



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Tilrettelagt avhør av barn - i hvilken grad ivaretas siktedes rett til
krysseksaminasjon?**

Andrea Almås Knapstad

Liten masteroppgave i rettsvitenskap *høst 2019 (JUR-3902)*

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	1
1.1.1	Aktualitet.....	2
1.2	Tilrettelagt avhør av barn gjennom tidene	3
1.3	Metode.....	5
1.4	Avgrensninger	7
1.5	Videre fremstilling	8
2	Grunnleggende prinsipper og hensyn.....	9
2.1	Barnets beste	9
2.2	Bevisumiddelbarhets- og muntlighetsprinsippet.....	10
2.3	Kontradiksjonsprinsippet	10
3	Straffeprosesslovens regler om tilrettelagt avhør av barn.....	11
3.1	Formål og funksjon	11
3.2	I hvilke tilfeller kommer reglene om tilrettelagt avhør til anvendelse?	12
3.3	Hvor og når skal det gjennomføres tilrettelagte avhør?	13
3.4	Hvordan gjennomføres et tilrettelagt avhør?.....	15
3.4.1	Særskilte kompetansekrav.....	15
3.4.2	Avhørets gang	16
3.4.3	Hvilke rettigheter har siktedes forsvarer?	17
3.4.4	Avhør av den mistenkte.....	17
3.5	Varsling	18
3.6	Siktelse	18
3.7	Supplerende avhør.....	19
3.8	Tilrettelagt avhør som bevis.....	20
4	Retten til rettferdig rettergang	21
4.1	Rettslig forankring.....	21

4.1.1	Forholdet mellom Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6.....	22
4.2	Den europeiske menneskerettskonvensjonen art. 6.....	23
4.3	Retten til krysseksaminasjon.....	26
4.3.1	Forholdet mellom artikkel 6 første ledd og artikkel 6 nr. 3 bokstav d.....	26
4.3.2	Rettslig forankring.....	26
4.4	Krysseksaminasjon når vitnet er et barn	30
5	Bruken av tilrettelagt avhør som bevis i lys av siktedes rett til krysseksaminasjon	33
5.1	Innledende bemerkninger	33
5.2	Al-Khawaya-testen.....	33
5.2.1	Første vurderingstema: «god grunn til at vitnet ikke møter»	33
5.2.2	Andre vurderingstema: «eneste eller hovedsakelige bevis»	36
5.2.3	Tredje vurderingstema: «kompenserende rettssikkerhetsgarantier»	37
5.3	Minimumsgarantiene fra AS mot Finland.....	46
5.3.1	Første minimumsgaranti: «varsling».....	46
5.3.2	Andre minimumsgaranti: «gjort seg kjent med innholdet i avhøret».....	48
5.3.3	Tredje minimumsgaranti: «mulighet til å stille spørsmål».....	49
5.4	Sammenfatning av EMDs praksis	53
6	Rettspolitiske betraktninger.....	54
7	Kilder.....	56
7.1	Lover og konvensjoner	56
7.2	Forarbeider og andre publikasjoner fra det offentlige.....	57
7.3	Rettspraksis	58
7.4	Praksis fra den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen.	59
7.5	Utenlandsk rett	59
7.6	Litteratur.....	60
7.7	Rapporter, undersøkelser og direktiver.	60
7.8	Nettbaserte kilder	61

7.9	Annet	62
-----	-------------	----

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er den norske ordningen for tilrettelagt avhør av barn i lys av den overordnede retten til rettferdig rettergang etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 6, da særlig siktedes rett til krysseksaminasjon etter artikkelens nr. 3 bokstav d.¹ Hovedproblemstillingen er hvorvidt dagens ordning for tilrettelagt avhør er i overenstemmelse med de krav som konvensjonen oppstiller for at en rettergang skal kunne anses som rettferdig, og hva som eventuelt kreves for at et slikt avhør skal kunne benyttes som bevis under hovedforhandlingen. For å besvare den overordnede problemstillingen er det for det første nødvendig å reise spørsmål om hvordan tilrettelagt avhør er regulert i norsk lov. For det andre må det foretas en kartlegging av hvordan siktedes rett til rettferdig rettergang utspiller seg i tilfeller hvor det er foretatt innskrenkninger i siktedes rett til krysseksaminasjon.

Dagens ordning for tilrettelagt avhør er et resultat av en lovendring som ble vedtatt 2. oktober 2015.² Det karakteristiske for avhørsmodellen er at politiet gjennomfører avhør av barnet som ett av de første etterforskningskrittene i saken uten at mistenkte varsles i forkant. Barnets forklaring tas opp på video og opptaket benyttes som bevis under hovedforhandlingen.³ Siktedes rett til å stille spørsmål ivaretas gjennom muligheten til å be om supplerende avhør av barnet.⁴ Dette medfører at bruken av tilrettelagte avhør innskrenker siktedes krav på krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d, som i utgangspunktet gir siktede rett til å stille vitnet spørsmål gjennom sin forsvarer under hovedforhandlingen.⁵

Hensynet som primært begrunner ordningen for tilrettelagt avhør er at barnets særlige sårbarhet gjør det nødvendig å skjerme barnet fra den belastningen det utgjør å forklare seg under hovedforhandlingen på ordinær måte.⁶ En nødvendig følge er at det skapes et

¹ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1959 (heretter som Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK).

² Lov 22. mai 198 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter straffeprosessloven eller strpl.) §§ 239-239 f.

³ Strpl § 298 jf. Forskrift 24.september 2015 nr. 1908 om avhør av barn og andre særlige sårbare fornærmede og vitner tilrettelagt avhør (heretter forskrift for tilrettelagt avhør) § 1 tredje punktum.

⁴ Jf. strpl. 239 b fjerde ledd andre punktum.

⁵ Jf. § strpl § 296 og EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.

⁶ Prop. 112 L (2014-2015) Endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner) 2015-04-24 (heretter Prop. 112 L (2014-2015)) s. 4.

spenningsforhold mellom hensynet til ivaretagelsen av den tiltaltes rettssikkerhet og ordningen for tilrettelagt avhør. Dette kommer til uttrykk i lovens forarbeider hvor det fremholdes at intensjonen med lovendringen var å styrke vitnets rettssikkerhet og å gi et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep, uten at siktedes rettssikkerhet ble svekket.⁷

1.1.1 Aktualitet

Det følger av straffeprosessloven § 239 at det skal gjennomføres tilrettelagte avhør av barn under 16 år som vitner i saker om vold eller seksuelle overgrep. Per 2018 er dette den eneste kriminelle sektoren hvor man stadig ser en jevn stigning i antall anmeldelser. Dette kommer blant annet til uttrykk i Påtalemyndighetens rapport⁸ fra 2018 som viser en økning på 75,2 % av anmeldte seksuallovbrudd siden 2014, mens økningen av voldslovbrudd i samme tidsperiode utgjorde 23,3 %. I en fersk studie fra 2019 gjort av Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress kartlegges forekomsten av vold og overgrep rettet mot barn og unge mellom 12-16 år. Funnene fra studien viser at hele 20 % av barn mellom 12 og 16 år har opplevd minst en form for vold i oppveksten, mens 6 % har opplevd seksuelle overgrep begått av voksne minst en gang.⁹ Over halvparten av disse barna har aldri fortalt noen om det, og kun 10% av de overgrepsutsatte ungdommene rapporterte at overgrepet ble anmeldt.¹⁰ Det må dermed anses som utvilsomt at statistikken over antall anmeldelser ikke gir et reelt innblikk i situasjonen, og at det stadig foreligger høye mørketall for kriminaliteten på dette området.¹¹

På bakgrunn av at avdekking og straffeforfølgning av vold og seksuelle overgrep rettet mot barn er et satsningsområde for påtalemyndigheten, er det grunn til å tro at antall anmeldelser vil gå opp.¹² Sett i sammenheng med funnene fra den nye undersøkelsen, foreligger det klare holdepunkter som taler for at denne økningen vil komme til å være av markant art.

En nødvendig følge av at det anmeldes flere forhold knyttet til vold og seksuelle overgrep hvor fornærmede eller vitnet er barn, er at det gjennomføres flere tilrettelagte avhør. Samfunnet er derfor avhengig av at ordningen fungerer godt, og er i tråd med intensjonen om

⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 6.

⁸ STRASAK-rapporten – *Anmeldt kriminalitet og politiets straffesaksbehandling 2018* (STRASK-rapporten) s. 4-5.

⁹ NKVTS Rapport nr.4/2019. *Ungdoms erfaringer med vold og overgrep i oppveksten. En nasjonal undersøkelse av ungdom i alderen 12-16 år.* (UEVO-Studien) Forekomsten av vold kommer til uttrykk på s. 6, mens forekomstens av seksuelle overgrep fremkommer på s. 83.

¹⁰ *Ibid* s. 87 og 121.

¹¹ STRASAK-rapporten s.10.

¹² Prop.112 L (2014-2015) s. 6.

å sikre barnet mot vold og overgrep, uten at det går utover siktedes rettssikkerhet.

Målsettingen må være at det tilrettelagte avhøret på best mulig måte klarer å sikre beviset, samtidig som det tas tilstrekkelig hensyn til både barnets og siktede interesser.

Ordningen for tilrettelagt avhør har nå blitt benyttet i overkant av 4 år. Denne tidsperioden gir grunnlag for å se hvordan ordningen har fungert i praksis og i hvilken grad den samsvarer med våre menneskerettslige forpliktelser. Dette er særlig interessant på bakgrunn av at straffeprosessutvalget i forbindelse med arbeidet med ny straffeprosesslov har fremholdt at dagens ordning fører med seg en «stor systematisk risiko for uriktige domfellelser».¹³ I den sammenheng er det foreslått å gå tilbake til en ordning hvor mistenkte som hovedregel skal varsles i forkant av avhøret og at den mistenktes forsvarer skal gis adgang til å være tilstede.¹⁴ Hovedbegrunnelsen for forslaget er at en slik ordning vil kunne ivareta siktedes rettssikkerhet bedre, og i større grad samsvare med våre folkerettslige forpliktelser etter EMK art. 6.¹⁵

1.2 Tilrettelagt avhør av barn gjennom tidene

Frem til midten av 1920-årene måtte barn som var vitner eller fornærmet i straffesaker forklare seg personlig under hovedforhandlingen. Dette endret seg i 1926 i forbindelse med en lovendring i Straffeprosessloven av 1887 som introduserte «dommeravhør».¹⁶ Det ble da lovfestet at forklaringer avgitt i sedelighetssaker, hvor fornærmede var et barn under 16 år, skulle leses opp under hovedforhandlingen, jf. dagjeldende strpl. § 266 tredje ledd.¹⁷ Selve avhøret ble gjennomført ved at en dommer stilte barnet spørsmål i enerom, protokollførte svarene, og leste opp forklaringen under hovedforhandlingen.¹⁸ Til tross for at loven ikke oppstilte et absolutt forbud, var i praksis verken påtalemyndigheten, siktede eller siktedes forsvarer til stede under avhøret.¹⁹

Initiativet til særregulering for avhør av barn i 1926 ble tatt av Norske Kvinders Nationalråd.²⁰ Bakgrunnen for forslaget var en omfattende debatt som oppsto etter en rekke grove sedelighetssaker, hvor mindreårige fornærmede hadde måttet forklare seg opptil flere

¹³ NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov* s. 387.

¹⁴ *Ibid*, forslag til §§ 10-7 (3) og. 3-7 (2) bokstav d.

¹⁵ *Ibid* s. 386.

¹⁶ Lov av 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevet).

¹⁷ *Ibid* § 332 siste ledd.

¹⁸ Johs Andenæs, *Avhør av barn som vitner i straffesaker*, inntatt i festskrift til Armani Snævar 1989 (s.59-71) s.60.

¹⁹ *l.c.*

²⁰ NOU 1992:16 *Sterkere vern og økt støtte for kriminalitetsofre* s. 42.

ganger, og foran flere ulike instanser.²¹ Det bærende argumentet for at loven måtte endres var hensynet til barnet, og dets bluferdighet.²² Riksadvokaten mente derimot at lovendringen ville medføre at siktedes rettssikkerhet ble svekket, da ordningen førte til at siktedes mulighet til å krysseksaminere barnet under hovedforhandlingen ble fjernet.²³

Ordnningen som ble innført i 1926 sto seg uten vesentlige forandringer frem til vedtakelsen av dagens straffeprosesslov som trådte i kraft i 1986. Det ble da fastsatt at den øvre aldersgrensen for tilrettelagt avhør skulle senkes fra 16 til 14 år, og at det skulle tas lydopptak av avhøret som skulle spilles av under hovedforhandlingen.²⁴ Det forelå bred enighet om at en slik løsning ville ivareta siktedes rettigheter på en bedre måte, da man unngikk at forklaringen som ble lest opp bar preg av meningene til dommeren som hadde foretatt avhøret.²⁵ Ved å spille av et lydopptak ble det enklere for retten å ta stilling til om spørsmålene som ble stilt var av objektiv art, og om vitnets forklaring virket troverdig.²⁶

I løpet av 1990-tallet var ordningen igjen gjenstand for både debatt og endring. De største endringene stammer fra 1994²⁷ da det ble inntatt en hovedregel om at dommeren skulle la seg bistå av «en særlig skikket person» under gjennomføringen av avhøret.²⁸ Det ble lagt til grunn i rettspraksis at mistenkte automatisk fikk status som siktet ved begjæring om dommeravhør, da det måtte anses som at begjæringen førte til at «forfølgning mot han var innledet ved retten» jf. strpl. § 82.²⁹ I den forbindelse fikk siktede også oppnevnt forsvarer.³⁰ Det ble vedtatt at forsvareren skulle ha rett til å overvære avhøret fra et tilstøtende rom når det var mulig, og hensynet til vitnet eller formålet til forklaringen ikke talte mot.³¹ Praksisen for at siktede ikke skulle være til stede under avhøret ble videreført, men det ble inntatt en rett til å konferere med forsvarer på forhånd av avhøret.³² På den måten fikk forsvarer et innblikk i hvilke

²¹ Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, *Barn som vitner*, Oslo 2000 s. 26.

²² Ot. prp. nr. 6 (1926) Om vergemål for umyndige. s. 2.

²³ *Ibid* s.3.

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

²⁵ *L.c.*

²⁶ *L.c.*

²⁷ Lov 1. juli 1994 nr. 50 om endringer i straffeprosessloven mv. (styrking av kriminalitetsofres stilling) Opphevet.

²⁸ Jf. strpl. § 239 andre ledd.

²⁹ Rt. 1993 s.1118 (s. 1120).

³⁰ Jf. strpl. § 94.

³¹ Jf. strpl. § 234 andre ledd.

³² Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson, *Barn som vitner*, Oslo 2000 s. 28.

spørsmål siktede ønsket å stille barnet. Forsvarer videreformidlet siktetes spørsmål til dommeren, som igjen vurderte om spørsmålene skulle fremmes.

Den siste endringen av ordningen for tilrettelagt avhør ble inntatt i straffeprosessloven i oktober 2015.³³ Som et resultat av endringen ble ansvaret for å lede avhøret overført fra dommeren til en påtalejurist i politiet. Videre ble den automatiske siktelsen av mistenkte fjernet, noe som innebærer at mistenkte som utgangspunkt ikke får oppnevnt forsvarer i forkant av avhøret. Det ble i tillegg inntatt en hovedregel om at den mistenkte ikke varsles i forkant av avhøret.³⁴ Begrunnelsen for utsatt varsling var en tanke om at en slik løsning ville senke terskelen for å ta kontakt med politiet dersom man hadde mistanke om at et barn ble utsatt for vold eller seksuelle overgrep, i tillegg til at det også kunne bidra til å forhindre at barnet ble utsatt for vold og trusler i tiden mellom varsling og avhør.³⁵ I forarbeidene til lovendringen ble det også trukket frem at utsatt varsling ville være i mistenktes interesse, da ordningen ville forhindre at det ble tatt ut siktelses på bakgrunn av anklager som viste seg å være grunnløse.³⁶ For å gjøre opp for at forsvarer som hovedregel ikke skal være til stede under avhøret av barnet, ble det vedtatt at siktede skal ha rett til å be om supplerende avhør.³⁷ Hovedregelen om at barnet ikke skal forklare seg personlig under hovedforhandlingen ble videreført.³⁸

I forbindelse med arbeidet med ny straffeprosesslov har som nevnt straffeprosessutvalget lagt ned forslag om at ordningen for tilrettelagt avhør bør endres for å sikre at siktetes rettssikkerhet ivaretas.³⁹ Både forslaget til ny straffeprosesslov og den nåværende ordningen drøftes ytterligere i oppgavens hoveddel.

1.3 Metode

Avhandlingen har som siktemål å gjøre rede for og vurdere regelverket for tilrettelagt avhør av barn i lys av siktetes rett til krysseksaminasjon. For å kunne besvare problemstillingen

³³ Lov-2015-09-04-87. Lov om endring i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlige sårbare fornærmede og vitner).

³⁴ Jf. strpl. § 239 b første punktum.

³⁵ Prop.112 L (2014-2015) s. 73.

³⁶ *Ibid* s. 5.

³⁷ Jf. strpl. § 239 b fjerde ledd andre punktum.

³⁸ Strpl § 298 jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 1 tredje punktum.

³⁹ Se avhandlingens punkt. 1.1 og NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov* s. 387.

benyttes en rettsdogmatisk metode hvor målet er å avklare hva som er gjeldende rett gjennom systematisering og tolkning av de ulike rettskildefaktorene som gjør seg gjeldende.

De primære rettskildene for tilrettelagt avhør av barn fremkommer i regelverket for etterforskningen i straffeprosessloven kapittel 18, da særlig bestemmelsene inntatt i §§ 239 til 239 f. I tillegg er forskriften for tilrettelagt avhør av barn av vesentlig betydning da den inneholder en rekke bestemmelser som spesifiserer ordningens innhold. Lovens regler presumeres å være i tråd med Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbruk, og skal derfor tolkes i samsvar med konvensjonens innhold.⁴⁰ I tillegg har Riksadvokaten gitt direktiver og retningslinjer for hvordan ordningen skal benyttes i praksis.⁴¹ Disse direktivene er av begrenset rettskildemessig verdi, men vil likevel være egnet til å belyse hvordan påtalemyndigheten skal forholde seg til regelverket.

I forkant av endringen for tilrettelagt avhør i 2015 ble det nedlagt en grundig innsats for å redegjøre for gjeldende rett, behovet for endring, og praksis rundt datidens ordning for dommeravhør.⁴² Det kommer til uttrykk i Sæverud-rapporten,⁴³ som ble utarbeidet av en arbeidsgruppe opprettet av Justis- og politidepartementet i 2010. Proposisjonen som ble utarbeidet i forbindelse med dagens ordning bygger i stor grad på funnene som fremkommer i nevnte rapport.⁴⁴ Både proposisjonen og Sæverud-rapporten er derfor i utgangspunktet vektige kilder ved klarleggingen av gjeldende rett i den videre fremstillingen.

Det foreligger per dags dato ingen praksis fra Høyesterett som behandler den nye ordningen for tilrettelagt avhør, og den er heller ikke gjort til gjenstand for grundig drøfting i juridisk litteratur. Det finnes derimot omfattende litteratur knyttet til den foregående ordningen for dommeravhør. Da denne ordningen i hovedsak også var utformet med formål om å ivareta barnets særlige sårbarhet og siktedes rett til rettfærdig rettergang, anses den eldre litteraturen fremdeles som relevant.⁴⁵ Som følge av at ordningen ikke har blitt vurdert i Høyesterett vil underrettspraksis benyttes i vurderingen av særreglene for avhør av barn. Den

⁴⁰ Rapport fra Barne- og familiedepartementet: *Beskyttelse av barn mot seksuelt misbruk og utnyttning. Norges gjennomføring av Lanzarote konvensjonen* 18.06.2019, s. 37-51.

⁴¹ Riksadvokaten, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer*, brev av 21.10.2015 s. 1.

⁴² *Ibid* s. 6.

⁴³ *Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker, Rapport fra arbeidsgruppen for gjennomgang av regelverket om dommeravhør og observasjon av barn og psykisk utviklingshemmede*, 16.oktober 2012 (heretter Sæverud-rapporten).

⁴⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 7.

⁴⁵ NUT 1969: Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteen s. 274.

rettskildemessige verdien av disse kildene er begrenset, men vil være egnet til å belyse domstolenes tilnærming til ordningen.

Straffeprosessloven gjelder med de begrensinger som er anerkjent i folkeretten jf. strpl. § 4 første ledd. Det følger av Menneskerettsloven⁴⁶ §§ 2 jf. 3 at EMK og FNs barnekonvensjon⁴⁷ gjelder som norsk lov og at de skal gis forrang ved motstrid. Reglene om tilrettelagte avhør skal dermed tolkes og anvendes i samsvar med disse. For nærmere redegjørelse av forholdet mellom norsk rett og folkeretten vises det til avhandlingens kap. 5.1.

1.4 Avgrensninger

Ved vurderingen av om det skal foretas tilrettelagt avhør av en voksen er det avgjørende om personens særlige sårbarhet gir et tilsvarende behov for tilrettelagt avhør som man ser hos et barn, jf. strpl. § 239 tredje ledd. Det vil si at det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende ved ivaretagelsen av både barn og særlige sårbare voksne.⁴⁸ Av den grunn har jeg valgt å avgrense oppgaven slik at den kun omhandler avhør av barn.

Det fremkommer av FNs barnekonvensjon artikkel 1 at man anses som «barn» frem til man er fylt 18 år gammel. Det følger derimot av straffeprosessloven § 239 første ledd at tilrettelagt avhør som hovedregel skal benyttes frem til barnet har blitt 16 år. I den videre fremstillingen begrenses det derfor mot nærmere omtale av barn mellom 16 og 18 år, med unntak av en kort redegjørelse av de særskilte reglene som fremkommer av strpl. § 239 andre ledd som åpner for at avhørsformen i særlige tilfeller kan benyttes også etter at barnet er fylt 16 år.

Straffeprosessloven oppstiller i tillegg regler for barns vitneplikt og forklaringsplikt i §§ 239 a, 112 og 113. Disse bestemmelsene har nær forbindelse med ordningen for tilrettelagt avhør, men anses ikke som problematiske ved vurderingen av siktedes rett til krysseksaminasjon. Av den grunn finner jeg det forsvarlig å avgrense mot nærmere behandling av det nevnte regelverket.

Da ordningen for tilrettelagt avhør oppstiller en hovedregel om at barnet ikke skal forklare seg under hovedforhandlingen, må siktedes rett til krysseksaminasjon sikres under

⁴⁶ Lov 16. juni 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettsloven).

⁴⁷ FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 (heretter FNs barnekonvensjon).

⁴⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 6 og Rt. 1992 s. 569 (s. 573).

etterforskningen av saken. Avhandlingen knytter seg derfor i hovedsak til etterforskningsfasen. Likevel tas det stilling til domstolens fremgangsmåte ved behandling av tilrettelagte avhør som bevis, da den erfaringsmessig vil være av betydning for at siktedes rett til rettferdig rettergang.

For å vurdere siktedes rett til rettferdig rettergang tas det utgangspunkt i Grunnloven⁴⁹ § 95 og EMK artikkel 6.⁵⁰ Det foretas ikke en nærmere utgreiing av den tilsvarende bestemmelsen inntatt i SP⁵¹ artikkel 14, da bestemmelsene er likelydende og i praksis tolkes svært likt.⁵² Det er siktedes mulighet til krysseksaminasjon som problematiseres, og det tas derfor særlig stilling til de rettigheter som fremkommer av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.

1.5 Videre fremstilling

I avhandlingens kapittel 2 foretas det en kort redegjørelse for noen grunnleggende prinsipper og hensyn som gjør seg gjeldende ved bruken av tilrettelagt avhør av barn. Det foretas så en deskriptiv analyse av den norske ordningen for tilrettelagt avhør, hvor målet er å gjøre rede for gjeldende rett i avhandlingens kapittel 3. Det tas så stilling til retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 i kapittel 4. Det fokuseres særlig på retten til krysseksaminasjon etter artikkelens nr. 3 bokstav d. Formålet er å belyse hvordan retten til krysseksaminasjon etter EMK manifesterer seg i de tilfeller hvor det er gjennomført tilrettelagte avhør av barn.

I avhandlingens kapittel 5 foretas det en test av det norske regelsettet for tilrettelagt avhør opp mot de ulike vurderingstemaene og momentene som fremkommer i kapittel 4. Målsettingen er å vurdere i hvilken grad de nasjonale reglene, fra et generelt ståsted, er forenelige med de skrankene som oppstilles for at det kan gjøres unntak fra siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK.

I avhandlingens kapittel 6 gjøres det en kort rettspolitisk vurdering av ordningen for tilrettelagt avhør, hvor siktemålet er å finne ut om det foreligger rom for forbedring. Det ses særlig hen til de elementene i ordningen som kan anses som problematiske, og hvilke eventuelle endringer som kan avhjelpe de utfordringene disse medbringer.

⁴⁹ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (heretter Grunnloven eller Grl.).

⁵⁰ Se avhandlingens punkt 4.1.1 for nærmere redegjørelse av forholdet mellom Grunnloven og EMK.

⁵¹ FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), 16. desember 1966.

⁵² Prop.112 L (2014-2015) s. 27.

2 Grunnleggende prinsipper og hensyn

2.1 Barnets beste

Det følger av Grunnloven § 104 andre ledd at «ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Bestemmelsen utgjør en parallell til FNs barnekonvensjon artikkel 3 første ledd hvor det fremkommer at «Ved alle handlinger som berører barn (...) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

En naturlig språklig forståelse av ordlyden til bestemmelsene er at hensynet til barnets beste er av vesentlig betydning, men likevel ikke skal anses som avgjørende. Det vil si at hensynet må veies opp mot eventuelle andre interesser som gjør seg gjeldende. En slik forståelse av ordlyden underbygges av forarbeidene til Grunnloven hvor det understrekes at hvilken vekt hensynet til barnet skal tillegges, varierer ut i fra hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig beslutningen er for barnet.⁵³ I rettspraksis kommer dette til uttrykk i Rt. 2012 s. 1985 hvor førstvoterende fremholder at hensynet til barnet ikke skal anses som avgjørende, men at «Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».⁵⁴

Konsekvensen av at hensynet til barnets beste ikke alltid skal anses som avgjørende, er at også andre hensyn og prinsipper som gjør seg gjeldende i den konkrete saken skal tillegges vekt. Dette kommer blant annet til uttrykk i formålsbestemmelsen til forskrift om tilrettelagt avhør § 3, hvor det i første punktum legges til grunn at avhør skal gjennomføres på en måte som «tar hensyn til vitnets sårbarhet», mens andre punktum fastsetter at «både vitnets og siktedes rettssikkerhet skal ivaretas.»

Bestemmelsen er illustrerende for den avveiningen som ble foretatt i forbindelse med utarbeidelsen av ordningen, hvor målsettingen var å komme frem til en ordning som var i stand til å ivareta hensynet til barnets beste, uten at det kom i konflikt med siktedes rett til rettferdig rettergang.⁵⁵

⁵³ Innst. 186 S (2013-2014) s. 30.

⁵⁴ Rt. 2012 s.1985 (avsnitt 134).

⁵⁵ Prop.112 L (2014-2015) s. 9.

2.2 Bevisumiddelbarhets- og muntlighetsprinsippet

I norsk rett oppstilles det en hovedregel om at alle bevis skal fremmes umiddelbart for den dømmende rett.⁵⁶ Det vil si at forklaringen fra tiltalte, vitner og sakkyndige i utgangspunktet skal gis muntlig under hovedforhandlingen.⁵⁷ Motstykket til umiddelbar bevisførsel er middelbar bevisførsel, som vil si at beviset fremmes ved for eksempel opplesning av en rapport eller fremvisning av et bilde. I nær sammenheng med bevisumiddelbarhetsprinsippet står muntlighetsprinsippet, som oppstiller en hovedregel om at bevis skal fremmes muntlig.⁵⁸

Begrunnelsen for bevisumiddelbarhetsprinsippet og muntlighetsprinsippet er at de ivaretar muligheten til kontradiksjon og bevisvurdering på en mer tilfredsstillende måte enn hva tilfellet er dersom beviset føres middelbart.⁵⁹

I de tilfeller hvor det gjennomføres tilrettelagte avhør utfordres prinsippet om bevisumiddelbarhet, da straffeprosessloven oppstiller en hovedregel om at videoopptaket av det tilrettelagte avhøret erstatter barnets personlige forklaring under hovedforhandlingen.⁶⁰

2.3 Kontradiksjonsprinsippet

Kontradiksjonsprinsippet er et grunnprinsipp i norsk straffeprosess som forankres i retten til rettferdig rettergang⁶¹ etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Innholdet i prinsippet er kort forklart at siktede skal gis mulighet til å imøtegå de bevis som føres mot han. Det innebærer at siktede må få gjøre seg kjent med de bevis som skal føres, gis tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar og til å få stille spørsmål for å vurdere bevisets troverdighet.⁶² Retten til å stille spørsmål ivaretas som hovedregel ved at siktedes forsvarer gis mulighet til å krysseksaminere vitnet under hovedforhandlingen.⁶³ Kontradiksjonsprinsippet har dermed nær sammenheng med både muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet.⁶⁴

⁵⁶ Prinsippet fremkommer ikke uttrykkelig i straffeprosessloven, men kommer blant annet til uttrykk i § 296 som fastsetter at «vitner (...) bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen».

⁵⁷ Jf. Strpl. § 296 første ledd. Se også NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov* s. 138.

⁵⁸ Prinsippet kommer til uttrykk i strpl. § 278 første ledd.

⁵⁹ NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov* s.140.

⁶⁰ Strpl. § 298 jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 1 tredje punktum.

⁶¹ Jf. Grl. § 95 andre punktum og EMK art. 6 første ledd.

⁶² NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov* s.141.

⁶³ Jf. strpl. § 296 første ledd.

⁶⁴ For nærmere redegjørelse av prinsippets innhold vises det til avhandlingens punkt. 5.1 og 5.2.

3 Straffeprosesslovens regler om tilrettelagt avhør av barn

3.1 Formål og funksjon

Det overordnede målet for enhver etterforskning er å komme frem til et materielt riktig resultat.⁶⁵ Dette gjelder også ved bruk av tilrettelagt avhør, og fremgangsmåten er følgelig utformet med formål om å skaffe til veie de opplysninger som er nødvendige for å finne ut om det er begått en straffbar handling, hvem som eventuelt har begått den, og om vedkommende skal straffes.⁶⁶

Et særtrekk ved ordningen for tilrettelagt avhør er at den har en todelt funksjon. For det første er avhøret et ledd i påtalemyndighetenes etterforskning.⁶⁷ Det skyldes at barnets forklaring ofte vil gi grunnlag for å avgjøre hvilke etterforskningskritt som er nødvendige å iverksette for å avklare om det er begått en straffbar handling.⁶⁸ I tillegg er avhøret et bevisopptak. Det skyldes at barnets forklaring som hovedregel dokumenteres ved at videoopptaket av avhøret spilles av under hovedforhandlingen.⁶⁹ Et tilrettelagt avhør skiller seg derimot fra ordinære bevisopptak hvor både siktede og forsvarer som hovedregel skal være tilstede, og siktede skal gis rett til å stille spørsmål for at beviset skal kunne fremmes under hovedforhandlingen.⁷⁰

For at det tilrettelagte avhøret skal fylle sin funksjon er det en forutsetning at ordningen er i stand til å omfavne den kompleksiteten som gjør seg gjeldende ved etterforskning av vold og seksuelle overgrep rettet mot barn. Det er en kjensgjerning at barnets forklaring ofte vil være det viktigste beviset i slike saker.⁷¹ Av den grunn er det avgjørende at kvaliteten på avhøret er god nok til at det kan føres som bevis i retten, samtidig som det tas tilstrekkelig hensyn til barnets sårbarhet.⁷² For at avhøret skal være av god kvalitet forutsetter det at det stilles gode spørsmål, at det ikke har tatt for lang tid før avhøret blir gjennomført og at den tekniske kvaliteten på opptaket er tilfredsstillende.⁷³

⁶⁵ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016 s. 24.

⁶⁶ Riksadvokaten, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer*, brev av 21.10.2015 s. 1.

⁶⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 9 og Statens Barnehus, *årsrapport 2018* s.7.

⁶⁸ Samtale med politibetjent Nilsen 17.09.19.

⁶⁹ Jf. § 239. Se også Ørnulf Øyen, *Flytting av ansvaret for avhør mv. av barn fra domstolen til politiet*. Lov og Rett 02/14 (vol. 53) s. 61-62.

⁷⁰ Strpl. §§ 270 og 271 jf. lovens §§ 109 a, 243, 244 og 245 første og annet ledd.

⁷¹ Rønneberg Anne Lise og Anne Poulssen, *Barn som vitner, særlig om dommeravhør og observasjon*, 2000 s. 34.

⁷² *l.c.*

⁷³ Riksadvokaten, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer*, brev av 21.10.2015 s. 1.

I de følgende underkapitlene reises spørsmålet om hvordan straffeprosesslovens regler om tilrettelagt avhør av barn skal forstås og anvendes.

3.2 I hvilke tilfeller kommer reglene om tilrettelagt avhør til anvendelse?

Hovedregelen er at avhør av barn under 16 år foretas som tilrettelagt avhør jf. strpl. § 239 første ledd. Det følger av forarbeidene at det er barnets alder ved det første avhøret som avgjør om ordningen for tilrettelagt avhør skal benyttes.⁷⁴ Det vil si at dersom første avhør foretas før barnet er fylt 16 år, så skal eventuelle supplerende avhør også følge reglene for tilrettelagt avhør, uavhengig av om at barnet har fylt 16 år før avhøret gjennomføres.

Ordningen for tilrettelagt avhør kommer til anvendelse i saker som gjelder seksuallovbrudd, kjønnslemlestelse, mishandling i nære relasjoner, drap eller kroppsskade jf. straffelovens kapittel 26 og §§ 273, 275, 282 eller 284.⁷⁵ Ved vurderingen av om det skal foretas et tilrettelagt avhør er det avgjørende om det foreligger mistanke om en straffbar handling som utgjør en overtredelse av gjerningsinnholdet i en av de nevnte bestemmelsene. Mistanken kan knytte seg til både forsøk eller fullbyrdet overtredelse av en av de nevnte straffebudene jf. strpl. § 239 femte ledd.

Etter strpl. § 239 andre ledd «kan» tilrettelagt avhør benyttes ved avhør i saker om «andre straffbare forhold» når «hensynet til vitnet» tilsier det. En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at det må foretas en konkret vurdering av om hensynet til barnet taler for at det bør foretas et tilrettelagt avhør. Det følger i forarbeidene at relevante momenter er handlingens straffverdighet, hvor belastende hendelsen har vært for barnet, barnets alder og hvilken tilknytning barnet har til mistenkte.⁷⁶ Ifølge Riksadvokaten vil bruken av tilrettelagt avhør være særlig aktuell i saker som gjelder ran, uaktsomt drap, kroppskrenkelser og brudd på bestemmelser i straffeloven kap. 24 om vern av den personlige frihet og fred, herunder bl.a. tvang, trusler og menneskehandel.⁷⁷

Tilrettelagt avhør «kan» også benyttes ved avhør av vitner mellom 16 og 18 år når de er fornærmet i saker hvor det foreligger mistanke om incest, søskenincest og seksuell omgang

⁷⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 106.

⁷⁵ Lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven eller strl.).

⁷⁶ Prop.112 L (2014-2015) s. 108.

⁷⁷ Riksadvokaten, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer*, brev av 21.10.2015 s. 3.

med andre nærstående.⁷⁸ Hvorvidt det skal gjennomføres et tilrettelagt avhør av personer i slike saker beror på en konkret helhetsvurdering hvor det blant annet skal ses hen til når overgrepene skjedde, hvor belastende det vil være for vitnet å forklare seg under hovedforhandlingen, og om vitnet har samme bostedsadresse som mistenkte.⁷⁹

Politiet skal utvise varsomhet med å benytte seg av tilrettelagt avhør av barn og særlig sårbare voksne etter strpl. § 239 andre ledd med mindre det straffbare forholdet er av en viss alvorlighetsgrad og forklaringen er av sentral betydning for sakens oppklaring.⁸⁰ Dette skyldes at bruken av tilrettelagt avhør fører til at det gjøres et innhugg i siktedes mulighet til å stille spørsmål til vitnet.⁸¹ På bakgrunn av dette må det foretas en avveining mellom hensynet til vitnet og siktede, hvor det skal legges stor vekt på siktedes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon.⁸²

3.3 Hvor og når skal det gjennomføres tilrettelagte avhør?

Tilrettelagte avhør skal som hovedregel gjennomføres på Statens barnehus.⁸³ Barnehusene er en del av politiet, og er underlagt og styres av politimesteren i det politidistriktet barnehuset er lokalisert.⁸⁴

Formålet med barnehusene er å sikre at barn og andre særlige sårbare personer som kan ha vært utsatt for vold og overgrep ikke utsettes for unødige belastninger i forbindelse med avhøret.⁸⁵ For at dette skal oppnås er det en målsetning at fornærmede, vitner og omsorgspersoner møtes med høy faglig kompetanse i trygge og tilrettelagte omgivelser.⁸⁶

Dersom avhørslederen i samråd med de ansatte på barnehuset finner det «ubetenkelig» kan avhøret av barnet gjennomføres på et annet sted.⁸⁷ Det følger av forarbeidene til straffeprosessloven at det skal forstås som at avhørsleder og barnehuset må være enige om at

⁷⁸ Strpl. § 239 andre ledd jf. strl. §§ 312-314.

⁷⁹ Prop.112 L (2014-2015) s. 108.

⁸⁰ *Ibid* s. 36.

⁸¹ *l.c.*

⁸² *l.c.*

⁸³ Jf. strpl. § 239 f.

⁸⁴ Det er per dags dato etablert 11 barnehus i Norge plassert i Oslo, Moss, Hamar, Sandefjord, Kristiansand, Stavanger, Bergen, Ålesund, Trondheim, Bodø og Tromsø. Det er i tillegg opprettet «satelittavdelinger» i Kirkenes, Førde og på Helgeland. Dette fremkommer av *Statens Barnehus, Årsrapport 2018* s. 8.

⁸⁵ Statens Barnehus, årsrapport 2018 s.4.

⁸⁶ Felles retningslinjer for statens barnehus (2016) 19.12.16 s.7.

⁸⁷ Jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 9 tredje ledd tredje punktum.

det klart er til barnets beste å bli avhørt på et annet sted, men at avhørslederen har det endelige ordet i saken.⁸⁸ For at det skal kunne gjøres unntak fra hovedregelen om at avhøret foretas på barnehuset, er det en forutsetning at politiet er i stand til å finne et annet egnet sted å gjennomføre avhøret på. Det stilles krav om at lokalet har video- og lydutstyr av høy kvalitet som er skikket til å sikre avhørets bevisverdi.⁸⁹ Begrunnelsen for den høye terskelen er at det foreligger en bred oppfatning av at det er til barnets beste å avhøres ved barnehuset.⁹⁰ I tillegg vil som oftest den tekniske kvaliteten til avhøret ivaretas på en bedre måte om man benytter seg av barnehuset.⁹¹ Dette anses som en fordel for siktedes rettssikkerhet, da avhørets kvalitet anses som vesentlig for kunne oppnå det overordnede målet om et materielt riktig resultat.⁹²

I forbindelse med lovendringen i 2015 ble det inntatt strenge frister om hvor raskt et tilrettelagt avhør skal gjennomføres jf. strpl. § 239 e jf. forskriften om tilrettelagt avhør § 6. Det følger av strpl. § 239 e at avhøret skal gjennomføres innen en uke dersom (1) fornærmede skal avhøres om en handling som skjedde for «mindre enn to uker siden», (2) den fornærmede som skal avhøres har gitt en «fullstendig beretning om forholdet», eller (3) det er «grunn til å tro» at forklaringen er «nødvendig for å beskytte fornærmede eller vitnet». Avhøret skal skje innen to uker dersom (1) «vitnet er under 6 år», eller (2) «vitnet er fornærmet i saken». I de øvrige sakene er fristen tre uker. Fristen for å avholde avhøret begynner å løpe fra politiet mottar en anmeldelse, eller får «rimelig grunn» til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold, jf. § 239 e femte ledd.

Hensikten med fristene er å ivareta hensynet til barnet og å øke sannsynligheten for å få sikret relevant informasjon om det mulige straffbare forholdet.⁹³ Til tross for at det oppstilles differensierte frister for de ulike tilfellene, understrekes det i forarbeidene at politiet aktivt bør arbeide for at alle tilrettelagte avhør gjennomføres så raskt som mulig, og helst i god tid før

⁸⁸ Innst. 347 L (2014-2015) Innstilling fra justiskomiteen om endringer i straffeprosessloven s. 2.

⁸⁹ Riksadvokatens brev av 21.10. 2015, Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer s. 7.

⁹⁰ *l.c.*

⁹¹ *l.c.*

⁹² Prop. 112 L (2014-2015) s. 115.

⁹³ *Ibid* s. 72.

fristens utløp.⁹⁴ Dette skal likevel ikke trekkes så langt at det går på bekostning av avhørets kvalitet jf. § 239 e fjerde ledd.

3.4 Hvordan gjennomføres et tilrettelagt avhør?

3.4.1 Særskilte kompetansekrav

Det tilrettelagte avhøret skal som hovedregel tas av en politietterforsker under ledelse av en påtalejurist med utvidet påtalekompetanse, jf. strpl. § 239 a første ledd. Det fremkommer av forskrift om tilrettelagt avhør § 3 at avhørslederen «så vidt mulig» skal ha bestått politiets spesialutdanning i å lede tilrettelagte avhør. Studiet har som formål å fremme kunnskap og ferdigheter i avhørsledelse for å sikre at barnets og mistenktes rettssikkerhet ivaretas.⁹⁵

Påtalejuristen skal fungere som avhørsleder, og har et særlig ansvar for selve gjennomføringen av avhøret. Det innebærer blant annet at vedkommende er ansvarlig for å planlegge gjennomføringen av avhøret, sørge for at vitnet har fått oppnevnt bistandsadvokat, og beslutte hvem som skal få følge avhøret.⁹⁶

Avhørslederen har i tillegg et «særlig ansvar» for å fremkalle en «klar og sannferdig forklaring og å våke over at saken blir fullstendig opplyst».⁹⁷ Det vil si at vedkommende skal kartlegge både de momenter som taler for, og imot at det er begått en straffbar handling. Bestemmelsen er en spesifisering av den generelle objektivitetsplikten som gjelder for alle påtalemyndighetenes tjenestemenn,⁹⁸ og har som funksjon å sikre avhøret bevisverdi.⁹⁹ Riksadvokaten understreker at den særlige objektivitetsplikten også gjør seg gjeldende i tilfeller hvor det tilrettelagte avhøret følges av siktedes forsvarer.¹⁰⁰ Paragraf 239 første ledd tredje punktum må leses i sammenheng med forskrift om tilrettelagt avhør § 3 fjerde ledd, hvor det fastsettes at avhørslederen har et «særlig ansvar» for å sikre at mistenktes rett til rettferdig rettergang ivaretas.

⁹⁴ Riksadvokatens brev av 21.10. 2015, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer* s. 2 og Prop. 112 L (2014-2015) s. 73-74.

⁹⁵ Studieplan for «Videreutdanning for påtalejurister i ledelse av tilrettelagt avhør» s. 2.

⁹⁶ Jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 3 andre ledd bokstav a-i.

⁹⁷ Jf. strpl. § 239 a første ledd tredje punktum.

⁹⁸ Jf. strpl. § 55.

⁹⁹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 108.

¹⁰⁰ Riksadvokatens brev av 21.10. 2015, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer* s. 6.

Politietterforskeren som avholder avhøret skal i utgangspunktet ha gjennomført Politihøgskolens spesialutdanning i avhør av barn og ungdom jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 4. Per dags dato gis det opplæring i «den dialogiske samtalemotoden (DCM)».¹⁰¹ Kort fortalt går det ut på at avhøret deles inn i fire ulike faser: innledningsfasen, regelfasen, den substansielle fasen og avslutningsfasen.¹⁰² Formålet med avhørsmotoden er å gi avhører et verktøy for å gjennomføre avhøret på en slik måte at man oppnår frie og spontane fortellinger, samt at man sikrer at barnet føler seg sett og anerkjent.¹⁰³

3.4.2 Avhørets gang

Under gjennomføringen av det tilrettelagte avhøret er det bare barnet og politietterforskeren som befinner seg i avhørsrommet. Avhøret tas opp på video,¹⁰⁴ og blir direkteoverført til en skjerm i et tilstøtende rom hvor avhørslederen og barnets bistandsadvokat skal være til stede jf. strpl. § 239 d bokstav a.

I bestemmelsens andre ledd bokstav a-e er det angitt en rekke andre aktører som «kan» være tilstede.¹⁰⁵ Det er representant fra barnehuset, barnevernet, vitnets verge, ytterligere representanter fra politiet eller påtalemyndigheten, samt andre som avhørsleder mener det er hensiktsmessig at følger avhøret. Under avhøret kan alle aktørene komme med forslag til hvilke spørsmål som bør stilles til barnet, men det er opp til avhørslederen å avgjøre hvilke spørsmål som skal fremmes.¹⁰⁶

Dersom informasjonen som fremkommer i avhøret gir grunnlag for videre etterforskning, er det opp til den ansvarlige politietterforskeren i saken å undersøke nærmere. Det vil for eksempel være tilfellet dersom barnet forteller om en spesiell gjenstand som har blitt benyttet til å utøve vold med, eller om at barnet forklarer at mistenkte har filmet overgrepene. Dette er et klart eksempel på at det tilrettelagte avhøret ikke bare er et bevisopptak, men også et skritt i etterforskningen av saken.¹⁰⁷

¹⁰¹ Studieplan for «Videreutdanning i tilrettelagt avhør av barn» s. 4.

¹⁰² Malin Albrechtesen van der Hagen, Ulf Strindbeck og Annika Melinder, *Førsamtaler på godt og vondt: Effekter på senere tilrettelagte avhør i lys av vitenpsykologisk forskning*, publisert i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 04/2018 (vol.16) s. 344-345.

¹⁰³ *Ibid* s. 346.

¹⁰⁴ Jf. strpl. § 239 a tredje ledd.

¹⁰⁵ Jf. strpl. § 239 d.

¹⁰⁶ Jf. strpl. § 239 d fjerde ledd.

¹⁰⁷ Samtale med politibetjent Nilsen 17.09.19.

3.4.3 Hvilke rettigheter har siktedes forsvarer?

Dersom det er tatt ut siktelse i saken skal siktedes forsvarer som hovedregel gis adgang til å overvære gjennomføringen av avhøret.¹⁰⁸ Det kan gjøres unntak i tilfeller hvor forsvarerens tilstedeværelse er til «skade for vitnet eller etterforskningen».

Forsvarerens rett til å få fremmet spørsmål barnet reguleres i § 239 fjerde ledd. Det følger av bestemmelsen at spørsmålene skal stilles, så lenge ikke «hensynet til vitnet taler klart mot».¹⁰⁹ En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at det må foretas en konkret vurdering av om spørsmålet som ønskes stilt utgjør en vesentlig påkjenning for vitnet. Dette underbygges i forarbeidene hvor det fremkommer at terskelen for å nekte spørsmål fra siktede skal være høy, og at det må foreligge klare holdepunkter for at det vil være svært belastende for vitnet dersom spørsmålet fremmes. Det anses ikke som tilstrekkelig at avhørslederen anser spørsmålene som unødvendige, men dersom spørsmålene retter seg mot forhold som allerede er utfyllende belyst kan det være grunnlag for å avvise at spørsmålet fremmes.¹¹⁰ Er tilfellet derimot at spørsmålet trolig vil være ubehagelig for vitnet å svare på, men anses som viktig for å ivareta siktedes rett til rettferdig rettergang, skal spørsmålet godtas.¹¹¹

3.4.4 Avhør av den mistenkte

I praksis tar vanligvis en politibetjent kontakt med mistenkte så snart det tilrettelagte avhøret av barnet er satt i gang. Mistenkte får da beskjed om å komme på politistasjonen så raskt det lar seg gjøre, men gis ikke informasjon om på hvilket grunnlag. Når mistenkte ankommer tas det et avhør, hvor det gis informasjon om hva som er bakgrunnen for saken, og det stilles spørsmål om hvordan vedkommende stiller seg til mistanken. Politibetjenten som foretar avhøret av mistenkte får fortløpende informasjon om hva som kommer frem i det tilrettelagte avhøret av barnet. Dette gjøres ved at en annen politibetjent følger det tilrettelagte avhøret og protokollfører hva som blir sagt i et dokument som oppdateres kontinuerlig. De spørsmålene som stilles til mistenkte kan dermed knyttes direkte opp til hva barnet sier.¹¹²

¹⁰⁸ Jf. strpl. § 239 s bokstav b.

¹⁰⁹ Jf. strpl. § 239 f fjerde ledd siste punktum.

¹¹⁰ Prop.112 L (2014-2015) s.113.

¹¹¹ *l.c.*

¹¹² Denne informasjonen er hentet fra samtale med politibetjent Nilsen den 17.09.09. Hennes erfaringer er knyttet til Sør-Trøndelag politidistrikt og Helgeland Politidistrikt. Det tas derfor forbehold om at det kan benyttes andre fremgangsmåter i de øvrige distriktene.

I de tilfeller hvor det foreligger klare holdepunktet for at det er begått en straffbar handling allerede før avhøret av barnet gjennomføres, vil den mistenkte pågripes for å forhindre bevisforspillelse.¹¹³

3.5 Varsling

Tilrettelagte avhør av barn skal som regel gjennomføres uten at mistenkte varsles.¹¹⁴ Det gjøres kun unntak i tilfeller hvor det allerede er tatt ut siktelse i saken, og det anses som «ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen»,¹¹⁵ eller dersom det skal tas ut siktelse på grunn av at det foreligger «skjellig grunn til å mistenke en navngitt person» og det anses «ubetenkelig av hensynet til vitnet og etterforskningen».¹¹⁶ Dersom siktede varsles om at det skal gjennomføres tilrettelagt avhør, skal det oppnevnes forsvarer «straks» jf. strpl. § 97, og siktede skal gis mulighet til å «rådføre seg med sin forsvarer» før avhøret avholdes.¹¹⁷

Etter forarbeidene skal bestemmelsen forstås slik at dersom vitnet kommer i en «vanskelig eller utfordrende situasjon» skal den mistenkte ikke informeres om at det skal gjennomføres et tilrettelagt avhør. Det samme gjør seg gjeldende dersom varslingen vil føre til at mistenkte gis mulighet til å kvitte seg med eventuelle bevis.¹¹⁸

3.6 Siktelse

Når et tilrettelagt avhør er gjennomført uten at mistenkte er varslet, skal påtalemyndighetene «så snart som mulig» avgjøre om det er grunnlag for å ta ut siktelse.¹¹⁹ For å ivareta siktedes rett til kontradiksjon skal terskelen for å ta ut siktelse være lav.¹²⁰ Det skyldes at siktelsen utløser de prosessuelle rettighetene som tilfaller siktede, herunder retten til å få oppnevnt forsvarer,¹²¹ til å gjøre seg kjent med innholdet i avhøret,¹²² og til å be om supplerende avhør.¹²³

¹¹³ Jf. strpl. § 171.

¹¹⁴ Jf. strpl. § 239 b første punktum.

¹¹⁵ Jf. strpl. § 239 b andre punktum

¹¹⁶ *l.c.*

¹¹⁷ Jf. strpl. 239 b femte ledd.

¹¹⁸ Prop. 112 L (2014-2015) s. 110.

¹¹⁹ Jf. strpl. § 239 b tredje ledd.

¹²⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 110.

¹²¹ Jf. strpl. § 97 tredje ledd.

¹²² Jf. strpl. § 239 b fjerde ledd.

¹²³ Jf. strpl § 239 c andre ledd.

Avhørslederen tar som oftest en vurdering av om det skal tas ut siktelse rett etter at det tilrettelagte avhøret er over.¹²⁴ Kommer vedkommende frem til at det ikke foreligger grunnlag for å ta ut siktelse avsluttes saken fra påtalemyndighetens side. Dersom det er tilfellet skal mistenkte varsles om at saken henlegges, til tross for at han ikke har blitt informert om at det er gjennomført et tilrettelagt avhør. Dette fremkommer av påtalemyndighetenes påtaleinstruks § 17-2 som fastsetter at det skal «gis melding til (...) den som forfølgningen har vært rettet mot».¹²⁵

3.7 Supplerende avhør

Ved utformingen av bestemmelsen om utsatt varsling var departementet bevisst på at hensynet til barnets beste og hensynet til mistenktes rett til kontradiksjon trakk i ulike retninger.¹²⁶ På grunn av dette ble det utarbeidet en ordning om supplerende avhør i strpl. §§ 239 b fjerde ledd jf. 239 c andre og tredje ledd.¹²⁷ Det følger av bestemmelsene at siktede har krav på tilgang til en kopi av videoopptaket av avhøret så «snart det er tatt ut siktelse». Den siktede skal gjøres kjent med muligheten til å «begjære supplerende avhør» og at videoopptaket av avhøret «vil kunne tre i stedet for vitnets personlige forklaring under hovedforhandlingen». For å sikre notoritet skal denne informasjonen forkynnes.¹²⁸

Det skal fastsettes en frist for når begjæring om supplerende avhør må sendes inn.¹²⁹ Hvor lang denne fristen skal være er ikke regulert i lov, men det følger av Riksadvokatens retningslinjer at den i utgangspunktet ikke skal være under 48 timer.¹³⁰ Avhørslederen må foreta en konkret vurdering i den aktuelle saken hvor det ses hen til siktedes behov for å forberede seg, hensynet til etterforskningen, og hensynet til barnet.¹³¹ En forutsetning må likevel være at fristen er lang nok til at siktede og hans forsvarer rekker å gjøre seg kjent med innholdet, og at det gis en reell mulighet til å forberede seg på en forsvarlig måte. Dersom dette ikke er tilfellet vil det være i strid med siktedes rett til kontradiksjon.¹³²

¹²⁴ Samtale med politibetjent Nilsen 17.09.19.

¹²⁵ FOR-1985-06-28-1679 Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

¹²⁶ *Ibid* s. 6.

¹²⁷ *l.c.*

¹²⁸ Jf. strpl. § 239 b fjerde ledd andre punktum og Prop 112 L (2014-2015) s. 103.

¹²⁹ Jf. strpl. § 239 b fjerde ledd, tredje punktum.

¹³⁰ Riksadvokatens brev av 21.10. 2015, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer* s.11.

¹³¹ Jf. strpl. § 239 e sjette ledd og Prop 112 L (2014-2015) s. 57.

¹³² Prop.112 L (2014-2015) s. 114.

Begjæringen om supplerende avhør skal inneholde en oversikt over hvilke spørsmål siktede ønsker å få stilt til barnet.¹³³ Det følger av strpl. § 239 c tredje ledd at begjæringen om supplerende avhør behandles av avhørslederen. Dersom begjæringen sendes til avhørslederen før den fastsatte fristens utgang, skal begjæringen tas til følge så lenge et supplerende avhør ikke utgjør en «uforholdsmessig belastning» for vitnet.¹³⁴ Ved vurderingen skal det legges særlig vekt på «siktetes rett til kontradiksjon».¹³⁵ Etter forarbeidene skal det foretas en avveining mellom hensynet til vitnet, og siktetes rett til kontradiksjon.¹³⁶ Er spørsmålene som ønskes stilt uten betydning for sakens opplysning fordi de allerede er belyst i tilstrekkelig grad, eller dersom sakkyndige konkluderer med at det vil være til skade for vitnet å bli avhørt igjen, kan det være grunnlag for avslag.¹³⁷

3.8 Tilrettelagt avhør som bevis

Dersom det tilrettelagte avhøret er tatt av et barn under 16 år som har vært vitne til, eller offer for en av de lovovertrødelser som fremkommer av strpl. § 239 første ledd, skal videoopptaket av avhøret benyttes som bevis under hovedforhandlingen. Videoopptaket trer da i stedet for vitnets personlige forklaring.¹³⁸

Dersom det tilrettelagte avhøret ikke faller inn under den absolutte regelen i strpl. § 239 første ledd, kan det vurderes om det skal gjøres unntak fra hovedregelen om at videoopptaket trer i stedet for vitnets personlige forklaring jf. strpl. § 298 andre ledd. Det følger av bestemmelsen at retten må foreta en samlet vurdering av «hensynet til siktetes rett til kontradiksjon, hensynet til vitnet og hensynet til sakens opplysning» for å avgjøre om barnet bør forklare seg personlig under hovedforhandlingen. Etter forarbeidene er relevante kriterier vitnets alder, hvilken lovovertrødelse saken gjelder, om vitnet er fornærmet i saken, hvor lang tid det er gått siden handlingen skjedde, relasjonen mellom gjerningspersonen og vitnet og hvor belastende det er for vitnet å avgi vitneforklaring under hovedforhandlingen.¹³⁹

¹³³ Jf. strpl. § 239 c andre ledd.

¹³⁴ Prop L (2014-2015) s. 110.

¹³⁵ Jf. strpl. § 239 c tredje ledd.

¹³⁶ Prop L (2014-2015) s. 56 og 104.

¹³⁷ *i.c.*

¹³⁸ Strpl § 298 jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 1 tredje punktum.

¹³⁹ Prop L (2014-2015) s. 115-116.

4 Retten til rettferdig rettergang

4.1 Rettslig forankring

I norsk rett forankres retten til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95 hvor det fremkommer av første ledd, andre punktum at «*rettergangen skal være rettferdig*». Bestemmelsen ble inntatt i Grunnlovens menneskerettighetskapittel i forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014 og ble i den sammenheng gitt konstitusjonelt vern.¹⁴⁰ Det innebærer at dersom det oppstår motstrid mellom Grunnloven og en annen nasjonal lov, så skal Grunnlovens bestemmelse gis forrang. Det følger av forarbeidene at sentrale elementer i retten til rettferdig rettergang er retten til å bli representert av en advokat, til å gjøre seg kjent med anklagene mot seg, til kontradiksjon, til tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar, og retten til å føre og eksaminere vitner.¹⁴¹

I folkeretten er retten til rettferdig rettergang inntatt i samtlige av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene,¹⁴² men bestemmelsen som tradisjonelt har blitt ilagt størst betydning i norsk rett er EMK artikkel 6. Det skyldes at Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har avsagt et stort antall avgjørelser som presiserer og utvikler innholdet i rettigheten.¹⁴³ Konvensjonen ble vedtatt 4. november 1950, og gjort til norsk lov i 1999 ved inkorporasjon jf. menneskerettsloven § 2. Konvensjonen er gitt forrang ved motstrid med annen lovgivning jf. menneskerettsloven § 3.¹⁴⁴ I tillegg er det inntatt en særregel i strpl. § 4 som slår fast at «*straffeprosessloven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten*». Dette innebærer at dersom det oppstår motstrid mellom en av straffeprosesslovens bestemmelser og en folkerettslig regel som er gjort til norsk lov, skal den folkerettslige regelen ilegges avgjørende vekt. Ved tolkningen av konvensjonen skal det tas utgangspunkt i de retningslinjer for traktatolking som fremkommer av Wienkonvensjonen.¹⁴⁵ Det vil si at det skal foretas en naturlig språklig forståelse av artikkelens ordlyd, hvor det ses hen til lovens system og bestemmelsen formål.¹⁴⁶ Norge har

¹⁴⁰ Grunnloven Kapittel E.

¹⁴¹ Innst. 186 S (2013-2013) s. 24.

¹⁴² EMK art. 6, SP art. 14.

¹⁴³ John Petter Rui, *Retten til rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*, Jussens venner (vol.52 s. 123-184) s.125.

¹⁴⁴ Lov 21.mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁴⁵ Wienkonvensjonen om traktatrett, Roma 23.mai 1969.

¹⁴⁶ *Ibid* art 31 og art. 32.

ikke tiltrådt konvensjonen, men på bakgrunn av at tolkningsregelen i konvensjonen anses som folkerettslig sedvane anses den som bindende også i norsk rett.¹⁴⁷

Ansvar for fastleggingen og utfylling av konvensjonens innhold er lagt til EMD.¹⁴⁸

Domstolen har fremholdt at konvensjonen er et «living instrument» som skal tolkes i lys av «present-day conditions».¹⁴⁹ Det vil si at konvensjonen er dynamisk, og at EMDs forståelse av innholdet i de enkelte artiklene kan endres i takt med samfunnsutviklingen.

Da retten til rettfærdig rettergang nyter vern både i Grunnloven og i EMK er det interessant å reise spørsmål om hvordan bestemmelsene skal forstås og tolkes i forhold til hverandre.

4.1.1 Forholdet mellom Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6

I forbindelse med vedtakelsen av de menneskerettslige grunnlovsbestemmelsene i 2014 tok Høyesterett stilling til hvordan de nye bestemmelsene skulle tolkes. Dette kommer til uttrykk i Rt. 2015 s. 93 i avsnitt 57 hvor førstvoterende uttaler:

Jeg legger til grunn at § 102 skal *tolkes i lys av de folkerettslige forbildene*, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser. (Min kursivering)

Dommen illustrerer at det er opp til Høyesterett å klarlegge innholdet i Grunnloven, men at det skal ses hen til hvilken tolkning som er lagt til grunn for den folkerettslige bestemmelsen som den aktuelle grunnlovsbestemmelsen henter sin inspirasjon fra. Til tross for at dommen er rettet mot tolkningen av Grunnloven § 102, foreligger det holdepunkter for at tilsvarende metode skal benyttes også for de andre menneskerettslige bestemmelsene som er utformet med utgangspunkt i tilsvarende artikler i EMK.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Utenriksdepartementet, *Folkerett* sist oppdatert 24.11.14. (Se kildeliste for URL-adresse).

¹⁴⁸ Jf. EMK art. 32 nr.1.

¹⁴⁹ Se bl.a. Austin m/fler mot Storbritannia fra 15.03.12 (Application no.39692/09) avsnitt 53.

¹⁵⁰ HR-2016-2554-P avsnitt 81. Se også lovavdelings uttalelser fra 18 januar 2017, JDLOV-2016-6700 (2017a) punkt 2.3.

Hva gjelder forholdet mellom Grunnloven § 95 og EMK art. 6 viser praksis fra Høyesterett at det foreligger klare likehetstrekk mellom tolkningen av Grunnloven § 95 og EMK art.6. Dette kommer blant annet til uttrykk i Rt. 2014 s. 1292 hvor førstvoterende presiserer at:

Retten til rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 er en selvstendig rettsnorm, hvor innholdet må fastlegges i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området (...) ved den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD.¹⁵¹ (Min kursivering)

På bakgrunn av de overnevnte dommene er det liten grunn til å tro at en tilnærmet parallell regel i Grunnloven og EMK vil bli tolket forskjellig. Dette underbygges i juridisk litteratur hvor det fremkommer at det internasjonale menneskerettsvernet av retten til rettferdig rettergang etter EMK vil «være relevant og tillegges stor vekt av Høyesterett ved tolkningen av Grunnloven § 95».¹⁵² Det må dermed anses som sannsynlig at innholdet i Grunnloven § 95 vil ligge nært opp til EMDs forståelse av den tilsvarende retten etter EMK art. 6.

I forbindelse med tolkningen av EMK følger det av rettspraksis at norske rettsanvendere skal foreta en selvstendig tolkning av artikkelen i EMK, men at det skal legges vekt på EMDs praksis.¹⁵³ Hvilken tyngde praksisen skal gis avhenger av hvor like saksforhold man står ovenfor, sammenhengen som uttalelsen er fremkommet i og hvor klart domstolen har uttalt seg. Dette synspunktet er fulgt opp i senere rettspraksis, men med en reservasjon om at det i første rekke tilfaller EMD å utvikle konvensjonens innhold.¹⁵⁴

4.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen art. 6.

I Den europeiske menneskerettskonvensjonen er som nevnt retten til rettferdig rettergang forankret i artikkel 6 første ledd som lyder:

¹⁵¹ Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21. Dette utgangspunktet følges opp i HR-2018-1909-A, avsnitt 28 og 29.

¹⁵² John Petter Rui, *Retten til rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*, Jussens venner (vol.52 s. 123-184) s. 165.

¹⁵³ Rt. 1999 s. 961.

¹⁵⁴ Rt. 2002 s. 1527.

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, *everyone is entitled to a fair and public hearing* within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. (min kursivering)

Ordlyden gir uttrykk for et overordnet prinsipp som gjør seg gjeldende både i sivile- og strafferettslige saker. I artikkelens nr. 2 knesettes uskyldspresumsjonen i straffesaker ved formuleringen «Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proven guilty according to law». I art. 6 nr. 3 oppstilles ulike minimumsrettigheter i bokstav a-e som gir siktede i straffesaker rett til informasjon om innholdet i tiltalen, rett til tid og mulighet til å forberede sitt forsvar, rett til rettslig bistand, rett til krysseksaminasjon av vitner og rett til vederlagsfri bistand av tolk.

I tillegg til de rettighetene som fremkommer uttrykkelig av bestemmelsen, viser EMDs praksis at domstolen gjennom sin dynamiske tolkningsstil har videreutviklet og presisert hvilke krav som oppstilles for at en rettergang skal anses som rettferdig. Et klart eksempel er retten til kontradiksjon, som utpensles i *Rowe og Davis mot Storbritannia* hvor flertallet påpeker at:

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

¹⁵⁵ (mine kursiveringer)

Dommen tas til inntekt for at kontradiksjonsprinsippet inneholder tre elementer: retten til å legge frem bevis, retten til å gjøre seg kjent med de bevis som føres mot han og rett til å kommentere bevisene som legges frem.

Formålet med kontradiksjon er å sikre at man kommer frem til et materielt riktig resultat. Ved å gi partene, som nødvendigvis har størst innsikt i den materielle sannheten, mulighet til å fremlegge sine bevis og å kommentere motpartens bevisførsel sikrer man at saken blir godt

¹⁵⁵ Rowe og Davis mot Storbritannia (Application no. 28901/95) avsnitt 60. Se også Krcmár m/fler mot Tsjekkia (Application no. 35376/97) avsnitt 40.

opplyst.¹⁵⁶ I tillegg er retten til kontradiksjon en vesentlig faktor for at rettergangen skal oppleves som rettferdig og tillitsfull for de involverte partene.¹⁵⁷

Betydningen av partenes rett til kontradiksjon fremkommer av EMDs domsavsigelse i *Walston mot Norge*¹⁵⁸ hvor spørsmålet for retten var om det forelå krenkelse av retten til rettferdig rettergang på bakgrunn av at klageren ikke hadde blitt gitt mulighet til å gjøre seg kjent med et prosesskriv. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom i sin behandling av saken frem til at det ikke var tilfellet på bakgrunn av at dokumentet ikke hadde hatt innvirkning på domsavsigelsen.¹⁵⁹ EMD kom derimot til motsatt resultat og uttalte i den forbindelse at:

The Court does not need to determine whether the omission to communicate the document caused the applicants prejudice; *the existence of a violation is conceivable even in the absence of prejudice; (...) It is for the applicants to judge whether or not a document calls for their comments.*»¹⁶⁰ (min kursivering)

Dommen illustrerer at retten til kontradiksjon har egenverdi, og at det skal lite til for at et brudd på retten til kontradiksjon utgjør en krenkelse av retten til rettferdig rettergang. Dette samsvarer med Høyesteretts vurdering i Rt. 2005 s. 1590 hvor førstvoterende fremholdt at:

Når kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, er det vanskelig å vite hvordan resultatet ville ha blitt uten feilen. Prinsippet er så vesentlig at det etter mitt syn ikke kan stilles høye krav til sannsynligheten for at feilen har virket inn. Snarere bør det nærmest være en presumsjon for at feilen har hatt betydning.¹⁶¹

Retten til kontradiksjon har nær sammenheng med retten til krysseksaminasjon i straffesaker. I den forlengelse er det interessant å reise spørsmål om siktedes rett til krysseksaminasjon utspiller seg, da særlig i de tilfeller hvor det er foretatt et tilrettelagt avhør av barn som skal benyttes som bevis under hovedforhandlingen.

¹⁵⁶ Magnus Matningsdal, *Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker*, Jussens venner vol. 48 (s. 1-115) side 5.

¹⁵⁷ Ziegler mot Sveits (Application no.33499/96) avsnitt 38.

¹⁵⁸ *Walston mot Norge* (Application no. 37372/97).

¹⁵⁹ Rt. 1997 s. 247 (kjm.utv.) (s. 249).

¹⁶⁰ *Walston mot Norge* (Application no. 37372/97) avsnitt 58.

¹⁶¹ Rt. 2005 s. 1590 avsnitt 34.

4.3 Retten til krysseksaminasjon

4.3.1 Forholdet mellom artikkel 6 første ledd og artikkel 6 nr. 3 bokstav d

Retten til krysseksaminasjon stadfestes i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Bestemmelsen utgjør et kasuistisk utslag av kravet til retten til rettferdig rettergang etter første ledd. Det vil si at retten til krysseksaminasjon er et spesifikt aspekt av retten til retterferdig rettergang som skal tas i betraktning ved vurderingen av om rettergangen som helhet har vært rettferdig.¹⁶²

Konsekvensen av dette er at artikkelens nr. 3 bokstav d skal tolkes i lys av første ledd, og at et brudd på retten til krysseksaminasjon ikke nødvendigvis medfører at rettergangen samlet kan anses å være i strid med EMK art. 6. Dette synspunktet underbygges av EMDs praksis, hvor domstolen i en rekke saker har funnet det hensiktsmessig å behandle klager på første ledd og nr. 3 bokstav d samlet.¹⁶³

4.3.2 Rettslig forankring

Det følger av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d at siktede i straffesaker har rett «*to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him*».

En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at siktede har rett til å stille spørsmål til vitnet. Hvor omfattende denne retten er avgjøres ut fra hva som er mulig, forholdsmessig og rettferdig i den saken man står ovenfor.¹⁶⁴ I sin reneste form vil krysseksaminasjonen i praksis skje ved at siktedes forsvarer får mulighet til å stille spørsmål til vitnet under hovedforhandlingen mens siktede er til stede. På den måten legges det til rette for å få testet vitnets troverdighet, samtidig som det også gis mulighet til å avklare uklare punkter og svakheter i vitnets forklaring.¹⁶⁵ En nødvendig forutsetning for å oppnå denne formen for krysseksaminasjon er at vitnet forklarer seg personlig under hovedforhandlingen.¹⁶⁶

¹⁶² Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.) s. 30.

¹⁶³ Se bl.a. S.N. mot Sverige (no. 34209/96) avsnitt 43, González Nájera mot Spania (Application no. 61047/13) avsnitt 41 og Al-Khawaya og Tahery mot Storbritannia (Application no. 26766705 og 22228/06) avsnitt 89-93.

¹⁶⁴ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016 s. 39.

¹⁶⁵ Rt. 1994 s. 1324 (s. 1326) og Al-Khawaya mot Storbritannia (Application no. 26766705 og 22228/06) avsnitt 142.

¹⁶⁶ Al-Khawaya og Tahery mot Storbritannia (Application no. 26766705 og 22228/06) s. 118.

Retten til krysseksaminasjon ble over lengre tid ansett som et absolutt krav. Dette kommer blant annet til uttrykk EMDs domsavsigelse i *Dorsoon mot Nederland* fra 1996 hvor spørsmålet for retten var om bruken av anonym vitneførsel var i strid med retten til rettfærdig rettergang, på grunn av at siktede ikke fikk mulighet til å stille spørsmål til vitnet.¹⁶⁷ I den sammenheng oppstilte EMD en regel om at slik bevisførsel ikke kunne finne sted dersom beviset var det *eneste, eller hovedsakelige grunnlaget* for dommens resultat.¹⁶⁸

Denne absolutte regelen sto seg frem til EMDs domsavsigelse i *Al-Khawaya og Tahery mot Storbritannia* i 2011.¹⁶⁹ Dommen markerte et skifte i rettsstilstanden hvor EMD beveget seg bort fra den absolutte regelen om bevisavskjæring, til en relativ standard.¹⁷⁰ Vurderingen som ble oppstilt i *Al-Khawaya og Tahery* ble videreført og presiseres i *Schatschaschwili mot Tyskland* fra 2015.¹⁷¹ I det følgende gis en samlet fremstilling av den vurderingen som oppstilles i de to dommene.

Faktum i *Al Khawaya* var at en spesialist i medisinsk rehabilitering ble tiltalt for å ha befølt to kvinnelige pasienter mens de var under hypnose. Den ene kvinnen tok selvmord før hovedforhandlingen i saken ble avholdt, og kunne derfor ikke møte for retten.¹⁷² I *Tahery* møtte ikke vitnet opp under hovedforhandlingen på bakgrunn av frykt for at siktede ville iverksette represalier rettet mot han eller hans familie.¹⁷³ Dette var også tilfellet i *Schatschaschwili* hvor vitnene var redde for at siktede skulle skade dem dersom de forklarte seg under hovedforhandlingen.¹⁷⁴ I både *Al-Khawaya*, *Tahery* og *Schatschaschwili* hadde vitnene i forkant gitt sin forklaring til politiet. Spørsmålet i sakene var om politiforklaringen kunne leses opp under hovedforhandlingen.

¹⁶⁷ Doorson mot Nederland (Application no.20524/92).

¹⁶⁸ *ibid* avsnitt 76.

¹⁶⁹ EMD tok først stilling til *Al-Khawaya* og *Tahery* hver for seg i Kammer, hvor de avsa dom om at det forelå krenkelse av retten til krysseksaminasjon etter EMK art.6 nr. 3 bokstav d på bakgrunn av hovedbevislæren som ble oppstilt i *Doorson mot Nederland*. *Storbritannia* anmodet deretter at sakene samlet skulle tas til vurdering av EMD i storkammer. I den videre fremstillingen omtales storkammerdommen som *Al-Khawaya*.

¹⁷⁰ John Petter Rui, *Retten til rettfærdig rettergang i straffesaker anno 2017*, Jussens venner (vol.52 s. 123-184) s. 134.

¹⁷¹ *Schatschaschwili mot Tyskland* (Application no. 9153) (omtales heretter som *Schatschaschwili*).

¹⁷² *Al-Khawaya* avsnitt 9-11.

¹⁷³ *Ibid* avsnitt 33.

¹⁷⁴ *Schatschaschwili* avsnitt 23.

I sin vurdering gjorde EMD først rede for utgangspunktet om at bevisføringen under hovedforhandlingen skal være umiddelbar, og at siktede skal gis mulighet til å krysseksaminere vitnet som føres:

Article 6 § 3 (d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must *normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument*. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an *adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him*, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings.¹⁷⁵ (min kursivering).

EMD gikk så videre med å slå fast at ethvert inngrep i retten til umiddelbar bevisførsel ikke fører til krenkelse av EMK art. 6. Det ble fremholdt at det må foretas en tredelt vurdering hvor det tas stilling til om (1) det er god grunn til at vitnet ikke møter, (2) om vitneforklaringen utgjør det eneste eller det avgjørende bevis, og (3) om det foreligger tilstrekkelig kompensierende faktorer som gjør opp for den ulempen det medfører at siktede ikke får krysseksaminert vitnet.¹⁷⁶ Denne tretrinns-testen omtales av EMD som «*the Al-Khawaya-test*».¹⁷⁷

I testens første moment skal det tas stilling til om det foreligger en god grunn for at vitnet ikke møter personlig under hovedforhandlingen. I den sammenheng skal det foretas en vurdering av om myndighetene har gjort det som står i sin makt for å sørge for at vitnet møter,¹⁷⁸ og at opplesningen av vitneforklaringen er et «*measure of last resort*».¹⁷⁹ Det vil si at retten skal ha tatt stilling til om det foreligger alternative løsninger som kan forhindre at vitnet ikke møter under hovedforhandlingen. Det kan for eksempel være at man benytter seg av anonym vitneførsel, eller at siktede må forlate rettsalen under vitnets forklaring.¹⁸⁰

Det andre momentet i testen er om beviset utgjør det eneste eller avgjørende beviset. Det vil si at det må foretas en vurdering av det totale bevisbildet hvor det ses hen til om beviset støttes

¹⁷⁵ Al-Khawaya avsnitt 108 og Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 103.

¹⁷⁶ Schatschaschwili avsnitt 117.

¹⁷⁷ *Ibid* avsnitt 70. (heretter Al-Khawaya-testen).

¹⁷⁸ *Ibid* avsnitt 120.

¹⁷⁹ Al-Khawaya og Tahery mot Storbritannia avsnitt 125.

¹⁸⁰ Schatschaschwili avsnitt 117.

opp av andre bevis, eller om det alene vil være avgjørende for resultatet i saken. For at et bevis skal kunne anses som avgjørende, må det være av slik karakter at det trolig vil være bestemmende for dommens resultat.¹⁸¹ Dersom dette er tilfellet skal beviset gjøres gjenstand for den mest inngående form for granskning.¹⁸²

Vurderingen av det andre momentet vil nødvendigvis måtte ses i sammenheng med testens tredje moment, hvor det skal tas stilling til om det foreligge kompensierende rettssikkerhetsgarantier som gjør opp for den ulempen opplesningen av beviset utgjør for siktedes forsvar.¹⁸³ Det skal foretas en form for interesseavveining hvor behovet for at beviset fremmes, veies opp mot de «counterbalancing factors»¹⁸⁴ som er blitt tatt i bruk for å gjøre opp for inngrepet i siktedes rett til krysseksaminasjon. Hvilke rettssikkerhetsgarantier som må foreligge vil variere ut fra det faktum man står ovenfor, men dersom beviset som fremmes er det eneste eller hovedsakelige i saken vil det måtte stilles strengere krav til hvilke kompensierende garantier som må foreligge.¹⁸⁵

Hva gjelder selve vektingen av momentene uttaler EMD i *Schatschaschwili* at ingen av de tre kriteriene er absolutte.¹⁸⁶ Det vil si at til tross for at det er en god grunn til at vitnet ikke møter, kan det foreligge kompensierende rettssikkerhetsgarantier som fører til at rettergangen likevel anses som rettferdig, og omvendt. Kriteriene er med andre ord momenter i en helhetsvurdering.¹⁸⁷ Som utgangspunkt skal det tas stilling til momentene i den rekkefølgen som fremkommer ovenfor, men EMD åpner for bruk av en annen rekkefølge dersom faktum i saken taler for en slik løsning.¹⁸⁸

Testen som oppstilles i *Al-Khawaya* anses i dag som et prejudikat for den generelle adgangen til å gjøre inngrep i siktedes rett til krysseksaminasjon ved opplesning av vitnebevis.¹⁸⁹ I det følgende reises det spørsmål om det finnes særlige vilkår som gjør seg gjeldende i de tilfeller hvor beviset som søkes ført er et barneavhør.

¹⁸¹ *Al-Khawaya og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 131.

¹⁸² *Ibid* avsnitt 147.

¹⁸³ *Štefančič mot Slovenia* (Application no. 18027/05) avsnitt 37.

¹⁸⁴ *Schatschaschwili* avsnitt 107.

¹⁸⁵ *Se Rosin mot Estland* (Application no. 26540/08) avsnitt 62.

¹⁸⁶ *Schatschaschwili* avsnitt 111-116.

¹⁸⁷ *l.c.*

¹⁸⁸ *Ibid* avsnitt 117.

¹⁸⁹ John Petter Rui, *Retten til rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*, Jussens venner (vol.52 s. 123-184) s. 138.

4.4 Krysseksaminasjon når vitnet er et barn

Ved avspilling av tilrettelagte avhør av barn under hovedforhandlingen fravikes hovedregelen om bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon på lik linje som ved opplesning av politiforklaringer. Det foreligger likevel en vesentlig forskjell mellom de to typetilfellene da man allerede ved gjennomføringen av et barneavhør er klar over at barnet ikke skal forklare seg personlig under hovedforhandlingen. Dette utgjør en motsetning til opplesning av ordinære vitneforklaringer, da det på tidspunktet for avhøret forelå en forventning om at vitnet i tillegg skulle møte direkte for retten.

På bakgrunn av dette skillet har EMD innfortolket særlige vilkår som kommer til anvendelse ved vurderingen av om opptak av barneavhør kan avspilles under hovedforhandlingen. Dette kommer til uttrykk i *A.S. mot Finland* fra 2010 hvor flertallet uttaler at:

*in acknowledging the need to strike balance between the rights of the defendant and those of the alleged child victim, the suspected person shall be informed of the hearing of the child, he or she shall be given an opportunity to observe that hearing, either as it is being conducted or later from an audiovisual recording, and to have questions put to the child, either directly or indirectly, in the course of the first hearing or on a later occasion.*¹⁹⁰ (min kursivering).

I dommen oppstilles det tre minimumsgarantier som må være oppfylt for at det ikke skal foreligge krenkelse av siktedes rett til rettferdig rettergang i de tilfellene hvor beviset som fremmes er et video- eller lydopptak av et barneavhør.

Den første minimumsgarantien fastsetter et krav om at siktede skal gis informasjon om at det har blitt, eller skal gjennomføres et avhør av barnet. Det er grunn til å tro at oppfyllelsen av dette kravet må bero på en vurdering av omstendighetene i den konkrete saken som foreligger. Det kan for eksempel være at praktiske forhold, etterforskningshensyn eller hensynet til barnet taler for at siktede ikke varsles før i etterkant av avhøret. Sett i sammenheng med at det foreligger en rekke dommer hvor siktede har blitt varslet i etterkant av det første avhøret, uten at EMD har ansett det som problematisk, taler det for at minimumsgarantien gir rom for å benytte skjønn.¹⁹¹ Det avgjørende vil trolig være at

¹⁹⁰ A.S. mot Finland (Application no. 40156/07) avsnitt 56.

¹⁹¹ Se bl.a. S.N. mot Sverige (Application no. 34209/96) og Lindqvist mot Sverige (Application no. 26304/95).

varslingen gis innen rimelig tid, og at den tid som forløper før varsling finner sted er forholdsmessig ut fra de hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken. Denne forståelsen fremkommer også i forarbeidene til straffeprosessloven hvor det fremholdes at «(...) EMDs praksis må forstås slik at mistenkte skal varsles så raskt som mulig etter avhøret slik at det faktisk lar seg gjøre å få stilt spørsmål til vitnet, men at det ikke er oppstilt noe krav om at varsling må skje før første avhør.»¹⁹²

Den andre minimumsgarantien oppstiller et krav om at den siktede skal gis mulighet til å observere avhøret. Dette kan etter ordlyden som fremkommer i *A.S. mot Finland* skje enten ved at siktede er til stede under avhøret, eller at han gis mulighet til å se opptak av avhøret i ettertid. Dette tyder på at det er opp til hver enkelt stat å vurdere hvordan siktede skal gis mulighet til å gjøre seg kjent med avhøret. Det må likevel ilegges vekt at EMDs praksis på området viser at staten er forpliktet til å legge til rette for at retten til krysseksaminasjon ikke begrenses i større grad enn hva som er nødvendig.¹⁹³ Hvorvidt siktede skal gis rett til å være til stede under avhøret bør nok dermed også bero på en konkret vurdering basert på faktum i den enkelte sak.

Den tredje minimumsgarantien er at siktede skal gis mulighet til å stille barnet spørsmål under avhøret eller ved en senere anledning. Det er en forutsetning at siktede gis en «adequate and proper opportunity»¹⁹⁴ til å få sine spørsmål formidlet til barnet. Dette tyder på at det foreligger et krav om at siktede skal gis en reell mulighet til å fremme sine spørsmål i løpet av prosessen. I den forbindelse har EMD uttalt at det må tas hensyn til den særegenheten som gjør seg gjeldende når vitnet i saken er et barn. Dette kommer blant annet til uttrykk i *Rosin mot Estland* hvor flertallet gjør gjeldende at:

The Court must also have *regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences*. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. *These features are even more prominent in a case involving a minor (...)* Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided such

¹⁹² Prop. 112 L (2014-2015) s. 61.

¹⁹³ S.N. mot Sverige (Application no. 34209/96) avsnitt 47.

¹⁹⁴ A.S. mot Finland (Application no. 40156/07) avsnitt 52.

measures can be reconciled with an *adequate and effective exercise of the rights of the defence*.¹⁹⁵ (min kursivering)

Dommen tilsier at siktedes rett til krysseksaminasjon i saker hvor vitnet er et barn ikke er ubetinget, og at det må gjøres en vurdering ut fra det konkrete faktum som foreligger for å vurdere hvilke grep som må tas for å sikre at hensynet til barnet ivaretas. Det må likevel være en forutsetning at eventuelle tiltak er forenlige med siktedes rettigheter etter EMK art. 6.

Hvordan minimumsgarantiene skal oppfylles må vurderes ut fra det aktuelle saksforholdet man står overfor. Dersom tilfellet er at den siktede er varslet i forkant av avhøret, vil siktedes rett til å observere avhøret gi mulighet til å få stilt spørsmål under selve gjennomføringen. Motsatt vil varsling etter avhøret føre til at siktede må gis mulighet til å se opptaket i ettertid, og deretter få stilt spørsmål til barnet.

Dommen i *A.S. mot Finland* ble truffet i forkant av EMDs innføring av Al-Khawaya-testen, som i dag anses som et prejudikat for vurderingen av om bevis som ikke har blitt gjort til gjenstand for krysseksaminasjon kan fremmes under hovedforhandlingen.¹⁹⁶ Det er likevel ikke tvilsomt at minimumsgarantiene fra *A.S. mot Finland* fremdeles skal benyttes hvor spørsmålet for retten er om et opptak av et barneavhør skal kunne fremmes som bevis. Dette følger av EMDs domsavsigelse i *González Nájerea mot Spania* som ble avsagt i 2014, hvor det ble tatt stilling til både minimumsvilkårene fra *A.S. mot Finland*, og Al-Khawaya-testen ved vurdering av om et videoavhør av en 11 år gammel gutt kunne fremmes som bevis under hovedforhandlingen.¹⁹⁷

EMDs avgjørelse i *González Nájerea mot Spania* tas dermed til inntekt for at i de tilfeller hvor spørsmålet er om et barneavhør skal kunne benyttes som bevis under hovedforhandlingen, skal det tas stilling til både testen fra Al-Khawaya og minimumsgarantiene fra *A.S. mot Finland*. Det vil si at en innskrenking av siktedes rett til krysseksaminasjon må være i tråd med begge testene som oppstilles for at rettergangen likevel skal kunne anses som rettferdig etter EMK art. 6.

¹⁹⁵ Rosin mot Estland (Application no. 26540/08) avsnitt 53.

¹⁹⁶ John Petter Rui, *Retten til rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*, Jussens venner (vol.52 s. 123-184) s. 138.

¹⁹⁷ González Nájera mot Spania (Application no. 61047/13). Se avsnitt 42-43 for bruken av Al-Khawaya og avsnitt 45 for bruken av minimumsgarantiene fra A.S. mot Finland.

5 Bruken av tilrettelagt avhør som bevis i lys av siktedes rett til krysseksaminasjon

5.1 Innledende bemerkninger

Som nevnt medfører bruken av et tilrettelagt avhør som bevis under hovedforhandlingen at siktedes rett til krysseksaminasjon innskrenkes. Det skyldes at adgangen til å stille spørsmål til vitnet under hovedforhandlingen avskjæres.¹⁹⁸ Som avhandlingens punkt 4.4 og 4.5 viser, er dette ikke synonymt med at retten til rettferdig rettergang er krenket etter EMK art. 6. Det avgjørende vil være om det er foretatt særskilte tiltak som gjør opp for den utfordringen manglende krysseksaminasjon medfører for siktedes forsvar. På bakgrunn av dette er det interessant å reise spørsmål om straffeprosesslovens ordning for tilrettelagt avhør generelt sett er utformet på en slik måte at den er forenelig med de kravene som oppstilles av EMD for at rettergangen likevel skal kunne anses som rettferdig.

I vurderingen må det for det første stilles spørsmål om straffeprosesslovens bestemmelser er i stand til å gjøre opp for den ulempen det utgjør at siktede ikke gis mulighet til å stille vitnet spørsmål under hovedforhandlingen. Dette gjøres ved at regelverket vurderes i lys av testen som oppstilles i *Al-Khawaya*.

For det andre må det foretas en vurdering av om den norske ordningen oppfyller de særlige minimumskravene fra *A.S. mot Finland* som gjør seg gjeldende i de tilfeller hvor beviset som skal fremmes er et opptak av et barneavhør.

I det følgende anvendes straffeprosesslovens bestemmelser på de vurderingene og minimumsvilkårene som er fastsatt i EMDs praksis på området.

5.2 Al-Khawaya-testen.

5.2.1 Første vurderingstema: «god grunn til at vitnet ikke møter»

Straffeprosessloven oppstiller en hovedregel om at barn under 16 år som er vitner i vold eller overgrepssaker ikke skal forklare seg personlig under hovedforhandlingen.¹⁹⁹ Sett i

¹⁹⁸ Jf. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.

¹⁹⁹ Jf. strpl. § 239 første ledd. Se også avhandlingens kap. 3.2.

sammenheng med testen som fremkommer i *Al-Khawaya* er det naturlig å reise spørsmål om regelen samsvarer med at det skal foreligge en god grunn til at vitnet ikke møter.

Bestemmelsen i straffeprosessloven retter seg mot en klart avgrenset gruppe av individer som er utsatt for en bestemt type kriminalitet, og er begrunnet i hensynet til barnets beste, herunder den særlige sårbare stillingen barnet befinner seg i som offer eller vitne i vold og overgrepssaker.²⁰⁰ Dette er i tråd med EMDs uttalelser om at det ofte vil foreligge god grunn til å avkorte siktedes rett til krysseksaminasjon under hovedforhandlingen i saker hvor vitnet er offer for vold eller overgrep, da særlig i de tilfeller hvor vitnet er et barn.²⁰¹ I tillegg foreligger det en lang rettstradisjon for at barn som vitner i saker om vold og overgrep ikke skal forklare seg under hovedforhandlingen. Dette taler for at den absolutte regelen i straffeprosessloven om at barn ikke skal forklare seg under hovedforhandlingen er i tråd med kravet om at det skal foreligge god grunn til at vitnet ikke møter.

På den andre siden følger det av EMDs praksis at før man kan tillate at et bevis føres middelbart, så skal alle mulige alternativer ha vært vurdert.²⁰² Dette fremkommer blant annet i *Rosin mot Estland* hvor EMD tok stilling til om det forelå krenkelse av siktedes rett til krysseksaminasjon på bakgrunn av at vedkommende ikke hadde blitt gitt mulighet til å stille spørsmål til barnet som var fornærmet i saken.²⁰³ I vurderingen av om det forelå god grunn til at gutten ikke møtte, la EMD avgjørende vekt på at guttens fravær var begrunnet i at en sakkyndig psykolog hadde foretatt en vurdering av guttens mentale tilstand og konkludert med at det var utilrådelig å la gutten møte under hovedforhandlingen.²⁰⁴ I tillegg viste EMD til at retten i samråd med psykologen hadde vurdert bruken av fjernavhør, men kommet frem til at en slik løsning heller ikke ville være i stand til å ivareta hensynet til gutten på en tilstrekkelig måte.²⁰⁵ Denne fremgangsmåten er i tråd med EMDs uttalelse i *Štefančič mot Slovenia* hvor flertallet fremholder at vitner «(...) as a general rule [should] give evidence during the trial and that all reasonable efforts should be made to secure their attendance.»²⁰⁶

²⁰⁰ Prop. 112 L (2014-2015) s. 32.

²⁰¹ *Rosin mot Estland* (Application no. 26540/08) avsnitt 53 og 55.

²⁰² *Al-Khawaya* avsnitt 125.

²⁰³ *Rosin mot Estland* (Application no. 26540/08) avsnitt 46.

²⁰⁴ *Ibid* avsnitt 55.

²⁰⁵ *Ibid* avsnitt 55.

²⁰⁶ *Štefančič mot Slovenia* (Application no. 18027/05) avsnitt 37.

Dette tyder på at det må foretas en konkret vurdering hvor det tas stilling til om det foreligger god grunn for at det konkrete barnet ikke bør møte under hovedforhandlingen.

En slik metode benyttes i det svenske rettssystemet, hvor loven legger opp til at det skal foretas en individuell vurdering av det enkelte barnet i saken.²⁰⁷ Til tross for at praksis viser at også svenske domstoler er tilbakeholdne med å la barn under 15 år som er vitner i saker om vold og seksuelle overgrep forklare seg under hovedforhandlingen,²⁰⁸ finnes det eksempler hvor barnet har møtt for retten.²⁰⁹ Ved å benytte seg av en slik tilnærming vil man trolig kunne unngå at barn som ikke har behov for å skjermes fra å forklare seg direkte for retten, likevel ikke må møte under hovedforhandlingen. I norsk rett benyttes en lignende metode i de tilfeller hvor et tilrettelagt avhør er gjennomført etter strpl. § 239 andre ledd. I slike tilfeller åpner loven for at vitnet kan forklare seg under hovedforhandlingen dersom hensynet til siktedes kontradiksjon anses å veie tyngre enn behovet for å verne om vitnets sårbarhet.²¹⁰ Å foreta en vurdering av barns forutsetning for å forklare seg under hovedforhandlingen kan dermed ikke anses å være fremmed for påtalemyndigheten. Det nevnes at straffeprosessutvalget har fremmet forslag om at det bør opprettes en ordning som tilsvarende det svenske rettssystemet, hvor det «som regel» skal gjennomføres tilrettelagte avhør dersom vitnet er under 16 år.²¹¹

Basert på den overnevnte argumentasjonen er det naturlig å fastslå at i mange saker hvor det foreligger mistanke om vold eller seksuelle overgrep rettet mot barn, så vil det foreligge god grunn til at barnet ikke møter under hovedforhandlingen. Dette skyldes at barnets sårbarhet ofte fører til at det er utilrådelig å utsette dem for den belastningen det utgjør å forklare seg personlig. På den andre siden foreligger det klare holdepunkter for at en relativ bestemmelse, hvor det ses hen til barnets individuelle forutsetninger, i større grad vil være i tråd med siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK. Det samme må kunne gjøres gjeldende for vurderinger av om det er mulig å benytte seg av alternative bevisføringsmetoder, som for eksempel fjernavhør eller at siktede bes om å forlate rettsalen mens barnet forklarer seg. På

²⁰⁷ Jf. Rättegångsbalken (1942:74) 35 kapittel 4 §.

²⁰⁸ Helen Westlund, *Barn som utsatts för sexuella övergrepp och den rättsliga hanteringen*, Svensk nationell rapport av 2001 s.10.

²⁰⁹ S.N. mot Sverige viser til to dommer avsagt av Svea hovrätt: case no. B 1129-98, avsagt 28. september 1998 og case no. B1635-99, avsagt 7. juni 1999. I begge sakene kom retten frem til at vitnene som var 10 og 11 år skulle forklare seg under hovedforhandlingen. Siktede måtte forlate rettsalen, men fikk følge forklaringen via videoavføring.

²¹⁰ Jf. strpl § 298. Se avhandlingens kap. 3.2 og Prop 112 L (2014-2015) s. 116.

²¹¹ NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov* forslag til § 10-7 (1) første punktum.

den måten vil man unngå situasjoner der barnet ikke møter under hovedforhandlingen, til tross for at de hensyn som regelen søker å beskytte ikke gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet.

5.2.2 Andre vurderingstema: «eneste eller hovedsakelige bevis»

Det følger av straffeprosessloven at det skal tas et videoopptak av avhøret av barnet, og at dette opptaket skal erstatte barnets personlige forklaring under hovedforhandlingen.²¹² I forbindelse med spørsmål om at dette beviset er avgjørende for dommens resultat, vil svaret på generelt grunnlag måtte være bekreftende. Det skyldes at i saker hvor det foreligger mistanke om vold eller seksuelle overgrep rettet mot barn, er realiteten at barnets forklaring ofte er det eneste beviset.²¹³ Dette medfører ikke at beviset må avskjæres, men at det skal gjøres til gjenstand for «the most searching scrutiny».²¹⁴

Det andre og tredje punktet i *Al-Khawaya* testen må som nevnt vurderes i sammenheng. Dette skyldes at i de tilfeller hvor beviset er det eneste, eller hovedsakelige, så er det avgjørende at det foreligger kompenserende rettssikkerhetsgarantier som gjør opp for det handikappet det utgjør at siktede ikke har hatt mulighet til krysseksaminasjon under hovedforhandlingen.²¹⁵ Føres det derimot ytterligere bevis som er i stand til å belyse vitnets troverdighet kreves det mindre for at beviset skal kunne fremmes. Det skyldes at de supplerende bevisene fører til at siktedes behov for krysseksaminasjon ikke vil være av like stor betydning som det ville ha vært dersom beviset var avgjørende for dommens resultat.²¹⁶

En tilsvarende forståelse følger av en dom fra Borgarting Lagmannsrett fra 2016 hvor faktum i saken var at en mor hadde vært offer for vold fra sin sønn over en lengre periode.²¹⁷ I forbindelse med sakens etterforskning ble det gjennomført et tilrettelagt avhør av den yngste broren på 7 år hvor siktedes forsvarer var tilstede. Siktede hadde blitt varslet i forkant, men det hadde ikke lyktes forsvareren å oppnå kontakt før gjennomføringen av avhøret. På

²¹² Strpl § 298 jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 1 tredje punktum. Se avhandlingens punkt 3.8.

²¹³ Anne Lise Rønneberg og Anne Poulssen, *Barn som vitner, særlig om dommeravhør og observasjon*, Oslo 2000, s. 34, se avhandlingens punkt 3.1

²¹⁴ Rosin mot Estland (Application no. 26540/08 avsnitt 52.

²¹⁵ *l.c.*

²¹⁶ Štefančič mot Slovenia (Application no. 18027/05) avsnitt 37 punkt (vi).

²¹⁷ LB-2015-136924, Borgarting lagmannsretts dom av 09.08.16.

bakgrunn av dette ble det lagt ned påstand om at avhøret ikke kunne føres som bevis, da retten til krysseksaminasjon ikke var ivaretatt.²¹⁸

I Lagmannsrettens behandling av saken tok domstolen utgangspunkt i testen som oppstilles i *Al-Khawaya*. Førstvoterende fremholdt i den sammenheng at vitneavhøret av barnet verken kunne anses som det eneste, eller det avgjørende beviset for dommens resultat. Det sentrale beviset for utfallet i saken var morens forklaring, som var støttet opp av vitneutsagn fra to naboer, to politibetjenter og det tilrettelagte avhøret av den yngste sønnen.²¹⁹ På bakgrunn av dette kom lagmannsretten til at det ikke forelå brudd på siktedes rett til krysseksaminasjon, og tingrettens dom ble dermed ikke opphevet.²²⁰

Dommen illustrerer at kravet til kompenserende rettssikkerhetsgarantier avhenger av hvilken bevisverdi som kan tillegges det bevis som føres. Ved vurderingen av hvor viktig beviset anses å være for utfallet av saken, må det ses hen til de andre bevisene som føres. For å eksemplifisere vil kravet til kompenserende rettssikkerhetsgarantier være svært lave dersom det foreligger et videoopptak som beviser den påståtte handlingen. Motsetningsvis vil terskelen settes høyt dersom barnets forklaring er det eneste beviset som føres i saken.

På bakgrunn av at barnets forklaring ofte er avgjørende for resultatet i slike saker, må det være en forutsetning at straffeprosesslovens regler inneholder betydelige rettssikkerhetsgarantier for å gjøre opp for den manglende retten til krysseksaminasjon under hovedforhandlingen.

5.2.3 Tredje vurderingstema: «kompenserende rettssikkerhetsgarantier»

5.2.3.1 Innledning

For at straffeprosesslovens ordning om at avhør av barnet avspilles under hovedforhandlingen skal være i tråd med rettferdig rettergang,²²¹ må det foreligge utstrakte kompenserende rettssikkerhetsgarantier som er i stand til å gjøre opp for siktedes manglende rett til krysseksaminasjon. Dette understrekes nokså tydelig i *Štefančič mot Slovenia* hvor flertallet fremholder at «The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing

²¹⁸ *Ibid.* Faktum i saken er hentet fra s. 4-5.

²¹⁹ *Ibid.* Sammenfatning av førstvoterendes uttalelser på s. 6.

²²⁰ *Ibid.* s. 7.

²²¹ Strpl § 298 jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 1 tredje punktum.

factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place.»²²²

Dommen tas til inntekt for at det skal foretas en vurdering av om det foreligger rettssikkerhetsgarantier som kompenserer for den svakheten manglede krysseksaminasjon medfører for siktedes forsvar. Ved vurderingen skal det ses hen til hele prosessen frem til rettskraftig dom.²²³ Det vil si at det skal tas stilling til om det foreligger «sufficient counterbalancing factors» både under etterforskningen, og under domstolens prosessuelle behandling av saken.²²⁴

På bakgrunn av dette er det nærliggende å reise spørsmål om det er inntatt bestemmelser i straffeprosesslovens ordning for tilrettelagt avhør som er i stand til å gjøre opp for den ulempen det utgjør at siktede ikke gis mulighet til å krysseksaminere vitnet ved hjelp av sin forsvarer under hovedforhandlingen. Interessant i denne sammenhengen er om straffeprosesslovens regler for frister og særskilte kompetansekrav har en kompenserende effekt for den innskrenkingen som foretas i siktedes krysseksaminasjon ved bruk av tilrettelagt avhør. Det gjøres også en vurdering av hvilke krav som må oppstilles for at domstolens behandling av saker hvor det er gjennomført tilrettelagte avhør skal kunne anses som en kompenserende rettssikkerhetsgaranti.

5.2.3.2 Etterforskningsfasen

5.2.3.2.1 Straffeprosesslovens frister for å gjennomføre tilrettelagte avhør

I forbindelse lovendringen i avhørsformen fra 2015 ble det vedtatt at det skulle oppstilles strenge frister for hvor raskt det tilrettelagte avhøret skulle gjennomføres. Disse fristene kommer til uttrykk i strpl. § 239 og redegjøres nærmere for i avhandlingens punkt 3.3.

I det følgende stilles det spørsmål om i hvilken grad disse fristene kan anses å kompensere for det inngrepet manglende krysseksaminasjon utgjør i siktedes rett til rettferdig rettergang.

Hovedregelen i straffeprosessloven om at avhør skal gjennomføres innen kort tid vil trolig være i stand til å sikre bevisets troverdighet. Det skyldes at barnets hukommelse ikke er fullstendig utviklet, og derfor er mer tilbøyelig til å glemme, eller endre forklaringen dersom

²²² Štefančič mot Slovenia (Application no. 18027/05) avsnitt 37, punkt (viii).

²²³ González Nájera mot Spania (Application no. 61047/13) avsnitt 62.

²²⁴ Rosin mot Estland (Application no. 26540/08) avsnitt 57.

det tar lang tid før avhøret gjennomføres.²²⁵ Et annet viktig moment er at bruken av korte frister i større grad er i stand til å forhindre at barnet påvirkes av ytre faktorer til å forklare seg feilaktig. At det er av stor betydning for siktedes rettssikkerhet eksemplifiseres tydelig i «Bjugn-saken», hvor en barnehageassistent ble mistenkt for grove overgrep mot en rekke barn. Etterforskningen i saken strakk seg over lengre tid, og barnas forklaringer utviklet seg etterhvert til utrolige og usannsynlige beretninger om hva de hadde blitt utsatt for. Det forelå ikke tvil om at barnas forklaringer var blitt påvirket av ytre faktorer under prosessen. Da saken ble behandlet av Frostating Lagmannsrett ble mannen frifunnet for alle tiltalens punkter.²²⁶ På bakgrunn av dette kan det virke som at straffeprosessloven til en viss grad er i stand til å ivareta siktedes rett til rettferdig rettergang under etterforskningen.

På den andre siden kan det nok argumenteres for at den korte fristen for gjennomføringen av avhøret fører til at påtalemyndigheten ikke gis tilstrekkelig tid til å foreta de etterforskningskrittene som er nødvendige for å få stilt de «riktige spørsmålene» til barnet. Det kan for eksempel være at det foreligger behov for å prate med lærere, foreldre, eller andre som har vært i kontakt med barnet i forkant av avhøret. I slike tilfeller vil nok lovens korteste frist på en uke anses som utfordrende å overholde, til tross for at loven åpner for at det kan gis en uke utsettelse dersom det er nødvendig.²²⁷ På bakgrunn av dette kan det tenkes at dersom fristen var av en mer relativ karakter, ville både barnets- og siktedes rettssikkerhet ivaretas på en mer tilfredsstillende måte. Dette synspunktet underbygges av straffeprosessutvalget, som har lagt ned forslag om at bestemmelsen bør utformes slik at avhør skal gjennomføres så «snart som mulig.»²²⁸

En tilsvarende ordning benyttes i svensk rett hvor det ikke er vedtatt bestemte frister for når et barn skal avhøres. Det følger av Riksåklagarens uttalelser at avhøret av barnet først skal finne sted når påtalemyndighetene har fått avdekket all nødvendig bakgrunnsinformasjon i saken.²²⁹ I den forbindelse skal det foretas grundige forundersøkelser.²³⁰

Likevel kan nok bruken av en relativ regel for når avhøret skal foretas medføre at politiet mister incentivet til å sørge for at avhøret foretas innen kort tid. I ytterste konsekvens kan det

²²⁵ *Ibid* avsnitt 60.

²²⁶ *Bygdeskandalen*, publisert i Dagbladet Magasinet 23.mars 2002. Se kildeliste for URL.

²²⁷ Strpl. § 239 e fjerde ledd.

²²⁸ NOU: 2016:24 *Ny straffeprosesslov* s.42, forslag til ny § 10-7 (2) første punktum.

²²⁹ Riksåklagaren PM 1999:01, Förunderökning vid sexsueella övergrepp mot barn, side 6.

²³⁰ *i.c.*

føre til at man ender opp med en tilsvarende situasjon som i 2013, hvor det i gjennomsnitt gikk 51 dager fra en sak ble anmeldt til dommeravhøret ble gjennomført.²³¹ Dette ble da ansett som «uakseptabelt og alvorlig trussel mot barn og særlig sårbare voksnes rettssikkerhet».²³² Det samme vil nok kunne gjøre seg gjeldende for siktedes vedkommende, da den drøftelsen viser at de korte fristene også vil kunne være i siktedes interesse.²³³

På bakgrunn av dette er det grunn til å tro at straffeprosesslovens korte frister for å foreta avhør av barn generelt sett kan anses som en kompenserende rettssikkerhetsgaranti for siktede. Dersom fristen brytes, eller det er tydelig at påtalemyndighetenes etterforskningskritt i forkant av avhøret var mangelfulle, vil det derimot være et moment som taler mot at siktedes rettergang kan anses som rettferdig.

5.2.3.2.2 Straffeprosesslovens regler om særskilt kompetanse

I norsk lov oppstilles det særskilte kompetansekrav både for avhørslederen og politietterforskeren som gjennomfører avhøret.²³⁴ Dette vil si at de som er ansvarlige for gjennomføringen av avhøret er gitt opplæring i hvordan man kan få barnet til å forklare seg på en sann og troverdig måte.

Spørsmålet er om dette kan anses å kompensere for siktedes manglende mulighet til krysseksaminasjon.

Det foreligger bred enighet om at påliteligheten til et barneavhør beror på kvaliteten på avhøret, herunder hvilke spørsmål som stilles, hvordan spørsmålene blir stilt og avhørerens reaksjon på barnas svar.²³⁵ Dette kommer til uttrykk i en rekke studier som sammenfattende viser at ledende spørsmål, positive og negative sanksjoner, påvirkning og anklagende toner er faktorer som alle er i stand til å øke risikoen for uriktige forklaringer.²³⁶ Ved å oppstille særskilte kompetansekrav både til avhørslederen og til politietterforskeren som gjennomfører avhøret kan det virke som at straffeprosessloven til en viss grad imøtegår disse utfordringene.

²³¹ Prop. 112 L (2014-2015) s. 6.

²³² *i.c.*

²³³ *l.c.*

²³⁴ Jf. strpl. § 239 a første ledd jf. forskrift for tilrettelagt avhør § 3 og forskrift om tilrettelagt avhør § 4. For nærmere redegjørelse av kompetansekravene vises det til avhandlingens punkt 3.4.1.

²³⁵ Malin Albrechtesen van der Hagen, Ulf Strindbeck og Annika Melinder, *Førsamtaler på godt og vondt: Effekter på senere tilrettelagte avhør i lys av vitenpsykologisk forskning*, publisert i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 04/2018 (vol.16) s. 342.

²³⁶ *l.c.*

En tilsvarende forståelse legges til grunn i *González Nájera mot Spania*. I saken uttalte flertallet at det måtte anses som en kompenserende rettssikkerhetsgaranti at avhørene av barna hadde blitt foretatt av sakkyndige med særlig kompetanse på avhør av barn, da dette medførte at prosessen rundt bevisinnhenting var egnet til å vekke tillit.²³⁷

Dommen illustrerer at dersom beviset er innhentet på en betryggende måte så anses det som en kompenserende rettssikkerhetsgaranti for den siktede. Dette slås uttrykkelig fast i *A.S mot Finland* hvor flertallet legger til grunn at «The quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy.»²³⁸ Dommen gir en indikasjon på at de særskilte kompetansekravene som oppstilles i straffeprosessloven vil kunne utgjøre en kompenserende rettssikkerhetsgaranti.

På den andre siden er både ansvaret for etterforskningen og bevissikringen lagt hos påtalemyndigheten. Dette kan medføre en utfordring da regelen trolig vil være egnet til å så tvil om at avhøret er utført på en objektiv måte, og på den måten skape ubalanse mellom partene i saken.²³⁹ En tilsvarende oppfatning følger av EMDs domsavsigelse i *S.N. mot Sverige*. I saken kom to av de dissenterende dommerne til at det måtte anses som tvilsomt at det forelå tilstrekkelig kompenserende rettssikkerhetsgarantier som var i stand til å gjøre opp for at klageren ikke hadde blitt gitt mulighet til å stille spørsmål til barnet. Begrunnelsen for uttalelsen var at prosessen hvor begge avhørene av barnet ble gjennomført av en representant fra påtalemyndigheten førte til at barnet «at no stage in the proceedings was the child heard – or could have been heard – by someone independent of the prosecution».²⁴⁰ Dette kan tyde på at det er en svakhet for siktedes rett til rettfærdig rettergang at ansvaret for både etterforskningen og føringen av saken er lagt hos påtalemyndigheten.

Imidlertid har både avhørslederen og politietterforskeren en plikt til å opptre objektivt ved gjennomføringen av tilrettelagt avhør.²⁴¹ I tillegg er det inntatt i barnehusets felles retningslinjer at også de har et ansvar for å holde seg objektive både under det tilrettelagte

²³⁷ *González Nájera mot Spania* (Application no. 61047/13) avsnitt 53 og 56. Se også *Al-Khawaya* avsnitt 156.

²³⁸ *A.S mot Finland* (Application no. 40156/07) avsnitt 52.

²³⁹ NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov* punkt 13.5.3 s. 289. Se også Advokatforeningens høringsuttalelse inntatt på side 45 i Prop. L (2014-2015).

²⁴⁰ *S.N mot Sverige* (Application no. 34209/96) Concurring opinion of judge Thomassen joined by judge Casadevall.

²⁴¹ Jf. §§ strpl. § 55, 239 første ledd tredje punktum jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 3. For nærmere redegjørelse vises det til avhandlingens punkt 3.4.1.

avhøret, og i den eventuelle oppfølgingen av barnet både i forkant- og etterkant av avhøret.²⁴² Det må i tillegg kunne legges til grunn at avhørslederen har en egeninteresse i å sikre at avhøret er av god kvalitet. Det skyldes at dersom avhøret bærer preg av at objektivitetsplikten ikke er fulgt, så kan det medføre at bevisverdien svekkes, eller i ytterste konsekvens at beviset avskjæres.²⁴³ Sett i sammenheng med at videoopptaket av avhøret fremvises under hovedforhandlingen slik at dommerne²⁴⁴ selv kan foreta en vurdering av kvaliteten til avhøret, taler det for at lovens regler for gjennomføringen av avhøret er i stand til å ivareta siktedes rett til rettferdig rettergang.

Ut fra dette er det naturlig å slå fast at dersom de særlige kompetansekravene som oppstilles i straffeprosessloven skal kunne anses å være en kompenserende rettssikkerhetsgaranti, er det avgjørende at det tilrettelagte avhøret foretas på en objektiv måte, hvor det fokuseres på både barnets og siktedes rettssikkerhet.²⁴⁵ Det må dermed kunne antas at dersom de ulike aktørene som er involvert i det tilrettelagte avhøret av barnet holder seg til straffeprosessens regler, da særlig objektivitetsplikten, vil innhenting av beviset kunne utgjøre en kompenserende rettssikkerhetsgaranti for siktede.

5.2.3.2.3 Bistand fra forsvarer

I norsk rett er det oppstilt en hovedregel om at det ikke oppnevnes forsvarer for mistenkte før det tas ut siktelse i saken.²⁴⁶ Det vil si at dersom det ikke tas ut siktelse før avhøret gjennomføres, vil det heller ikke være en forsvarer til stede under avhøret. I forbindelse med at loven oppstiller en hovedregel om utsatt varsling, vil det i realiteten si at siktedes forsvarer sjeldent er tilstede under det første avhøret. Regelen er ny av 2015, da den tidligere ordningen la opp til at mistenkte fikk oppnevnt forsvarer så snart det ble besluttet at det skulle gjennomføres avhør av barnet.²⁴⁷

Basert på en gjennomgang av EMDs praksis på området kan jeg ikke finne grunnlag for å si at det oppstilles et krav om at mistenkte skal bistås av forsvarer under etterforskningsfasen i slike saker. Likevel foreligger det ikke tvil om at det anses som en kompenserende rettssikkerhetsgaranti. Dette kommer til uttrykk i *González Nájera mot Spania* hvor flertallet

²⁴² Barnehusets felles retningslinjer 2016 s. 8.

²⁴³ Prop. L (2014-2015) s.90.

²⁴⁴ Strpl § 298 jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 1 tredje punktum.

²⁴⁵ *Ibid* s. 108.

²⁴⁶ Se avhandlingens punkt 3.4.2.

²⁴⁷ Se avhandlingens punkt 1.2.

fremholdt at det forelå en høyere terskel for å påvise krenkelse av retten til rettferdig rettergang på grunn av at siktede hadde hatt bistand fra forsvareren under hele prosessen.²⁴⁸ I den forlengelse er det naturlig å reise spørsmål om at det er egnet til å svekke siktedes rettssikkerhet at forsvareren som hovedregel ikke er tilstede under det første avhøret.

På den ene siden vil forsvarers tilstedeværelse under det første avhøret bære preg av at den mistenkte ikke har vært i kontakt med forsvareren i forkant. Det kan medføre at forsvareren fremmer spørsmål som siktede ikke ønsker å fremme til barnet.²⁴⁹ I den forbindelse kan det nok argumenteres for at mistenktes rett til krysseksaminasjon bedre ivaretas gjennom muligheten til å be om supplerende avhør, og at det derfor må anses som unødvendig at forsvareren er til stede under det første avhøret.²⁵⁰

På den andre siden er det grunn til å tro at dagens regelverk hvor den mistenkte ikke er representert av forsvarer er egnet til å skape ubalanse mellom påtalemyndigheten og den mistenkte. Det skyldes at loven oppstiller en hovedregel om at barnets bistandsadvokat skal være til stede under det første avhøret.²⁵¹ I tillegg taler forsvarerens mulighet til å forberede seg for at han bør gis adgang til å følge avhøret. Dette argumentet underbygges av at begjæring om supplerende avhør av vitnet som regel skal sendes innen to døgn for å sørge for at det supplerende avhøret avholdes innen en uke etter det første avhøret.²⁵² Dette må anses som en svært kort frist. Dersom forsvareren er til stede under avhøret vil vedkommende ha større mulighet til å forberede seg til møtet med mistenkte, og derfor raskt kunne avgjøre om det er grunnlag for å begjære supplerende avhør slik at fristen overholdes.

I Dansk rett oppstilles det et krav om at den mistenkte skal være representert av forsvarer under avhøret av barnet.²⁵³ Dette gjelder til tross for om den mistenkte er ukjent under gjennomføringen.²⁵⁴ Dersom forsvarer ikke har vært til stede, kan opptak av avhøret ikke føres som bevis under hovedforhandlingen.²⁵⁵ I forbindelse med arbeidet med ny straffeprosesslov, har utvalget lagt ned forslag om en tilsvarende løsning slik at mistenkte

²⁴⁸ González Nájera mot Spania (Application no. 61047/13) avsnitt 49.

²⁴⁹ Prop 112 L (2014-2015) s. 57.

²⁵⁰ *Ibid* s. 57.

²⁵¹ Jf. § 239 d første ledd bokstav a.

²⁵² Riksadvokatens brev av 21.10. 2015, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer*, s. 4.

²⁵³ Retsplejeloven § 731 a.

²⁵⁴ Rigsadvokatmeddelelsen 31.03.2016 s. 11.

²⁵⁵ Retsplejeloven § 745 e 4) stk. 2.

som hovedregel skal varsles, og at det i den forbindelse også oppnevnes forsvarer i forkant av det første avhøret.²⁵⁶

Konklusjonen må være at EMD ikke fastsetter klare holdepunkter for at lovens hovedregel om at forsvarer oppnevnes først når det tas ut siktelse i saken er i strid med siktedes rett til rettferdig rettergang. Likevel vil forsvarers tilstedeværelse under det tilrettelagte avhøret kunne anses som en kompenserende rettssikkerhetsgaranti som kan avhjelpe siktedes mangel på krysseksaminasjon. Det skyldes at forsvarerens sentrale oppgave er å ivareta siktedes rettigheter i straffesaker. Et avhør hvor forsvareren er til stede vil nok dermed i større grad gi mistenkte trygghet om at hans rettssikkerhet blir ivaretatt. Det er dermed trolig at selv om forsvareren ikke har hatt mulighet til å stille de spørsmål som siktede eventuelt ønsker, vil det fremdeles være en fordel at det er en representant til stede som har ansvar for å sikre at siktedes interesser.

På bakgrunn av dette foreligger det klare holdepunkter for at avhørsleder etter dagens regelverk, bør foreta en grundig vurdering av om det skal tas ut siktelse i saken, og på den måten gi den mistenkte mulighet til å bli representert av forsvarer.

5.2.3.3 Bevisvurderingen

I norsk rett er det oppstilt et grunnleggende prinsipp om at domstolens bevisvurdering er fri.²⁵⁷ Det vil si at det er opp til dommernes skjønn å vurdere hvordan bevis skal vurderes og vektlegges.²⁵⁸ Hvilken vekt barnets forklaring ilegges vil dermed være opp til dommerne i den enkelte sak.

EMDs praksis gir likevel retningslinjer for hvordan domstolen må gå frem ved vurderingen av et bevis som ikke er gjort til gjenstand for krysseksaminasjon. Dette kommer blant annet til uttrykk i *Al-Khawaya* hvor det legges til grunn at det anses som en vesentlig rettssikkerhetsgaranti at domstolen har vært bevisst på at beviset som føres ikke har blitt gjort til gjenstand for krysseksaminasjon, og dermed ikke skal veie like tungt som det ville ha gjort dersom vitne forklarte seg under hovedforhandlingen.²⁵⁹

²⁵⁶ Jf. forslag til § 10 -7 jf. § 3-15 inntatt i NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov*.

²⁵⁷ Se bl.a. Rt. 1994 side 610 (s. 614) og Rt. 2005 side 1353 avsnitt 13.

²⁵⁸ NOU 2016:24 *Forslag til ny straffeprosesslov* s. 351.

²⁵⁹ Schatschaschwili avsnitt 156-157.

Det vil dermed være vesentlig at det fremkommer av dommens premisser at domstolen har sett hen til selve prosessen rundt gjennomføringen av avhøret. Det bør trolig gjøres en vurdering av hvilke spørsmål etterforskeren stilte barnet, herunder om de var av ledende karakter og om det finnes sakkyndige vurderinger som kan virke bekreftende eller avkrefte på barnets forklaring. Dommeren bør nok også reflektere over hvor lang tid det tok før det ble foretatt et tilrettelagt avhør av barnet og om barnet i forkant har forklart seg til noen, og i så fall om den forklaringen er sammenfallende med den som ble gitt under det tilrettelagte avhøret. Dersom det følger av dommens premisser at dommeren ikke har vært oppmerksom på, og vektlagt de nevnte elementene må det anses som en betydelig svakhet ved prosessen, som lett kan føre til at det foreligger en krenkelse av retten til rettferdig rettergang.²⁶⁰

Det følger av straffeprosessloven at videoopptaket av det tilrettelagte avhøret skal fremmes under hovedforhandlingen.²⁶¹ På bakgrunn av dette er det naturlig å reise spørsmål om regelen kan anses å kompensere for siktedes manglende rett til krysseksaminasjon. Dette spørsmålet besvares i *González Nájera mot Spania* hvor flertallet fremholder at:

The Court further observes that the interviews with the minors were videotaped and that the video-recording was shown at the *trial in its entirety*, thus enabling the domestic courts to *obtain a clear impression of the minors' evidence and the defence to bring up any issues regarding the consistency and credibility of their statements*. (min kursivering)

Dommen gjør gjeldende at videofremvisning av det tilrettelagte avhøret gir siktede mulighet til å sette bevisets troverdighet på prøve, og at det til en viss grad vil være i stand til å gjøre opp for manglende krysseksaminasjon. Flertallets uttalelse må nok forstås som at dersom den tekniske og innholdsmessige kvaliteten av det tilrettelagte avhøret er god, vil det kunne anses som en viss kompenserende rettssikkerhetsgaranti at videoopptaket av avhøret vises under hovedforhandlingen. Det skyldes at videoopptaket gir dommeren og siktede en bedre mulighet til å vurdere forklaringens troverdighet enn hva tilfellet ville ha vært dersom beviset for eksempel ble ført ved opplesning av utskriften fra avhøret, eller at etterforskeren som gjennomførte avhøret skulle ha forklart hva innholdet i avhøret var.

²⁶⁰ Schatschaschwili avsnitt 156-157.

²⁶¹ Jf. strpl. § 298 jf. forskrift om tilrettelagt avhør § 1.

Straffeprosesslovens regel om at videoopptaket av barnet skal fremmes for retten kan dermed anses som en kompenserende rettssikkerhetsgaranti.

5.3 Minimumsgarantiene fra AS mot Finland

5.3.1 Første minimumsgaranti: «varsling»

I norsk rett oppstilles det en hovedregel om at mistenkte ikke varsles i forkant av det tilrettelagte avhøret.²⁶² Det vil si at den mistenkte som regel ikke vil være klar over at det foreligger mistanke om at han har begått en straffbar handling, og at det skal gjennomføres et barneavhør for å etterforske saken nærmere.

Interessant i denne sammenheng er om straffeprosesslovens system for utsatt varsling er i tråd med minimumsgarantien fra *A.S. mot Finland* om at siktede skal varsles.

Begrunnelsen for regelen om utsatt varsling i straffeprosessloven er i stor grad knyttet til hensynet til barnet. Ved å utsette varslingen svekkes sannsynligheten for at barnet trues eller utsettes for nye overgrep i tiden mellom varslingen og det tilrettelagte avhøret. I den sammenheng må det legges vekt på at i de fleste sakene der barn blir utsatt for vold eller seksuelle overgrep er gjerningspersonen noen barnet kjenner godt.²⁶³ Dette innebærer at mistenktes mulighet til å påvirke barnet dersom han blir varslet i forkant ofte vil kunne være av reell karakter.²⁶⁴ Videre følger det av forarbeidene til loven at formålet med den utsatte varslingen er at det vil være enklere å anmelde vold eller seksuelle overgrep rettet mot barn dersom gjerningsmannen ikke får informasjon om at det skal gjennomføres et avhør. Dette er i tråd med det overordnede målet om å avdekke og straffeforfølge vold og seksuelle overgrep rettet mot barn.²⁶⁵

Et annet argument for utsatt varsling er hensynet til sakens etterforskning. Det begrunnes med at mistenkte gis en større mulighet til å destruere eventuelle bevis dersom vedkommende blir informert om at det skal gjennomføres et avhør. Dette understrekes i Sæverud-rapporten hvor det vises til at i saker som gjelder seksuelle overgrep mot barn ofte gjøres funn av

²⁶² Jf. strpl. § 239 b. Se avhandlingens punkt. 3.6.

²⁶³ Barndommen kommer ikke i reprise, Strategi for å bekjempe vold og seksuelle overgrep mot barn og ungdom (2014–2017) punkt 4.3.

²⁶⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 54.

²⁶⁵ Prop. 12 S (2016-2017) *Opptrapping mot vold og overgrep (2017-2021)* s. 7-8.

barnepornografisk materiale som utgjør viktige bevis i slike saker.²⁶⁶ Dersom den mistenkte hadde blitt varslet om at det skulle gjennomføres et avhør av barnet, må det kunne anses som høyst sannsynlig at mistenkte hadde kvittet seg med slike bevis. I den sammenheng kan det nok argumenteres for at den utsatte varslingen er mer skånsom for den mistenkte, i og med at man til en viss grad vil unngå å pågripe mistenkte i tilfeller hvor det ikke allerede foreligger klare holdepunkter for at vedkommende er skyldig.²⁶⁷

Sett i sammenheng med EMDs praksis²⁶⁸ om at det ikke er et absolutt krav om at varsling må gis i forkant av avhøret, taler dette for at det er opp til påtalemyndighetene å vurdere på hvilket tidspunkt varsling skal gis, og at regelen om utsatt varsling i straffeprosessloven derfor ikke kan anses å være i strid med minimumsrettigheten.

På den andre siden er straffeprosesslovens bestemmelse utformet slik at utsatt varsling av mistenkte utgjør hovedregelen ved tilrettelagte avhør av barn.²⁶⁹ Det medfører at det ikke oppstilles et krav om at avhørslederen må foreta en konkret vurdering for om det foreligger god grunn til at mistenkte ikke bør varsles i forkant i den konkrete saken. En slik tilnærming til varsling av mistenkte utfordrer EMDs praksis om at det ikke skal gjøres inngrep retten til rettfærdig rettergang dersom det ikke er nødvendig.²⁷⁰ Dette taler for at det bør foreligge objektive grunner for at utsatt varsling skal kunne finne sted i det konkrete tilfellet, og at den absolutte regelen i straffeprosessloven ikke kan anses å være i tråd med minimumsgarantien om varsling.

En slik forståelse følger også av forslaget til ny straffeprosesslov, hvor arbeidsgruppen fremholder at varslingsregelen burde utformes slik at «Varsel til mistenkte om avhøret kan utsettes dersom hensynet til etterforskningen krever det».²⁷¹ Ved å benytte seg av en slik regel, vil utsatt varsling være unntaket, i stedet for hovedregelen. På den måten vil bruken av utsatt varsling forbeholdes tilfeller hvor det er gjort en vurdering av om det er nødvendig.

²⁶⁶ Sæverud-rapporten punkt 5.2.4.2.

²⁶⁷ Prop. 112 L (2014-2015) s. 6.

²⁶⁸ Se bl.a. S.N. mot Sverige (Application no. 34209/96), Lindqvist mot Sverige (Application no. 26305/59) og B mot Finland (Application no. 17122/02).

²⁶⁹ Jf. strpl. § 239 b.

²⁷⁰ Se bl.a. P.S. mot Tyskland (Application no.33900/96) avsnitt 28.

²⁷¹ NOU 2016:24 *Forslag til ny straffeprosesslov*. Utvalgets forslag til § 10-7 (3) første punktum.

At det foretas en nærmere vurdering av om varsling skal utsettes vil nok i større grad enn dagens regelverk legge til rette for at det sjeldnere gjøres inngrep i siktedes rett til krysseksaminasjon. Det kan likevel ikke konkluderes med at straffeprosesslovens regel om utsatt varsling er i konflikt med minimumsgarantien om varsling, da EMD som nevnt har godkjent varsling i etterkant av det første avhøret i en rekke saker.

5.3.2 Andre minimumsgaranti: «gjort seg kjent med innholdet i avhøret»

En naturlig følge av at norsk rett oppstiller en hovedregel om utsatt varsling, er at mistenkte heller ikke gis mulighet til å overvære avhøret med barnet. Siktedes rett til å gjøre seg kjent med innholdet i avhøret ivaretas derfor ved at den mistenkte skal varsles så snart det tas ut siktelse i saken, og i den sammenheng gis mulighet til å se videoopptaket av avhøret.²⁷²

Spørsmålet er om straffeprosesslovens bestemmelse er i stand til å oppfylle minimumsgarantien om at siktede skal gis mulighet til å gjøre seg kjent med innholdet i avhøret.

Det kan ikke anses som tvilsomt at en løsning hvor siktede gis mulighet til å overvære gjennomføringen av avhøret vil være nærmere opp mot den retten til krysseksaminasjon som EMK art. 6 nr. 3 bokstav d i utgangspunktet forespeiler. Dette kan følgelig hevdes at dersom det ikke finnes klare holdepunkter for at det er uforholdsmessig belastning for barnet eller at hensynet til etterforskningen taler mot, så bør siktede gis mulighet til å være til stede under avhøret.

På den andre siden foreligger det langvarig praksis for at siktede ikke gis rett til å overvære gjennomføringen av tilrettelagte avhør, da dette anses å være svært belastende for barnet.²⁷³ Dette kommer tydelig til uttrykk i lovens forarbeider hvor departementet fremholder at siktedes tilstedeværelse vil kunne virke skremmende på barnet, og at det også gjelder selv om avhøret følges via videooverføring.²⁷⁴ Sett i sammenheng med EMDs uttalelser i *Rosin mot Estland* hvor det fremholdes at det kan foretas særlige tiltak for å beskytte barn som vitner i

²⁷² Jf. Strpl. § 239 b fjerde ledd. Se avhandlingens punkt 3.6.1.

²⁷³ Se avhandlingens punkt 1.2 hvor det fremkommer at siktede ikke har hatt rett til å overvære barneavhør i vold og sedelighetssaker siden 1926.

²⁷⁴ Prop.112 L (2014-2015) s. 110.

saker om vold og seksuelle overgrep,²⁷⁵ taler dette for at det bør gis adgang til å skåne barnet fra den belastningen det utgjør å forklare seg i siktedes nærvær.

På bakgrunn av den store belastningen det utgjør for barnet å forklare seg i siktedes nærvær, må det anses å være i tråd med retten til å gjøre seg kjent med innholdet at siktede som hovedregel gis mulighet til å se avhøret i etterkant slik straffeprosesslovens ordning forespeiler.²⁷⁶ Det forutsettes likevel at siktede må gis rimelig tid til å gjennomgå og vurdere videoopptaket av det tilrettelagte avhøret, samt forberede spørsmål til barnet.²⁷⁷ Retten til å gjøre seg kjent med innholdet må ses i sammenheng med siktedes mulighet til å forberede sitt forsvar, som er en del av det grunnleggende kravet til kontradiksjon.

5.3.3 Tredje minimumsgaranti: «mulighet til å stille spørsmål»

5.3.3.1 Innledning

I norsk rett ivaretas siktedes mulighet til å stille spørsmål gjennom retten til å begjære supplerende avhør.²⁷⁸ Begrunnelsen for regelen må antas å være at de tilrettelagte avhørene systematisk marginaliserer siktedes rett til krysseksaminasjon, da siktede i slike tilfeller ikke får mulighet til å fremme sine spørsmål til vitnet under hovedforhandlingen.

I det følgende reises det spørsmål om hvorvidt straffeprosesslovens ordning for supplerende avhør er i stand til å ivareta siktedes minimumsrettighet til å stille spørsmål til barnet. I den forlengelse er det for det første interessant å ta stilling til om lovens ordning om at en politietterforsker fremmer spørsmålene til barnet er i tråd med siktedes rett til krysseksaminasjon.²⁷⁹

Spørsmålet vurderes i *S.N. mot Sverige* hvor flertallet fremholder at «Having regard to the special proceeding concerning sexual offences (...), the provision cannot be interpreted as requiring in all cases that question be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means.»²⁸⁰ Uttalelsen tas til inntekt for at

²⁷⁵ Rosin mot Estland (Application no. 26540/08) avsnitt 53.

²⁷⁶ Jf. Strpl. § 239 b fjerde ledd. Se avhandlingens punkt 3.6.1.

²⁷⁷ Riksadvokatens brev av 21.10. 2015, *Tilrettelagt avhør- direktiver og retningslinjer* s.10.

²⁷⁸ Jf. strpl. §§ 239 b fjerde ledd jf. 239 c andre ledd. For nærmere redegjørelse vises det til avhandlingens punkt 3.6.1.

²⁷⁹ Strpl. § 239 a første ledd.

²⁸⁰ *S.N. mot Sverige* (Application no. 34209/96) avsnitt 52-53. Se også Rosin mot Estland (Application no. 26540/08) avsnitt 62.

siktede ikke har et absolutt krav om å få stilt spørsmål til direkte til siktede gjennom sin forsvarer i saker om vold og seksuelle overgrep. Dette synspunktet underbygges i *Rosin mot Estland* hvor det fremgår at krysseksaminasjon i sin reneste form, ved at siktede selv gis mulighet til å delta under avhøret av barnet, og gjennom sin forsvarer får stilt spørsmål for potensielt å kunne rokke ved forklaringens troverdighet ofte ikke vil være tilrådelig i de tilfeller hvor vitnet er et barn.²⁸¹

På bakgrunn av dette må det kunne legges til grunn at straffeprosesslovens system hvor det legges opp til at siktede og forsvarer sammen skal finne frem til hvilke spørsmål som må stilles, som igjen videreformidles til barnet gjennom politietterforskeren, kan anses å være i tråd med minimumskravet om å stilles spørsmål til barnet.

Ved vurderingen av om siktedes rett til å stille spørsmål til barnet er ivaretatt, viser EMDs praksis at det avgjørende er om at siktede har fått en «adequate and proper» mulighet til å stille spørsmål til barnet.²⁸² En alminnelig forståelse av denne uttalelsen er at siktede må gis en reell mulighet til å få fremmet sine spørsmål til barnet. I den sammenheng reises det spørsmål om siktedes rett til å be om supplerende avhør etter straffeprosessloven kan anses som en reell mulighet til å stille spørsmål.²⁸³

I utgangspunktet er det ikke tvilsomt at siktedes rett til å stille spørsmål ivaretas dersom det gjennomføres et supplerende avhør av barnet hvor siktedes spørsmål fremmes. Det er derimot mer usikkert om det samme kan sies dersom avhørslederen avskjærer begjæringen om supplerende avhør på bakgrunn av regelen inntatt i strpl. § 239 tredje ledd.

Avhørslederens kompetanse til å avskjære siktedes begjæring om supplerende avhør er begrunnet i hensynet til barnet. Det skyldes at det foreligger en oppfatning om at barnet bør skånes fra å forklare seg om forhold som allerede er tilstrekkelig belyst.²⁸⁴ I tillegg kan gjentatte spørsmål om temaer som barnet allerede har fortalt om føre til at barnet tror at det ikke svarte «riktig», eller føle at det ikke blir trodd.²⁸⁵ Det er også en fare for at barnets forklaring under et supplerende avhør ikke samsvarer med det første på grunn at barnet har

²⁸¹ Rosin mot Estland (Application no. 26540/08) avsnitt 62.

²⁸² S.N. mot Sverige avsnitt 44 og A.S. mot Finland avsnitt 52.

²⁸³ Jf. strpl. 239 b fjerde ledd.

²⁸⁴ Se strpl. § 239 tredje ledd. For nærmere redegjørelse vises det til avhandlingens punkt 3.6.1.

²⁸⁵ Intervju med «kripos-ekspert» Tone Davik, Aftenposten 11.november 2018 09:04. (se kildeliste for URL-adresse).

blitt påvirket av ytre faktorer mellom første og andre avhør. Dette gjør seg særlig gjeldende i tilfeller hvor det gjennomføres en rekke avhør.²⁸⁶ På bakgrunn av barnets særlige sårbarhet bør nok derfor adgangen til å «teste» barnets forklaring ved å stille gjentatte og ledende spørsmål begrenses. En tilsvarende tilnærming til siktedes rett til å stille spørsmål ble benyttet i en dom fra Frostating Lagmannsrett i 2016.²⁸⁷ Saken gjaldt mistanke om at en mor og bror hadde sparket og slått den 12 år gamle datteren i huset. Det ble foretatt et tilrettelagt avhør av jenta, hvor morens forsvarer var tilstede. I etterkant av avhøret ble det sendt inn en begjæring om supplerende spørsmål. Begjæringen ble avslått av avhørsleder, og siktede sendte dermed inn klage til lagmannsretten.

I sin vurdering la lagmannsretten avgjørende vekt på at spørsmålene som siktede ønsket stilt var av svært ledende karakter. Dette fremkommer på dommens s. 5 hvor førstvoterende uttaler at «Retten kan heller ikke se at spørsmålene er av en slik art at de bidrar til å opplyse saken. Etter rettens syn bærer samtlige spørsmål preg av at forsvarer ønsker å få frem at fornærmede ikke snakker sant». Lagmannsretten forkastet anken, og konkluderte med at spørsmålene ikke var egnet til å opplyse saken da fornærmede hadde forklart seg utførlig om det siktede ville spørre om. Det ble lagt vekt på at et supplerende avhør ikke skal anses som et gjentakende avhør, og at vitner skal slippe å gjenta historien på nytt.²⁸⁸ Sett i sammenheng med at EMDs praksis viser at det må gjøres særskilte tiltak for å ivareta hensynet til vitner i vold og overgrepssaker,²⁸⁹ taler dette for at det straffeprosesslovens regler om avskjæring av supplerende avhør er i tråd med retten til å stille spørsmål.

På den andre siden medfører en slik forståelse av retten til krysseksaminasjon at siktedes mulighet til å teste troverdigheten til vitnets forklaring begrenses da det kun gis adgang til å stille spørsmål om forhold som ikke er belyst fra før. Dette utgjør en motsetning til tanken om at det vesentlige siktemålet med krysseksaminasjon er å teste vitnets troverdighet.²⁹⁰ At denne funksjonen ved krysseksaminasjon også er framtrædende når vitnet er et barn følger av *Rosin mot Estland* hvor EMD uttaler at at «The Court also reiterates in this context that one of the purposes of putting questions to a witness is to test the witness testimony in order to reveal

²⁸⁶ *i.c.*

²⁸⁷ LF-2006-46661, Frostatings lagmannsretts kjennelse av 22.04.16.

²⁸⁸ *Ibid* s. 8.

²⁸⁹ *Rosin mot Estland* (Application no. 26540/08) avsnitt 53.

²⁹⁰ Se bl.a. Rt. 1994 s. 1324 (s. 1326) og *Al-Khawaya* avsnitt 142.

any inconsistencies.»²⁹¹ Denne uttalelsen ble gitt i forbindelse med en sak hvor siktede ikke hadde blitt gitt mulighet til å stille spørsmål til det 11 år gamle vitnet i saken, og kan dermed tas til inntekt for at retten til å teste vitnets troverdighet også gjelder i tilfeller hvor vitnet er et barn. Dette taler for ordningen i straffeprosessloven hvor begjæring om supplerende avhør kan avslås er for snever for å ivareta siktedes krav på å stille spørsmål. Ved å benytte seg av denne adgangen, særlig i tilfeller hvor siktedes forsvarer ikke har vært til stede under det første avhøret, er det nok tvilsomt at siktedes adgang til å stille spørsmål kan anses som reell.

Dette underbygges av *A.S. mot Finland* hvor faktum i saken var at klageren aldri ble gitt adgang til å stille spørsmål til barnet. I sin vurdering la EMD til grunn at til tross for at det forelå kompenserende rettssikkerhetsgarantier for å gjøre opp for den manglende krysseksaminasjonen, var realiteten at siktede aldri ble gitt muligheten til å stille barnet spørsmål.²⁹² På bakgrunn av dette kom EMD frem til at det forelå brudd på siktedes rett til rettferdig rettergang.²⁹³

5.3.3.2 Avkall på retten til å stille spørsmål.

Til sist er det interessant å gjøre en vurdering av hva som må til for at siktedes skal anses å ha gitt avkall på retten til supplerende avhør.

Dette spørsmålet behandles i *A.S. mot Finland* hvor flertallet fremholder at:

Neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial. However, such a waiver must, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance.²⁹⁴

Dommen illustrerer at siktede er i sin fulle rett til å gi avkall på retten til å stille spørsmål til barnet. Det må derimot forutsettes at dette gjøres på utvetydig måte, hvor det ikke kan foreligge tvil om at det er gitt avkall på retten. Hva som ligger i dette kravet kommer blant annet til uttrykk i *B. mot Finland* hvor EMD fremholder at «As the defence had been

²⁹¹ *ibid* avsnitt 60.

²⁹² *A.S. mot Finland* avsnitt 66.

²⁹³ *Ibid* avsnitt 75.

²⁹⁴ *Ibid* avsnitt 70.

afforded but turned down a possibility to have questions put to the children in the pre-trial investigation, there is nothing to indicate that the rights of the defence were not respected.»²⁹⁵

Dommen tas til inntekt for at om siktede gis en reell mulighet til å stille spørsmål, så vil han ikke kunne høres med at han ikke ble gitt mulighet til krysseksaminasjon i etterkant. Det vil si at det ikke foreligger krav om at avkallet er gitt uttrykkelig. Det vil være tilstrekkelig at siktede velger å ikke benytte seg av muligheten til å stille spørsmål. En tilsvarende tilnærming til spørsmålet benyttes i *S.N. mot Sverige* hvor EMD kommer frem til at siktede hadde frasagt seg retten til supplerende avhør da forsvareren ga beskjed om at det ikke var behov for å stille ytterligere spørsmål til barnet.²⁹⁶

I dommen fremholder EMD at det foreligger identifikasjon mellom siktede og forsvarerens handlinger. Dette skiller seg fra norsk rett hvor Høyesterett har uttalt at siktede ikke identifiseres med sin forsvarers handlinger. Dette følger av Rt. 2011 s. 93 hvor førstvoterende la til grunn at forsvarerens unnlattelse av å be om supplerende avhør ikke kunne anses som at siktede hadde gitt avkall på retten til å stille spørsmål til barnet.²⁹⁷ På dette området oppstiller norsk rett dermed et sterkere vern enn hva som kan innfortolkes i EMK art. 6

5.4 Sammenfatning av EMDs praksis

Ut fra EMDs praksis kan en slå fast at det kan gjøres unntak fra hovedregelen om bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon under hovedforhandlingen dersom det foreligger en god grunn for at vitnet ikke møter, og at det er gjort tiltak for å gjøre opp for den negative effekten det har for siktedes rett til rettferdig rettergang. Kravet til kompenserende tiltak er høyere i de tilfeller hvor beviset som føres er det eneste, eller hovedsakelige grunnlaget for bevisvurderingen. Det avgjørende er om rettergangen som en helhet anses som rettferdig.²⁹⁸

Hva gjelder avhør av barn som bevis legger EMD til grunn at hensynet til barnets særlige sårbarhet er god nok grunn til at krysseksaminasjon i sin reneste form ikke nødvendigvis må foretas.²⁹⁹ Dette til tross for at vitneforklaringen utgjør det eneste eller hovedsakelige beviset, slik som tilfellet var i *Rosin mot Estland*.³⁰⁰ Det avgjørende for om det foreligger

²⁹⁵ B. mot Finland (Application no. 17122/02) avsnitt 45.

²⁹⁶ S.N. mot Sverige (Application no. 34209/96) avsnitt 49.

²⁹⁷ Rt. 2011 s. 93 avsnitt 28-33.

²⁹⁸ Al-Khawaya avsnitt 108 og Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 103.

²⁹⁹ A.S. mot Finland (Application no. 40156/07) avsnitt 56.

³⁰⁰ Rosin mot Estland (Application no. 26540/08) avsnitt 60.

kompeniserende rettssikkerhetsgarantier som i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til forsvaret og siktedes rett til rettferdig rettergang. Det er klart at verken tiltalte eller siktende har en ubetinget rett til å personlig stille spørsmål til vitnet, og det kan heller ikke stilles krav om at forsvarerne eller siktede skal gis rett til å være til stede under det første avhøret.³⁰¹

Avgjørende er om siktede har blitt gitt mulighet til å få sine spørsmål videreformidlet på en forsvarlig måte. Videre virker det klart at dersom siktede har blitt gitt en slik mulighet, men velger å ikke benytte seg av muligheten, er det et ansvar han selv må bære.³⁰² Står man derimot ovenfor et tilfelle hvor siktede ikke på noe tidspunkt har blitt gitt en reell mulighet til å stille spørsmål foreligger det brudd på art. 6 nr. 3 bokstav d.³⁰³

6 Rettspolitiske betraktninger

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er om dagens ordning for tilrettelagt avhør er i overensstemmelse med de krav som konvensjonen oppstiller for at en rettergang skal kunne anses som rettferdig, og hva som eventuelt kreves for at et slikt avhør skal kunne benyttes som bevis under hovedforhandlingen. Som det er forsøkt fremvist gjennom avhandlingens analyser og drøftelser, vil svaret på dette spørsmålet bero på hvilken forståelse av regelverket som legges til grunn i den konkrete saken. Det kan nok likevel legges til grunn at noen av de straffeprosessuelle reglene er utformet på en slik måte at det i stor grad åpnes for at prosessen kan komme i konflikt med siktedes rett til rettferdig rettergang.

I den forbindelse er det naturlig å trekke frem at lovens system for utsatt varsling i mange tilfeller vil kunne medføre til at siktedes rett til krysseksaminasjon innskrenkes unødvendig. Det skyldes at ved å oppstille en hovedregel om at mistenkte ikke skal varsles, så kreves det ikke at det foretas en vurdering for om utsatt varsling er nødvendig i det konkrete tilfellet som foreligger.

For det andre er det grunn til å tro at straffeprosesslovens hovedregel om at forsvarer ikke skal være tilstede under det første avhøret, medfører at det er lettere å havne i situasjoner hvor det foreligger brudd på EMK, herunder retten til bevisumiddelbarhet. Det skyldes at dersom siktedes manglende rett til krysseksaminasjon ikke repareres med at begjæringen om supplerende avhør tas til følge, så vil det i verste fall kunne medføre at beviset ikke kan

³⁰¹ Ibid avsnitt 62 og S.N. mot Sverige (Application no. 34209/96) avsnitt 52-53.

³⁰² B. mot Finland (Application no. 17122/02) avsnitt 45.

³⁰³ A.S. mot Finland (Application no. 40156/07) avsnitt 64.

fremmes.³⁰⁴ Dette kan enkelt unngås ved å la forsvarer være til stede under det første avhøret, slik som det ble lagt opp til ved den gamle ordningen for dommeravhør. Dette tilsvarer den danske ordningen hvor forsvarer alltid skal være tilstede, selv i tilfeller hvor den mistenkte er ukjent, og den ordningen som er lagt ned forslag om i forbindelse med arbeidet med ny straffeprosesslov.

På bakgrunn av dette mener jeg at det foreligger klare holdepunkter for at regelen for varsling burde endres slik at utsatt varsling utgjør unntaket. I tillegg vil man ved å la forsvarer være tilstede under det første avhøret i større grad sikre seg mot eventuelle krenkelser av retten til rettferdig rettergang. Velger man derimot å opprettholde dagens ordning bør terskelen for å avskjære supplerende avhør være svært høy. Dette både av hensyn til siktedes rett til krysseksaminasjon, og barnets rettssikkerhet. Ender man opp med en situasjon hvor beviset må avskjæres, må det anses som en større belastning for barnet, enn at det må forklare seg på nytt under et supplerende avhør.

Til tross for at det norske systemet for tilrettelagt avhør av barn generelt sett ikke kan anses å være i strid med retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6, må det nok følgelig kunne legges til grunn at en for snever tilnærming til varslingsreglene og siktedes rett til supplerende avhør vil kunne medføre at det foreligger en krenkelse av siktedes rett til krysseksaminasjon. Dette er som nevnt svakheter som ved enkle grep kan avhjelpes, men frem til det eventuelt er gjort bør en nok utvise varsomhet ved bruken av lovverket for å forhindre at siktedes rett til rettferdig rettergang ikke krenkes.

³⁰⁴ Dette tilsvarer situasjonen Rosin mot Estland (Application no. 26540/08)

7 Kilder

7.1 Lover og konvensjoner

Lover

<i>Navn - forkortelse</i>	<i>Fullstendig tittel</i>
Grunnloven – Grl.	Kongeriket Norges Grunnlov 27. mai 1814
Straffeprosessloven av 1887.	Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Staffesager (Opphevet)
Menneskerettsloven – mrl.	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (EMK inkorporert).
Straffeloven – strl.	Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28.
Straffeprosessloven – strpl.	Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 26.

Konvensjoner

<i>Navn – forkortelse</i>	<i>Fullstendig tittel</i>
Barnekonvensjonen	United Nations Convention on the Rights of the Child, av 20. november 1989 (FNs Barnekonvensjon).
EMK	The European Convention on Human Rights, av 4. november 1950.
SP	FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966.
Wien-konvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatrett, Roma 23.mai 1969
Lanzarote-konvensjonen	The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Lanzarote 25.10.2017.

7.2 Forarbeider og andre publikasjoner fra det offentlige

Navn – forkortelse

Fullstendig tittel

Forarbeider

Ot. Prp. Nr. 6 (1926)

Ot. Prp. Nr. 6 (1926) Om vergemål for umyndige.

NUT:1969

NUT:1969 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteen.

NOU 1992:16

NOU 1992:16 Sterkere vern og økt støtte for kriminalitetsofre.

Innst. 347 L (2014-2015)

Innst. 347 L (2014-2015) Innstilling fra justiskomiteen om endringer i straffeprosessloven.

NOU 2016:24 Forslag til ny straffeprosesslov

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, 03.11.2016.

NUT 1969:3

NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffelovskomiteen (Komiteen til revisjon av straffeloven), juni 1969.

Prop. 141 L (2009-2008)

Prop. 141 L (2009-2008) Endringer i straffeprosessloven mv., 11.06.2010.

Prop. 112 L (2014-2015)

Prop. 112 L (2014-2015) Endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner), 24.04.2015.

Prop. 169 L (2016-2017)

Prop. 169 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre), 01.09.2017.

Forskrifter

Forskrift om tilrettelagt avhør

Forskrift om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner (tilrettelagt avhør) nr. 1098 av 24.09.2015.

Påtaleinstruksen

Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) nr. 1679 av 28.06.1985.

Rundskriv og lignende

Navn – forkortelse

Fullstendig tittel

Direktiv og retningslinjer for tilrettelagt avhør	Riksadvokatens direktiv og retningslinjer for tilrettelagt avhør av 21.10.2015 (RA-2015-483).
Beskyttelse av barn mot seksuelt misbruk og utnytting. Norges gjennomføring av Lanzarote-konvensjonen	Rapport fra Barne- og familiedepartementet: Beskyttelse av barn mot seksuelt misbruk og utnytting. Norges gjennomføring av Lanzarote-konvensjonen 18.06.2019.
Riksadvokaten om status og behovet for regelendringer ved tilrettelagt avhør	Riksadvokaten, «Tilrettelagt avhør: Status. Behovet for regelendringer», Brev fra Riksadvokaten til Justis- og beredskapsdepartementet av 21.03.2018.

7.3 Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1992 s. 569

Rt. 1993 s.1118

Rt. 1994 s. 1324

Rt. 1994 side 610

Rt. 1997 s. 247 (kjm.utv.)

Rt. 1999 s. 961

Rt. 2002 s. 1527.

Rt. 2005 s. 1590

Rt. 2005 side 1353

Rt. 2012 s.1985

Rt. 2014 s. 1292

HR-2016-2554-P

HR-2018-1909-A

Underrettspraksis

LF-2016-46661 Frostatings lagmannsretts kjennelse av 22.04.16.

LB-2015-136924, Borgarting lagmannsretts dom av 09.08.16.

7.4 Praksis fra den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

Doorson mot Nederland (Application no.20524/92) 26. mars 1996.

Lindqvist mot Sverige (Application no. 26304/95) 22. oktober 1997.

Rowe og Davis mot Storbritannia (Application no. 28901/95) 16. februar 2000.

Krcmár m/fler mot Tsjekkia (Application no. 35376/97) 03. mars 2000.

P.S. mot Tyskland (Application no.33900/96) 20. desember 2001.

Ziegler mot Sveits (Application no. 33499/96) 21. februar 2002.

S.N. mot Sverige (Application no. 34209/96) dom 2. juli 2002.

Walston mot Norge (Application no. 37372/97) 3. juni 2003.

B mot Finland (Application no. 17122/02) 24. april 2007

A.S. mot Finland (Application no. 40156/07) dom 28. september 2010.

Al-Khawaya og Tahery mot Storbritannia (Application no. 26766705 og 22228/06) dom 11. desember 2011.

Austin m/fler mot Storbritannia (Application no.39692/09) 15. mars 2012.

Štefančič mot Slovenia (Application no. 18027/05) 25. oktober 2012.

Rosin mot Estland (Application no. 26540/08) 19. desember 2013.

González Nájera mot Spania (Application no. 61047/13) 11. februar 2014.

Schatschaschwili mot Tyskland (Application no. 9154/10) 15. desember 2015.

7.5 Utenlandsk rett

Lov:

Retsplejeloven LBK nr 938 af 10/09/2019

Rättegångsbalken (1942:740) 1942-07-18

Rettspraksis:

Svea hovrätt: case no. B 1129-98, avsagt 28. september 1998 o

Svea hovrätt: case no. B1635-99, avsagt 7. juni 1999

7.6 Litteratur

Navn – forkortelse

Fullstendig tittel

Juridisk litteratur

- Øyen, «Straffeprosess» Ørnulf Øyen, «Straffeprosess», 1. utgave, 2016, Fagbokforlaget.
- Andenæs, Johs Avhør av barn som vitner i straffesaker, inntatt i festskrift til Armani Snævar 1989 (s.59-71).
- Rønneberg, Anne Lise og Anne Poulsson *Barn som vitner*, Oslo 2000.
- Øyen, Ørnulf *Flytting av ansvaret for avhør mv. av barn fra domstolen til politiet*. Lov og Rett 02/14 (vol. 53) s. 61-62.
- van der Hagen, Malin Albrechtesen, Ulf Strindbeck og Annika Melinder *Førsamtaler på godt og vondt: Effekter på senere tilrettelagte avhør i lys av vitenpsykologisk forskning*, publisert i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 04/2018 (vol.16)
- Rui, John Petter *Retten til rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017*, Jussens venner (vol.52) Inntatt på side 123-184.
- Matningsdal, Magnus *Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker*, Jussens venner 01-02/2013(vol. 48) Inntatt på sides 1-115.
- Davik og Langballe 2013 Davik, Tone og Langballe Åse, «Du får bare gjøre så godt du kan ...» Utfordringer og dilemmaer ved avhør av barn i førskolealder, Lov og rett nr. 52, 2013

7.7 Rapporter, undersøkelser og direktiver.

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

Felles retningslinjer for statens barnehus, utgitt av Politidirektoratet, Barne-, og ungdoms- og familiedirektoratet og Helsedirektoratet 19. desember 2016.

Barndommen kommer ikke i reprise, Strategi for å bekjempe vold og seksuelle overgrep mot barn og ungdom (2014–2017)

NKVTS Rapport nr.4/2019. *Ungdoms erfaringer med vold og overgrep i oppveksten. En nasjonal undersøkelse av ungdom i alderen 12-16 år.* (UEVO-Studien)

Studieplan for «*Videreutdanning for påtalejurister i ledelse av tilrettelagt avhør*» 2016.

Studieplan for «*Videreutdanning i tilrettelagt avhør av barn*» 2016.

STRASAK-rapporten, Anmeldt kriminalitet og politiets straffesaksbehandling 2018.

Helen Westlund, *Barn som utsats for seksuelle overgrep og den rettslige hanteringen*, Svensk nasjonell rapport av 2001

Riksåklagaren PM 1999:01, Förunderöking vid sexsuelle övergrepp mot barn.

Rigsadvokatens meddelelse om videoafhør av 31.03.2016.

7.8 Nettbaserte kilder

<i>Dato sist besøkt</i>	<i>Fullstendig referanse</i>	<i>Nettside: URL-adresse</i>
17.11.2019	Kripos-ekspert: Mange avhør av barn over en lang periode øker risikoen for at de blir påvirket.	https://www.aftenposten.no/norge/i/yv23eR/kripos-ekspert-mange-avhoer-av-barn-over-en-lang-periode-oeker-risikoen-for-at-de-blir-paavirket
17.11.2019	Bygdeskandalen.	https://www.dagbladet.no/magasinet/bygdeskandalen/65796416
17.11.2019	Svært få anmeldelser om seksuelle overgrep mot små barn ender med tiltale.	https://www.tv2.no/a/10645250/

17.11.2019

Folkerett

<http://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/folkerett/folkerett/id2076380/>

17.11.2019

Han sier at det han gjør er lov. Men jeg vet at det ikke er lov. Jeg har lært det på skolen og på nyhetene.

<https://www.dagbladet.no/magasinet/han-sier-at-det-han-gjor-er-lov-men-jeg-vet-at-det-ikke-er-lov-jeg-har-laert-om-det-pa-skolen-og-pa-nyhetene/68484960>

7.9 Annet

Samtale med politibetjent Nilsen, 17.09.19.

