess har en avhørsordning som kan sammenlignes med den norske avhørsordningen med tilrettelagt avhør.⁴⁵⁷ Den danske straffeprosessen sikrer forsvarers tilstedeværelse i alle saker hvor det kan formodes at videopptak av avhøret vil bli ført som bevis under hovedforhandling.⁴⁵⁸ Det er obligatorisk med forsvarer til stede også i saker hvor den mistenkte ikke varsles før avhør, f.eks. dersom gjerningsmannen er ukjent.⁴⁵⁹ Etter norsk rett skal siktede som hovedregel ha forsvarer ved bevisopptak til bruk for hovedforhandling dersom han skal ha forsvarer under

⁴⁵⁶ NOU 2016:24 s. 31.

⁴⁵⁷ Justisministeriet Strafferetsplejeudvalg, «Betænkning om videoafhøring af børn og unge i straffesager» nr. 1554 København 2015 s. 15 flg.

⁴⁵⁸ Justisministeriet Strafferetsplejeudvalg, «Betænkning om videoafhøring af børn og unge i straffesager» nr. 1554 København 2015 s. 30.

⁴⁵⁹ Justisministeriet Strafferetsplejeudvalg, «Betænkning om videoafhøring af børn og unge i straffesager» nr. 1554 København 2015 s. 30.

hovedforhandling.⁴⁶⁰ Det gjelder likevel ikke ved tilrettelagt avhør.⁴⁶¹ Etter mitt syn taler gode grunner for at også den norske straffeprosessloven bør inneholde en tilsvarende regel som den danske straffeprosessen. Det vil medføre at mistenkte som hovedregel får forsvarer ved tilrettelagt avhør da det potensielt kan fungere som et bevisopptak for retten.

4.3.5 Er reglene om supplerende avhør i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet

I dette punktet skal jeg vurdere om reglene for supplerende avhør er i tråd med de menneskerettslige krav til siktedes rettssikkerhet. Punktet vil inneholde *de lege ferenda*-vurderinger.

Siktede har etter den norske avhørsordningen en rett til å begjære supplerende avhør og stille spørsmål indirekte gjennom politietterforskeren.⁴⁶² Analysen av EMDs praksis viser at det aksepteres som en passende mulighet. Det taler for at reglene om supplerende avhør er en tilstrekkelig kompenserende rettssikkerhetsgaranti. Supplerende avhør anses som en viktig prosessuell rettssikkerhetsgaranti for siktede i den norske avhørsordningen. Den norske avhørsordningen inneholder imidlertid som nevnt ikke en absolutt rett for siktede til å stille spørsmål til barnet gjennom et supplerende avhør.⁴⁶³ Supplerende avhør kan avslås dersom en sakkyndig har vurdert at det ikke er forsvarlig at barnet avhøres igjen, eller at barnet allerede har forklart seg *utførlig* om de spørsmål siktede ønsker stilt.⁴⁶⁴ For siktede er adgangen til å begjære supplerende avhør den eneste muligheten til å ivareta sin rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon vedrørende barnets forklaring. I tilfeller hvor supplerende avhør avslås medfører ordningen med at forsvarer ikke er til stede ved første avhør, at siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon av barnets forklaring ikke er ivaretatt. Det er i den forbindelse grunn til å påpeke at begjæring om supplerende avhør som helt eller delvis avslås kan bringes inn for retten.⁴⁶⁵ Retten vil da ta stilling til om supplerende avhør skal gjennomføres. Det medfører at det er en viss domstolskontroll med avhørsordningen og sikrer en viss grad av uavhengighet og objektivitet.

⁴⁶⁰ Strpl. § 97 første ledd første punktum.

⁴⁶¹ Strpl. § 97 tredje ledd.

⁴⁶² Se punkt 3.4.4 i avhandlingen om reglene for supplerende avhør.

⁴⁶³ Se punkt 3.4.4 i avhandlingen om reglene for supplerende avhør.

⁴⁶⁴ Se punkt 3.4.4 i avhandlingen om reglene for supplerende avhør.

⁴⁶⁵ Strpl. § 239 e sjette ledd.

Dersom supplerende avhør avslås, og siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon kunne vært sikret på et tidligere stadium, står avspilling av barnets forklaring i et tvilsomt forhold til EMK art. 6. Det er imidlertid grunn til å bemerke at nasjonale myndigheter ikke har en plikt til å sikre siktedes rett til krysseksaminasjon. Likevel må nasjonale myndigheter legge til rette for at siktede kan ivareta sin rett til krysseksaminasjon. Når det gjelder den norske avhørsordningen hvor hovedregelen er at barnets forklaring skal føres middelbart så foreligger det, slik den foregående analyse viser, en synbar risiko for at barnets forklaring vil føres middelbar.⁴⁶⁶ Det kreves derfor at nasjonale myndigheter må gjøre det de kan for å ivareta retten til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet. Påtalemyndigheten må derfor etterstrebe gjennomføring av supplerende avhør for å sikre siktedes rett til krysseksaminasjon for å ivareta de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. De norske reglene for avhørsordningen medfører at påtalemyndigheten ved forkynning skal sikre at siktede blir informert om adgangen til å begjære supplerende avhør, hvor det gis mulighet til å stille spørsmål gjennom siktedes forsvarer.⁴⁶⁷ Som analysen viser er det lite hensiktsmessig at myndighetene er forpliktet til å ivareta en rett som anklagede selv kan oppgi. Dersom de prosessuelle reglene om forkynning av informasjon til siktede følges vil avhørsordningen trolig på dette punktet være i tråd med EMK. Reglene om supplerende avhør står imidlertid i et tvilsomt forhold til EMK art. 6 dersom begjæring om supplerende avhør avslås, og myndighetene kan klandres for ikke å ha ivaretatt siktedes rett til krysseksaminasjon på et tidligere stadium.

Det er som nevnt i punkt 3.4.4 et faktum at det gjennomføres et lavt antall supplerende avhør. Jeg har ikke undersøkt empirisk hva som er bakgrunnen for det lave tallet. Et lavt antall supplerende avhør kan være en indikasjon på at flere saker ikke blir godt nok opplyst, og at kvaliteten på etterforskningen dermed heller ikke er god nok.⁴⁶⁸ Det er verdt å bemerke at retten til krysseksaminasjon er en personlig rett for siktede, som han kan velge å ikke benytte. Dersom det lave antallet skyldes at siktede ikke ønsker supplerende avhør kan det medføre at avspilling er i tråd med EMK art. 6. Som den foregående analysen viser er det det ikke avgjørende om tiltalte faktisk har fått stilt spørsmål til barnet for at retten til krysseksaminasjon skal ivaretas, men om siktede har fått en passende mulighet. Dersom

⁴⁶⁶ Se punkt 3.4.5 i avhandlingen om at videooptak av tilrettelagt avhør trer i stedet for personlig forklaring.

⁴⁶⁷ Se punkt 3.4.4 i avhandlingen om reglene for supplerende avhør.

⁴⁶⁸ Riksadvokaten, «*Tilrettelagt avhør: Status. Behov for regelendringer*», 2018, s. 3.

siktede ikke ønsker supplerende avhør kan det bli sett på som at vedkommende *de facto* har gitt avkall på sin rett til krysseksaminasjon. Den foregående analysen viser at dersom siktede godtar avspilling av et tilrettelagt avhør medfører det ikke automatisk at avkallet er rettsgyldig. Etter mitt syn bør den norske avhørsordningen som utgangspunkt ikke akseptere avkall fra den mistenkte uten at han er representert ved forsvarer, det vil utgjøre en viktig rettssikkerhetsgaranti.

Når det gjelder minstegarantien som ble oppstilt i *A.S. mot Finland* om at mistenkte må få stille spørsmål enten direkte eller indirekte når avhøres tas eller på et senere tidspunkt, medfører de norske reglene om supplerende avhør at siktede får stille spørsmål indirekte på et senere tidspunkt. Lovgiver har benyttet den skjønnsmargin som uttalelsen i *A.S. mot Finland* la opp til. Det er grunn til å bemerke at det også er i samsvar med formuleringen i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d «to examine or have examined». Analysen av EMDs praksis viser også at EMK art. 6 nr. 3 bokstav d ikke kan tolkes slik at anklagede eller hans forsvarer i alle saker får stille spørsmål direkte gjennom krysseksaminasjon eller på annen måte. Det aksepteres at siktedes rett til å stille spørsmål begrenses ved at siktede får sine spørsmål stilt gjennom den som foretar avhøret av barnet. At vitnet er et barn, og at tilrettelagt avhør benyttes i saker om alvorlige integritetskrenkelser tilsier at det er sterke grunner for at siktede ikke får stille spørsmål direkte til barnet.

4.3.6 Konklusjon

Vurderingen av de straffeprosessuelle reglenes forenlighet med EMK viser for det første at det foreligger en god grunn til at vitneforklaringer fra barn føres middelbart. Når det gjelder bevisets vekt og behovet for kompenserende faktorer viser vurderingen at reglene om tilrettelagt avhør inneholder viktige kompenserende rettssikkerhetsgarantier. Vurderingen viser imidlertid at de kompenserende faktorene ikke anses som tilstrekkelige i alle situasjoner. Regelverket kan dermed skape tilfeller som medfører avhørsordningen ikke ivaretar de menneskerettslig krav til siktedes rettssikkerhet. Når det gjelder avhandlingens problemstilling om hvorvidt lovendringen ikke svekker siktedes rettssikkerhet medfører den foregående analysen at formålet i enkelte situasjoner ikke oppnås. Vurderingen av reglene viser at for å oppnå formålet om å ikke svekke siktedes rettssikkerhet så bør reglene justeres. En justering av reglene i tråd med straffeprosessutvalgets forslag vil etter mitt syn medføre at barns og siktedes rettssikkerhet balanseres på en bedre måte. Som analysen viser skal retten til

kontradiksjon ivaretas så langt som mulig, varsling av mistenkte og forsvarers tilstedeværelse ved første avhør gjør det mulig å ivareta retten til kontradiksjon bedre enn gjeldende rett. Ytterligere bør den norske avhørsordningen som en klar hovedregel ikke akseptere avkall fra den mistenkte uten at han er representert ved forsvarer. Det vil som nevnt etter mitt syn utgjøre en viktig rettssikkerhetsgaranti for mistenkte.

5 Barns rettssikkerhet og vern mot vold og seksuelle overgrep

5.1 Innledning

I dette kapittelet skal den andre delen av lovgivers uttalte formål undersøkes. Lovendringen i 2015 skulle som nevnt i punkt 1.1 gi barn et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep og gi barn bedre rettssikkerhet. Utvalgte regler som lovendringen medførte skal vurderes for å avgjøre om de er hensiktsmessige for å oppnå den andre delen av lovgivers uttalte formål. Reglene om barns forklaringsplikt i tilrettelagt avhør og tidsfristene for tilrettelagt avhør vil vurderes. Reglene ble presentert i punkt 3.4.1 og 3.4.6. Til sist vil jeg rette oppmerksomheten mot siktede barns rettssikkerhet i en rettspolitisk drøftelse. Kapitlet vil i stor grad bære preg av *de lege ferenda*-vurderinger.

5.2 Bidrar barns forklaringsplikt til å styrke barns rettssikkerhet og gi barn et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep

I dette punktet skal jeg vurdere hvorvidt barns forklaringsplikt i tilrettelagt avhør er hensiktsmessig for å styrke barns rettssikkerhet og gi barn et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep. Straffeprosessutvalgets forslag om at barn også skal omfattes av vitnefritaket ovenfor nærstående vil deretter kommenteres.

Det er verdt å bemerke at myndighetene har en plikt til å verne barn mot vold og seksuelle overgrep.⁴⁶⁹ Siden barnets forklaring i et tilrettelagt avhør kan være starten på

⁴⁶⁹ Se GrL. § 104 tredje ledd første punktum og BK art. 3 nr. 1 og art. 19 nr. 1, Lanzarotekonvensjonen art. 30 nr. 4.

etterforskningen kan barns forklaringsplikt legge til rette for et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep. Barnets forklaring kan bidra til å få stanset fremtidige overgrep og sørge for en effektiv straffeforfølgning. Det tilsier at barns forklaringsplikt i tilrettelagt avhør er nødvendig for å forebygge fremtidige overgrep. At fremtidige overgrep stanset og en effektiv straffeforfølgning vil på generelt grunnlag være til barnets beste. Som nevnt i punkt 3.4.1 har imidlertid også barn som anses som øyevitner forklaringsplikt ovenfor nærstående i tilfeller hvor tilrettelagt avhør er obligatorisk. Hensynet til å beskytte barnet er ikke like tungtveiende i disse tilfellene. Det kan derfor være grunn til å være kritisk til barns forklaringsplikt, når den ikke bidrar til å beskytte vedkommende mot vold og seksuelle overgrep. Når det gjelder forklaringsplikten til barn som anses som øyevitner i saker om seksuelle overgrep, kan imidlertid barnets forklaringsplikt være nødvendig for å forebygge fremtidige overgrep mot det fornærmede barnet. Forklaringen fra barn som anses som øyevitner kan utgjøre et bevis av vekt for en eventuell domfellelse. Det taler for at barns forklaringsplikt i tilrettelagt avhør er hensiktsmessig for å legge til rette for å gi barn et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep og således gi barn bedre rettssikkerhet. Reglene om barns forklaringsplikt medfører at hensynet til barns trygghet og behovet for oppklaring av saker om vold og seksuelle overgrep mot barn veier tyngre enn hensynet bak fritaksretten.⁴⁷⁰

Når det gjelder barns forklaringsplikt ovenfor nærstående har straffeprosessutvalget foreslått at barn ikke skal ha forklaringsplikt ovenfor nærstående, noe som også vil påvirke barns forklaringsplikt i tilrettelagt avhør når den mistenkte er nærstående.⁴⁷¹ Straffeprosessutvalget fremhever at det er uheldig at gjeldende rett gir uttrykk for en plikt som ikke egentlig er en plikt, og på den måten gjør det uklart hvilken adferd som forventes.⁴⁷² Utvalget har derfor ansett det som en bedre løsning å unnlate å opplyse om forklaringsfritaket i de tilfeller hvor det er lite hensiktsmessig at spørsmålet om forklaringsfritak reises.⁴⁷³ Straffeprosessutvalgets argumentasjon går på at å vitne mot nærstående utgjør samme interessekonflikt hos barn og voksne.⁴⁷⁴ Rettslig sett er det klart at unntaket fra forklaringsplikten ovenfor nærstående er like sentral når vitnet er et barn som når vitnet er en voksen. Etter mitt syn er det imidlertid uheldig dersom barnet skal ha en rettighet som trolig de færreste barn har forutsetning for å ha kunnskap om, dersom de ikke gjøres oppmerksom på rettigheten.

⁴⁷⁰ Se punkt 3.4.1 i avhandlingen om barns vitne- og forklaringsplikt i tilrettelagt avhør.

⁴⁷¹ NOU 2016:24 s. 40 og 278-279.

⁴⁷² NOU 2016:24 s. 278.

⁴⁷³ NOU 2016:24 punkt s. 278-279.

⁴⁷⁴ NOU 2016:24 s. 278.

Videre kan det dersom barn omfattes av vitnefritak ovenfor nærstående medføre at det blir unødig vanskelig for politiet å oppklare saker vold og seksuelle overgrep mot barn. Straffeprosessloven bør ikke inneholde regler som forhindrer en oppdagelsesrisiko når kriminelle handlinger begås.⁴⁷⁵ Dersom barn omfattes av vitnefritak ovenfor nærstående kan det medføre at oppdagelsesrisikoen for kriminelle handlinger mot barn blir vesentlig svekket. Prosessregler som gjør det vanskelig å avdekke saker om vold og overgrep mot barn vil også støte an mot BK art. 19. Som nevnt i punkt 3.4.1 er barns forklaringsplikt i tilrettelagt avhør begrunnet i forpliktelser etter BK art. 19.⁴⁷⁶ Dersom barn omfattes av fritaksretten vil etterforskning av saker om vold og seksuelle overgrep vanskeliggjøres, og som nevnt har myndighetene en plikt til å verne barn mot vold og overgrep. Barnets beste tilsier at mulig straffeansvar kan gjøres gjeldende uten at barnet selv må ta stilling til om det skal forklare seg eller ikke.⁴⁷⁷ Det synes å være en alminnelig erfaringssetning at barn er meget lojale mot sine foreldre, også i situasjoner hvor en av dem eller begge utsetter barnet for overgrep. Det taler ytterligere for at barn ikke bør fritas for forklaringsplikten ovenfor nærstående. Forslaget til straffeprosessutvalget kan også medføre at siktede/forsvarer vil påberope seg at barnet skulle vært informert om fritaksretten, og dermed at beviset ikke kan føres i retten eller benyttes som grunnlag for videre etterforskning, slik sett vil forslaget dersom det vedtas virke prosessdrivende.⁴⁷⁸

5.3 Bidrar de stramme fristene til å styrke barns rettssikkerhet og gi barn et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep

I det følgende skal det vurderes hvorvidt de stramme fristene for tilrettelagt avhør er hensiktsmessig for å styrke barns rettssikkerhet og gi barn et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep.

Lovendringen i 2015 medførte som nevnt at fristene for når avhør av barn skal tas ble strammet inn.⁴⁷⁹ Fristene ble strammet inn på bakgrunn av at ventetiden for dommeravhør var for lang, noe som ble antatt å utgjøre en trussel mot både vitnenes og siktedes

⁴⁷⁵ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess» 2. utgave Bergen 2019 s. 26.

⁴⁷⁶ Prop. 112 L (2014-2015) s. 83.

⁴⁷⁷ Riksadvokaten, «Høring – NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov» s. 2017 29.

⁴⁷⁸ Riksadvokaten, «Høring – NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov» 2017 s. 29-30.

⁴⁷⁹ Se punkt 3.4.6 i avhandlingen om tidsfristene for gjennomføring av tilrettelagt avhør.

rettssikkerhet.⁴⁸⁰ Gjeldende frister for gjennomføring er differensiert på en, to og tre uker.⁴⁸¹ Det er i forbindelse med fristene grunn til å bemerke at Lanzarotekonvensjonen som Norge er bundet av, pålegger myndighetene å sikre at etterforskningen og straffeforfølgningen prioriteres og gjennomføres uten unødig forsinkelse.⁴⁸² Norske myndighetene har en plikt til å beskytte barn mot vold og seksuelle overgrep, det er både konstitusjonelt og folkerettslig forankret.⁴⁸³ Det er også grunn til å bemerke at vold og seksuelle overgrep mot barn er prioriterte sakstyper.⁴⁸⁴

Når det gjelder dagens frister er problemet først og fremst at de er så stramme at politiet ikke makter å overholde dem.⁴⁸⁵ I andre tertial 2019 ble 50 prosent av de 3031 førstegangsavhørene gjennomført innenfor frist.⁴⁸⁶ At fristene ikke overholdes kan svekke barns vern mot vold og seksuelle overgrep. For det andre kan stramme frister gå på bekostning av kvaliteten på etterforskningen, noe som også kan svekke barns rettssikkerhet.⁴⁸⁷ Det tilsier at fristene ikke alltid er hensiktsmessig for å beskytte barn mot vold og seksuelle overgrep og at barns rettssikkerhet således svekkes. Dersom kvaliteten på etterforskningen blir dårlig kan det i verste fall medføre at en viktig straffeprosessuell målsetning ikke oppnås, at straffbare handlinger i betydelig grad avdekkes og at skyldige personer i betydelig grad straffes.⁴⁸⁸ Det er på generelt grunnlag til barnets beste at skyldige personer straffes.

Stramme frister for når avhør av barn skal tas gir i utgangspunktet et vern mot fremtidige vold og/eller seksuelle overgrep. Når fristene er så stramme at politiet ikke makter å overholde dem, oppnås ikke formålet med lovendringen, å gi barn et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep og styrke barns rettssikkerhet. For at fristene faktisk skal verne barn mot vold og seksuelle overgrep må fristene overholdes. Dersom tiltak ikke kan avhjelpe på fristbruddene bør de lovbestemte fristene etter mitt syn justeres. En eventuell justering av fristene bør ivareta behovet for noe mer fleksibilitet og noe lempeligere frister i enkelte tilfeller.⁴⁸⁹

⁴⁸⁰ Se punkt 3.4.6 i avhandlingen om tidsfristene for gjennomføring av tilrettelagt avhør.

⁴⁸¹ Se punkt 3.4.6 i avhandlingen om tidsfristene for gjennomføring av tilrettelagt avhør.

⁴⁸² Se art. 30 nr.3 i Lanzarotekonvensjonen.

⁴⁸³ Grl. § 104 tredje ledd første punktum, EMK art. 8 nr.1, BK art. 19 nr.1 og Lanzarotekonvensjonen art. 4.

⁴⁸⁴ Riksadvokatens rundskriv nr. 1/2020 III s. 5 og VI s. 15.

⁴⁸⁵ Politidirektoratet, «STRASAK-rapporten», 2019 s. 6.

⁴⁸⁶ Politidirektoratet, «STRASAK-rapporten», 2019 s. 6.

⁴⁸⁷ Politidirektoratet, «Tilrettelagte avhør per andre tertial 2019» Statistikknotat 14. desember 2019 s. 3.

⁴⁸⁸ Ørnulf Øyen, «Straffeprosess» 2. utgave Bergen 2019 s. 26.

⁴⁸⁹ Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør: Status. Behov for regelendringer», 2018 s. 4.

Det er i den forbindelse grunn til å bemerke at ved tilrettelagt avhør kan sakens kompleksitet tilsi at de lovbestemt fristene ikke er hensiktsmessig.⁴⁹⁰ I omfattende saker kan påtalemyndighetene ha behov for grundige forberedelser i forkant av det tilrettelagte avhøret. De differensierte fristene kan i slike tilfeller medføre at påtalemyndigheten etterstreber fristoppnåelse i stedet for kvalitet, noe som er lite hensiktsmessig dersom fristene faktisk skal gi barn bedre vern mot vold og seksuelle overgrep og bedre rettssikkerhet. På bakgrunn av dette bør de stramme fristene for tilrettelagt avhør justeres for å være i tråd med lovgivers uttalte formål om å gi et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep og gi barn bedre rettssikkerhet i flere tilfeller.

Til sist er det grunn til å bemerke at utbruddet av covid-19 har medført at justis- og beredskapsdepartementet har foreslått utvidede frister for tilrettelagt avhør i et forslag til midlertid endringer i prosessregleverket, som følge av utbruddet av covid-19.⁴⁹¹ Når det gjelder dette forslaget har Barneombudet i høringsuttalelse bedt om at forslaget ikke vedtas.⁴⁹² Utbruddet av covid-19 har trolig medført færre anmeldelser av vold og seksuelle overgrep mot barn, det tilsier at påtalemyndighetene har tilstrekkelig ressurser for å ivareta de stramme fristene for gjennomføring av tilrettelagt avhør. Justis- og beredskapsdepartementets forslag bør derfor etter mitt syn ikke vedtas. Det er særlig viktig at regler som skal sikre barns vern mot vold og seksuelle overgrep søkes overholdt når utbruddet av covid-19 trolig medfører at oppdagelsesrisikoen for vold og seksuelle overgrep mot barn er mindre enn vanlig.

5.4 Siktete barns rettssikkert.

I det følgende foretas en rettspolitisk drøftelse om siktete barn bør ha krav på etterforskere med spesialutdanning. Det er i den forbindelse grunn til å bemerke at en utarbeidelse av retningslinjer for avhør av mindreårige og andre sårbare mistenkte er p.t. til vurdering i forvaltningsapparatet på etterforskningsfeltet.⁴⁹³

⁴⁹⁰ Se punkt 3.2 i avhandlingen om det materielle virkeområdet for avhørsordningen.

⁴⁹¹ Justis- og beredskapsdepartementet, «Forslag til midlertidige endringer i prosessregleverket» 2020.

⁴⁹² Barneombudet, «Barneombodets høyrings svar om forlenga frist for tilrettelagde avhør» 30. april 2020.

⁴⁹³ Riksadvokaten, «Høring - Rapport fra arbeidsgruppe som har vurdert saksflyten i saker som gjelder overgrep mot barn» 2019 s. 5.

Når det gjelder siktede barn som møter i politiavhør behandles de i hovedsak på lik linje som voksne.⁴⁹⁴ Straffeprosessloven inneholder ingen tilsvarende regler som avhørsordningen med tilrettelagt avhør hvor barneperspektivet ivaretas. Mindreårige som er siktet vil etter gjeldende rett avhøres uten krav til at avhører skal inneha spesielle kvalifikasjoner for avhør av barn.⁴⁹⁵ Som nevnt i punkt 3.3 medfører reglene om tilrettelagt avhør en omfattende barnefaglig kompetanse, med blant annet krav på å bli avhørt av en etterforsker med spesialutdanning i avhør av barn. Etter mitt syn er det betenkelig at siktede barn ikke har tilsvarende rett på en etterforsker med spesialutdanning som barn som avhøres som vitner ved tilrettelagt avhør.

Rimelighetsbetraktning taler for at siktede barn bør ha rett på etterforskere med særskilt kompetanse, på lik linje med barn som avhøres som vitner i tilrettelagt avhør. At barn som anses som vitner i saker om vold og seksuelle overgrep har rett på å bli avhørt av en etterforsker med særskilt kompetanse, tilsier at det kreves særlig kunnskap for å avhøre barn. Som nevnt i punkt 3.2 benyttes tilrettelagte avhør av barn som vitne i andre sakstyper også. Det taler for at den særlige kunnskapen som er nødvendig for å avhøre barn ikke bare gjelder i saker om vold og seksuelle overgrep. En sontring mellom avhør av siktede på den ene siden og avhør av og vitner på den annen side, bør ikke anvendes for kategorisk.⁴⁹⁶ Etter mitt syn er problematisk av hensyn til likebehandling at mindreårige som er mistenkt ikke har samme krav på etterforskere med særskilt kompetanse som mindreårige vitner.

For å ivareta hensynet til likebehandling bør de retningslinjer for avhør av mindreårige som er under vurdering, etter mitt syn inneholde krav til spesialutdanning for etterforsker på lik linje som for mindreårige vitner. Dersom mindreårige som anses som siktet blir avhørt av etterforskere med spesialutdanning i å avhør barn, kan det tenkes at sakene kan bli bedre opplyst, og politiet kan dermed komme lengre i å bevise den mindreåriges skyld, så vel som uskyld.⁴⁹⁷ Et ytterligere argument for mindreårige som anses som siktet bør avhøres av en etterforsker med spesialkompetanse er at barn som faller inn under kategorien øyevitne har krav på å bli avhørt av en etterforsker med spesialkompetanse. De barnefaglige hensyn som begrunner tilrettelagt avhør for barn som anses som fornærme gjør seg ikke i like stor grad gjeldende for barn som er øyevitne. Øyevitner har likevel en lovfestet rett til å bli avhørt av en

⁴⁹⁴ Se forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen) § 8-3.

⁴⁹⁵ Kripós, «Mindreårige anmeldt for voldtekt i 2016», august 2017 s. 34.

⁴⁹⁶ Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.) «Bevis i straffesaker: utvalgte emner» Oslo 2015 s. 224.

⁴⁹⁷ Kripós, «Mindreårige anmeldt for voldtekt i 2016», august 2017 s. 34.

etterforsker med spesialutdanning. Lovgiver kan sikre barns rettigheter bedre og bør gjøre det når det slik som her er relativt enkelt å få til.

Det er verdt å bemerke seg at i et avhør hvor en mindreårig blir avhørt som siktet i en sak om f.eks. seksuelle overgrep, kan det fremkomme opplysninger som tilsier at barnet også er fornærmet, og da har krav på tilrettelagt avhør. Undersøkelser viser at majoriteten av unge som begår seksuelle overgrep har vokst opp med familieproblemer og vært utsatt for omsorgssvikt, vold, fattigdom og/eller seksuelle overgrep.⁴⁹⁸ Mindreårige som utsetter andre for vold eller overgrep har ofte en bakgrunn hvor de selv har vært utsatt for vold og overgrep.⁴⁹⁹ Det taler ytterligere i retning av at mistenkte barn bør ha krav på etterforskere med spesialutdanning i å avhøre barn.

Til sist er det verdt å bemerke at det i BK art. 40 nr. 3 heter det at «states parties shall seek to promote authorities and institutions specifically applicable to children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law (...)». Det taler i retning av at barn som er siktet har krav på etterforskere med særskilt kompetanse. Når det gjelder barnekonvensjonen kan den brukes aktivt for å fremme regelendringer som tar sikte på å gjøre rettsapparatet bedre i stand til å forholde seg til barn.⁵⁰⁰

6 Avslutning

Problemstillingen som ble oppstilt i avhandlingens punkt 1.1 var hvorvidt lovgivers uttalte formål oppnås. Formålet med lovendringen i 2015 var som nevnt «å styrke barns (...) rettssikkerhet og gi disse et langt bedre vern mot vold og seksuelle overgrep, uten at det svekker siktedes rettssikkerhet.»⁵⁰¹ Analysen av EMK art. 6 med tilhørende praksis og vurderingen av de utvalgte bestemmelsene for avhørsordningen i kapittel 4 viser at avhørsordningen kan skape tilfeller som ikke er i tråd med en rettferdig rettergang. I de tilfellene vil avhørsordningen ikke bare svekke siktedes rettssikkerhet, men også barns rettssikkerhet som følge av at barnets forklaring ikke kan spilles av under hovedforhandling.

⁴⁹⁸ Anja Emilie Kruse, «Unge som begår seksuelle overgrep», Nasjonalt kompetansesenter om vold og traumatisk stress, 2011 s. 5.

⁴⁹⁹ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, Helse- og omsorgsdepartementet, Justis- og beredskapsdepartementet og Kunnskapsdepartementet, «Du ser det ikke før du tror det» 2013 s. 49

⁵⁰⁰ Se Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sanberg (red.), «Barnekonvensjonen» 4. utgave (Oslo 2020) s. 392.

⁵⁰¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 6. Se punkt 2.2 i avhandlingen for begrepet rettssikkerhet.

Vurderingen viser også at reglene for tilrettelagte avhør ikke følger et minste inngreps prinsipp, av den grunn foreligger det en risiko for brudd på EMK art. 6 nr. 1 dersom den norske avhørsordningen kommer opp for EMD. Når det gjelder barns vern mot vold og seksuelle overgrep og barns rettssikkerhet viser vurderingene i kapittel 5 at barns forklaringsplikt i tilrettelagte avhør og de stramme fristene for gjennomføring av tilrettelagte avhør er viktige prosessuelle regler for å oppnå lovgivers uttalte formål. Det kan imidlertid foretas justeringer i prosessregelverket for å ivareta barns vern mot vold og seksuelle overgrep og barns rettssikkerhet bedre, det gjelder for reglene om tidsfristene for gjennomføring av tilrettelagte avhør og mistenkte barns rettssikkerhet.

7 Kildeliste

7.1 Lover:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

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

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

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

Lov 04. september 2015 nr. 87 om endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner)

7.2 Forskrifter

Forskrift 24. september 2015 nr. 1098 om avhør av barn og andre særlige sårbare fornærmede og vitner (tilrettelagt avhør).

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

7.3 Praksis fra norske domstoler

HR-2018-1909-A

HR-2016-2554-P

HR-2015-206-A

HR-2014-2472-A

HR-2014-2151-A

HR-2014-2288-A

HR-2013-2295-A

HR-2011-182-A

HR-2007-1746-A

HR-2005-1014-A

HR-2003-1098

Rt-2002-557

HR-2001-1527-B

HR-2000-30-B

HR-1994-153-B

Rt-1990-8

7.4 Praksis fra EMD

Tyrer mot Storbritannia, saksnummer 5856/72, 25. april 1978.

S.N. mot Sverige, saksnummer 34209/96, 2. juli 2002.

Christine Goodwin mot Storbritannia, saksnummer 28957/95, 11. juli 2002.

W. mot Finland, saksnummer 14151/02, 24. april 2007.

B. mot Finland, saksnummer 17122/02, 24. april 2007.

A.S. mot Finland, saksnummer 40156/07, 28. september 2010.

Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, saksnummer 26766/05 og 22228/06, 15. desember 2011.

Leas mot Estland, saksnummer 59577/08, 6. mars. 2012.

Aigner mot Østerrike, saksnummer 28328/03, 10. mai 2012.

D.T. mot Nederland, saksnummer 25307/10, 2. april 2013.

Vronchenko mot Estland, saksnummer 59632/09, 18. juli 2013.

Rosin mot Estland, saksnummer 26540/08, 19. desember 2013.

S.A.S. mot Frankrike, saksnummer 43835/11, 01. juli 2014.

Schatschaschwili mot Tyskland, saksnummer 9154/10, 15. desember 2015.

Ibrahim og andre mot Storbritannia, saksnummer 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40351/09, 13. september 2016.

Cabral mot Nederland, saksnummer 37617/10, 28. november 2018.

N.K. mot Tyskland, saksnummer 59549/12, 03. desember 2018.

7.5 Forarbeider og andre publikasjoner fra det offentlige:

Barneombudet, «Høring – Ny straffeprosesslov» 6. juni 2017.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, Helse- og omsorgsdepartementet, Justis- og beredskapsdepartementet og Kunnskapsdepartementet, «Du ser det ikke før du tror det» 21. august 2013.

Barneombudet, «Barneombodets høyringsvar om forlenga frist for tilrettelagde avhør» 30. april 2020.

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

Justis- og beredskapsdepartementet, «Avhør av særlige sårbare personer i straffesaker», 06. oktober 2012.

Justis- og beredskapsdepartementet, «Egen tiltakspakke for sårbare barn og unge på justisområdet» 12.05.2020.

Justis- og beredskapsdepartementet, «Forslag til midlertidige endringer i prosessregelverket» 22. april 2020.

Justis- og politidepartementet og Domstolsadministrasjonen, Rapport fra arbeidsgruppe «Dommeravhør og observasjon av barn» 2004.

Kripos, «Mindreårige anmeldt for voldtekt i 2016» august 2017.

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov.

NOU 2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll.

Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring, Barnehusevalueringen delrapport 2/2012.

Ot.prp.nr. 11 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte).

Politidirektoratet, «STRASAK-rapporten», Anmeldt kriminalitet og politiets straffesaksbehandling 2018, 15. februar 2019.

Politidirektoratet, «STRASAK-rapporten», Anmeldt kriminalitet og politiets straffesaksbehandling, første og andre tertial 2019, 25. september 2019.

Politidirektoratet, «Tilrettelagte avhør per andre tertial 2019» Statistikknotat 14. desember 2019.

Politi høgskolen, «Barnehusevalueringen Delrapport 1» (Oslo 2012).

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

Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør – direktiver og retningslinjer» 21.10.2015.

Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør: Status. Behovet for regelendringer», 21.03.2018.

Riksadvokaten, «Høring – Rapport fra arbeidsgruppe som har vurdert sakflyten i saker som gjelder overgrep mot barn» 2019.

Riksadvokaten, «Høring – NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov» 01. desember 2017.

Riksadvokaten, «Direktiv om politiets informasjonsplikt ved avhør av barn mfl. uten vitneplikt», 28.12.2016.

Riksadvokatens rundskriv nr. 1/2020

Statens Barnehus i Norge, «Innspill til ny Straffeprosesslov fra Statens Barnehus i Norge» 31. mai 2017.

7.6 Utenlandske og internasjonale kilder

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK).

Europarådets konvensjon av 25. oktober 2007 om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbrukt (Lanzarotekonvensjon).

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP)

FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (BK)

Justitsministeriets Strafferetsplejeudvalg, «Betænkning om videoafhøring af børn og unge i straffesager» 2015.

Wien-konvensjonen om traktatretten 23.mai 1969.

7.7 Litteratur/Bøker

All, Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, (Bergen 2018) 5. utgave 1. opplag.

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

Alexy, Robert, A theory of constitutional rights, (Oxford 2002).

Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby, «Rettsystemer – Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien» 2. utgave, (Oslo 1991).

Eskeland, Ståle, Strafferett, (Oslo 2018) 5. utgave 2. opplag ved Alf Petter Høgberg.

Eivind Smith, Konstitusjonelt demokrati, 3. utgave (Bergen 2014).

Fredriksen, Steinar, Innføring i straffeprosessen 4. utgave (Oslo 2006).

Gamst, Kari Marie Trøften, Profesjonelle barnesamtaler: å ta barn på alvor (Oslo 2017) 2. utgave.

Gisle, Jon Jusleksikon (Oslo 2010) 4. utgave.

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sanberg (red.), Barnekonvensjonen 4. utgave (Oslo 2020).

Høstmælingen, Njål, Internasjonale menneskerettigheter, 2. utgave (Oslo 2012).

Ikdahl, Ingunn og Vibeke Blaker Strand (red), Rettigheter i velferdsstaten (Oslo 2016).

Lorenzen Peer, Lars Adam Rehof og Tyge Trier, Den Europæiske Menneskeretskonvention, (Danmark 1994).

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

Nygaard, Nils, Rettsgrunnlag og standpunkt (Oslo 2004).

Rui, Jorun, Mistenktes innsyn i straffesaken, (Oslo 2017).

Rønneberg, Anne Lise og Anne Poulssen, Barn som vitner (Oslo 2000).

Robberstad, Anne Bistandsadvokaten 3. utgave 2014.
Skoghøy, Jens Edvin A, Rett og rettsanvendelse (Oslo 2018)
Øyen, Ørnulf, Straffeprosess, 2. utgave (Bergen 2019).

7.8 Artikkel i tidsskrift og artikkelsamlinger

Arnfinn Bårdsen, «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014», Jussens venner 1/2017 s. 1-44.

Andenæs, Johs, «Avhør av barn som vitner i straffesaker» Festskrift til Armani Snævarr s. 59-71.

All, Jørgen «Prosessuelle garantier og forholdsmessighet» Jussens venner vol. 48 s. 227-258.

Graver, Hans Petter, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 2/3 2006 s. 189-221.

Graver, Hans Petter, «Internasjonale konvensjoner som rettskilde» Lov og rett nr. 8/2003 Volum 42 s. 468-489.

Hennum, Ragnhild, «Dommeravhør og menneskerettigheter» Festskrift til Carl August Fleischer, Oslo 2006 s. 247-261.

Harbo, Tor-Inge, «Grunnlovens autonomi: om forholdet mellom nasjonale og internasjonale menneskerettigheter», Lov og rett nr. 9/2018 s. 537-557.

Rui, Jon Petter, «Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017», Jussens venner vol 52 s. 123-184.

Rui, Jon Petter, «Straffeprosessen i perspektiv», Jussens venner 6/2014 s. 382-443.

Rui, Jon Petter, «EMK-retten frem mot 2020», tidsskrift for strafferett 4/2010 s. 365-383.

Rui, Jon Petter «Fra menneskerettsdomstolen» Tidsskrift for strafferett 3/2011 s. 323-336.

Rui, Jon Petter «Fra menneskerettighetsdomstolen» Tidsskrift for strafferett 3/2018 s. 205-215.

Jon Petter Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen» Jussens venner 1/2020 s. 92-99.

Silje Holten, «Har den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmargin i retning av en mer prosessuell kontroll?», Jussens venner 2/2018 vol. 53 s. 112-136.

Sandberg, Kirsten, «Grunnlovsfesting av barns rettigheter», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 01/2012 s. 1-5.

Skoghøy, Jens Edvin A, «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven» Lov og rett nr. 4/2015 Volum 52 s. 195-196.

Øyen, Ørnulf, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet», Tidsskrift for strafferett 2/2012 s. 165-183.

7.9 Øvrige kilder

Kruse, Anja Emilie, «Unge som begår seksuelle overgrep», Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress, 2011.

Stine Sofies Stiftelse, «Høringssvar ny straffeprosesslov» 06.06.2017.

Rui, Jon Petter, «Betenkning om EMKs rettslige rammer» 2011 Vedlegg i Justis- og beredskapsdepartementet, «Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker» 2012.

