



Nye rettigheter for fornærmede i straffeprosessen – i konflikt med tiltaltes rettigheter etter EMK artikkel 6?

av Monica Eidem Haugen

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Høsten 2007*

NYE RETTIGHETER FOR FORNÆRMEDE I STRAFFEPROSESSEN – I KONFLIKT MED TILTALTES RETTIGHETER ETTER EMK ARTIKKEL 6?- 3 -

1	Innledning	- 3 -
1.1	Avhandlingens overordnede tema og utgangspunkt	- 3 -
1.2	Nærmere om problemstillingen.....	- 4 -
1.2.1	Mulig konflikt mellom ulike beskyttende interesser.....	- 4 -
1.2.2	Balanseillusjonen	- 5 -
1.3	Partene i prosessen	- 5 -
1.3.1	Den fornærmede	- 6 -
1.4	Metode og rettskilder	- 8 -
1.5	Avgrensning	- 10 -
1.6	Den videre fremstilling.....	- 11 -
2	Hensyn og bærende prinsipper	- 11 -
2.1	Retten til en rettferdig rettergang	- 13 -
2.1.1	Equality of arms	- 14 -
2.2	Hensynet til den fornærmede.	- 15 -
3	De foreslåtte endringer - innledning.....	- 16 -
4	Fornærmedes nye rettigheter i lys av tiltaltes rettigheter	- 17 -
4.1	Retten til å være tilstede	- 17 -
4.1.1	Forslag om utvisning av tiltalte	- 18 -
4.2	Rett til kontradiksjon	- 20 -
4.2.1	Øke aldersgrensen for dommeravhør av barn	- 20 -
4.2.2	Fornærmedes rett til sluttreplikk	- 26 -
4.3	Rett til et effektivt forsvar	- 27 -
4.3.1	Frist for berammelse av hovedforhandling	- 28 -
4.3.2	Frist for å avholde dommeravhør	- 30 -
4.4	Krav om likestilling og nøytralitet	- 32 -
4.4.1	Rett til å stille spørsmål:.....	- 33 -
4.4.2	Rett til å foreslå supplerende bevisførsel	- 34 -
4.4.3	Rett til å kommentere bevisførselen.....	- 35 -
4.4.4	En samlet vurdering	- 36 -
4.5	Uskyldspresumsjonen.....	- 38 -
4.5.1	Fornærmede avgir sin forklaring før tiltalte.	- 39 -
5	Avsluttende betraktninger.....	- 43 -
5.1	Kort om Ot.prp. 11 (2007-2008)	- 43 -
6	Litteraturliste.....	- 45 -

NYE RETTIGHETER FOR FORNÆRMEDE I STRAFFEPROSESSEN – I KONFLIKT MED TILTALTES RETTIGHETER ETTER EMK ARTIKKEL 6?

1 Innledning

1.1 Avhandlingens overordnede tema og utgangspunkt

I juli 2004 ble det ved kongelig resolusjon oppnevnt et utvalg for å utrede styrking av fornærmedes og pårørendes straffeprosessuelle stilling (utvalget benevnes i det følgende som fornærmedeutvalget). Utvalget kan sies å være et resultat av flere års søkelys på fornærmedes rettsstilling i straffeprosessen, hvor særlig dr. juris. Anne Robberstad gjennom utredninger og rapporter har tatt til orde for radikale endringer i fornærmedes rettigheter. Utredningen ”Kontradiksjon og verdighet” fra 2002 skrevet på oppdrag fra Justisdepartementet skapte stor debatt om både de prinsipielle spørsmål som ble reist og de tiltak som ble foreslått. Særlig innstillingen om at fornærmede skulle få partsstatus i straffeprosessen, med de prosessuelle rettigheter det ville innebære, var et kontroversielt standpunkt. I tillegg til representanter fra det juridiske miljø har også grupper av fornærmede selv vært pådrivere i arbeidet for å oppnå en prosess som bedre ivaretar deres interesser.

Fornærmedeutvalget har også hatt som utgangspunkt at tiden nå var inne for å justere kursen innenfor straffeprosessen slik at fornærmedes legitime interesser i saken ville bli bedre reflektert i lovgivningen. Arbeidet resulterte i utredningen ”NOU 2006:10 – Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter”. Her tas til orde for omfattende endringer, men som helhet er utredningen et mer moderat innspill enn det som Robberstad tidligere har presentert.

Utvalgets mandat var å utrede hvordan den fornærmedes straffeprosessuelle stilling kan styrkes, og foreslå lovendringer med sikte på en slik styrking. I tillegg skulle utvalget påse at lovforslagene ligger innenfor rammen av Norges folkerettslige forpliktelser.¹ Dette er det jeg

¹ NOU 2006:10 s 14

ønsker å se grundigere på i det følgende, med fokus på om de kommer i konflikt med tiltaltes rettigheter som oppstilt av EMK.

1.2 Nærmere om problemstillingen

1.2.1 Mulig konflikt mellom ulike beskyttende interesser

Grunnen til at jeg ønsker å undersøke dette er tesen om at utvidede rettigheter for en deltager i straffesaken kan gå på bekostning av en annens, at en parts interesser tas hensyn til i slik grad at en annens interesser må vike. Fornærmede og tiltalte har naturlig nok svært forskjellige interesser i prosessen og utgangspunktet skal være at begge parters interesser blir ivaretatt. Fornærmedeutvalget har anerkjent at fornærmedes interesser antakelig ikke ivaretas godt nok per i dag og har søkt å rette på dette igjennom sine lovforslag. Utvalget har også selv satt fokus på om dette går på bekostning av tiltaltes interesser og behov for vern, men har konkludert med at så ikke er tilfelle. De uttaler at ”en oppvurdering av fornærmedes interesser og rettigheter medfører ikke en tilsvarende nedprioritering av tiltaltes rettigheter og interesser”.² Her er det imidlertid snakk om en omfattende avveining av hensyn og det er ikke for meg like opplagt at konklusjonen for alle forslagene del er like entydige.

Flere uttalelser fra høringen av NOU 2006:10 har da også antydnet at det kan være betenkelige sider ved utvalgets forslag. Blant andre Borgarting Lagmannsrett uttalte at ”fornærmede bør heller ikke få en styrket stilling på bekostning av tiltalte. Tiltalte kan være uskyldig, og skal under enhver omstendighet bare dømmes dersom det er bevist ut over rimelig tvil at han eller hun er skyldig. Det kan være tale om alvorlige saker hvor tiltalte risikerer streng straff. Tiltaltes rettigheter må derfor ikke svekkes i disse sakene”.³ De var på denne bakgrunn uenig i eller skeptisk til enkelte av forslagene fordi disse ville svekke tiltaltes stilling. Jeg vil senere komme tilbake til andre aktørers uttalelser som også kaster lys over denne problemstillingen.

Det som imidlertid er denne avhandlingens klare forutsetning er at fornærmedes interesser er både legitime og beskyttelsesverdige, og at de dermed har betydning for interesseavveiningen.

² NOU 2006:10 s 17

³ Høringsuttalelse fra Borgarting Lagmannsrett

1.2.2 Balanseillusjonen

Anne Robberstad lanserer i sin bok "Mellom tvekamp og inkvisisjon" begrepet balanseillusjonen. En forestilling om at prosessens parter – påtalemyndigheten ved den allmektige staten og den enslige tiltalte – skal være likestilte mener hun er en illusjon. Styrkeforholdet mellom partene kan aldri bli likt fortsetter hun og underbygger dette med at moderne straffesakers formål er å oppklare sannheten og siden påtalemyndighetens oppgave er sammenfallende med rettssakens formål vil dette gjøre påtalemakten overlegen.⁴ Påtalemyndigheten har også større ressurser og adgang til tvangsmidler, noe som i seg selv gjør den tiltalte underlegen påtalemyndigheten.

Man kan legge til grunn Robberstads tese om at balansen mellom partene i prosessen allerede er forrykket, men også ha som utgangspunkt at de to nåværende partene i prosessen er likestilte. Uansett vil det være interessant å se på hva innføringen av en tredje deltager, enten med partsstatus eller rettigheter tilnærmet en parts, vil gjøre med styrkeforholdet mellom partene, og om dette forrykker balansen i prosessen vesentlig i tiltaltes disfavør. Jeg vil komme nærmere inn på denne problemstillingen under punkt 2.1.1 "equality of arms" og under punkt 4.4 om rettens nøytralitet og likestilling mellom partene.

1.3 Partene i prosessen

Jeg vil i det følgende kort identifisere partene i straffeprosessen. Det er av betydning å avklare partene, partsstatus og eventuelle prosessuelle rettigheter for å kunne analysere hvilken virkning det har at en av deltagerne får nye rettigheter.

Vår straffeprosess betegnes i all hovedsak som en anklageprosess. I dette ligger at partene består av anklager, fornærmede eller påtalemyndigheten som i den offentlige straffesak, og den anklagede. Dommer i saken er upartisk og tar ikke aktivt del i saken bortsett fra å se til at partene holder seg til spillereglene.⁵

Det at det kun er den tiltalte og staten ved påtalemyndigheten som er parter i saken kalles også topartssystemet. Det kan stilles spørsmål ved om endringene, som på tross av at det ikke

⁴ Anne Robberstad, Mellom tvekamp og inkvisisjon, 1999, s 17

⁵ Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess, 2000, s 35

innføres formell partsrettighet for fornærmede men tas til orde for rettigheter som langt på vei tilsvarer en parts, medfører at det går mot en trepartsprosess.

Påtalemyndigheten utøver fulle partsrettigheter under saken. Den har imidlertid en viktig begrensning i sin handlefrihet som part i kraft av at den skal søke å få en objektivt riktig avgjørelse. Det betyr at påtalemyndigheten også har ansvar for å ivareta tiltaltes interesser. Til forskjell fra fornærmede er den offentlige interesse ikke ensidig å få gjerningsmannen funnet skyldig og trukket til ansvar.

Den tiltalte er den i angjeldende sak betegnelsen på den påståtte gjerningsmann. Denne går fra status som mistenkt, til siktet når det er rettet en formell anklage mot ham og til å være tiltalt når tiltalebeslutningen er utferdiget. Den tiltalte har fulle partsrettigheter i saken. Tiltalte og hans forsvarer er som nevnt allerede i utgangspunktet underlegne påtalemyndigheten når det gjelder rettigheter og muligheter til å påvirke prosessen. Dette forsøkes imidlertid rettet opp ved et "favor defensionis"-prinsipp, som innebærer at tiltalte får en rekke fordeler under hovedforhandling, blant annet at påtalemyndigheten har bevisbyrden og at det i alvorlige saker skal oppnevnes forsvarer på det offentliges bekostning.

Partsrettigheter er de rettigheter partene har til å gjøre seg gjeldende i prosessen. De gir rett til å få informasjon, delta, øve innflytelse på avgjørelser som tas og kreve overprøving av disse.⁶ Disse rettighetene er utformet med sikte på å ivareta partens rettigheter under prosessen og er samtidig vesentlig særlig for sakens opplysning.

1.3.1 Den fornærmede

Fornærmede er straffelovens og straffeprosesslovens betegnelse for den krenkede av forbrytelsen. Et annet uttrykk er skadelidte eller offeret. Det er i dagens straffelov ingen legaldefinisjon av begrepet fornærmede,⁷ i juridisk teori og i praksis er fornærmede imidlertid definert som innehaver av interesse som vedkommende straffebud tar sikte på å beskytte. Hvem dette er må avgjøres ved en tolkning av det enkelte straffebud. Å avgjøre hvem som er fornærmet er av betydning for å avgjøre hvem som kan utøve de rettigheter som man får i kraft av å være fornærmet. Fordi jeg i avhandlingen kun har til hensikt å se på fornærmede i

⁶ Robberstad 1999, s 231

⁷ Foreslått i utkast til ny straffelov, NOU 1992:23, men ikke fulgt opp senere, jfr. Ot.prp. nr 90 2003-2004.

saker som gjelder grove integritetskrenkelser, har det imidlertid ingen hensikt å gå nærmere inn på hvem som kan være fornærmet i de forskjellige typetilfeller. Her er det snakk om den som direkte er rammet av forbrytelsen, for eksempel slått eller voldtatt.

Fornærmede har som utgangspunkt status som et vitne. Imidlertid har fornærmede enkelte rettigheter utover dem som tilkommer vitner for øvrig, blant annet retten til underretning om påtaleavgjørelsen, klagerett, dokumentinnsyn, og i visse tilfeller rett til bistandsadvokat. Fornærmede som har rett til bistandsadvokat har gjennom denne også en sterkere prosessuell stilling, med blant annet rett til tilstedeværelse for bistandsadvokat. Fornærmede kan i visse tilfelle i en offentlig straffesak få partsstilling ved siden av påtalemyndigheten, ved å fremme sine borgerlige krav som han ønsker tatt med i straffesaken etter straffeprosessloven § 428. Dette er mest praktisk for erstatningskrav. I slike saker blir resultatet at det opptrer to parter på saksøkersiden, men fornærmede kan utøve sine partsrettigheter kun for den delen av saken som omhandler erstatningskravet. Fornærmede har i dette tilfelle altså rett til å være til stede, til å holde innledningsforedrag, til å føre bevis, stille spørsmål både til tiltalte og til vitner og til å prosedere, som oftest ved bistandsadvokaten. Dette skjer imidlertid svært sjelden, og om kravet har vært fremmet slik har ikke fornærmede blitt håndtert som part av domstolen.⁸ Det vanlige er at påtalemyndigheten fremmer erstatningskravet for fornærmede, jfr. straffeprosessloven § 427.

I en vanlig offentlig straffesak hører altså den fornærmede ikke til sakens parter og har dermed ingen formelle partsrettigheter utover de rettigheter som er nevnt ovenfor. Fornærmedeutvalget har heller ikke gått inn for å tilkjenne fornærmede formell partsstatus. De mener imidlertid at forslagene gir fornærmede tilgang til de prosessuelle rettigheter som ivaretar fornærmedes interesser. Fornærmedes interesser i saken er selvsagt at saken oppklares og at den skyldige straffes. I tillegg ønsker fornærmede å bli behandlet med respekt og verdighet, de ønsker rett til å delta, få informasjon og å bli hørt. Dette har blant annet fremkommet gjennom fornærmedes, etterlattes og interesseorganisasjoners synspunkter i løpet av arbeidet med fornærmedes rolle og rettigheter. Utvalget mener at det derfor har mindre betydning om fornærmede er part i formell forstand. De mener at det heller ikke er ønskelig at fornærmede skal ha mulighet til å anke over skyldspørsmålet og ankeutmålingen, noe som ville vært en følge av å få tilkjent partsstatus.

⁸ Høringsuttalelse fra Sør-Trøndelag Statsadvokatembete

Fornærmede har i en del straffesaker krav på bistandsadvokat. Bistandsadvokatens oppdrag er etter straffeprosessloven § 107 c første ledd å ”ivareta fornærmedes interesser i forbindelse med etterforskning og hovedforhandling i saken”. Her ser vi at fornærmedes interesse i saken skal være styrende for hvordan bistandsadvokaten utfører sitt oppdrag. Fornærmedeutvalget legger til grunn at ordningen praktiseres ulikt særlig under hovedforhandling og har dermed ikke til fulle oppnådd formålet med innføringen av denne ordningen, nemlig å bedre forholdene for fornærmede. De forslag til endringer som går på bistandsadvokatens oppgaver har til hensikt å klargjøre advokatens rolle men søker også å imøtekomme det økende behovet for bistand nye rettigheter for fornærmede vil medføre. Bistandsadvokatens hovedoppgave er å fremme et eventuelt borgerlig rettskrav og dens prosessuelle rolle er knyttet til spørsmål som angår dette samt den fornærmede. Forarbeidene til bestemmelsen har uttrykkelig forutsatt at bistandsadvokaten ikke skal opptre som hjelpeaktor.⁹

1.4 Metode og rettskilder

Oppgavens tema ligger innenfor et rettsområde i utvikling. Justisdepartementet tar sikte på å fremme proposisjon til oppfølging av fornærmedeutvalgets utredning i løpet av høsten 2007,¹⁰ det vil si at i skrivende stund er lovene enda ikke tatt stilling til av lovgiver. Det er dermed også usikkert hvilke lover som blir vedtatt. Avhandlingen vil i stor grad være en rettspolitisk drøftelse av hvilke konsekvenser de foreslåtte lovendringene har for tiltalte. De mest aktuelle rettskilder er lovutkastet, juridisk teori på området og forarbeider til angjeldende lover.

Når det gjelder rettspraksis har fornærmedes prosessuelle stilling sjelden vært oppe til formell avgjørelse, konflikten mellom fornærmedes og tiltaltes rettigheter har med andre ord sjelden vært prøvd i rettssystemet. Dette gjelder både nasjonalt og for Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol - EMD. Med sparsom rettspraksis på det spesifikke tema vil jeg derfor søke å finne rettspraksis som i større grad kan belyse hensynene bak de enkelte regler. Det medfører også at den rettspolitiske drøftelsen i stor grad baseres på en avveining av de grunnleggende prinsipper og hensyn på straffeprosessens område.

⁹ Ot.prp. nr 63 1980-1981

¹⁰ Ot.prp.nr. 11 (2007-2008), fremmet 16.november 2007. Se for øvrig punkt 5.1 nedenfor.

Norsk rett er i stor grad påvirket av våre folkerettslige forpliktelser, og både den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FN-konvensjonen om de sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 1966 (ØSK), samt FN-konvensjonen om barnets rettigheter er gjort til norsk rett etter vedtakelsen av menneskerettsloven. Både EMK og SP oppstiller grunnleggende rettigheter som har betydning i norsk straffeprosess. SP inneholder på dette område flere rettigheter enn EMK, men disse er imidlertid helt eller delvis tilføyd EMK senere ved tilleggsprotokoller. EMK er også ansett som et mer effektivt instrument enn SP når det gjelder kontrollen med statenes overholdelse av menneskerettighetene, gjennom å avsi bindende dommer og ved bruk av tolkningsprinsipper som har gitt rettighetene et videre innhold enn ordlyden gir grunnlag for.¹¹ EMK har i forhold til SP en rikholdig rettspraksis på rettsikkerhetsgarantiene, og dette i tillegg til at SP artikkel 14 både i teori og praksis blir ansett for å ha store likheter med EMK artikkel 6 gjør at jeg finner det forsvarlig å basere min analyse kun på bakgrunn av sistnevnte.

I straffeprosessen har menneskerettsvernet svært stor betydning for tiltalte, som ved Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen kan prøve lovligheten av nasjonale vedtak. Han gjør gjeldende at hans konvensjonsrettigheter er krenket. Dersom domstolen konkluderer med at klagerens menneskerettigheter er krenket blir det spørsmål om å tilkjenne erstatning og oppreisning. Den nasjonale virkning kan være at staten må endre lovgivning eller praksis, men siden vurderingstemaet i klagesaker er konkret, beror det på en tolkning av avgjørelsen hvilke generelle konsekvenser en krenkelse har for den rettslige og faktiske situasjon i den innklagede stat.¹²

Det følger av straffeprosessloven § 4 at; ”lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”. I henhold til menneskerettighetsloven § 3 skal konvensjonens regler gå foran dersom det oppstår motstrid mellom norsk lovgivning og konvensjonens bestemmelser. Dette er også slått fast gjennom rettspraksis. Både folkerettslig og i følge grunnloven § 110 c, ” Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne”, er Norge forpliktet til ikke å gi nye regler som strider mot EMK.

¹¹ Sverre Erik Jebens, Menneskerettigheter i straffeprosessen, 2004, s 43

¹² Erik Møse, Menneskerettigheter, 2002, s 92

Ved tolkningen av EMK vil jeg forsøke å komme frem til det resultat som EMD ville kommet til, dette fordi Norge er bundet av konvensjonen etter det innhold som EMD legger i den. Hovedregelen for tolkning av EMK er at det skal tolkes ut fra regelens ordlyd sett i dens naturlige kontekst, konvensjonens formål og i lys av samfunnsutviklingen, altså en dynamisk tolkning. Høyesterett har flere ganger drøftet hvor dynamisk norske domstoler bør være i tolkningen av EMK, mest sentral er Bøhlerdommen¹³. Her legges til grunn at ved at norske domstoler ved avveining av ulike interesser eller verdier kan bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning, vil norske domstoler kunne inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis. Høyesterett fremholder at det i første rekke er Menneskerettsdomstolen som skal utvikle beskyttelsen etter konvensjonen og gi den anvendelse på nye områder. Men domstolen kan være aktivt medvirkende i prosessen, ved å vise selvstendighet under tolkningen, og ved å angi hvor sterkt de norske verdiprioriteringene skal spille inn.¹⁴ Dette kommer som følge av at det er de nasjonale lovgivningsmyndigheter og de nasjonale domstoler som har den beste kjennskap til de faktiske forhold lovgivningen skal regulere, og det er også de nasjonale lovgivende organer og de nasjonale domstoler som har den beste kjennskap til landets kultur og tradisjoner, landets øvrige lovgivning. For denne oppgavens del er denne tolkningsvurderingen sentral fordi det er snakk om en avveining av interesser som ligger til grunn i et nytt lovverk.

1.5 Avgrensning

Fornærmedeutvalget har i sin utredning foreslått et stort antall endringer i til sammen 5 lovverk samt i Forskrift 28.juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen). Det ville være for omfattende å vurdere alle konkrete forslag, og det ville heller ikke være hensiktsmessig sett ut fra oppgavens tema. Jeg har derfor valgt å foreta et skjønnsmessig utvalg av forslag, basert på hvilke endringer som kan synes å være problematiske sett fra tiltaltes ståsted. Jeg har også funnet det hensiktsmessig å i hovedsak se på forslag som gir rettigheter under hovedforhandlingen, det er saksbehandlingen under hovedforhandlingen som er særlig avgjørende for om tiltalte har hatt en rettfærdig rettergang. Det er også rettighetene under hovedforhandlingen som oppleves som de viktigste for fornærmede. Begrunnelse for utvelgelsen av det enkelte forslag vil for øvrig også fremkomme av den påfølgende analysen.

¹³ Rt. 2000 s 996

¹⁴ Carsten Smith, Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettskonvensjon, NMR-2005-433

Oppgaven gir ikke rom for å vurdere hvilke rettigheter fornærmede kan avlede av menneskerettsvernet i EMK. Selv om de foreslåtte rettigheter synes å ligge innenfor konvensjonens rammer, vil jeg heller ikke undersøke om rettighetene for fornærmede for eksempel kunne vært mer omfattende eller mer vidtrekkende uten å støte mot tiltaltes konvensjonsbaserte rettigheter.

Hovedregelen i norsk strafferett er at straffbare handlinger er undergitt offentlig påtale, jfr straffeloven § 77 (det kan også settes krav til begjæring fra fornærmede for at offentlig påtale skal foretas). Private straffesaker vil ikke vies oppmerksomhet i denne oppgaven. I private straffesaker er de to partene som hovedsak jevnbyrdige under prosessen, til sammenligning sivile saker, og problemstillingen vil ikke ha aktualitet for denne type saker. Det er i saker hvor det offentlige har interesse i saken, og er part, at tiltalte har særlig behov for vern, se for øvrig punkt 1.3 ”partene i prosessen”. Hvor påtale er subsidiært privat, på begjæring fra fornærmede, er det fortsatt påtalemyndigheten som fører saken mot den tiltalte. Mange av vurderingene i det følgende har dermed også gyldighet for denne typen saker, selv om fokus altså vil være på saker som er undergitt offentlig påtale.

1.6 Den videre fremstilling

Jeg vil i det følgende som nevnt først belyse straffeprosessens grunnleggende hensyn og bærende prinsipper, med særlig fokus på hensynene bak de rettigheter som er oppstilt av EMK. Dette blir fulgt av en redegjørelse for de lovforslag som vil bli behandlet, samt en påfølgende analyse av de selekterte lovforslag sett opp mot tiltaltes rettigheter. Dette følges av noen avsluttende betraktninger i punkt 5.

2 Hensyn og bærende prinsipper

Det primære formål med straffeprosessen er å gjøre straffansvaret til en realitet. Ved at den skyldige blir dømt og dommen fullbyrdet kan man oppnå de allmennpreventive og individualpreventive virkninger som straffebestemmelsene tar sikte på. De overordnede hensyn i straffeprosessen er imidlertid at prosessen skal være betryggende for partene, rask og økonomisk. Den skal også oppnå tillit og respekt fra befolkningen. Prinsipper som i straffeprosessen skal søke å oppnå dette er blant annet prinsippet om muntlighet og bevisumiddelbarhet. Straffeprosessen skal også i følge menneskerettighetskonvensjonene

sikre at mennesker ikke utsettes for overgrep. Men hensynet til at ingen uskyldig skal bli dømt er en viktig begrensende faktor når det gjelder å oppnå formålet gjennom rettshåndhevelse.¹⁵

Prinsippet om kontradiksjon er innfortolket i EMK artikkel 6. Det er ikke eksplisitt nevnt i straffeprosessloven, men er allikevel et viktig prinsipp i norsk straffeprosess. Kontradiksjon gjør tiltalte i stand til å vite hva han er tiltalt for og gir en mulighet til å forsvare seg mot dette. Prinsippet er ivaretatt i en rekke bestemmelser i straffeprosessloven; Blant annet retten til å ta til motmæle, retten til forsvarer, prinsippet om at tiltalte skal innkalles til alle rettsmøter, retten til å bli orientert om de bevis som skal føres samt retten til å avhøre de vitner påtalemyndigheten fører. Kontradiksjon skal bidra til sakens opplysning og anses som viktig for å sikre materielt riktige avgjørelser. Prinsippet er et svært sentralt element i kravet om en rettferdig rettergang.

Hovedregel i norsk rett er at bevis skal føres direkte for den dømmende rett, dette kalles bevisumiddelbarhetsprinsippet. Dommen skal treffes på grunnlag av det som er fremkommet under hovedforhandlingen, direkte avhør av vitner, tiltalte og sakkyndige skal som hovedregel ikke kunne erstattes med opplesing eller avspilling av tidligere gitte forklaringer. Dommeravhør av barn er et tilfelle hvor bevisumiddelbarhetsprinsippet er tilsidesatt av hensyn til den påkjenning det ville ha vært for barnet å forklare seg åpent i retten. Bevisumiddelbarhetsprinsippet har som vi ser en side til prinsippet om kontradiksjon.

Lagdommer Hanne Sophie Greve har i en uttalelse til utvalgets kapittel om internasjonale forpliktelser gitt en klar oppsummering av hvordan en god straffeprosessordning forutsetter at oppgjøret finner sted;

- med full respekt for mistenktes/tiltaltes rettigheter
- innenfor en rimelig tidsramme
- slik at mest mulig av sakens faktiske forhold klarlegges, og
- leder til domfellelse bare der det er bevismessig grunnlag for det

Slik sett mener hun det sammenfall mellom interessene enten de er fornærmedes eller den tiltaltes.¹⁶ Denne oppsummeringen er også et godt bilde på hva som ligger i menneskerettskonvensjonens krav om en rettferdig rettergang.

¹⁵ Andenæs, 2000, s 8

¹⁶ Høringsuttalelse fra Hanne Sophie Greve

2.1 Retten til en rettferdig rettergang

Grunnleggende ideer i en rettsstat er vern mot vilkårlig frihetsberøvelse og krav om en rettferdig rettergang for uavhengige domstoler. Prinsipper som søker å oppnå dette er knesatt i menneskerettsvernet gjennom kravene i blant annet EMK artikkel 6. Artikkelen er hovedbestemmelsen for prosessuelle rettigheter for personer som er siktet for en straffbar handling og oppstiller krav til behandlingsmåten i straffesaker i form av generelle prinsipper eller konkrete rettigheter.

Artikkel 6 nr. 1 fastslår retten til ”a fair hearing”, i det følgende brukes oversettelsen rettferdig rettergang. Dette er kjernen i artikkel 6 og er viktig for tolkningen for rettighetene som for øvrig er oppstilt i artikkelen. Artikkelen uttrykker ikke spesifikt hva en rettferdig rettergang innebærer, men har vært tema i en rekke avgjørelser av EMD som nærmere har angitt rettighetens innhold. Vurderingstema er både sakens karakter og måten prosessen har foregått på, og det stilles strengere krav i alvorlige straffesaker, rettigheten er dermed særlig viktig for avhandlingens tema.

Artikkel 6 nr. 2 fastslår uskyldspresumsjonen¹⁷ i straffesaker. Prinsippet innebærer at all tvil skal komme den tiltalte til gode i straffesaker og at en person skal ansees som uskyldig i å ha begått en straffbar handling inntil det er bevist ved domstolsbehandling at han er skyldig etter loven. Prinsippet skal hindre at personer dømmes for handlinger som de ikke har begått og at uskyldige skal lide unødige. Artikkel 6 nr. 2 fremstår med dette som et selvstendig prinsipp som er en nødvendig forutsetning for at rettergangen skal kunne bli rettferdig.

Artikkel 6 nr. 3 har form som en ikke-uttømmende oppstilling av minsterettigheter som tolkes i lys av det overordnede kravet om rettferdig rettergang. De omfatter blant annet tiltaltes rett til ”adequate time and facilities for the preparation of his defence” (6 nr. 3 a)– tid og mulighet til å forberede sitt forsvar og rett til ”examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him” (6 nr. 3 d)– vitneførsel og krysseksaminasjon.

Rettighetene i EMK artikkel 6 nr. 1-3 vil omtales og behandles nærmere under avhandlingens hoveddel.

¹⁷ ”In dubio pro reo” – latin for ”i tvil for den anklagede”

2.1.1 Equality of arms

Et element i retten til rettfærdig rettergang er prinsippet om likestilling mellom partene, ”equality of arms”. Tiltaltes minsterettigheter i EMK art 6 nr 3 er konkrete utslag av likestillingsprinsippet. Minsterettighetene i EMK art 6 nr 3 er imidlertid ikke uttømmende når det gjelder kravet om likestilling. EMD har bekreftet dette, ved å anse likestilling som en del av det overordnede ”fair trial” kravet, og på dette grunnlag oppstille ytterligere rettigheter for tiltalte.¹⁸ Prinsippet er vektlagt og utdypet i uttalelsen “the Court reiterates that the principle of equality of arms, which is one of the elements of the broader concept of a fair hearing, requires each party to be given a reasonable opportunity to present its case under conditions that do not place it at a substantial disadvantage *vis-à-vis* its opponent”.¹⁹ I dette ligger det et krav om at partene må ha hatt rimelig mulighet til å presentere sin sak under forhold som ikke stiller en dårligere enn motparten. Dette prinsippet om likestilling mellom partene har av EMD ofte blitt sett i sammenheng med prinsippet om kontradiksjon fordi dette oftest er en forutsetning for at partene kan sies å være likestilte. Prinsippet om likestilling krever imidlertid en balanse mellom partene som også omfatter mer enn bare kontradiksjon. Som det vil fremgå av den videre analyse er også de øvrige sidene av dette prinsippet viktige.

Hvilken betydning man skal legge i prinsippet om likestilling mellom partene er imidlertid diskutert særlig i juridisk teori. Aall viser til at EMD i første dom som nevner regelen, Neumeister mot Østerrike²⁰, tidlig har lagt til grunn at regelen betyr likestilling mellom partene. Robberstad hevder imidlertid at Aall synes å legge for mye i ”balansesynspunktet” som noe i retning av et krav om styrkelikhet. Robberstad hevder at også Høyesterett har tolket prinsippet feil i Bølgepappkjennelsen, Rt 1994 s 610 (s 617), hvor begrepet ble oversatt med jevnbyrdighet i rettergangen. Hun mener videre at i norsk rettsvitenskap har begrepet blitt oppfattet som et krav om likestilling og at dette fører til et krav om balanse som det ikke er grunnlag for ut fra EMK.²¹ En avklaring av om regelen søker å oppnå at partene skal være jevnsterke eller om den innebærer at partene skal kunne delta i prosessen på like vilkår er avgjørende for hvordan regelen skal tillegges betydning ved vurderingen av endringer i straffeprosessen. Det er helt klart at regelen gjelder i straffesaker og er også svært viktig i denne type saker som følge av at anklagede som nevnt allerede vil være i en underlegen posisjon i forhold til påtalemyndigheten.

¹⁸ Jebens, 2004, s 316.

¹⁹ Klimentyev v Russia 16.nov 2006, avsnitt 95

²⁰ Neumeister mot Østerrike, 27.juni 1068

²¹ Robberstad, 1999, s 151

Dersom regelen forutsetter at partene skal være jevnsterke kan innføringen av flere rettigheter for fornærmede i seg selv kunne oppfattes som konvensjonsstridig. Dette fordi fornærmede og dennes bistandsadvokat plasseres som tiltaltes motpart, på samme side som påtalemyndigheten, og utgjør dermed en tung koalisjon mot den tiltalte. Dersom regelen imidlertid kun oppstiller et krav om deltakelse på like vilkår må vurderingen av fornærmedes inntreden i straffesaken vurderes mot det enkelte element i konvensjonsvernet. Slik jeg tolker teori og praksis, finner jeg mest støtte for at det er sistnevnte innhold EMK legger i begrepet og vil legge denne tilnærmingen til grunn under den videre analyse.

2.2 Hensynet til den fornærmede

Den fornærmedes opplevelse av dagens straffprosess ligger til grunn for de endringer som er foreslått. Forslagene er en legitimasjon av at fornærmede har en naturlig plass i prosessen, part eller ikke, og at dennes hensyn skal ivaretas. Stikkord som verdighet og skånsomhet brukes for å beskrive hva den fornærmede først og fremst bør oppleve at prosessen byr på. Bakteppet er gjerne særdeles opprivende og vanskelige hendelser og den fornærmede skal ikke oppleve prosessen som et nytt ”overgrep”, selv om straffesaken nødvendigvis uansett vil fortone som vanskelig. Den fornærmede har også en interesse i å bli beskyttet mot nye overgrep. Det er også et mål i seg selv å hjelpe fornærmede til å bedre forstå og akseptere prosessen og det som eventuelt ligger til grunn for dommen mot tiltalte.

Dersom forslagene imidlertid går ut på å gi fornærmede rettigheter som direkte griper inn i tiltaltes rettigheter må tiltaltes og fornærmedes rettigheter må veies mot hverandre. Tiltalte har imidlertid ikke rettigheter som er absolutte eller med entydig prioritet over fornærmedes behov.

Hensynet til fornærmede har også reist spørsmålet om hva målsettingen med straffen er, hva slags oppgjør skal straffesaken være. Skal det være en juridisk avgjørelse av straffekrav eller skal den ivareta andre hensyn²²? Å fastslå straffens målsetting vil i denne sammenheng være interessant fordi det har vært hevdet at fornærmedes interesse i straffesaken er basert på ønsket om hevn og dermed på dette grunnlag bør avskjæres i mulighet til å påvirke straffesaken.

²² John T Johnsen, Upartisk straffeforfølgning – ramme for fornærmedes rettigheter i straffesaker?, TfS s 258

Fornærmedeutvalget har ikke tatt til orde for å innføre hevn som et argument for styrking av fornærmedes rettigheter. De legger til grunn at for fornærmede er det faktisk ikke hevn som er det primære ønsket med en større deltakelse i prosessen, det er ønsket om verdighet, respekt og rettferdig behandling. Kritikken mot enkelte av forslagene har imidlertid vært at dersom fornærmedes ønske om straff er det utslagsgivende for hvordan prosessen føres, vil dette føre til at man som tiltalt må svare for mer enn det man er objektivt anklaget for.

3 De foreslåtte endringer - innledning

Informasjon er ansett som et av de mest sentrale virkemiddel for å kunne ivareta sine interesser, dette er også sterkt fremhevet av fornærmede selv, fra etterlatte og fra interesseorganisasjoner som har avgitt sine synspunkter under utvalgets arbeid. Fornærmede har i dag rett til å gjøre seg kjent med dokumentene på de forskjellige stadiene i saken, men dette forutsetter at fornærmede selv tar initiativ til å innhente informasjon. Fornærmedeutvalget foreslår flere tiltak for å sikre fornærmede informasjon, viktigst er kanskje at politi og påtalemyndighet pålegges en informasjonsplikt. Fornærmede skal av politi og påtalemyndighet holdes orientert om sakens utvikling og fremdrift, med mindre det er utilrådelig. Informasjonsplikten kan demme opp for den frustrasjon og fortvilelse fornærmede i dag føler over å ikke ta del i sin egen straffesak i tiden mellom hendelse og vitneavhøret i retten. Dette vil gjøre at fornærmede føler seg bedre ivaretatt og gir dermed økt tillit til prosessen.

Fornærmede har også gitt uttrykk for at sen saksbehandling er et problem. Utvalget har søkt å ivareta dette ved å innføre flere frister, både for avhør og for beramning av forhandling. Til sist har fornærmede opplevd å ikke bli inkludert i en prosess som direkte angår seg. Utvalget har i forbindelse med dette foreslått tiltak som gir fornærmede større mulighet til å ivareta sine interesser under forberedelse til og under gjennomføring av hovedforhandling.

Det foreslås et nytt kapittel 8 a i straffeprosessloven om fornærmede og etterlatte og utvalget mener at dette fremhever de nevnte gruppers stilling ved siden av sakens øvrige parter. Utvalget har i denne bestemmelsen gjort en prioritering blant de ulike grupper fornærmede og lanserer begrepet "fornærmede med særlige rettigheter" i ny § 93 a (straffeprosessloven). Dette begrepet er knyttet til at det er oppnevnt bistandsadvokat etter reglene i

straffeprosessloven § 107 a 1.ledd slik den er foreslått endret, og gjelder saker om alvorlige integritetskrenkelser. Utvalget går inn for at denne gruppen bør få sterkere prosessuelle rettigheter enn andre fornærmede med den begrunnelse at denne gruppen har særlig interesse i at saken blir oppklart, og at saken for disse er særlig belastende på grunn av krenkelsens grovhet. Utvalget har også foreslått enkelte rettigheter for fornærmede ut over denne gruppen, samt for noen grupper av etterlatte. I det følgende vil fokus, såfremt annet ikke uttrykkelig nevnes, rettes mot forslagene som vedrører fornærmede med særlige rettigheter.

4 Fornærmedes nye rettigheter i lys av tiltaltes rettigheter

4.1 Retten til å være tilstede

At tiltalte har rett til å være tilstede under rettsforhandlingen er ikke uttrykkelig fastslått i EMK artikkel 6, men antas å følge av prinsippet om rettferdig rettergang. I blant annet *Hermi mot Italia* uttaler domstolen at “although this is not expressly mentioned in paragraph 1 of Article 6, the object and purpose of the Article taken as a whole show that a person “charged with a criminal offence” is entitled to *take part in the hearing* (min utheving).²³

Det at tiltalte er til stede under saken mot ham er en forutsetning for at han kan utøve flere av sine andre konvensjonsbaserte minsterettigheter, særlig retten til å forsvare seg personlig, artikkel 6 nr 3c og for å kunne føre og avhøre vitner, artikkel 6 nr. 3d. Når tiltalte selv følger hovedforhandlingen hører og ser han de bevis som fremlegges og det gjør ham i bedre stand til å imøtegå disse. Tiltalte kan også ved å være til stede bli forsikret om at rettssaken føres av en uavhengig og upartisk rett, og at prosessen som et hele har søkt det materielle riktige resultatet.

EMD har behandlet spørsmålet om retten til å være tilstede i sin egen sak i et stort antall dommer. Faktum i de fleste dommer om spørsmålet har imidlertid vært at tiltalte av ulike årsaker ikke har møtt til hovedforhandling eller at tiltalte ikke har vært tillatt tilstede i ankeinstans. EMD har imidlertid gjennom disse dommer gjort vurderinger som også er interessante i dette tilfellet, hvor tiltalte har blitt utvist under deler av høringsen.

²³ *Hermi mot Italia*, 18.oktober 2006, avsnitt 59

I den overnevnte avgjørelse ble det tatt til orde for at det anses som mer krenkende at en tiltalt ikke gis rett til å være tilstede under hovedforhandling enn for ankeinstansen,²⁴ dette er særlig viktig hvor bevisføring og avgjørelse av skyldspørsmålet kun skjer for behandling i førsteinstans. Hvor ankeinstans kun skal ta stilling til lovanvendelse er det med andre ord ikke avgjørende at tiltalte gis retten til å være til stede så lenge han har hatt denne muligheten i førsteinstans. EMD legger helt tydelig vekt på at retten til å være tilstede henger nært sammen med retten til kontradiksjon.

4.1.1 Forslag om utvisning av tiltalte

Hovedregel både etter nasjonal rett og etter konvensjonen er altså at tiltalte skal være tilstede i rettsmøtet. Retten kan imidlertid fravike hovedregelen dersom det er grunn til å frykte at vitnet ikke vil forklare seg dersom tiltalte er tilstede. Begrunnelse for dette er at vitnet kan ha grunn til å vegre seg for å gi forklaring på grunn av tiltaltes person, for eksempel frykt for represalier eller en spesiell tilknytning til tiltalte. Fornærmedeutvalgets flertall har foreslått en endring av straffeprosessloven § 245 første ledd, fjerde punktum som innebærer at retten ved avhør av etterlatte kan treffe beslutning om at tiltalte eller andre skal forlate rettssalen hvis særlige grunner tilsier det. Endringen fører til en utvidelse av kretsen som kan kreve at tiltalte forlater rettssalen. Mindretallet ønsker å beholde gjeldende regel i første ledd femte punktum.

Under forarbeidene til den någjeldende bestemmelsen ble det diskutert hvorvidt det skulle gis adgang til utvisning av tiltalte av hensyn til fornærmede. Den gang ble det uttalt at sterke grunner talte for å utvide adgangen til å pålegge tiltalte å forlate salen under fornærmedes forklaring. Det daværende rådende hensynet til sakens belysning, som var relevant ved avgjørelsen av om tiltalte skal forlate rettssalen under fornærmedes forklaring, ble veid mot hensynet til fornærmede - den belastningen forklaringen er for ham eller henne – fordi dette også måtte være relevant. Utvalget konkluderte den gang med at retten må vurdere konkret og av eget tiltak om hensynet til fornærmede tilsier at tiltalte utestenges.²⁵ Tiltalte skal imidlertid som hovedregel kunne overvære fornærmedes forklaring, av begrensningen ”særlige grunner”. Det beror altså på rettens skjønn om hensynet til fornærmede er tilstrekkelig sterkt til å motivere et pålegg til den tiltalte om å forlate rettssalen.

²⁴ Hermi mot Italia, avsnitt 60

²⁵ Ot.prp. nr 33 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv.

Det stilles altså svært strenge krav for at tiltalte skal kunne pålegges å forlate rettssalen under vitneavhøret. Det kreves noe mer enn at vitnet føler et visst ubehag ved å forklare seg i tiltaltes nærvær, dette er ikke uvanlig. Det kan imidlertid være en stor psykisk påkjenning for vitnet om tiltalte er tilstede, særlig i sedelighetssaker. Bestemmelsen og dens rekkevidde er dermed utformet først og fremst for å kunne ta hensyn til fornærmede og mindreårige vitner. Retten treffer sin vurdering ut fra blant annet fornærmedes tilknytning til gjerningsmannen, fornærmedes alder, overgrepets art eller fornærmedes psykiske situasjon. Hensynet til tiltalte tillegges også vekt.

Selv om retten nå skal foreta den samme vurdering overfor et krav fra de etterlatte synes det ikke like opplagt at muligheten bør være til stede. Det er helt andre hensyn som gjør seg gjeldende for de etterlatte, som i motsetning til den fornærmede ikke har opplevd overgrepet direkte, med unntak for de som har vært vitne til hendelsen. Dette er også begrunnelsen for at fornærmedeutvalgets mindretall ikke ønsker å tilgodese denne gruppen med en slik rett.

I Jussila mot Finland, hvor saksøker klaget staten inn for ikke å ha hatt mulighet til å ta del i en muntlig og offentlig høring, uttalte dissenterende dommer Loucaides i drøftelsen om retten til å være tilstede at “all the evidence must in principle be produced in the presence of the accused”.²⁶ Tiltalte skal med andre ord som hovedregel overvære bevisførselen. En praktisk tilrettelegging kan imidlertid også muliggjøre at tiltalte følger bevisførselen på tross av at han nektes å være tilstede i rettssalen under vitnets forklaring. Det mest vanlige er at tiltalte blir plassert i tilstøtende rom med lydoverføring. Slik kan den tiltalte selv overhøre forklaringen, samtidig som vitnet skjermes mot å forklare seg foran den tiltalte personlig. Men tiltalte har ingen mulighet til å stille spørsmål eller be om oppklarende informasjon når han ikke er tilstede i salen, et krav etter artikkel 6 nr. 3d.

Det påhviler da forsvarer å ivareta den tiltaltes interesser under avhøret. Vitnet har ikke den samme grunn til forklaringsvegring på grunn av forsvarerens nærvær, og det tillates som hovedregel at forsvarer blir igjen selv om den tiltalte ikke er tilstede. Forsvareren har dermed adgang til konfrontasjon med vitnene. Tiltalte har også rett til å gjøre seg kjent med det som er fremkommet under hans fravær. Det påhviler rettens administrator å sørge for at dette

²⁶ Jussila mot Finland, 23.november 2006

refereres så dekkende som mulig overfor tiltalte. Tiltalte skal også gis mulighet til å uttale seg etter at vitneforklaringen er referert for ham.

I *Colozza mot Italia* uttalte retten at “The Contracting States enjoy a wide discretion as regards the choice of the means calculated to ensure that their legal systems are in compliance with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1) in this field. The Court’s task is not to indicate those means to the States, but to determine whether the result called for by the Convention has been achieved.”²⁷ I dette ligger det at så lenge prosessen på tross av eksempelvis en utvisning av tiltalte oppnår at rettergangen som et hele oppnår konvensjonens krav kan utvisningen være forsvarlig. Av dette følger også mener jeg at konvensjonen ikke er til hinder for en innføring av regler som utvider adgangen til å utvise tiltalte.

Selv om det skal tungtveiende grunner til for å tilsidesette tiltaltes rettigheter kan jeg ikke se at tiltaltes vern etter konvensjonen gjør forslaget betenkelig. Så lenge tiltalte har mulighet til å avhøre vitner ved sin forsvarer, har mulighet til å overhøre forklaringene via direkte overføring og kan stille spørsmål etter å ha blitt referert forklaringen er konvensjonens krav om å ”la avhøre” vitner mot seg oppfylt og dermed også hensynet bak kravet om tilstedeværelse.

4.2 Rett til kontradiksjon

Den grunnleggende tanken bak retten til kontradiksjon er rettssikkerhet. Partene skal ha hatt anledning til å føre bevis for sine synspunkter samt å ta til motmæle og kommentere de bevis og påstander som blir fremsatt av motparten. EMD har i et stort antall dommer fremhevet at om den tiltalte har hatt mulighet til kontradiksjon er essensielt i vurderingen av om rettergangen samlet sett har vært rettferdig, jamfør også punktet ovenfor.

4.2.1 Øke aldersgrensen for dommeravhør av barn

Bevisumiddelbarhetsprinsippet er en sentral side av retten til kontradiksjon. Prinsippet innebærer at de bevis som det skal dømmes ut fra, skal føres direkte for den dømmende rett. Dette muliggjør retten til krysseksaminasjon, som gir den tiltalte mulighet til å stille spørsmål som ellers ikke ville ha blitt stilt og til derved å få frem nyanser i vitneforklaringen. Retten til

²⁷ *Colozza mot Italia*, 12. februar 1985, avsnitt 30

krysseksaminasjon gjelder vitner som blir ført mot den tiltalte. Det er sikker rett at fornærmedes forklaring også omfattes av dette. Uttrykket ”vitner” i EMK art. 6 nr. 3 d sikter ikke til personens prosessuelle stilling i saken men om retten bygger den materielle avgjørelsen på forklaringen, fastslått i Luca mot Italia.²⁸

Tiltalte skal altså ha mulighet til å imøtegå vitners forklaringer. Reglene om avhør av barn i sedelighetssaker, strider mot dette prinsippet. Straffeprosessloven § 298 lyder; ”I sak om forbrytelse eller forseelse mot sedelighet skal opplesing, videoopptak eller lydopptak av en forklaring som et vitne under 14 år har gitt for en domstol eller etter reglene i § 239, tre i stedet for personlig avhør”. Reglene innebærer at barnets forklaring på etterforskningsstadiet spilles av eller leses opp under hovedforhandlingen i stedet for at barnet her fremfører en vitneforklaring. Avspilling av dommeravhør fratår tiltalte muligheten til å avhøre vitnet direkte for den dømmende rett. Den dømmende rett fratår også muligheten til selv å stille spørsmål til vitnet. Fornærmedeutvalget foreslår at aldersgrensen for bruk av dommeravhør heves fra 14 til 16 år. For å kunne vurdere om hevingen av aldersgrensen er forsvarlig sett opp mot tiltaltes konvensjonsmessige vern ser jeg det som nødvendig å kort redegjøre for ordningen slik den fremstår i dag.

En regel om at barn skulle kunne slippe å forklare seg direkte i retten ble innført ved en lovendring av straffeprosessloven i 1926. Tidligere måtte barn møte og forklare seg i retten på lik linje med voksne vitner. Barnet måtte fortelle om svært alvorlige integritetskrenkelser overfor en rett sammensatt av mange ukjente, og i all hovedsak voksne, personer. Dette kan være svært byrdefullt for barnet, og hensynet bak reformen i 1926 var å beskytte barnet. Man mente også at ved dommeravhør ville det bli lettere å få en riktig forklaring fra barnet. Reglene ble innført etter initiativ fra Norske Kvinders Nationalråd, som hadde henstilt til Justisdepartementet å motvirke ”de uheldige følger av at barn gang på gang og ofte med lange mellomrum skal gjenopfriske minner og omhandle forhold, som de helst bør få glemme snarest mulig”.²⁹ Barnets interesser tilsier også at avhøringen av barnet skjer på en slik måte og på et slikt tidspunkt at den blir mest mulig skånsom overfor barnet.

Tilstedeværelse under dommeravhøret for sakens egentlige parter, påtalemyndigheten og tiltalte med forsvarer, var tidligere ikke nevnt verken i loven eller forskriften. Forholdet til de

²⁸ Luca mot Italia, 27. februar 2001, avsnitt 41

²⁹ Anne Robberstad, Bistandsadvokaten- ofrenes stilling i straffesaker, 2003, s 157-158

alminnelige rettssikkerhetsgarantiene for tiltalte skapte imidlertid strid. Da loven ble endret i 1994 ble imidlertid følgende regel tatt inn i straffeprosessloven § 239, 1. ledd, siste punktum: ”på samme vilkår skal som hovedregel tiltaltes forsvarer gis anledning til å overvære avhøret.” Begrunnelsen var først og fremst hensynet til Norges antatte forpliktelser etter artikkel 6 i EMK.³⁰

Høyesterett har også flere ganger behandlet spørsmålet om dommeravhør som bevis i straffesaken, og da særlig med henblikk på tiltaltes rett til en rettferdig rettergang. I Rt. 1999 s. 586 ble dommeravhør av fornærmede gjennomført uten at forsvareren hadde kontakt med tiltalte verken forut for det første eller det siste barneavhøret. Det var en saksbehandlingsfeil at avhøret av fornærmede var brukt som bevis når tiltalte ikke hadde fått mulighet til å få stilt spørsmål til fornærmede, jf. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Også i Rt 1994 s 748 hvor fornærmet på tidspunktet for avhørene var 12 år, overgrepene skulle ha skjedd da hun var 6 ½ år. Forsvarere hadde fått avhøret først 4 måneder etter at det var foretatt og fikk ikke muligheten til et nytt avhør. Dommer avskar dommeravhøret på grunn av at dette var det hovedsaklige bevis. Dette tilfredsstilte ikke rettssikkerhetsgarantien etter EMK art 6, og hensynet til den tiltalte veide i denne saken tyngre enn hensynet til barnet.

Av stor interesse for vurderingen av den norske ordningens konvensjonsmessighet er saken L mot Sverige. En tilbakestående svensk pike var politiavhørt fire ganger med videoopptak uten at tiltalte, som var hennes far, eller forsvareren hadde vært til stede. Faren anket den fellende dommen og krevde datteren avhørt på ny, ut fra en spørsmålsliste forsvareren hadde utarbeidet. Dette ble nektet, og dommen ble stadfestet. Kommisjonen aviste saken idet den fant klagen ”manifestly ill-founded”. Samlet sett hadde faren fått ”a fair trial”, selv om den fellende dommen var ”based.....mainly on” pikens forklaring i videoavhørene. Kommisjonen la vekt på at faren hadde fått mulighet til å be om nytt avhør av piken etter at etterforskningen var ferdig, uten å benytte seg av dette. Videre ble lagt vekt på at forsvarerens spørsmål ikke ville tilføre saken noe nytt. Avhør av barn i sedelighetssaker må kunne foretas ”under conditions in which the right of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention”, men de må behandles med stor forsiktighet av domstolen.³¹

³⁰ Robberstad, 2003, s 170

³¹ Som referert i Robberstad, 2003, s 190-191

At tiltaltes rett til krysseksaminasjon gjelder for bruk av dommeravhør kan også tolkes av EMDs uttalelser i *Kostovski mot Nederland* "This does not mean, however, that in order to be used as evidence statements of witnesses should always be made at a public hearing in court: to use as evidence such statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6 (art. 6-3-d, art. 6-1) provided the rights of the defence have been respected"³². Tiltalte eller hans forsvarer har ikke noen ubetinget rett til å stille spørsmål til barnet. Det er heller ikke noe krav om at spørsmål som stilles skal stilles direkte; Det er tilstrekkelig at spørsmålene kan formidles på en forsvarlig måte, det er dommerens oppgave å se til at avhøret også ivaretar hensynet til mistenkte. I straffesaker av denne typen, hvor dommeravhøret er det sentrale og i mange tilfeller eneste bevis viser konvensjonspraksis at det er særlig grunn til å være oppmerksom på retten til krysseksaminasjon. I *Kaste og Mathiesen mot Norge* uttalte EMD at "it should be reiterated that, where a deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction then.... it constitutes evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention apply"³³. Dersom forsvarer ikke har fått stilt spørsmål til barnet, må spørsmålet om barnets forklaring skal kunne brukes som bevis for den dømmende rett, altså avgjøres etter en konkret vurdering av den totale bevissituasjon og herunder hvor sentralt beviset er.³⁴

Som vi ser viser rettspraksis fra EMD at dommeravhør i all hovedsak anses forsvarlig også i forhold til tiltaltes rettigheter. Avgjørende er om saken som helhet har fremstått som rettferdig.

Kan man så i neste omgang tolke denne konvensjonspraksis til at også en heving av aldersgrensen for dommeravhør vil være akseptabel innenfor rammen av tiltaltes rett til "fair trial"? Jeg kan ikke finne uttalelser som tyder på at EMD har gjort noen vurdering av når barn anses modne nok til å avhøres direkte for den dømmende rett. I saken *W mot Finland* ga EMD ved førstvoterende uttrykk for den prinsipielle holdning at i saker om seksuelle overgrep, særlig hvor barn er involvert, veier hensynet til offeret tungt under den helhetlige vurderingen av om tiltaltes rett til en rettferdig rettergang er krenket. "Criminal proceedings concerning sexual offences 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

³² *Kostovski mot Nederland*, 20. november 1989, avsnitt 41

³³ *Kaste og Mathiesen mot Norge*, 9. november 2006, avsnitt 53

³⁴ Bjerke/Keiserud, *Straffeprosessloven*, kommentarutgave, 2001, s 1033

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 alleged victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence”.³⁵ Også dissenterende dommer var enig i denne vurderingen, og *særlig* i et tilfelle som dette hvor fornærmede var under 10 år. Selv om denne dommen ikke gir noen direkte anvisning på EMDs syn på når et barn skal anses for gammelt nok til å kunne avhøres direkte er den klar på at både alder og type straffegjerning har betydning for vurderingen. Dette er gjentatt i Bocos-Cuesta mot Nederland.³⁶ Også her var klager tiltalt for overgrep mot flere barn, alle under 11 år. I begge saker ble det for øvrig funnet at det forelå krenkelse av tiltaltes rett

EMD har i alle saker jeg har undersøkt lagt til grunn den nasjonale klassifikasjon av hva som er en mindreårig. Mye tyder derfor på at fornærmedeutvalget riktig nok konkluderer med at de ikke ser noen folkerettslige skranker hva angår å heve aldersgrensen på dommeravhør. Det er et nasjonalt anliggende å sette standarden for dette, lovgiver har ansvaret for denne vurderingen. Men bevisumiddelbarhetsprinsippet er tilsidesatt av hensyn til barnet som er sårbart både av krenkelsens grovhet og den unge alderen. For meg fremstår det ikke like åpenbart at det uten videre legges til grunn at hensynet til et større barn/en ungdom skal veie like tungt.

Aldersgrensen for bruk av dommeravhør ble med straffeprosessloven av 1981 senket fra 16 til 14 år. Justisdepartementets begrunnelse for å senke aldersgrensen var at ”personer mellom 14 og 16 år er i dag gjennomgående så utviklet at de bør kunne avhøres i rettsmøte, som da selvsagt holdes for stengte dører og med utelukkning av tiltalte når det er behov for det”.³⁷ Denne vurderingen kan ikke uten videre settes til side. Det finnes for liten kunnskap om skadevirkningene for den fornærmede av å avhøres direkte for den dømmende rett til å kunne si at hensynet til dette veier tyngre enn hensynet til tiltalte.

³⁵ W mot Finland, 24. april 2007, avsnitt 45

³⁶ Bocos-Cuesta mot Nederland, 10. november 2005

³⁷ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) Om lov om endringer i straffesaker, s 190

Ny forskrift om dommeravhør fra 1998 satte også formelle rammer for hvordan avhør av barn skal utføres i Norge, med fokus på virkningen av den enkelte spørsmålsvinkling. Dette er et resultat av en betydelig oppmerksomhet rundt dommeravhør av barn og har bidratt til å utvikle bedre etterforsknings- og avhørsstrategier.³⁸ Nå evalueres ordningen med dommeravhør igjen, med fokus på behov for regelendringer på området, og det kunne vært hensiktsmessig å vente til denne rapporten foreligger før man tar endelig stilling til aldershevingen. Det er slik at dersom eksaminasjon skjer i rettsmøtet skal dommer i saken også skal være i stand til å gjennomføre avhøret og å styre eksaminasjonen på en hensynsfull måte. I tillegg er også bistandsadvokat til stede og kan påse at eksaminasjonen er i tråd med barnets interesser.

Det ligger også et alternativ i fjernmøteteknologien som er under utprøving. Straffeprosessloven § 109 gir retten mulighet til å beslutte å avhøre vitner ved fjernavhør. Vitnet avhøres via videooverføring under hovedforhandlingen og sakens parter har full anledning til å eksaminere den som avhøres. Dette skal imidlertid i henhold til forskriften benyttes med forsiktighet dersom det er snakk om et vitne som er av avgjørende betydning for sakens opplysning,³⁹ men må anses å være en mer skånsom form for avhør fordi barnet slipper å være fysisk tilstede i rettsmøtet. Jeg ser også at forslaget kunne vært utformet slik at retten av eget tiltak, med sakkyndig hjelp, vurderer hvorvidt barn mellom 14 og 16 er i stand til å forklare seg for den dømmende rett. Eller at barn mellom 14 og 16 kan gis en mulighet til selv å bestemme om det vil forklare seg eller ikke. På den måten ville hensynet til et særlig sårbart barn kunne ivaretas gjennom en skjønnsmessig vurdering, og prinsippet om at vitneavhør først og fremst skal skje direkte for den dømmende rett ville fortsatt vært hovedregel for denne aldersgruppen.

Jeg mener at forslaget også må sees i lys av forslaget om kortere frist for å avholde dommeravhør. Fordi dommeravhøret som nevnt er et så viktig, og i mange tilfeller det avgjørende, bevis er det av avgjørende betydning at forsvarer har kunnet ivareta tiltaltes interesser også ved avhøret. Den korte fristen for avholdelse vil kunne vanskeliggjøre dette, og dermed føre til en rettergang i strid med rettferdighetsprinsippet. Jeg viser for øvrig til drøftelsen av dette forslag under punkt 4.3.2 nedenfor.

³⁸ Kyrre Lønnum m.fl, TfR nr. 2 2007, s 116

³⁹ NOU 2006:10 s 159

Forslaget om å heve aldersgrensen for dommeravhør innebærer isolert sett således ikke en krenkelse av tiltaltes rettigheter, men under henvisning til drøftelsen ovenfor vil jeg hevde at hensynet til fornærmede her er vektlagt i for stor grad når det foreslås en kategorisk heving av aldersgrensen.

4.2.2 Fornærmedes rett til sluttreplikk

Flertallet går inn for at fornærmede i saker om alvorlige integritetskrenkelser bør få samme anledning til en sluttbemerkning som tiltalte, straffeprosessloven § 304 1.ledd 3.pkt.

Fornærmede kan da få ordet før saken tas opp til doms. Mindretallet støtter ikke forslaget

Slik forslaget er utformet kan det synes å innebære at fornærmede har siste ord i saken. Dette ville i så fall bryte med tiltaltes absolutte rett til å komme med sluttreplikk. Etter at bevisførselen er avsluttet skal både aktor og forsvarer få ordet dersom de har noe å bemerke, dette ordskiftet har form som en replikkveksling, dog alltid slik at tiltalte får ordet sist. Slik loven praktiseres i dag har også bistandsadvokat mulighet til å ta ordet for prosessuelle spørsmål som har med fornærmede å gjøre eller som har sammenheng med fornærmedes borgerlige krav i saken. Dette skjer vanligvis etter at både aktor og forsvarer har hatt ordet, men før tiltalte gis mulighet til en siste bemerkning.

Forslaget om at fornærmede skal gis anledning til en sluttbemerkning er fremmet som en markering av fornærmedes viktige stilling og særlig i saker om alvorlige integritetskrenkelser. Spørsmålet er så om fornærmedes sluttreplikk ville være problematisk også i forhold til tiltaltes konvensjonsmessige vern. Som jeg har vært inne på gir EMK den enkelte stat stort handlingsrom når det gjelder å utforme sine regler og praktiske gjennomføringsmåter. Dersom sluttreplikken benyttes til fremleggelse av nye opplysninger vil tiltalte måtte få anledning til å imøtegå disse, jfr. retten til kontradiksjon. På dette tidspunkt av saken skal det imidlertid ikke lenger være tale om opplysning av saken. Det er både i teori og praksis lagt føringer for hvordan en sluttreplikk kan utformes. Når en partsrepresentant har ordet etter at bevisføringen er å betrakte som avsluttet, må han ikke trekke inn nye faktiske omstendigheter eller opplysninger, bortsett fra at han kan hen vise til vitterlige kjensgjerninger. Heller ikke er det tillatt å fremme andre og nye teorier eller hypoteser angående for eksempel tiltaltes psykiske helse når slike krever en sakkyndig vurdering. Retten kan også nekte partsrepresentanten å gå

videre på betraktninger som helt klart er uten interesse. Ved betraktninger som retten finner at den ikke uten videre kan ta standpunkt til selv må retten utsette den videre saksbehandling.⁴⁰

En annen side ved dette er at en sluttreplik fra fornærmede lett vil kunne bli følelsesladet og fremstå som en appell om domfellelse av tiltalte. Et slikt innlegg på slutten av saken kan ha sterk psykologisk virkning.⁴¹ Man kan også frykte at særlig en lagrette, bestående av lekfolk, kan la seg følelsesmessig lede av en slik appell når den fremføres rett før lagretten trekker seg tilbake. Også i denne forbindelse har rettens administrator et ansvar når han veileder lagretten om hvordan de skal utøve sin gjerning, jfr. straffeprosessloven § 368. Rettens formann skal gjennomgå bevisene i saken, forklare spørsmålene til lagretten og de rettsspørsmål som er aktuelle i saken.

Det påhviler også partenes profesjonelle representanter å veilede sine klienter i hvordan retten til sluttreplik skal benyttes. Bistandsadvokaten vil også kunne sørge for å gi fornærmede råd hvordan replikken skal utformes.

Forslaget kunne ivareta både hensynet til fornærmede og den tiltalte ved å presisere at fornærmedes adgang til sluttreplik plasseres umiddelbar forut for tiltaltes. Dette ville sikre at ordlyden ikke levner tvil om at det fortsatt er den tiltalte som skal ha siste ord. Dersom sluttreplikken benyttes slik den er forutsatt vil det uansett ikke synes som om retten for fornærmede er problematisk sett mot tiltaltes konvensjonsbaserte rettigheter. Så lenge tiltalte har hatt mulighet til å imøtegå de uttalelser og bevis som har fremkommet under saken, og det i sluttreplikken ikke fremmes nye opplysninger som har innvirkning på avgjørelsen, vil det ikke være avgjørende om fornærmede taler før eller etter tiltalte.

4.3 Rett til et effektivt forsvar

Å kunne bygge et forsvar mot anklager som er rettet mot en er en viktig rettighet for den tiltalte, og både EMK artikkel 6 nr 3 c – retten til å forsvare seg personlig eller ved forsvarer etter eget valg – og 3 b er sider av denne rettigheten. Artikkel 6 nr. 3 b gir enhver som blir siktet for en straffbar handling rett til å forberede sitt forsvar med to kumulative vilkår; tid og mulighet. Formålet med bestemmelsen er at den tiltalte skal gis mulighet til å gi sine

⁴⁰ Bjerke/Keiserud, 2001, s 1041

⁴¹ Høringsuttalelse fra Borgarting Lagmannsrett

innvendinger mot tiltalen. Tolkningen av om en tidsfrist innebærer en krenkelse av rettigheten må foretas innenfor en helhetlig vurdering av prinsippet om en rettferdig rettergang.

Fristkrav er nødvendige til en fornuftig administrasjon av rettspleien, herunder å sikre at rettssaker kan avgjøres innenfor rimelig tid. I særlige tilfeller kan imidlertid fristkrav ha fått en utforming som generelt virker urimelig eller at reglens anvendelse i et konkret tilfelle kan få urimelige virkninger. Utgangspunktet for vurderingen av om det er gitt god nok tid til forberedelse er blant annet hvor lang tid det er gitt i den konkrete sak, om tidsfristen er med på å hindre retten til fritt forsvarervalg eller et eventuelt bytte av forsvarer, sakens omfang og kompleksitet og anledning til kontakt mellom tiltalte og forsvarer.

4.3.1 Frist for berømmelse av hovedforhandling

Fornærmedeutvalgets flertall har foreslått at det innføres frister for berømmelse av hovedforhandling i alle saker som gjelder alvorlige integritetskrenkelser mot personer som var under 18 år da lovbruddet skjedde, straffeprosessloven § 275 2.ledd ny bokstav c. "Om ikke særlige forhold er til hinder, skal hovedforhandlingen være påbegynt innen seks uker etter at saken kom inn til tingretten, og innen åtte uker etter at anke til lagmannsretten er henvist til ankeforhandling, dersom c) fornærmede var under 18 år i saker som nevnt i § 93 a første ledd da forbrytelsen ble begått." Mindretallet hevder at dette vil medføre at det blir enda vanskeligere for tiltalte å fritt velge forsvarer, at det uthuler prinsippet om fritt forsvarervalg. En kort frist som den foreslåtte vil kunne føre til at tiltalte må velge en forsvarer som på kort varsel kan påta seg oppdraget og som ikke nødvendigvis er den forsvarer tiltalte ønsker. Opptatte advokater er et betydelig problem for mange domstoler, og særlig gjelder dette for de større byene.⁴²

Retten må ved sin avgjørelse av tid og sted for hovedforhandlingen søke å finne frem til et tidspunkt som passer for både påtalemyndigheten, forsvarer og bistandsadvokat. Har tiltalte valgt en bestemt forsvarer, og denne ikke kan møte til et tidspunkt som retten anser ønskelig har retten også adgang til å oppnevne en annen forsvarer for å unngå forsinkelse av saken, jfr. straffeprosessloven 105. Men ved denne avgjørelsen må retten ta tilbørlig hensyn til prinsippet om det frie forsvarervalg.⁴³ Rekkevidden av det frie forsvarervalg er behandlet i

⁴² Ot.prp. nr. 66 (2000-2001), Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v., s 95

⁴³ Bjerke/Keiserud, 2001, s 978

Rt. 1997 s 316 hvor førstvoterende uttaler at ”som momenter av betydning nevner retten hvor lang utsettelse det er tale om, hvor alvorlig saken er for den tiltalte, om det er mulig å skaffe en annen godt kvalifisert advokat, og om saken totalt sett er blitt gammel.”⁴⁴ Forholdet til EMK artikkel 6 nr 3c er et viktig moment i vurderingen. I saken Croissant mot Tyskland ble det oppnevnt en forsvarer mot klagers vilje og klager mente at dette var i strid med retten til fritt forsvarervalg. EMD understreker i dommen at et fortrolig forhold mellom klient og forsvarer er av betydning, men at retten til å velge forsvarer selv ikke er absolutt.⁴⁵ Krenkelse forelå ikke, og EMD fastslo at retten til fritt forsvarervalg kan begrenses ut fra hensynet til en forsvarlig gjennomføring av saken.

Konvensjonen har ikke gitt noen eksakt angivelse for hvilket tidsrom som kan kreves til forberedelse, dette må fastsettes ut fra omstendighetene i den enkelte sak. I saken Galstyan mot Armenia gir EMD uttrykk for at kort tid i seg selv ikke er konvensjonsstridig. Galstyan ble tiltalt for å ha deltatt i demonstrasjonsopptøyer i forbindelse med det Armenske presidentvalget i 2003. I henhold til Armensk lov ble denne type overtredelser fremmet for hurtigbehandling, med frist på en dag. Førstvoterende dommer uttalte at ” The Court recalls, however, that the existence and utilisation of expeditious proceedings in criminal matters is not in itself contrary to Article 6 of the Convention as long as they provide the necessary safeguards and guarantees contained therein”⁴⁶. Berammingsfristen på en dag er dermed ikke i utgangspunktet å anse som konvensjonsstridig så lenge forhandlingen forøvrig oppfyller tiltaltes rettssikkerhetsgarantier, i dette tilfelle å sørge for at tiltaltes rett til kontradiksjon ivaretas. I denne saken forelå krenkelse av sistnevnte årsak. I Hadjianastassiou v Hellas⁴⁷ ble klager gitt en ankefrist på 5 dager, her ble fristen ansett å medføre en krenkelse fordi ankefristen i realiteten innebar en uthuling av retten til anke. Også her ser vi at det ikke er den korte fristen i seg selv som utgjør krenkelsen, men virkningen av den.

En tilsvarende frist ble innført for saker hvor tiltalte er under 18 år. Hensynet bak denne endringen var at når gjerningsmannen er så ung vil det at det reageres raskt understreke alvoret og kanskje hindre ham i å utføre nye kriminelle handlinger. Også innføringen av denne fristen skapte debatt, og det ble uttalt at den kan vanskeliggjøre forberedelsen av tiltaltes forsvar og at hensynet til dette kan tilsi at fristen for å avholde hovedforhandling bør

⁴⁴ Rt. 1997 s 316, på side 317

⁴⁵ Croissant mot Tyskland, 25. september 1992

⁴⁶ Galstyan mot Armenia, 15. november 2007, avsnitt 85

⁴⁷ Hadjianastassiou mot Hellas, 16. desember 1992

fravikes.⁴⁸ Det er også slik at i praksis har domstolen ikke sjelden problem med å avholde saker innenfor dagens frist. Frist for berømmelse kan også føre til at det på grunn av at påtalemyndigheten har et stort arbeidspress må foretas et aktorskifte, og kvaliteten på aktoratet kan lide under at en annen enn den opprinnelige må aktorere saken. Dette er momenter som også må vurderes opp mot behovet for å fremskynde forhandlingene.

Fornærmedeutvalget søker med forslaget å sikre at mindreårige fornærmede skånes for den belastningen det kan være å vente på gjennomføringen av straffesaken. Både for barnet og dets pårørende er slike saker en betydelig påkjenning og det at saken berammes og gjennomføres raskt bidrar til at barnet raskere kan legge bak seg den traumatiserende hendelsen. I dette tilfellet er det imidlertid tale om alvorlige saker hvor tiltalte risikerer streng straff, forsvareren spiller i slike saker en viktig rolle og hans innsats kan være av avgjørende betydning for utfallet av saken. Det kan derfor være særlig betenkelig å la hensynet til fornærmede føre til en svekket stilling for tiltalte gjennom å sette retten til det frie forsvarervalg til side.

Selv om ordlyden i EMK artikkel 6 nr 3.c virker absolutt viser den nevnte praksis fra EMD at det frie forsvarervalg i enkelte tilfeller kan begrenses. Andre land har også betydelig kortere frister for avholdelse av hovedforhandling uten at dette har blitt ansett for å være i strid med EMK.⁴⁹ Det synes etter dette som om at den korte fristen i seg selv ikke er konvensjonsstridig, men i praksis må hvert enkelt tilfelle vurderes konkret for å fastslå om fristen har gitt konvensjonsstridige følger.

4.3.2 Frist for å avholde dommeravhør

Det foreslås fra utvalgets flertall at frist for å avholde dommeravhør reduseres fra to til en uke fra anmeldelse, straffeprosessloven § 239 4.ledd. Flertallet mener det er behov for å markere at dommeravhør må prioriteres og at dagens frist på to uker fra anmeldelse er for lang i de akutte sakene. Dagens frist på to uker ble tilføyd ved lovendring for snart 10 år siden og bakgrunnen også den gang var å sikre at barnet blir avhørt så raskt som mulig. Det ble pekt på en del praktiske og andre problemer knyttet til en så kort frist, men dette fikk lite gehør i Stortinget som mente at hensynet til barnet veier tyngst.

⁴⁸ Jebens, 2004, s 492

⁴⁹ OT.prp. nr 66 (2000-2001) s 99

Når fristen nå foreslås ytterligere forkortet kan det stilles spørsmål ved om dette kommer i konflikt med tiltaltes rett til tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar i henhold til EMK artikkel 6 nr. 3 b.

Forsvarer må ha tid til å forberede i hvert fall et minimum av oppgaver i forbindelse med et dommeravhør. Dette innebærer å skaffe til veie saksdokumenter, å konferere med den navngitte tiltalte før dommeravhør, utarbeide spørsmålsliste på bakgrunn av samtalen med den tiltalte. Spørsmålslisten leveres dommer og bistandsadvokat før avhør. Under avhøret kan forsvarer dersom han finner det nødvendig be om pause og eventuelt utarbeide nye spørsmål som springer ut fra avhøret. Forsvarerstanden selv hevder at hvis disse oppgavene skal ivaretas på en god måte må forsvarer ha mer enn en uke til forberedelse.⁵⁰ EMD ga i Galstyan mot Armenia noen anvisninger på hva forsvaret skal ha mulighet til å forberede; “defence activity on his behalf may comprise everything which is “necessary” to prepare the main trial. The accused must have the opportunity to organise his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings”⁵¹. Forsvaret skal med dette gis mulighet til å forberede alle relevante argumenter for å understøtte den tiltaltes sak under hovedforhandlingen. I Twalib mot Hellas la domstolen vekt på at det i lys av at sakens alvorlighet var gitt forsvarer svært kort tid til å gjennomgå komplekse sakspapirer og dermed en begrenset mulighet til å forberede tiltaltes forsvar.⁵²

Problemstillingen må også sees i lys av tiltaltes rett til å avhøre de vitner som føres mot ham, jfr EMK artikkel 6 nr. 3d og punktet om heving av aldersgrensen av dommeravhør ovenfor. Høyesterett uttalte i Rt 1999 s 568 at ” dersom avhøret skal kunne brukes som bevis under hovedforhandlingen - og når avhøret er et sentralt bevis i saken - må regelen være at tiltalte gjennom sin forsvarer, eventuelt gjennom et nytt avhør, skal ha hatt mulighet til å avhøre vitnet”.⁵³ Tiltalte må reelt ha hatt en mulighet til å avhøre vitnet, og dette innebærer også at forsvarer må gis tid til å forberede avhøret for å kunne stille de spørsmål som er viktige sett fra tiltaltes side.

⁵⁰ Samtale med forsvarer Christian Wiig

⁵¹ Galsyan mot Armenia, avsnitt 84

⁵² Twalib mot Hellas, 8. juni 1998

⁵³ Rt. 199 s 568, på side 589

For å sikre at barnets forklaring i dommeravhøret ikke skal være farget og være en riktigst mulig fremstilling frarådes barnets nærmeste å snakke med barnet om hva som har skjedd i saken før avhøret er foretatt. Det er dermed grunn til å sikre at ventetiden fra anmeldelse til avhør blir kortest mulig slik at barnet ikke føler seg avvist av foreldrene eller lukker seg på grunn av at det ikke får betrodd seg.⁵⁴ Beramning av dommeravhøret forutsetter imidlertid å finne et tidspunkt som passer for alle aktørene. En god del etterforskning må antakelig på plass før avhør tas av barnet, og ukesfristen vil kunne få som konsekvens at barnet må kalles inn på nytt for nye dommeravhør for å få belyst deler av straffesaken. Dette er ikke heldig sett ut fra forutsetningen om at barnet raskt skal kunne legge bak seg et belastende avhør. Utvalgets mindretall har også vist til at mange av de sakene det her er tale om erfaringsmessig ikke er akutte. Sakene utvikler seg over tid og det virker derfor uheldig at anmeldelsen skal utløse en slik kort frist.

En annen konsekvens av den korte fristen kan også bli at en ny gruppe forsvarere vil entre banen. Forsvarere som har erfaring nok til å kunne ta de alvorlige saker det er snakk om har stort sett et høyt arbeidspress og det skal godt gjøres for disse å faktisk finne tid innen en for kort frist. Følgen kan dermed bli at den mistenktes rettigheter ikke ivaretas godt nok under dommeravhøret.

Dommeravhøret et viktig bevis, og i denne type saker ofte også eneste bevis, og kvaliteten på avhøret er derfor viktig. Det kan også for barnet være vel så viktig at dommeravhøret foregår på en god og trygg måte enn om det foretas noe senere. Fristkravet kan slik jeg ser det i denne forbindelse få urimelige virkninger for både den fornærmede og den tiltalte. Dersom fristen fører til at barnet må utsettes for flere avhør oppnår regelen heller ikke å beskytte barnets interesse. Og dersom dette fører til at forsvaret ikke har tid nok til å forberede avhøret vil fristen også være krenkende sett i lys av tiltaltes konvensjonsbaserte rettigheter.

4.4 Krav om likestilling og nøytralitet

EMKs prosessuelle garantier som bygger på likestillingsprinsippet er særlig vist gjennom dommer som gjelder tiltaltes rett til kontradiksjon. Tiltalte skal gis samme mulighet til å aktivt kunne påvirke hovedforhandlingen som påtalemyndigheten. Tiltalte skal også møte en nøytral

⁵⁴ NOU 2006:10 s 142

rett, noe som innebærer at dommerens prosessledelse skal være nøytral og upartisk. Også påtalemyndigheten skal opptre nøytralt, forfølgningen av saken skal skje på en uhildet måte.⁵⁵

Nå foreslås også at fornærmede skal ha muligheten til aktivt å påvirke hovedforhandlingen. Forslagene synes imidlertid å være omstridt og under høringen har flere sluttet seg til utvalgets mindretall som ikke ønsker å gå inn for disse rettighetene. Det er særlig stilt spørsmål ved om dette påvirker rettens objektivitet og rokker ved prinsippet om partslikestilling, dette ønsker jeg å undersøke nærmere. Jeg vil i det følgende redegjøre i hovedtrekk for forslagene hver for seg og deretter foreta en samlet drøftelse av virkningen dette synes å få for tiltalte.

4.4.1 Rett til å stille spørsmål:

Det foreslås av utvalgets flertall at fornærmedes bistandsadvokat skal ha en generell rett til å stille spørsmål til tiltalte, vitner og sakkyndige under rettsmøtet, ny straffeprosessloven § 291 a. Temaet for spørsmålene er ikke begrenset til å gjelde forhold som har betydning for eventuelle erstatningskrav, men kan også gjelde forhold som har betydning for skyldspørsmålet og straffeutmålingen. Begrunnelsen for dette er først og fremst hensynet til sakens opplysning. Flertallet mener at der fornærmede har mulighet til å komme med supplerende informasjon, komme med korrigerende kommentarer og mulighet til å få frem forhold som ikke er kommet frem gjennom de øvrige aktørers eksaminasjon vil det sikre verdifull informasjon som kanskje ikke ville kommet frem uten denne retten.⁵⁶

Bistandsadvokat har i dag ingen lovfestet rett til å innvirke på utspørringen av tiltalte og øvrige vitner, men kan i praksis gi innspill til aktor om sider den mener ikke er tilstrekkelig belyst. Dette oppleves av fornærmede som at de har ingen mulighet til å imøtegå de uttalelser som måtte fremkomme, og i den sammenheng har retten til å stille spørsmål sannsynligvis en stor egenverdi for fornærmede. Det har også vært et problem at bistandsadvokater har utført sine oppgaver på en lite tilfredsstillende måte for fornærmede. Advokaten har i enkelte tilfeller følt seg presset til å oppgi sine standpunkt i frykt for å irritere domstolen. Dette har ført til en vilkårlig behandling og ingen som fullt ut har ivaretatt den fornærmedes interesser i prosessen. En lovfesting av rettighetene vil være med på å motvirke dette.

⁵⁵ Jebens, 2004, s 327

⁵⁶ NOU 2006:10 s 242

Kritikken mot forslaget går som nevnt innledningsvis på nøytralitet og likestilling men også på at dette kun vil ivareta fornærmedes ønske om at tiltalte kjennes skyldig og at formålet med straffesaken derigjennom blir endret. Det er også hevdet at det har ingen betydning for sakens opplysning og vil være en ”ytterligere kanal for blodtørstspørsmål”⁵⁷ noe som vil oppleves som krenkende for tiltalte. Argumentet mener jeg imidlertid må balanseres av at det faktisk vil være bistandsadvokaten som skal formidle spørsmålene, noe som sikrer en profesjonell tilnærming og at spørsmålene holdes innenfor en forsvarlig ramme. Dermed vil supplerende spørsmål kunne bidra til å sikre sakens opplysning. Spørsmålet må antakelig forankres i den grunnleggende vurdering av hvorvidt fornærmede kan anses å ha legitime interesser i sakens utfall. Dette vil jeg komme nærmere inn på under den samlede vurderingen nedenfor.

4.4.2 Rett til å foreslå supplerende bevisførsel

I forslag til ny straffeprosessloven § 264 a 2.ledd foreslås at det fastsettes en frist for fornærmede å foreslå supplerende bevisførsel om straffekravet. I praksis tilbyr bistandsadvokaten også i dag ofte supplerende bevisførsel, men da primært knyttet til fornærmedes erstatningskrav. En lovfesting av dette understreker en aktivitetsplikt ovenfor bistandsadvokaten og fornærmede for å medvirke til opplysning av saken når den bringes inn for domstolen.⁵⁸ Utvalget begrunner også dette forslaget med at det bidrar til sakens opplysning. Dersom påtalemyndigheten avslår å føre beviset, er det forutsatt at dette spørsmålet skal kunne bringes inn for retten til avgjørelse.

Vil retten til å foreslå supplerende bevisførsel så føre til at påtalemyndigheten mister sin objektivitet? Påtalemyndigheten skal føre saken med en objektiv tilnærming, det vil si i tillegg til å finne de faktiske sider ved saken også ivareta tiltaltes hensyn. Bevisføringsplikten er også en side av uskyldspresumsjonen. Påtalemyndigheten har imidlertid bygget anklagen på omstendigheter som positivt knytter tiltalte til det straffbare forholdet og det ligger i sakens natur at supplerende bevis fra fornærmedes side, som presumptivt kjenner alle sider ved forholdet, vil være med på å forsterke anklagesiden. Slik jeg ser det vil forslaget likevel neppe være betenkelig idet påtalemyndigheten kan avslå bevis, både fra fornærmede og fra tiltalte.

⁵⁷ Høringsuttalelse fra Nordmøre Tingrett

⁵⁸ Høringsuttalelse fra Trøndelag Statsadvokatembete

De vil med dette ivareta sin objektivitet, da utgangspunktet må være at de fører det bevis de finner bidrar til sakens opplysning, og ikke fører beviset fordi det utelukkende taler til fornærmedes eller tiltaltes fordel. Fornærmedes syn er kun et av flere hensyn av betydning for påtalemyndighetens beslutninger.

Retten har for øvrig etter straffeprosessloven § 294 en selvstendig plikt til å våke over sakens opplysning. I dette ligger at retten skal sørge for at både det som taler til gunst så vel som til ugunst for tiltalte skal ha vært kommet frem i saken. Retten har også adgang til å avskjære bevis om forhold som allerede er ”tilstrekkelig bevist”, jfr. straffeprosessloven § 292 2.ledd. Retten vil i denne vurderingen også se hen til om partene er sikret lik adgang til å føre bevis for sin side av saken.

4.4.3 Rett til å kommentere bevisførselen

Det fremmes forslag om at fornærmede får rett til å uttale seg etter avhøret av hvert enkelt vitne og opplesing av skriftlige bevis, jfr. ny straffeprosessloven § 303 2. og 3. pkt.

Fornærmede bør også kunne be om å få uttale seg etter tiltaltes forklaring. Flertallet mener særlig at dette bidrar til sakens opplysning fordi i saker om alvorlige integritetskrenkninger er det fornærmede som oftest kjenner saksforholdet meget godt, og har særlige forutsetninger for å kunne bidra med informasjon. De hevder også at dette styrker fornærmedes rettsstilling. I tillegg har sakens utfall i disse sakene stor betydning for de fornærmede. Mindretallet mener at forslaget er unødvendig og at sakens opplysning ivaretas ved fornærmedes vitneforklaring og at aktor har mulighet til å stille tilleggsspørsmål.

Slik jeg ser det inntreer fornærmede her med en subjektiv rolle og vil ikke søke å få frem opplysninger som taler for mildere behandling av tiltalte, eller frifinnelse, snarere det motsatte. Bistandsadvokaten vil nødvendigvis forsøke å så tvil om verdien av de bevis som føres for tiltaltes fordel, dette bidrar ikke til sakens opplysning. Fornærmede sitter på den annen side på opplysninger og argumenter som aktor ikke kjenner. Dersom fornærmede imidlertid stiller unødvendige spørsmål kan dommeren gripe inn gjennom prosessledelsen.

Fra tiltaltes side er det i lys av kontradiksjonsprinsippet uansett viktigst at han får anledning til å tilbakevise eller imøtegå de opplysninger som fremkommer igjennom fornærmedes innspill.

Så lenge dette skjer er hans rett til kontradiksjon ikke krenket selv om fornærmede får komme til orde.

4.4.4 En samlet vurdering

Utgangspunktet for denne vurderingen er at det ikke ser ut til at tiltalte fratras noen mulighet til å presentere sin side av saken eller til å imøtegå de anførsler som fremsettes, og at tiltaltes rett til kontradiksjon er ivaretatt. Spørsmålet er imidlertid om forslagene innebærer at påtalemyndighetens objektivitet rokkes slik at det krenker prinsippet om nøytralitet og likestilling i retten til en rettferdig rettergang.

Fornærmedeutvalget hevder at det av prinsipielle grunner er viktig å holde fast ved at fornærmede ikke er en av straffesakens parter. Med prosessuelle rettigheter under hovedforhandlingen som langt på vei tilsvarer partenes synes det likevel som tiltalte nå møter to motparter.

Saken *Borgers mot Belgia*⁵⁹ har betydning i spørsmålet om eksistensen av en andre motpart. Den belgiske stat har en ordning hvor statsadvokaten -"procureur general"- deltar på kassasjonsrettens domskonferanse. Procureur general skal være en uavhengig juridisk rådgiver for domstolen og med få unntak ikke delta i saken som formell motpart. I denne saken klaget Borgers over procureur generals tilstedeværelse under domskonferansen etter at høringen var avsluttet, med henvisning til at denne i praksis hadde opptrådt som motpart og at dette var i strid med regelen om equality of arms. Rettens flertall fant at det forelå brudd på EMK artikkel 6 nr 1 i saken, men dette var først og fremst basert på at Borgers rett til kontradiksjon ikke var ivaretatt. Kravet om partslikestilling/balanse ble i denne dommen brukt om mangel på kontradiksjon, og kan ikke sees på som et krav om styrkelikhet eller reell likestilling. Det kan derfor ikke av denne dommen utledes at det automatisk medfører noen krenkelse at fornærmede tiltrer prosessen med rettigheter som partenes.

I klagesaken *Barbera, Messegue og Jabardo mot Spania*⁶⁰ opptrådte en privat anklager ved siden av påtalemyndigheten. Det fremkom fra EMDs side ingen kritiske bemerkninger til dette. Klagerne hadde riktignok ingen anførsel om dette, men fordi domstolen foretok en

⁵⁹ *Borgers mot Belgia*, 30. oktober 1991

⁶⁰ *Barbera, Messegue og Jabardo mot Spania*, 6. desember 1988

helhetlig vurdering av om rettergangen hadde vært rettferdig er det sannsynlig at om domstolen fant denne konstellasjonen krenkende ville den ha påpekt det av eget initiativ.

Det at påtalemyndigheten og fornærmede har sammenfallende interesser kan oppleves som et samarbeid med felles målsetting om domfellelse av tiltalte. Dette vil kunne svekke tiltaltes tillit til prosessen og den tiltalte vil kunne få en opplevelse av en to mot en-situasjon som krenker kravet om en rettferdig rettergang. Det foreslås også at fornærmede som har fått oppnevnt bistandsadvokat bør gis plass i rettssalen ved siden av bistandsadvokaten. Dette er et forsøk på å gi fornærmede en mer logisk, fysisk plass i rettslokalet enn på tilhørerbenken hvor fornærmede er henvist til i dag. Dette i sammenheng med de øvrige forslag kan gjøre det mer åpenbart for tiltalte at han også må svare overfor fornærmede og derigjennom forholde seg til anklager både fra påtalemyndighet og den fornærmede. Det er på den annen side ikke tale om at fornærmede har noen form for aktoransvar, kun rettigheter som muliggjør at fornærmede tydeligere kan belyse saken fra sitt ståsted.

EMD har uttalt at domstolen ikke bare formelt skal tilfredsstillere nøytralitetskravet, den skal også objektivt fremstå som nøytral ”justice must not only be done, justice must also be seen to be done.”⁶¹ At retten skal være nøytral og uavhengig innebærer imidlertid at dets avgjørelser ikke må være påvirket av *urvedkommende* hensyn til offentlige eller private interesser. Ved å tilkjenne fornærmede flere rettigheter i prosessen legger man til grunn at fornærmedes interesser er et hensyn som er saken vedkommende, dette kan derfor ikke sies å være i konflikt med rettens nøytralitet. Det kan sågar være at flere selvstendige prosessuelle rettigheter for fornærmede kan bidra til å styrke påtalemyndighetens objektivitet ved at fornærmede selv i større grad kan ivareta sine interesser under sakens gang

I den nevnte *Borgers v Belgia* uttalte dissenterende dommer Cremona om den nasjonale ordning at “but it is not for the Court to go into that matter and tell the respondent State what system to adopt. What is essential is that there should be no incompatibility with the Convention.”⁶² Det at Belgia opprettholder et noe uvanlig system er anerkjent av domstolen, særlig fordi det er basert på lang historie og med fast tradisjon i Belgisk rettsliv. Igjen ser vi at domstolen legger vekt på det nasjonale handlingsrom for å utforme sine systemer og regler.

⁶¹ Peer Lorentzen m.fl., *Deb Europæiske Menneskeretskonvention*, 2003, s 288

⁶² *Borgers mot Belgia*, dissenterende dommers innledning

Fornærmede ved bistandsadvokat har i dag partsrettigheter for så vidt angår erstatningskravet, og har ikke anledning til bevisførsel eller å uttale seg om skyldkravet eller om straffeutmålingen. Imidlertid vil det å ha konstatert skyld i straffesaken være ansvarsgrunlaget i erstatningssaken, og grensen mellom hva som er relevant for skyldspørsmålet og hva som er relevant for erstatningskravet blir vanskelig å trekke. De nye reglene vil i så henseende gjøre det lettere for fornærmede å holde seg innenfor regelverket når hun tar del i prosessen.

Oppsummeringsvis kan jeg ikke se at de ovennevnte forslagene skulle være betenkelige sett opp mot konvensjonens krav om likestilling og nøytralitet. At fornærmede har rett til å foreslå bevisførsel, rett til å uttale seg og rett til å stille spørsmål synes som gode virkemiddel for å inkludere fornærmede i prosessen samt for å medvirke til sakens opplysning. Kun tiltalte nyter per definisjon godt av retten til kontradiksjon etter EMK. Dette godet kan fornærmede ikke i dag påberope seg. Men så lenge retten til kontradiksjon er en fundamental saksbehandlingsgaranti, kan det være naturlig at den også er for fornærmede når denne anerkjennes som en deltaker i prosessen. Forslagene innebærer ikke en krenkelse av tiltaltes rett til å imøtegå de bevis som føres mot ham og ivaretar dermed prinsippet om kontradiksjon og prinsippet om likestilling, partene gis lik mulighet til å føre sin sak. Når det gjelder rettens nøytralitet er det i tillegg ikke slik at påtalemyndigheten blir underlagt sterkere kontroll eller korrigering fra fornærmede når det gjelder bevisførselen. En selvstendig stilling for fornærmede kan gjøre det lettere for påtalemyndigheten å ha en objektiv rolle. Bistandsadvokaten skal ivareta fornærmedes interesser, dette blir ikke påtalemyndighetens oppgave. I tillegg kan retten av eget tiltak som nevnt avskjære fornærmedes innspill i den grad de synes unødvendige for sakens opplysning.

4.5 Uskyldspresumsjonen

Uskyldspresumsjonen, EMK artikkel 6 nr. 2, innebærer som nevnt at den som er mistenkt for en straffbar handling skal anses uskyldig til det motsatte er bevist. EMD har igjennom en omfattende praksis konstatert krenkelse av rettigheten i en rekke saker, og i lys av retningslinjer utledet av denne praksisen vil jeg se på forslaget om at fornærmede under hovedforhandlingen avgir sin forklaring før tiltalte.

4.5.1 Fornærmede avgir sin forklaring før tiltalte.

Det foreslås i ny straffeprosessloven § 289 a første ledd at fornærmede under hovedforhandlingen skal forklare seg først. Etter gjeldende rett er det tiltalte som skal forklare seg først. Begrunnelsen for forslaget er først og fremst at dette gjør det mulig for fornærmede å være tilstede under tiltaltes forklaring.

Den alminnelige oppfatning i juridisk teori og blant dommere er at fornærmede ikke har noen alminnelig rett til å være til stede i rettsmøter. Begrunnelsen er gjerne at fornærmede som vitne ikke har rett til å påhøre det som går forut for hans/hennes egen forklaring, straffeprosessloven § 129 1.ledd 2.pkt: ”De bør som regel ikke høre på forhandling i saken før de er avhørt under hovedforhandlingen”. Konsekvensen av dette er at fornærmede normalt ikke er tillatt tilstede under hovedforhandlingen før hun er avhørt. Formålet med regelen er at vitnet ikke skal påvirkes av andre som forklarer seg før dem. Dette kan imidlertid heller ikke med dagens regler hindres fullt ut, da fornærmede har rett til dokumentinnsyn og at bistandsadvokaten også kan videreformidle informasjon som fremstilles når fornærmede ikke er til stede, bistandsadvokaten har i motsetning til fornærmede rett til å være til stede under hovedforhandlingen.

Forslaget er enstemmig fra utvalget, men har møtt betydelig motstand under høringen. Blant andre uttaler Trondheim Tingrett at ”vi støtter ikke forslaget om at fornærmede skal forklare seg før tiltalte. Det er sentralt at tiltalte skal oppleve at han får en rettferdig rettergang. Det innebærer en pedagogisk fordel å få gitt en sammenhengende forklaring fra sitt ståsted før andre har kommet til orde. Når retten har hørt aktors innledningsforedrag og forklaringen fra en eller flere fornærmede, kan nok tiltalte føle at han har fått en betydelig ”motbakke” før han selv slipper til. Dette vil være uheldig i forhold til uskyldspresumsjonen.”⁶³

I avgjørelsen Barbera, Messegue og Jabardo mot Spania sier førstvoterende om innholdet av uskyldspresumsjonen; ”the members of a court should not start with the preconcieved idea that the accused has committed the offence charged, the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused”.⁶⁴ Den tiltalte skal slippe å møte en rett som er forutinntatt. I denne forbindelse er det også nær sammenheng mellom uskyldspresumsjonen og kravet til en nøytral og uavhengig domstol i EMK artikkel 6 nr. 1. Å forklare seg først kan

⁶³ Høringsuttalelse fra Trondheim Tingrett

⁶⁴ Barbera, Messegue og Jabardo mot Spania, avsnitt 77

være en viktig garanti for å ivareta dette prinsippet. Tiltalte forsvarer seg på dette tidspunkt mot – og forklarer seg i forhold til – den offentlige tiltale, og ikke fornærmedes beskyldninger. Fornærmede har i motsetning til tiltalte sannhetsplikt i henhold til straffeprosessloven § 128, forklaringen ville antakelig av denne grunn sette sterke føringer på saken dersom forklaringen kommer før tiltaltes. Det innebærer en pedagogisk fordel å uttale seg først. Konsekvensen av å bli trodd er mest alvorlig for den tiltalte som risikerer straff. Å få forklart seg først øker troverdigheten fordi forklaringen er enda uimotsagt. På den annen side kan det også oppleves som en fordel for tiltalte å få forklart seg etter den fornærmede idet dette gir en bedre anledning til å forsvare seg mot anklagen. Imidlertid kan det være vanskeligere for tiltalte å ”rette opp inntrykket” skapt igjennom fornærmedes forklaring. Opplesing av tiltalen og aktors innledningsforedrag vil nok i de fleste tilfeller være bedre for tiltalte å svare på enn fornærmedes forklaring som vil være sterkt preget av følelser. Dette tilsier at tiltalte burde få forklart seg før fornærmede.

Uskyldspresumsjonen krever også at skyldkonstateringer ikke fremsettes før dom er avsagt. Det ligger i sakens natur at aktor kan ta standpunkt til skyld i rettssalen. Det kan også reises spørsmål ved om fornærmedes bistandsadvokat har anledning til å konstatere at tiltalte er skyldig i henhold til tiltalen. Det er bistandsadvokatens oppgave å ivareta fornærmedes interesser. Dette taler for at han må ha adgang til å konstatere at tiltalte er straffeskyldig under hovedforhandlingen.⁶⁵

Representant for offentlige myndigheter må ikke fremkomme med skyldkonstatering utenfor rettssalen. EMD- praksis viser at uskyldspresumsjonen ikke bare gir tiltalte vern mot uriktige domfellelser, men også beskytter hans omdømme.⁶⁶ Dette er særlig praktisk ved forhåndsamtaler av saken i media. Subjektive tilkjennevisninger om skyldspørsmålet kan komme fra andre enn sakens offentlige parter, mest praktisk den fornærmede. Slike tilkjennevisninger vil kunne gi offentligheten det inntrykk at skyldspørsmålet ikke er gjenstand for tvil, og kan derfor innebære en krenkelse av uskyldsformodningsregelen. Uttalelser fra utenforstående vil som oftest ikke tillegges betydning, det må kunne legges til grunn at profesjonelle dommere må kunne se bort fra disse. Forhåndsamtale av andre er for øvrig ikke i seg selv krenkende idet det kun er de offentlige myndigheter som er forpliktet av regelen.

⁶⁵ Lorentzen m.fl, 2003, s 284

⁶⁶ Jebens, 2004, s 437

Det kan imidlertid tenkes at ansvar inntre ved at forhåndsomtalen fører til at den domstol som pådømmer saken ikke har den nødvendige upartiskhet.

I saken Gutu mot Moldova⁶⁷ hevdet klager krenkelse av uskyldspresumsjonen på bakgrunn av en mistanke om at dommer var forutinntatt. Dette var ikke basert på forhåndsomtale men på at dommer hadde møtt henne i uvasket tilstand og med skitne klær og på bakgrunn av dette under prosessen hadde gjort seg opp en mening om henne som var sammenfallende med tiltalen. Dette avviste EMD å behandle, og under henvisning til den strenge anvisning EMK artikkel 6 nr 2 gir ikke de kunne finne noen indikasjon på at retten hadde gjort seg opp en mening på forhånd. Forutinntatthet må ha materialisert seg konkret i prosessen for å kunne konstatere krenkelse.

Dersom det at fornærmede forklarer seg først fører til at tiltalte møter en forutinntatt rett, en krenkelse av uskyldspresumsjonen, kan det være at hensynet til fornærmede likevel gjør denne endringen nødvendig? Det kan være en belastning å gå og vente på å fremføre sin forklaring, det kan derfor være mer skånsomt for fornærmede om hun tidlig kan få unnagjort forklaringen. Men om hensynet er å skåne fornærmede, og virkningen av at fornærmede forklarer seg først er at hun kan sikres fullstendig tilstedeværelse, kan det være verdt å sette spørsmålsteget ved er om dette faktisk er en fordel for fornærmede. Hensyn til offeret kan faktisk tilsi at hun bør skjermes fra det ”spill” som foregår i rettssalen, som også kan oppleves som en belastning. Å høre tiltaltes bortforklaringer eller rene benektelser kan være en påkjenning som fornærmede burde skånes for.

For den som kan overhøre motpartens forklaring vil det være en fare for at en tilpasser sin egen forklaring i henhold til det som er fremkommet, eksempelvis komme med bortforklaringer eller endring av faktiske opplysninger. Dette gjelder for både den tiltalte og den fornærmede. Dette vil heller ikke komme saken til gode, verken sakens opplysning eller tilliten til prosessen. Fornærmede er imidlertid den aktøren med sterkest ønske om at gjerningsmannen blir dømt og derfor den som vil kunne komme til å tilpasse sin forklaring for å øke sjansen for domfellelse. Tiltaltes rettssikkerhet kan dermed svekkes ved at fornærmede gis mulighet til å tilpasse sin rettslige forklaring. Forslaget kan imidlertid også føre til at man gjør fornærmede en bjørnetjeneste ved at fornærmedes forklaring blir mindre troverdig og

⁶⁷ Gutu mot Moldova, 7. juni 2007

tillegges mindre vekt ved avgjørelse av skyldspørsmålet.⁶⁸ En forklaring virker mest troverdig dersom denne fremføres uten at vedkommende har hørt andres forklaringer i saken.

Om tilstedeværelse for fornærmede er ønskelig så er dette også en mulighet med dagens regler dersom erstatningskrav fremmes etter straffeprosessloven § 428 eller dersom fornærmede slutter seg til den offentlige forfølgningen etter § 404. Jeg mener også at om fornærmedes interesser i å reelt kunne følge og delta i egen sak fordrer en generell rett til å være tilstede, kan dette fremmes som et forslag uavhengig av rekkefølgen på forklaringen. Hensynet oppnås dermed uten å gå på bekostning av tiltaltes rettigheter.

At fornærmede forklarer seg først vil være i samsvar med eksisterende ordning i Sverige og Finland, det er ikke stilt noen konvensjonsmessige spørsmål ved deres ordning. Dette kan likevel ikke være avgjørende for hvordan vår prosess skal organiseres.

Jeg vil etter vurderingen overfor konkludere med at forslaget synes å komme i konflikt med konvensjonskravet og fordi hensynet til fornærmede kan ivaretas igjennom alternative forslag veier ikke dette tungt nok til å tilsidesette hensynet til tiltalte.

Jeg vil til slutt kort knytte noen kommentarer til spørsmålet om det at fornærmede forklarer seg først er et uttrykk for at straffesaken er en prosess mellom tiltalte og fornærmede. Det er vanskelig forenelig med uskyldspresumsjonen hvis prosessen skal være gjenopprettende for fornærmede, at det dermed er en endret målsetting med straffen og straffeprosessen.⁶⁹ Det er også slik at det viktigste for fornærmede er resultatet av prosessen selv om prosessen i seg selv bidrar til å ivareta fornærmedes interesser. Fornærmede har derimot ikke ansvaret for forfølgningen, og prosessførselen blir ikke ensidig basert på fornærmedes subjektive interesser, behov og ønsker. Jeg kan ikke se at forslaget rokker ved det faktum at det er aktor som inntar anklagerrollen. Aktor innleder saken med å forklare hva som er gjenstand for tiltalen og går igjennom de bevis som vil bli ført. Tiltalebeslutningen blir kun utdypet gjennom fornærmedes forklaring.

⁶⁸ Jon F. Claudi, Hvilke krav og begrensninger setter EMK til fornærmedes rettigheter i straffeprosessen, Kritisk Juss 2007 nr. 1-2, s 82

⁶⁹ Høringsuttalelse fra Agder lagmannsrett

5 Avsluttende betraktninger

Etter denne gjennomgangen synes det som om forslagene om fornærmedes nye rettigheter kun i enkelte tilfeller vil kunne komme i konflikt med tiltaltes rettssikkerhetsgarantier. Der hvor forslagene synes å ha betenkelige følger mener jeg imidlertid at det kan foretas endringer i forslaget som ivaretar hensynet til tiltalte uten å gå på bekostning av det fornærmedeutvalget ønsker å oppnå for fornærmede.

Men det er også slik at i mange tilfeller vil eventuelle problemer ikke komme til syne før en ser hvordan reglene virker i praksis. Enkeltreglene kan synes å være forsvarlige men prosessen samlet kan likevel fremstå som urettferdig. Motsatt kan også en enkeltregel virke krenkende, men likevel ikke i en helhetlig vurdering krenke prinsippet om en rettferdig rettergang.

I lys av den bevegelse som nå skjer på offersiden er det også trolig at utviklingen av fornærmedes menneskerettslige vern vil forsterkes. Ved innføringen av nye rettigheter for fornærmede vil nasjonale domstoler kunne tilføre et nytt perspektiv også til Menneskerettighetsdomstolen. Rettspraksis og teori vil bli preget av nye verdier og interesseavveininger, hvor også tolkningen av rettighetene i EMK artikkel 6 vil utvikles i takt med de nye perspektiver.

5.1 Kort om Ot.prp. 11 (2007-2008)

Under avhandlingens avsluttende fase, medio november 2007, ble Ot.prp. nr 11 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. fremlagt. Proposisjonen følger opp NOU 2006:10 og tar fornærmederettighetene nok et skritt nærmere formell lov. Justisminister Knut Storberget og regjeringen følger de tidligere utredningers syn når det legges til grunn at ”styrking av fornærmedes og etterlattes rettigheter i straffesaker er sentralt for å opprettholde tilliten til rettssystemet. I mange saker kan også mer aktiv deltakelse fra fornærmede og etterlatte bidra til at straffesaken blir oppklart eller bedre opplyst”.⁷⁰ Regjeringen legger også til grunn at straffeforfølgning fortsatt er et offentlig ansvar, fornærmedes inntreden i saken rokker ikke ved dette, og at forslagene ikke svekker tiltaltes rettssikkerhetsgarantier.

⁷⁰ Pressemelding nr 116 – 2007, www.regjeringen.no

På grunn av denne avhandlingens tidsramme har det ikke vært mulig å grundig gjennomgå og innarbeide forslagene som fremsatt i proposisjonen. Jeg vil imidlertid kort knytte noen kommentarer til de lovforslag⁷¹ som har særlig aktualitet i forhold til avhandlingens tema.

Aldersgrensen for dommeravhør heves til 16 år, men likevel slik at fornærmede etter eget ønske skal kunne forklare seg under hovedforhandlingen. Departementet har dermed etterkommet noe av kritikken mot forslaget fra utredningen og moderert forslaget i forhold til de mothensyn som ble hevdet under høringen. Hovedregel er likevel dommeravhør fremfor umiddelbar vitneførsel i saker om seksuallovbrudd. Når det gjelder frist for avholdelse av dommeravhør har departementet funnet det betenkelig å redusere denne. Begrunnelsen er behovet for å sikre grundig forberedelse av avhøret og resultatet blir med dette at tiltaltes konvensjonsbaserte rett til å forberede sitt forsvar ikke krenkes.

Departementet går ikke inn for å innføre frist for berømmelse av hovedforhandlingen, dette særlig av ressurs hensyn, men uttaler at saker med fornærmede under 18 år må gis prioritet innenfor gjeldende regelverk.

Når det gjelder de prosessuelle rettigheter under hovedforhandlingen har departementet gått inn for at fornærmede med bistandsadvokat skal forklare seg først. Innvendinger basert på at dette er i strid med uskyldspresumsjon er så vidt jeg kan bedømme ikke behandlet annet enn implisitt, det hevdes at det ikke er noe krav etter internasjonale forpliktelser at tiltalte skal forklare seg først. Departementet har imidlertid vurdert og mener at forslaget ikke er i strid med tiltaltes rett til kontradiksjon og eksaminasjon. Andre grupper fornærmede skal i tillegg gis rett til å være tilstede under hele hovedforhandlingen uavhengig av tidspunktet for egen forklaring. Med begrunnelse i hensynet til sakens opplysning og fornærmedes tilknytning til saken går departementet også inn for at fornærmede gis rett til å foreslå supplerende bevisførsel, rett til å stille spørsmål til tiltalte, vitner og sakkyndige, rett til å kommentere bevisførselen og rett til sluttbemerkning.

⁷¹ OT.prp. nr.11 (2007-2008) kapittel 9

6 Litteraturliste

Bøker:

Andenæs, Johs.; *Norsk straffeprosess*, 3.utgave, 2. opplag, Oslo 2003

Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik; *Straffeprosessloven Kommentanutgave*, 3.utgave, Oslo 2001

Jebens, Sverre Erik; *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004

Hov, Jo; *Rettergang I – Sivil- og straffeprosess*, Oslo 2007

Hov, Jo; *Rettergang II – Straffeprosess*, Oslo 2007

Hov, Jo; *Fornærmedes stilling i straffeprosessen*, Bergen 1983

Lorentzen, Peer m.fl.; *Den Europæiske Menneskeretskonvention*, 2. utgave, København 2003

Møse, Erik; *Menneskerettigheter*, Oslo 2002

Robberstad, Anne; *Bistandsadvokaten – ofrenes stilling i straffesaker*, 2.utgave, Oslo 2003

Robberstad, Anne; *Kontradiksjon og verdighet*, Rapport til Justisdepartementet, Oslo 2002

Robberstad, Anne; *Mellom tvekamp og inkvisisjon, Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, Oslo 1999

Aall, Jørgen; *Rettergang og menneskerettigheter*, Bergen 1995

Artikler:

Claudi, Jon F.; "Hvilke krav og begrensninger setter EMK til fornærmedes rettigheter i straffeprosessen?", *Kritisk Juss* 2007 (33) nr. 1-2, s.82

Eriksen, Morten; "The fair balance" – overgrepsofrene og menneskerettigheter", *Lov og rett* nr 1 2007 s.46

Johnsen, Jon T.; "Upartisk straffeforfølgning – ramme for fornærmedes rettigheter i straffesaker?", *Tidsskrift for strafferett* 2003 s.141

Lønnum, Kyrre, m.fl.; "Dommeravhør av barn i Norge fra 1985 til 2002", *Tidsskrift for strafferett* nr. 02 2007 s.116

Pedersen, Jorun I.; "Uskyldspresumsjonen og uttalelser om straffeskyld før skyldspørsmålet er avgjort", *Tidsskrift for strafferett* nr. 04 2006 s.258

Smith, Carsten; "Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettskonvensjon", *NMR* 2005 s.433

Aall, Jørgen, ”*Reell anledning til å teste motpartens vitner – EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d*”, Lov og rett nr. 1 2007 s.55

Nettbaserte kilder:

Norsk Lovkommentar, Gyldendal rettsdata
www.regjeringen.no

Forarbeider:

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

Ot.prp. nr 66 (2001-2002), *Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon m.v.)*

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

Ot.prp. nr 63 (1980-1981), *Om lov om endringer i straffeprosessloven (advokathjelp til fornærmede i voldtektsaker)*

Ot. prp. nr 35 (1978-1979), *Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)*

NOU 2006: 10, *Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter*

Høringsuttalelser til NOU 2006:10

- fra Trondheim Tingrett
- fra Nordmøre Tingrett
- fra Det Nasjonale Statsadvokatembetet
- fra Senter for menneskerettigheter
- fra Advokatforeningen
- fra Lagmann Hanne Sophie Greve
- fra Forsvarergruppen av 1977
- fra Borgarting Lagmannsrett
- fra Trøndelag Statsadvokatembeter
- fra Rogaland Statsadvokatembeter
- fra Riksadvokaten

Domsregister:

Avgjørelser av Den europeiske menneskerettskommisjon:

Barbera, Messegue og Jabardo mot Spania, klagenr.10590/83, 6.desember 1988
Bocos-Cuesta mot Nederland, klagenr.54789/00, 10. november 2005
Borgers mot Belgia, klagenr.12005/86, 30.oktober 1991
Colozza mot Italia, klagenr.9024/80, 12. februar 1985
Croissant mot Tyskland, klagenr.13611/88, 25. september 1992
Galstyan mot Armenia, klagenr.26986/03, 15. november 2007
Gutu mot Moldova, klagenr.20289/02, 7. juni 2007
Hadjianastassiou mot Hellas, klagenr.12945/87, 16. desember 1992
Hermi mot Italia, klagenr.18114/02, 18. oktober 2006
Jussila mot Finland, klagenr.73053/01, 23. november 2006
Kaste og Mathiesen mot Norge, klagenr.18885/04 og 21166/04, 9. november 2006
Klimentyev mot Russland, klagenr.46503/99, 16. november 2006
Kostovski mot Nederland, klagenr.11454/85, 20. november 1989
Luca mot Italia, klagenr.33354/96, 27. februar 2001
Neumeister mot Østerrike, klagenr.1936/63, 27. juni 1968
Twalib mot Hellas, klagenr.42/1997/826/1032, 8. juni 1998
W mot Finland, klagenr.14151/02, 24.april 2007

Avgjørelser av Høyesterett:

Rt. 1994 s 610 (Bølgepappkjennelsen)
Rt. 1994 s 748
Rt. 1997 s 316
Rt. 1999 s 586
Rt. 2000 s 996 (Bøhlerdommen)