

Dommeravhør og observasjon

En vurdering av ordningen i lys av siktedes rettigheter og straffeprosessuelle prinsipper

Kandidatnummer: 249

Veileder: Merete Meidell

Leveringsfrist: 25.11.2005

Høst 2005

Til sammen 12860 ord

24.11.2005

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Presentasjon av temaet | 1 |
| 1.2 | Avgrensning | 2 |
| 1.3 | Rettskildesituasjonen | 3 |
| 1.4 | Den videre fremstilling | 4 |
| <u>2</u> | <u>REGLENE OM DOMMERAVHØR OG OBSERVASJON</u> | <u>5</u> |
| 2.1 | Historikk | 5 |
| 2.2 | Kort fremstilling av gjeldende rett | 6 |
| 2.2.1 | I hvilke tilfeller benyttes dommeravhør? | 6 |
| 2.2.2 | Gjennomføringen av dommeravhøret | 7 |
| 2.2.3 | Observasjon | 9 |
| 2.3 | Hvilke hensyn ligger bak ordningen? | 11 |
| <u>3</u> | <u>VURDERING AV ORDNINGEN I LYS AV STRAFFEPROSESSUELLE PRINSIPPER</u> | <u>13</u> |
| 3.1 | Innledning | 13 |
| 3.2 | Bevisumiddelbarhetsprinsippet | 13 |
| 3.2.1 | Unntak fra prinsippet ved dommeravhør og observasjon | 14 |
| 3.3 | Objektivitet ved dommeravhøret? | 16 |
| 3.4 | Kontradiksjonsprinsippet | 17 |
| 3.4.1 | Unntak fra prinsippet ved hovedforhandlingen | 19 |

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>4</u> | <u>SIKTEDES RETTIGHETER VED DOMMERAVHØR.</u> | <u>21</u> |
| 4.1 | Hvem er siktet | 21 |
| 4.2 | Rett til forsvarer | 23 |
| 4.3 | Rett til varsel om dommeravhør | 25 |
| 4.4 | Rett til å være til stede ved dommeravhør | 27 |
| 4.5 | Rett til å stille spørsmål ved dommeravhøret | 31 |
| 4.5.1 | ”Adequate and proper opportunity” | 31 |
| 4.5.2 | Bevissituasjonen | 34 |
| 4.6 | Rett til å være til stede og stille spørsmål ved observasjon | 38 |
| <u>5</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>43</u> |

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet

Tema i denne oppgaven er om ordningen med dommeravhør og observasjon medfører noen begrensninger i siktedes rettigheter og om disse rettighetene eventuelt er ivaretatt på andre måter.

Utgangspunktet i norsk rett er bevisumiddelbarhet som blant annet innebærer at vitner skal føres direkte for den dømmende rett, jfr. lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven, heretter strpl.) § 296. Det gjøres imidlertid unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet ved avhør av vitner *under 14 år* i sak om *forbrytelse eller forseelse mot sedelighet*. I disse tilfellene skal opplesing, videoopptak eller lydopptak av forklaring som er gitt ved dommeravhør etter strpl. § 239, *tre i stedet for* personlig avhør, jfr. strpl. § 298. Bakgrunnen for regelen er å skåne barnet fra den belastning det er å vitne ved en rettssak.

Et overordnet mål i prosessen er å skape materielt sett riktige avgjørelser. Det er i alles interesse at de skyldige blir dømt og at de uskyldige går fri. Det gjelder et sett med straffeprosessuelle prinsipper som skal sikre at vi får en rettssikker prosess. Disse prinsippene har blitt til over lang tid og er et resultat av en avveining mellom ulike hensyn. I denne oppgaven er det spesielt avveiningen mellom hensynet til barnet og hensynet til siktede som gjør seg gjeldende. Hvor langt kan hensynet til barnet strekke seg uten at det går på bekostning av siktedes rettssikkerhet? Balanselinjen kan være vanskelig å trekke.

Etter loven har dommeravhøret to funksjoner. På den ene siden skal det bidra til et *skånsomt avhør* av barnet, jfr. strpl. §§ 234 annet ledd og 239, og retter seg således mot politiets etterforskning. Reglene om dette kommer jeg nærmere inn på under punkt 2.2. På den andre siden skal det erstatte barnets vitneforklaring som bevis *under hovedforhandlingen*, jfr. strpl. § 298. Det er dommeravhørets funksjon som bevis som setter særlige krav til ivaretagelsen av siktedes rettssikkerhet.

1.2 Avgrensning

Som nevnt gjelder ordningen med dommeravhør bare vitner *under* 14 år, og oppgaven avgrenses til å bare omhandle disse sakene.

Avhør av barn som vitner skaper mange interessante problemstillinger innen vitnepsykologi. Barn er blant annet mer påvirkelige enn voksne og kan ha vanskeligere for å skille mellom fantasi og virkelighet.¹ Disse forhold gjør at man må gå frem på en litt annen måte ved avhør av barn. Det vil føre for langt å gå dypt inn i de psykologiske problemstillinger ordningen reiser, så jeg kommer bare inn på dette i den grad det belyser forholdet til siktedes rettigheter.

I 2004 ble det satt ned en arbeidsgruppe til evaluering av dommeravhørsordningen og i denne forbindelse ble det gitt ut en rapport (av 06.05.04, heretter rapporten). I rapporten er det stilt flere spørsmålstegn ved hensiktsmessigheten av observasjonsordningen slik den fungerer i dag. Det fremgår at observasjon blir mindre og mindre brukt på grunn av blant annet skepsis til observasjonens bevisverdi. Dommerens rolle ved observasjonen er det også stilt spørsmålstegn ved. Jeg kommer til å behandle reglene om observasjon slik de foreligger på det nåværende tidspunkt, og avgrenser mot å komme med noen videre vurdering av ordningens hensiktsmessighet.

I den videre fremstilling vil det jeg skriver om dommeravhør også gjelde ved observasjon. I de tilfellene observasjon gir en annen løsning blir dette nevnt særskilt.

¹ For mer om dette emnet se Rønneberg/Poulsson, spesielt del V.

1.3 Rettskildesituasjonen

Reglene om dommeravhør finner vi i strpl. §§ 234 annet ledd, 239 og 298. Med hjemmel i loven har departementet gitt en forskrift om dommeravhør og observasjon, (Kgl. Resolusjon av 2. oktober 1998 nr. 925, heretter forskriften).

I forbindelse med den nye forskriften sendte Justis- og politidepartementet i 1998 ut Rundskriv G-70/98 (heretter rundskrivet). Rundskrivet er på ingen måte bindende for domstolene. Hensikten med et rundskriv er imidlertid å sikre en fast og ensartet praksis, og rundskrivet kan således brukes som et bilde på departementets syn på hvordan reglene bør tolkes.

Reglene om siktedes rettigheter finner vi flere forskjellige steder i straffeprosessloven, men de mest grunnleggende finner vi i kapittel 8 og 9 om siktede og forsvareren. Også forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (av 28. juni 1985 nr. 1679, heretter påtaleinstruksen) utfyller straffeprosessens regler.

Flere av siktedes rettigheter er imidlertid ulovfestede prinsipper utviklet gjennom rettspraksis. Disse prinsippene kommer jeg nærmere inn på i oppgavens tredje del.

Forarbeidene til strpl. § 239 drøfter ganske inngående hvilke hensyn som ligger til grunn for både ordningen og siktedes rettigheter, og er dermed viktig å ta i betraktning når man skal se nærmere på hva som kan utledes av lovteksten.

Fordi dommeravhør foretas hyppig i praksis foreligger det også en del avgjørelser på området. Spesielt interessante blir de dommene som behandler balansegangen mellom hensynet til barnet og hensynet til siktede. Rettspraksis gir også et bilde på hva konsekvensen blir hvis balansegangen har blitt for skjev.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (av 4. november 1950, heretter EMK) ble inkorporert i norsk lovgivning ved menneskerettsloven (av 21. mai nr. 30 1999, heretter mr-loven). Den gjelder som norsk lov, og skal etter mr-loven § 3 ved motstrid gå foran

bestemmelser i annen lovgivning. Spesielt interessant i min oppgave er retten til en rettferdig rettergang etter EMK Art. 6. Dette er rettigheter som tilligger siktede og som må tas i betraktning ved tolkningen av straffeprosesslovens bestemmelser.

Ved tolkningen av EMK er det interessant, og også nødvendig, å se nærmere på enkelte av Den europeiske menneskerettsdomstols (heretter EMD) avgjørelser, for å kunne slutte hvilke krav som stilles til den norske straffeprosessen. Dette blir også gjort i denne oppgaven.

Reelle hensyn er viktig ved balanseringen av hensynet til barnet og til siktedes rettsikkerhet. Det er også viktig å huske at det også er i samfunnets og barnets interesse at siktedes rettigheter er ivaretatt. Det har store konsekvenser for barnet hvis siktede blir uskyldig dømt. Barnet vil selv tro at det har vært utsatt for seksuelle overgrep, uten at dette er tilfelle. Troen på at man er et offer kan ha like store skadevirkninger som hvis man faktisk har vært utsatt for et overgrep.

Rapporten blir brukt i den grad den belyser praksis i forhold til oppgavens problemstillinger.

1.4 Den videre fremstilling

Jeg vil i del 2 redegjøre for bakgrunnen for innføring av dommeravhør og observasjon i norsk rett. Det er viktig å ha et innblikk i hensynene bak reglene om dommeravhør før man skal se på hensynet bak siktedes rettigheter. Jeg vil også gi en kort fremstilling av rettsreglene på området. I del 3 vil jeg ta for meg noen straffeprosessuelle prinsipper som i større eller mindre grad er fraveket som en konsekvens av dommeravhørsordningen. I del 4 ser jeg på hvilke rettigheter siktede har i forbindelse med dommeravhøret for å kompensere avviket fra prinsippene ved hovedforhandlingen.

2 Reglene om dommeravhør og observasjon

2.1 Historikk

Hovedregelen i norsk straffeprosess er at barn har vitneplikt på lik linje med voksne, jfr. strpl. § 108. Tidligere var det ingen særregler for barn og de måtte møte i retten og avgi forklaring. Reglene om dommeravhør kom inn ved en lovendring i den nå opphevede straffeprosessloven av 1887, etter initiativ fra Norske Kvinners Nasjonalråd i 1926. Det hadde vært en lang og opphetet debatt i forbindelse med avhør av barn i sedelighetsaker. Det ble pekt på den særlige påkjenningen barnet ble utsatt for, først som offer for en sedelighetsforbrytelse, deretter gjennom rettsapparatets behandling av saken. Spesielt det faktum at barnet måtte forklare seg gang på gang og aldri fikk gjort seg helt ferdig med saken var viktig. Hovedregelen ble etter dette at barnet skulle avgi forklaring for en dommer utenfor rettsmøte. Siktete hadde på dette tidspunktet ingen kontradiksjonsmuligheter. Dommerens nedtegnelser over barnets forklaring ble lest opp i retten uten at siktete eller hans forsvarer hadde hatt anledning til å stille spørsmål til barnet.²

Ordningen ble opprettholdt ved den nye straffeprosessloven av 1981 som trådte i kraft 1. januar 1986. Aldersgrensen ble senket fra 16 år til 14 år og det ble bestemt at avhøret skulle tas opp på lydbånd. I løpet av 90-årene har det kommet endringer i form av at avhøret skal tas opp på video, at dommeren skal la seg i bistå av en særlig skikket person og at forsvarer som hovedregel skal gis anledning til å overvære avhøret.

I 1997 ble observasjonsordningen innført. Bakgrunnen var at dommeravhør ikke var noen god løsning for de små barna som hadde liten verbal kommunikasjon.

Observasjonsordningen og den nye forskriften om dommeravhør og observasjon trådte i kraft 1. november 1998.

² For mer om bakgrunnen for innføringen se Ot. prp. nr. 6 (1926) Om forandring i lov av 1. juli 1887 om rettergangsmåten i straffesaker.

2.2 Kort fremstilling av gjeldende rett

2.2.1 I hvilke tilfeller benyttes dommeravhør?

Etter strpl. § 239 første ledd, 1. pkt. skal dommeren ta imot forklaring utenfor rettsmøte ved avhør av *vitner under 14 år* i en sak om *forbrytelse eller forseelse mot sedelighet*.

Straffebudene finner vi i Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven, heretter strl.) kapittel 19 for forbrytelsene og kapittel 38 for forseelsene.

Forbrytelsene kan graderes i tre etter handlingens grovhet.

Den mest alvorlige handlingen er ”seksuell omgang” som tilsvarer det tidligere begrepet ”utuktig omgang”. Et eksempel på seksuell omgang er samleie som er definert i strl. § 206. Strl. § 195 som gjelder seksuell omgang med barn under 14 år, har en strafferamme på 10 år og en minstestraff på 2 år ved samleie. Ved særlige grove tilfeller er maksimumsstraffen 21 år. ”Seksuell handling” er mindre grovt og innbefatter for eksempel beføling av kjønnsorganer. De to første kategorier av overgrep som skjer *med* barnet, mens den tredje kategorien som gjelder ”seksuell krenkende eller annen uanstendig atferd”, skjer *overfor* barnet. Et eksempel på dette kan være blotting. Sakens grovhet kan ha betydning når det skal vurderes om barnet skal avhøres ved dommeravhør.

Det er opp til dommeren å avgjøre om det skal foretas dommeravhør i hver enkelt sak. Det avgjørende er om det er ønskelig av hensyn til vitnet eller av andre grunner, jfr. § 239 første ledd første punktum. Dommeren må her legge vekt på vitnets alder og modenhet, samt arten og alvorret i det forhold saken gjelder. Også hensynet til siktede må tillegges vekt, herunder de hensyn som taler for at avhør av vitner skjer direkte for den dømmende rett.³

Det er politiet som sender begjæring om dommeravhør til domstolen, jfr. strpl. § 234 annet ledd første punktum. I praksis er det sjelden at en begjæring om dommeravhør ikke

³ Bjerke/Keiserud s. 842.

blir tatt til følge og dommeravhør skjer mer eller mindre automatisk. Dommerens innsats blir således beskjedent på dette punktet.⁴

Dommeravhør kan også brukes ved avhør av vitne med *psykisk utviklingshemming eller tilsvarende funksjonssvikt*, jfr. § 239 første ledd, første punktum. Det er understreket i forarbeidene at det ikke er noen automatikk i bruk av dommeravhør i disse tilfellene.⁵ Også her må det foretas en konkret vurdering av vitnets språkforståelse og evne til verbal kommunikasjon.

Etter § 239 annet ledd kan dommeravhør også brukes i saker om *andre straffbare forhold* hvis hensynet til vitnet tilsier det. Det spiller ingen rolle hva slags type straffbart forhold det dreier seg om. Dersom det er behov for å høre et barn, enten det er som fornærmet eller som vitne, kan man bruke reglene om dommeravhør. Det kan for eksempel være aktuelt i et tilfelle hvor et barn har vært vitne til et drap, eller kanskje har vært vitne til at far har mishandlet mor over lengre tid. Dommeren må her avgjøre om de samme hensyn taler for at barnet skal slippe å møte og vitne personlig i retten mot hensynet til siktede.

Et eksempel på at dommeravhør ble brukt i sak om annet straffbart forhold finner vi i kjennelse fra Høyesterett fra 19. oktober 2005. Saken gjaldt vold og trusler mot barna og barnas mor.

2.2.2 Gjennomføringen av dommeravhøret

Dommeravhøret skjer *utenfor rettsmøte*. Det innebærer blant annet at reglene i domstolsloven (Lov om domstolene av 13 aug. 1915 nr. 5, heretter dstl.) kapittel 7 om rettsmøter ikke gjelder, blant annet lovens bestemmelser om offentlighet. Det har også betydning i forhold til for eksempel siktedes rett til å være til stede, jfr. strpl. § 243. Dette kommer jeg nærmere inn på i punkt 4.4.

⁴ Rapport punkt 3.1. Bemerkning til forskriften § 1.

⁵ Ot. prp. nr. 33 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv (styrking av kriminalitetsofrenes stilling) s. 27-30.

Etter § 239 første ledd annet punktum, skal dommeren som hovedregel tilkalle en *særlig skikket person* til å bistå ved avhøret eller foreta avhøret under dommerens kontroll. Etter forskriften § 5 bør dommeren som hovedregel overlate selve avhøret av vitnet til den særlig skikkede personen. Nærmere bestemmelser om hvem som er aktuell som særlig skikket person finner vi i forskriften § 6. Dette skal være en person som kan kommunisere godt med barn, og som er kjent med de rettslige krav til avhøret. Rapporten viser at det i praksis vil være en polititjenestemann som har gjennomgått politihøgskolens kurs i etterforskning av seksuelle overgrepssaker. Avsnitt for seksualisert vold ved Nye Kripos har siden 1994 gitt bistand til dommeravhør ved politidistriktene rundt om i landet.⁶ Dommeren har imidlertid hovedansvaret og skal våke over at avhøringen skjer på en måte som er egnet til å fremkalle en klar og sannferdig forklaring og som tar rimelig hensyn til vitnet, jfr. strpl. § 136 første ledd.

Bestemmelser om hvor dommeravhøret skal finne sted har vi i forskriften § 2. Det skal foretas på et sted med tilfredsstillende teknisk opptaksutstyr og hvor forholdene ligger til rette for at avhøret kan følges fra et siderom. I mange tilfeller skjer avhøret på politistasjonen.

Dommeravhøret skal tas opp ved videoopptak og om nødvendig ved eget lydopptak, når det er mulig og ikke hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen taler mot det, jfr. § 239 første ledd tredje punktum, og forskriften § 11. Bakgrunnen for regelen er å sikre avhøret så det kan brukes som bevis ved en eventuell hovedforhandling.

Vilkåret om at ”*det er mulig*” var mer aktuelt tidligere da ikke alle politidistrikter og domstoler hadde det tekniske utstyr som var nødvendig. Det kan imidlertid dukke opp et slikt tilfelle hvis man av en eller annen grunn er nødt til å foreta avhøret i barnets hjem eller på sykehus hvor barnet oppholder seg.

⁶ For mer om kommunikasjon mellom barn og avhørsperson, se doktoravhandling av Gamst /Langballe.

Et eksempel på at *hensynet til vitnet* taler mot det, kan være i en sedelighetssak hvor fornærmede har blitt filmet som et ledd i det seksuelle overgrep. Det kan da være ekstra vanskelig for fornærmede å avgi en forklaring når hun vet at hun blir filmet. Dette er kanskje ikke så aktuelt lenger nå som videoutstyret er forholdsvis ”skjult”, i forhold til tidligere da videokameraet sto på et stativ rett foran fornærmede. Vitnet skal imidlertid som hovedregel informeres om at avhøret blir filmet, jfr. forskriften § 12 første ledd annet punktum. Det er uttalt i forarbeidene at det bare i unntakstilfelle vil være snakk om at videoopptak unnlates av disse grunnene. I de få tilfellene der det ikke er mulig å ta opp forklaringen på video, vil det nesten alltid være mulig med lydopptak.⁷

Forsvarer skal som hovedregel gis anledning til å være til stede når det er mulig og ikke hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen taler mot det, jfr. § 239 første ledd fjerde punktum, jfr. tredje punktum. Grundigere drøftelse om rekkevidden av forsvarerens tilstedeværelse kommer jeg tilbake til i punkt 4.4.

Nærmere regler om gjennomføringen finner vi i forskriften. Det skal blant annet føres protokoll over avhøret etter forskriften § 14.

2.2.3 Observasjon

Reglene om observasjon finner vi i strpl. § 239 tredje ledd. Observasjon kan enten komme istedenfor dommeravhør, eller forut for et dommeravhør. Observasjon vil være aktuelt i de tilfeller der *vitnets alder eller særlige omstendigheter* tilsier det. Dette vil typisk være i de tilfeller hvor barnet er så lite at det mangler evne til å kommunisere i en situasjon som et dommeravhør. Det er særlig aktuelt ved barn under skolepliktig alder. Det kan også gjelde litt eldre barn som ikke har kommet så langt i utvikling eller barn som man ikke får i tale ved et vanlig avhør.

⁷ Ot. prp. nr. 19 (1996-1997) Om lov om endringer i straffeprosessloven (observasjon av små barn mm) s. 7.

Etter forskriften § 16 skal observasjonen foretas av en sakkyndig. Det er ikke forutsatt at dommeren skal følge observasjonen på samme måte som ved dommeravhør. I rundskrivet heter det at dommeren normalt ikke må følge observasjonen, men at han kan benytte seg av muligheten hvis han ønsker det.⁸

En annen forskjell med observasjonen er at den kan foregå over flere ganger, jfr. § 17 første ledd. I rundskrivet er det beskrevet nærmere: ”Generelt antas det at observasjonen normalt vil gå over 2-4 ganger, vare opp til 1 time pr gang og at det samlede antall observasjoner bør foretas innen en periode på ca 14 dager.”⁹

Den sakkyndige observerer vitnet gjennom en kombinasjon av lek og samtale og går ellers frem på den måten han finner hensiktsmessig, jfr. forskriften § 17 annet ledd.

Siktedes forsvarer har ingen tilsvarende rett til å følge observasjonen som ved dommeravhør. § 9 i forskriften gjelder ikke ved observasjon, jfr. § 15 tredje ledd. Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til under punkt 4.6.

I og med at det som hovedregel er forutsatt at verken dommer eller siktedes forsvarer skal følge observasjonen er det desto viktigere at det tas video som dokumentasjon av observasjonen. Reglene om videoopptak gjelder tilsvarende som ved dommeravhør.

Etter § 239 tredje ledd annet punktum, gjelder strpl. §§ 152, 153 og 159 tilsvarende ved observasjonen. Dette er bestemmelser vi finner i straffeprosessloven kapittel 12 om gransking. Et viktig poeng er etter § 159 at granskingen skal foretas så hensynsfullt som mulig overfor dem som berøres.

Fremfor å føre en protokoll som ved dommeravhør, skal den sakkyndige avgi en skriftlig erklæring om observasjonen. Nærmere bestemmelser om dette finner vi i forskriften § 18.

⁸ Rundskriv G70/98 Side 36-37.

⁹ Rundskriv G70/98 Side 37.

2.3 Hvilke hensyn ligger bak ordningen?

Også her er det viktig å ta i betraktning dommeravhørets tosidige funksjon. Først og fremst må man se på hvilke hensyn som begrunner barnets behov for å slippe vanlig vitneavhør i retten, jfr. strpl. 298. Deretter kan man se på hensynene bak de reglene som foreligger om gjennomføringen av selve avhøret, jfr. § 239 og forskriften.

Hovedbegrunnelsen for at barnet skal slippe å vitne i rettssalen er at dette kan være en traumatisk opplevelse. Barnet må forklare seg foran mange ukjente mennesker. I rettssalen er aktor, forsvarer, dommere og kanskje også tilhørere. Spesielt gjør dette seg gjeldende ved intime detaljer i sedelighetssaker. Siktete er også til stede i retten og et møte med siktete ansikt til ansikt kan være tøft og skremmende for barnet.

Hovedbegrunnelsen for innføring av dommeravhør i 1926 var å hindre gjentatt avhør. Barnet måtte forklare seg gang på gang og det kunne ta mange år før barnet fikk anledning til å legge saken bak seg.

Hensynet til en mest mulig riktig forklaring vil selvfølgelig også veie tungt og dette er også en begrunnelse for å foreta avhør av barn utenfor rettsmøte. Ved dommeravhør skal en særlig skikket person foreta avhøret som behandlet under punkt 2.2.2. Dette vil ofte være en forutsetning for å få en forklaring fra barnet overhodet. Dommeravhørssituasjonen vil være en langt tryggere ramme hvor barnet og avhørspersonen kan ta seg tid til å bli bedre kjent før de skal snakke om eventuelle overgrep. Avhørspersonen har også bedre forutsetninger for å stille spørsmål på en måte barnet kan forstå, enn hvis aktor og forsvarer skulle stått for utspørringen. En krysseksaminasjon som ved hovedforhandling kan virke forvirrende på barnet og gjøre det usikkert. Forskning viser at hvis barn blir spurt om det samme spørsmålet for andre gang, er det stor mulighet for at de tror at de svarte feil første gang og deretter prøver seg med et annet svar. Barn har generelt dårligere hukommelse enn

voksne, og dette taler også for å få tatt et avhør så nært opp til det antatte overgrepet som mulig.¹⁰

Hensynet bak innføringen av observasjonsordningen blir på lang vei de samme hensynene som ved dommeravhør. Det som skiller seg ut er at det her er snakk om enda mindre barn, hvor inntrykkene fra rettssalen kan bli enda mer intense og skremmende. Nettopp det at de små barna har mindre utviklet kommunikasjon stiller ekstra store krav til den faglige ekspertisen til den som ”avhører” barnet. Observasjonen er lagt opp til stor grad av lek fremfor verbal kommunikasjon og en lignende avhørsform ville ikke kunne gjennomføres i retten.

Observasjon gir anledning til at barnet kan forklare seg over flere ganger. Dette vil være en fordel i forhold til dagens regler om dommeravhør, idet gjentatt avhør ikke bør finne sted, jfr. straffeprosessloven § 234 annet ledd. Hensynene bak straffeprosessloven § 234 gjør seg ikke i samme grad gjeldende ved observasjon, fordi denne vil foretas av samme person, på samme sted og observasjonene vil være nær hverandre i tid. Ved at observasjonen kan gå over flere ganger unngår man at barnet blir for trett og uoppmerksomt, og det gir avhørspersonen mulighet til å bygge opp et tillitsforhold til barnet over noe tid.

¹⁰ For mer om de psykologiske spørsmål se Rønneberg/Poulsen del V.

3 Vurdering av ordningen i lys av straffeprosessuelle prinsipper

3.1 Innledning

Prosesslovgivningen består i sin helhet av saksbehandlingsregler. Vi har imidlertid enkelte hovedprinsipper. Det er en samlebetegnelse på en del sentrale trekk, og kan ikke på samme måte som de egentlige rettsregler gi grunnlag for rettslige holdbare slutninger. I teorien er det litt uenighet om hvor langt prinsippene rekker. Hov hevder man ikke uten videre kan si at en bestemt løsning *følger* av kontradiksjonsprinsippet.¹¹ På den annen side må det være klart at hovedprinsippene heller ikke er uten rettslig betydning. Det at prosesssystemet inneholder bestemmelser som til sammen gir systemet et visst særpreg, vil i seg selv kunne være et argument for å velge løsninger som er i harmoni med det som oppfattes som et allment prinsipp.

3.2 Bevisumiddelbarhetsprinsippet

Bevisumiddelbarhetsprinsippet går ut på at alle bevis i en rettssak skal føres *direkte* for domstolen, som bare skal dømme ut fra det som kommer frem under hovedforhandlingen.¹² Fordelen med umiddelbar bevisføring er at retten får direkte kontakt med vitnene og partene. Dette er en stor fordel og i mange tilfeller en forutsetning når retten skal vurdere de bevis som foreligger. Høyesterett har flere ganger påpekt fordelen med en umiddelbar bevisføring. I Rt. 2003 s. 1389, premiss 102 uttales:

”Bevisumiddelbarhet er et bærende prinsipp i straffeprosessen. Ved de forklaringene som gis, og de tilføyelser, endringer eller avklaringer som skjer ved eksaminasjon i retten, og det *inntrykk* som formidles gjennom opptreden i rettssalen og under åstedsbefaringer, har den dømmende rett gjennomgående et langt bedre grunnlag for å *vurdere troverdigheten og*

¹¹ Hov s. 74.

¹² Jusleksikon s. 37

holdbarheten av forklaringene enn det som kan oppnås ved lesing av de dokumentene hvor forklaringene er nedtegnet.”(min kursivering).

Vi har ingen uttrykkelig regel i straffeprosessloven om bevisumiddelbarhet, men prinsippet fremgår av blant annet av strpl. § 278, om at hovedforhandlingen er muntlig, og av strpl. § 296 første ledd, som sier at vitner bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det.

3.2.1 Unntak fra prinsippet ved dommeravhør og observasjon

Noe krav om bevisumiddelbarhet er ikke fullstendig gjennomført i norsk rett. Regelen om at videoopptak(...) skal tre i stedet for personlig avhør i strpl. § 298, er et særlig, lovhjemlet unntak fra prinsippet om bevisumiddelbarhet under hovedforhandlingen. Hovedbegrunnelsen for regelen er som behandlet i punkt 2.3, hensynet til barnet.

Det er barnets *alder på hovedforhandlingstidspunktet* som er avgjørende for om dommeravhøret kan føres som bevis. Det vil si at det kan ha vært foretatt dommeravhør i forkant av en sak, men hvis vitnet har fylt 14 år i mellomtiden må han/hun møte personlig i retten. Dette ble slått fast i høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1994 side 878 hvor det heter: ”Det sentrale formål med straffeprosessloven § 298 er å beskytte barn mot den belastning det er å måtte avgi forklaring under hovedforhandlingen. Ut fra dette formål må alderen på det tidspunkt da det er spørsmål om å avgi forklaring under hovedforhandlingen være avgjørende.”

Hensynet til bevisumiddelbarhet slo her gjennom i forhold til barnets behov for beskyttelse. Det er grenser for hvor langt hensynet til barnet kan strekke seg og Høyesterett uttaler at det er en lovgiveroppgave å sette den grensen.

Her er også formålet med regelen presisert. Det er imidlertid ikke noe forbud mot å føre barn under 14 år direkte for retten. Retten må gjøre en vurdering av om vitnet av særlig grunner bør gi forklaring under hovedforhandlingen, jfr. strpl. § 298.

For å ivareta siktedes rettigheter skal dommeravhøret som hovedregel tas opp på video, jfr. § 239 første ledd tredje punktum. Etter strpl. § 298 skal opplesing, videoopptak *eller* lydopptak tre istedenfor personlig avhør. Kan dommeren fritt velge mellom disse alternativene?

Bruk av video gir best grunnlag for bevisbedømmelse fordi opptakene kan vise barnets adferd, kroppsspråk og mimikk. Man får også et generelt inntrykk av avhørssituasjonen. Dette er særlig viktig ved avhør av barn. Det er viktig å kunne kontrollere at spørsmålene ikke er stilt på en ledende måte, jfr. strpl. § 136 annet ledd, og at det ikke er utøvd noen form for press. Dette kan være detaljer som kanskje ikke ville kommet frem ved en opplesning av avhøret. Det er viktig for siktede å ha en slik kontrollmulighet, men det er også viktig i forhold til barnet og sakens opplysning. Har man ikke et videoopptak kan man ikke utelukke at noe slikt har forkommet og bevisverdien vil bli tilsvarende redusert. Dette taler for at videoopptaket må avspilles hvis det foreligger.

Som vi har sett kan det forekomme tilfeller hvor det ikke er anledning til å ta video av avhøret. Det fremgår imidlertid av rapporten i merknad til forskriften § 11 om videoopptak at "Arbeidsgruppen har ved sitt arbeid ikke kommet over saker hvor videoopptak ikke har vært brukt. Det må under enhver omstendighet kunne gåes ut fra at dette bare vil skje i sjeldne unntakstilfelle." Det uttales videre; "Med dagens muligheter for teknisk utstyr, synes unntaksregelen i første ledd ikke særlig praktisk. Bevisverdien av et avhør vil klart svekkes, dersom videoopptak mangler".¹³

Praktiske hensyn kan ikke aksepteres som begrunnelse for ikke å bruke videoopptak ved dommeravhør.¹⁴

I disse tilfellene blir det selvfølgelig aktuelt å spille av lydbånd i stedet for video.

Det kan også spørres om man må spille av alt materiale eller om man kan spille av bare enkelte deler. Det må være klart at dette er mulig hvis aktor og forsvarer blir enige om

¹³ Rapport punkt 3.1. Bemerkning til forskriften § 11.

¹⁴ Se flertallets merknader i Innst. O. nr. 51 (1996-1997) s. 3.

hvilke deler som skal avspilles. ”Det er ikke noe lovbestemt krav om at dommeravhøret *må* avspilles i retten.”¹⁵ Retten må imidlertid kunne bestemme at de vil se alt materiale, jfr. strpl. § 294 om at retten skal våke over at saken blir fullstendig opplyst.

Det er en forutsetning at det tekniske utstyret fungerer tilfredsstillende ved fremvisning av videoopptaket under hovedforhandlingen. Etter forskriften § 14 fjerde ledd skal forklaringen skrives ut så snart som mulig. I praksis blir som oftest utskriften utlevert til dommerne før videoopptaket avspilles. Det kan spørres hvor hensiktsmessig dette er. Tanken er at det enkelte steder kan være vanskelig å høre nøyaktig hva barnet sier og det kan da være greit å ha utskriften å forholde seg til. På den annen side har man ingen garanti for at den personen som har skrevet utskriften har hørt eller eventuelt tolket riktig hva barnet har sagt. En av hovedbegrunnelsene til at videoopptaket skal vises for retten er at dette er det nest beste etter det umiddelbare bevis. Retten skal kunne danne seg et bilde av barnets troverdighet på grunnlag av kroppsspråk og lignende. Hvis de samtidig skal sitte og følge med i utskriften kan dette vanskelig la seg forene. Det kan også stilles spørsmålsteget om denne fremleggingen av utskrift er forenlig med muntlighetsprinsippet som også er et viktig prinsipp etter norsk rett. Jeg går ikke nærmere inn på disse spørsmålene.

3.3 Objektivitet ved dommeravhøret?

Påtalemyndigheten har en objektivitetsplikt og skal under etterforskningen søke å klarlegge både det som taler mot siktede og det som taler *til fordel* for siktede, jfr. strpl. § 226 tredje ledd.

Dommeravhørene finner som oftest sted på politistasjonen og det foretas av en polititjenestemann/kvinne. Avhøret kan ofte bli kombinert med en omvisning på politistasjonen. I rundskrivet er det blant annet nevnt at det er naturlig at avhørspersonen rett før avhøret hilser på vitnet og får kontakt på en uformell måte. Dette kan for eksempel

¹⁵ Rønneberg/Poulssoen s. 97.

kombineres med å ”vise vitnet litt rundt på avhørsstedet”.¹⁶ Det kan spørres om denne praksisen er heldig. Blir barnet farget av at det er hos politiet og kan dette virke inn på barnets forklaring? En bedre løsning hadde vært og møttes på nøytral grunn for eksempel ved domstolene. En politistasjon kan virke skremmende for barn og forbindes gjerne med at dit må de som har gjort noe galt. En høringsuttalelse fra Foreningen for seksuelle overgrep, forteller om ei lita jente som har vært til dommeravhør hos politiet og kommer hoppende glad ut til mor:

”Mamma, æ slapp ut, æ sa ikke nå galt, æ kommer ikke i fengsel.”

Dommeren er til stede i siderommet, men i praksis han ikke noe særlig kontakt med barnet.

3.4 Kontradiksjonsprinsippet

Kontradiksjonsprinsippet går ut på at en part i en prosess skal ha anledning til å uttale seg om saken og til å gjøre seg kjent med det motparten har anført, før det avsies dom.¹⁷

Høyesterett har ved flere anledninger uttalt seg om prinsippets betydning i norsk rett, og uttaler blant annet i Rt. 2003 s. 512 avsnitt 26, at det kontradiktoriske prinsipp er ”en hjørnesten i vår prosessordning”.

Straffeprosessloven har ingen generell regel som fastslår det kontradiktoriske prinsipp. Flere av dens bestemmelser forutsetter imidlertid at siktede har rett til kontradiksjon. Retten til å ta til motmæle er uttrykkelig slått fast i strpl. § 92 første ledd annet punktum; ”Siktede skal gis anledning til å gjendrive de grunner som mistanken beror på, og anføre de omstendigheter som taler for ham.”

For å sikre en effektiv rett til kontradiksjon har straffeprosessloven flere regler som gir siktede rettigheter. Særlig viktig for denne retten er mistenkte og siktedes rett til forsvarer, jfr. strpl. § 94, rett til dokumentinnsyn, jfr. §§ 242 og 264 første ledd, og rett til varsel om

¹⁶ Rundskriv G70/98 s. 32.

¹⁷ Jusleksikon s. 156.

rettsmøter jfr. § 243. Men i forbindelse med denne oppgaven er det retten til å eksaminere de vitner påtalemyndigheten fører, jfr. strpl. § 135, som er av størst betydning.

”Hver part avhører de vitner som er innkalt etter hans begjæring. Når han er ferdig med å avhøre et vitne, kan motparten avhøre det videre, og deretter kan ytterligere spørsmål fra begge sider rettes til vitnet, om rettens formann tillater det.”

Det er aktor og forsvarer som foretar avhør av vitnet.¹⁸ Uttrykket ”hver part” kan derved virke noe misvisende da siktede ikke er gitt noen rett til å stille spørsmål direkte til vitnet. Det gjelder selv om han ikke har forsvarer i saken.¹⁹

Konvensjonskravet om rettferdig rettergang etter EMK Art. 6 har ført til at det kontradiktoriske prinsipp har fått større betydning i norsk rettspraksis enn tidligere.

EMK Art. 6 nr. 3 fastslår:

”Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal ha følgende minimumsrettigheter: d.) å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham, og få innkalt og avhørt vitner på hans vegne under samme vilkår som vitner ført mot ham;”

Bestemmelsen inneholder to regler. Den første angår retten til krysseksaminasjon av aktoratets vitner. Den andre gjelder egen vitneførsel.

Etter ordlyden gjelder retten avhør av *vitner*. EMD har tolket uttrykket ”vitner” autonomt, det vil si selvstendig. Det avgjørende er med andre ord det konvensjonsrettslige innhold i uttrykket ”vitner”, ikke hvilken betegnelse beviset er gitt i nasjonal rett. Det er klart at bestemmelsen omfatter fornærmedes forklaring og dette er også regelen etter norsk straffeprosess

Det ledende synet er at det ikke kan treffes *materielt riktige avgjørelser* uten at siktede er gitt anledning til å kommentere påtalemyndighetens anførsler og bevis.²⁰ Hensynet til kontradiksjon er altså viktig i forhold til siktede, men også i forhold til det offentliges ønske om riktige avgjørelser.

¹⁸ Jfr. Innstilling 1969 s. 211.

¹⁹ Bjerke/Keiserud s. 541.

²⁰ Jebens s. 326.

Ved avgjørelsen av hva som anses bevist, tas bare i betraktning de bevis som er ført under hovedforhandlingen, jfr. § 305. En av begrunnelsene for regelen er at det bare er det som har kommet frem under hovedforhandlingen som siktede har hatt anledning til å imøtegå.

Hovedregelen i lys av kontradiksjonsprinsippet er altså at siktede ved sin forsvarer skal kunne avhøre vitner på lik linje med aktoratet under hovedforhandlingen.

3.4.1 Unntak fra prinsippet ved hovedforhandlingen

Som behandlet i punkt 3.4.1 representerer dommeravhøret et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet. En konsekvens av dette er igjen at siktede ikke vil ha mulighet til å stille spørsmål til barnet ved hovedforhandling da barnet ikke er til stede i retten. Spørsmålet blir da hvordan dette stiller seg til kravene til kontradiksjon etter EMK Art. 6.

Første gang Høyesterett behandlet forholdet til EMK Art. 6 nr. 3 litra d, var i Rt. 1990 s. 312. I kjennelsen behandler Høyesterett Kostovski-saken²¹ og Unterpertinger-saken²², to avgjørelser avsagt av EMD. Av dommene fremgår at opplesning av tidligere avgitte forklaringer under forhandlingen i en straffesak *ikke i seg selv* er i strid med konvensjonen. Kostovski var domfelt for bankran på bakgrunn av opplesning av forklaringer fra anonyme vitner. EMD fant at det var i strid med EMK Art. 6 at Kostovski ikke hadde hatt mulighet til å avhøre vitnene. Selv om ikke Kostovski-saken gjaldt dommeravhør, gir den veiledning i hvilke krav som stilles til kontradiksjon etter EMK Art. 6. Likheten er selvfølgelig at det ikke er mulighet til avhør av vitnet under hovedforhandlingen.

Etter Kostovski-saken kreves det bare at siktede har hatt anledning til å eksaminere *på et eller annet stadium*. Det er altså ikke et krav om at avhøringen må skje ved

²¹ Series A No 116, 1989, Kostovski mot Nederland.

²² Series A No 110, 1987, Unterpertinger mot Østerrike. Unterpertinger ble dømt for vold mot ektefelle og stedatter. De fornærmede hadde avgitt forklaring til politiet, men benyttet seg av sin rett til å nekte å avgi forklaring, slik at Unterpertinger ikke fikk anledning til å eksaminere dem.

hovedforhandlingen. Det stilles derimot større krav til siktedes rettigheter på etterforskningsstadiet hvis det skal være aktuelt å benytte dommeravhøret som bevis ved hovedforhandlingen. Dette er tema for neste del av oppgaven.

4 Siktedes rettigheter ved dommeravhør.

Jeg vil i denne delen ta et skritt tilbake og se på hvilke rettigheter siktede har på etterforskningsstadiet for å ivareta sin rett til kontradiksjon.

4.1 Hvem er siktet

Rettighetene som behandles i denne delen tillegges i utgangspunktet bare den som er siktet. Fulle partsrettigheter får den mistenkte først når han i ord eller gjerning blir siktet. Det er derfor av interesse å gå gjennom hvilke situasjoner som medfører at en person får formell status som siktet. Det er foretatt en avveining av når en person har behov for det vern han som siktet får etter straffeprosessloven.

Etter strpl. § 82 angis det tre alternative måter for hvordan en person kan få stilling som siktet i en straffesak. For det første skjer dette når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet. Dette er typisk i de tilfeller påtalemyndigheten utferdiger en siktelse.

Vedkommende blir også siktet ”når forfølgning mot ham er innledet ved retten”.

Forfølgning er innledet når det er reist tiltale. At forfølgning skal være innledet *ved retten* innebærer at utenrettslige etterforskningskritt ikke alene fører til status som siktet.

En tredje måte den mistenkte får status som siktet er hvis det er besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler rettet mot den mistenkte.

Spørsmålet her blir når en person får status som siktet ved dommeravhør. Et dommeravhør er som nevnt et avhør *utenfor* rettsmøte. Etter ordlyden og tidligere rettsoppfatning ville dette tilsi at mistenkte ikke får status som siktet. Spørsmålet ble reist i Rt. 1993 s. 1118 og på side 1120 slår Kjæremålsutvalget fast at ”begjæring om dommeravhør av barn i denne henseende må betraktes som forfølgning ved retten.” Kjæremålsutvalget tolker forarbeidene til strpl. § 82 som at det er forutsatt at begjæring om dommeravhør må

betraktes som forfølgning ved retten, og at begjæringen må betraktes på samme måte som en begjæring om rettslig avhør. Det er et krav om at forfølgningen må være *rettet mot* den mistenkte.

De samme hensyn vil gjøre seg gjeldende ved en begjæring om observasjon og hensynet til likhet og konsekvens taler for samme løsning. Forarbeidene til strpl. § 239 tredje ledd synes også å forutsette at mistenkte skal gis samme formelle status som ved dommeravhør.²³

Etter EMK er det ikke avgjørende om personen etter nasjonal rett er å anse som siktet, og det kan derfor forekomme tilfeller hvor en person er å anse som siktet etter EMK *før* han formelt er siktet etter nasjonal rett.

Konvensjonsorganenes oppgave er å foreta en selvstendig prøving av om det er grepet inn i en persons situasjon på en måte som etter konvensjonens formål bør gi ham rett til å forsvare seg som Art. 6 verner.²⁴

Det avgjørende, etter EMDs tolkning, er hvor inngripende og direkte vedkommendes situasjon er påvirket som følge av etterforskningen. Det må imidlertid kreves at vedkommende er utpekt på en ”følbar måte”, slik at hans ”situation has been substantially affected”.²⁵

Spørsmålet blir da om omstendighetene rundt dommeravhøret kan medføre at personen er ”affected” slik at han får status som siktet etter EMK *før begjæringen* om dommeravhør. Dommeravhør skal som hovedregel foretas innen 2 uker etter anmeldelse er inngitt til politiet, jfr. § 239 fjerde ledd. Et eksempel kan være hvis media omtaler saken når den blir anmeldt. Spesielt på mindre steder kan en i utgangspunktet anonymisert sak føre til at personen blir uthengt på en følbar måte i lokalmiljøet. I et slikt tilfelle kan personen ha behov for det vern statusen som siktet medfører, som for eksempel retten til en forsvarer.

²³ Anfinsen s. 62.

²⁴ Aall s. 106.

²⁵ Aall s. 109.

4.2 Rett til forsvarer

Forsvarerens oppgave i en straffeprosess består i utgangspunktet av å ivareta siktedes interesser, og i tillegg sørge for at siktedes rettssikkerhet ivaretas gjennom hele prosessen. Retten til forsvarer er en viktig del av kontradiksjonsprinsippet. Ofte er det bare reell hjelp i retten til å ta til motmæle dersom siktede har en hjelper med juridiske kunnskaper. Forsvareren representerer også det offentliges interesse i at ingen uskyldig blir domfelt og at ingen blir behandlet hardere enn riktig er.²⁶ I og med at siktede ikke har kontradiksjonsmuligheter ved hovedforhandlingen, er det desto viktigere at han allerede på etterforskningsstadiet har en forsvarer som bistår ham.

Etter strpl. § 94 har siktede rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken. Dette skal han gjøres kjent med. Denne retten foreligger altså allerede på etterforskningsstadiet. Også den som er *mistenkt* for et straffbart forhold har rett til å la seg bistå av forsvarer. Dette følger av påtaleinstruksen § 8-1 annet ledd første punktum, som også krever at mistenkte skal gjøres kjent med denne rettigheten. Det har altså ikke avgjørende betydning om personen har status som siktet for å ha rett til forsvarer. Det får imidlertid betydning opp imot retten til offentlig oppnevnt forsvarer, som innebærer at forsvareren skal ha godtgjørelse fra staten, jfr. strpl. § 107. Retten til forsvarer vil ofte bare være reell hvis det offentlige overtar omkostningene.

Rett til offentlig oppnevnt forsvarer har siktede bare hvis et av vilkårene i strpl. §§ 96-100 er oppfylt. Som hovedregel har siktede ikke krav på forsvarer under etterforskning, unntatt etter strpl. § 98 som omhandler retten i forbindelse med varetektsfengsling. Et spørsmål blir om dommeravhøret kan sees som et bevisopptak som reguleres av § 97 første ledd første punktum. Avhøret trer istedenfor umiddelbar bevisføring ved hovedforhandlingen, jfr. strpl. § 298, og dette kan tale for at dommeravhøret burde anses som et bevisopptak. Det er imidlertid klart at dommeravhøret formelt sett ikke er et bevisopptak da avhøret skjer utenfor rettsmøte.²⁷

²⁶ Stang, referert i Andenæs s. 87.

²⁷ Rønneberg/Poulsson s. 70.

Retten kan etter strpl. § 100 annet ledd oppnevne offentlig oppnevnt forsvarer utenfor de tilfeller §§ 96-99 omhandler hvis særlig grunner taler for det. Spørsmålet blir da om dommeravhøret kan være en slik særlig grunn. Hovedregelen om at forsvareren skal gis anledning til å overvære avhøret, jfr. strpl. § 239 første ledd siste punktum, kan tale for at dommeravhøret er en slik særlig grunn. Dette fordi retten til forsvarerens tilstedeværelse i mange tilfeller ikke vil være en reell rettighet med mindre forsvareren er offentlig oppnevnt.

I teori og praksis er det lagt til grunn at siktede bør ha forsvarer på det offentliges bekostning ved dommeravhør. Andenæs uttaler; ”(a)t dommeravhøret skal brukes som bevis under hovedforhandlingen, må betraktes som en slik særlig grunn”.²⁸

Det er også nevnt i merknad til § 9 i rundskrivet at i de tilfeller vilkårene for forsvarerens tilstedeværelse er til stede, bør det alltid oppnevnes forsvarer.²⁹

Ved avgjørelsen av om dommeravhøret er en særlig grunn, må det også nevnes at siktede har rett til å motta rettslig bistand vederlagsfritt når dette kreves i rettferdighetens interesse etter EMK Art. 6 nr. 3 litra c. Begrunnelsen for at det er spesielt viktig med offentlig oppnevnt forsvarer ved dommeravhør er nettopp det at avhøret trer istedenfor personlig avhør under hovedforhandlingen, og siktedes eneste reelle mulighet til kontradiksjon skjer dermed på etterforskningsstadiet.

Når det gjelder observasjon er det nevnt i rådgivningsgruppens innstilling at det er meningen at reglene om oppnevning av forsvarer ved dommeravhør skal gjelde tilsvarende ved observasjon.³⁰

²⁸ Andenæs s. 205.

²⁹ Rundskriv G70/98 s. 26.

³⁰ Rådgivningsgruppens innstilling s. 15.

4.3 Rett til varsel om dommeravhør

For at siktede skal kunne benytte seg av sin rett til forsvarer, er han avhengig av å få varsel om at han er siktet og at det skal foretas et dommeravhør i saken.

Strpl. § 86 gir en generell regel om at siktede skal innkalles til alle rettsmøter i saken og etter strpl. § 243 skal siktede stevnes med lovlig varsel til rettsmøter under etterforskningen.

Som tidligere nevnt skjer dommeravhøret utenfor rettsmøte, jfr. § 239 første ledd første punktum. Kan man allikevel anvende strpl. §§ 86 og 243 analogisk på dommeravhør slik at siktede må varsles? Det at dommeravhøret benyttes som bevis ved hovedforhandlingen og er eneste mulighet for kontradiksjon, kunne tale for en slik løsning. Et annet alternativ er å tolke antitetisk som innebærer at når dommeravhøret ikke er et rettsmøte gjelder heller ikke reglene om varsel.

Det er ikke nevnt i strpl. § 239 eller i forskriften at siktede eller hans forsvarer skal varsles. Etter § 239 første ledd siste punktum skal forsvarer som *hovedregel* gis anledning til å overvære avhøret. Man kan tolke dette som at lovgiver forutsetter at siktede ikke alltid skal være til stede og heller ikke har noen ubetinget rett til varsel. Spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene.³¹ Dette kan være fordi man den gang ikke var oppmerksom på at begjæring om dommeravhør gir den mistenkte stilling som siktet i samme utstrekning som begjæring om rettsmøte under etterforskning.³²

Som jeg behandlet under punkt 4.2 så har siktede rett til å la seg bistå av forsvarer etter strpl. § 94. Andenæs hevder at for at den siktede skal kunne få anledning til å bruke sin rett, er det nødvendig at han får underretning om det forestående dommeravhør.³³

³¹ Ot. prp. nr. 33 (1993-1994) s. 24-27.

³² Andenæs s. 206.

³³ l.c.

Spørsmålet ble drøftet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2003 s. 1146. Dommeravhøret ble gjennomført uten at siktede var varslet eller hadde fått oppnevnt forsvarer.

Begrunnelsen for dette var ifølge begjæringen at man ville unngå at siktede ble kjent med saken og ville kunne søke å tilpasse sin egen forklaring til dokumentene, fjerne bevis eller påvirke vitner og/eller fornærmede. Spørsmålet var da om fremgangsmåten var i strid med straffeprosesslovens regler om partsrettigheter. Kjæremålsutvalgets medlemmer hadde forskjellig syn på om fremgangsmåten var i strid.

Dommer Lund påpeker at A i og med begjæringen fikk status som siktet henvist til Rt. 1993 s. 1118, og at dette medførte at han fikk partsrettigheter. Han måtte varsles og få oppnevnt forsvarer. Lund hevder at strpl. § 243 ikke kan forstås motsetningsvis slik at varsel kan unnlates ved dommeravhør. Han legger vekt på § 94 om at siktede har rett til å la seg bistå av forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken, og at siktede skal gjøres kjent med denne retten. Han nevner også Andenæs' begrunnelse.

Dommer Skoghøy legger avgjørende vekt på at § 243 bare gjelder rettsmøter og at spørsmålet må løses etter en tolkning av § 239 og de forskrifter som er gitt med hjemmel i denne bestemmelsen. Han mener det ikke kan stilles noe absolutt krav om at siktede skal varsles til dommeravhør av barn. Det kan finnes situasjoner hvor det av hensyn til etterforskningen kan være nødvendig å gjennomføre et dommeravhør uten at siktede er varslet. Strpl. § 239 og forskriften stiller ikke noe krav om varsel til siktede og reglene må forstås slik at siktede *ikke* har noe ubetinget krav på varsel. Han legger også vekt på at hvis dommeravhøret har blitt gjennomført uten at siktede har vært representert med forsvarer som har hatt kontakt med siktede, og som har fått anledning til å stille spørsmål, så kan ikke dommeravhøret brukes som bevis under hovedforhandling, jfr. Rt. 1999 s. 586.

Dommer Matningsdal tar ikke stilling til om siktede skulle vært varslet, men gir allikevel en drøftelse. I følge han er det uklart om siktede har et unntaksfritt krav på å bli varslet. Strpl. § 94 taler isolert sett for at han må varsles. Han ser deretter på § 243 og påpeker som dommer Skoghøy at denne bare gjelder rettsmøte og at et dommeravhør etter § 239 skjer

utenfor rettsmøte. § 243 taler derfor for at siktede ikke har noe generelt krav på å bli varslet. I og med at § 243 er plassert i samme kapittel som § 239 om dommeravhør, taler det for at den spesielle regel i § 243 må gå foran den generelle regel i § 94.

Kjæremålsutvalget tar således ikke *avgjørende* stilling til om siktede har et ubetinget krav på varsel. Det de imidlertid legger vekt på, og som også i stor grad får betydning for senere saker, er at selv om siktede skulle ha vært varslet, innebærer ikke det nødvendigvis at dommeravhøret må avskjæres som bevis hvis varsel har blitt utelatt. I den konkrete saken var det foretatt et nytt fullstendig avhør hvor forsvareren hadde vært til stede og hadde hatt anledning til å stille spørsmål. En nærmere drøftelse om retten til å stille spørsmål ved dommeravhøret kommer under punkt 4.5.

Når det gjelder rett til varsel *ved observasjon* fremgår det av strl. § 239 tredje ledd annet punktum, at strpl. § 152 gjelder tilsvarende. Etter denne paragrafens tredje ledd skal retten så vidt mulig gi siktede underretning om granskningen og fristen for den. Sett i lys av at forsvarer som hovedregel *ikke* har anledning til å overvære observasjonen så har siktede mindre behov for varsel om observasjon enn ved et dommeravhør. Det er derfor litt ulogisk om siktede skulle ha en større rett til varsel ved observasjon. Man kan på den annen side legge vekt på at underretningen bare gjelder *så vidt* det er *mulig* og dette vil typisk være i de tilfeller hensynet til etterforskningen tilsier at siktede ikke blir gjort kjent med saken. Det var også dette hensynet det ble lagt vekt på av to av dommerne i Rt. 2003 s. 1146.

4.4 Rett til å være til stede ved dommeravhør

Retten til å være til stede er begrunnet med hensynet til et godt forsvar. Siktede vil ikke ha noen mulighet for kontradiksjon hvis han ikke har anledning til å være til stede selv eller ved sin forsvarer.

Spørsmålet blir her i hvilken grad siktede eller hans forsvarer har rett til å være til stede ved dommeravhøret. Siktetes forsvarer skal som hovedregel gis anledning til å overvære

avhøret, jfr. strpl. § 239 første ledd siste punktum. Dette gjelder imidlertid på samme vilkår som etter første ledd tredje punktum. Vilkårene er at det må være mulig og at hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen ikke taler mot det.

Et eksempel på at det ikke er mulig kan i følge forarbeidene være hvor de fysiske forhold ikke er tilrettelagt slik at forsvareren kan følge avhøret fra et tilstøtende rom.³⁴ Det er forutsatt at forsvareren ikke oppholder seg i samme rom som barnet. En av årsakene til innføringen av dommeravhørsordningen var nettopp at man ville begrense antall personers tilstedeværelse under avhøret. Man kan tenke seg en slik situasjon, som nevnt under drøftelsen om muligheten for videoopptak, hvis det av ulike årsaker er nødvendig å foreta avhøret i barnets hjem eller på sykehus hvor barnet oppholder seg.

Et annet eksempel hvor det ikke er mulig å gi forsvareren rett til å være til stede, vil være i de tilfeller man ikke har en kjent gjerningsperson, og det da heller ikke er noen siktet i saken. Det var i utgangspunktet også foreslått at det skulle oppnevnes forsvarer i de tilfeller der ingen var siktet, men dette ble ikke fulgt opp av departementet.³⁵ Det kan stilles spørsmål om hva konsekvensen blir hvis man underveis i avhøret får kjennskap til hvem gjerningspersonen er. Blir personen ved dette tidspunkt automatisk siktet, og bør man derfor stoppe avhøret for at hans forsvarer skal kunne få anledning til å være til stede? Hensynet til barnet vil nok tale for at man fortsetter et påbegynt avhør, men en konsekvens kan bli at det må foretas et nytt dommeravhør senere. Dette kommer jeg nærmere inn på i drøftelsen av siktedes rett til å stille spørsmål til vitner i punkt 4.5.

En annen begrensning i forsvarerens tilstedeværelse vil være hvis hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen taler mot det. Dette kan være aktuelt i de tilfeller vitnet ikke vil være villig til å forklare seg hvis forsvarer er til stede, selv om han er i det tilstøtende rommet. Etter forskriften § 12 skal vitnet før avhøret som hovedregel orienteres om hvem som overvårer avhøret og hvor de befinner seg. Noen barn vil kanskje identifisere

³⁴ Ot. prp. nr. 33 (1993-1994) s. 26.

³⁵ I.c.

forsvareren med siktede og av denne grunn ikke ville/tørre forklare seg. Her kan valget stå mellom å få en forklaring uten forsvarers tilstedeværelse og ikke få noen forklaring i det hele tatt.

Det kan også være nødvendig å nekte forsvareren adgang av hensyn til etterforskningen. Avhøret blir ofte tatt på et tidlig stadium av saken og det kan være behov for å forsikre seg om at den mistenkte ikke blir gjort kjent med mistanken. Hvis politiet ubetinget måtte varsle mistenkte og la hans forsvarer være til stede, kunne dette føre til fare for bevisforspillelse. For å hindre dette måtte politiet igjen foreta de skritt som var nødvendig, som for eksempel ransaking og pågripelse. Før dommeravhøret er foretatt vil det i mange tilfeller bare foreligge en anmeldelse og det er selvfølgelig et helt åpent spørsmål om det overhodet har skjedd en straffbar handling. Av hensyn til siktede kan det i et slikt tilfelle være ønskelig å foreta et avhør uten forsvarer for i det hele tatt finne ut om dette er en sak man skal gå videre med. Konsekvensen blir imidlertid at det i ettertid må foretas et nytt avhør hvor forsvarer er til stede. Det må derfor vurderes i hvor stor grad dette vil være en belastning for barnet, jfr. strpl. § 234 annet ledd om at gjentatt avhør så vidt mulig skal unngås. Hvis man i etterkant av avhøret finner ut at det ikke er grunnlag for mistanken om et straffbart forhold, har siktede blitt spart for den påkjenningen det er å bli pågrepet og få sin eiendom ransaket.

På denne bakgrunn ville departementet ikke foreslå en regel om at siktedes forsvarer alltid har rett til å overvære dommeravhøret.³⁶

Hvis forsvarer av noen av disse grunner ikke får anledning til å overvære avhøret vil han ha adgang til å se videoopptak, eventuelt høre lydopptak eller lese det protokollerte avhøret før hovedforhandlingen. Dersom forsvareren mener det er forhold som ikke er tilstrekkelig belyst vil han kunne ta dette opp med dommeren slik at det eventuelt kan bli holdt et nytt avhør. I følge forarbeidene må dommeren her veie hensynet til at gjentatt avhør så vidt mulig skal unngås av hensyn til barnet, mot hensynet til sakens opplysning og EMKs krav

³⁶ Ot. prp. nr. 33 (1996-1997) s. 26.

til en rettførdig rettergang. Det bør legges vekt på om det i den konkrete saken må antas å være en belastning for barnet å gjennomgå et nytt avhør.³⁷

Som hovedregel skal altså siktedes forsvarer være tilstede ved avhøret, men kan også siktede gis anledning til å være til stede? Loven sier ikke noe om siktedes adgang til å overvære avhøret. Det ser ikke ut til at spørsmålet ble tatt opp i forarbeidene i forbindelse med lovendringen om forsvarerens tilstedeværelse. Justisdepartementet har imidlertid uttalt i rundskrivet uten noen nærmere begrunnelse:

”Det er dommeren som beslutter om forsvarer skal gis anledning til å overvære avhøret. Siktede har selv *ikke* anledning til å overvære avhøret.”³⁸

Justisdepartementet har således forutsatt at siktede ikke har en slik rett. Det kan drøftes om siktede *burde* hatt en rett til å være til stede. Fra et rettssikkerhetssynspunkt vil en slik adgang være en fordel. Det er siktede som har de beste forutsetninger for å kontrollere fornærmedes forklaring og om nødvendig anmode om at tilleggsspørsmål blir stilt under avhøret. Forsvareren har ikke de samme forutsetninger, selv om han på forhånd har konferert med siktede.³⁹ Det er klart at siktede ikke kan ha rett til å være til stede i avh rsrommet hvor barnet er. En av hovedbegrunnelsene bak reglene om dommeravhør er nettopp å skåne barnet fra å måtte avgi forklaring med siktede til stede. Hovedregelen er imidlertid i dag etter forskriften   2, at avhøret skal foretas på et sted der det er lagt til rette for at avhøret kan følges fra et siderom. Man måtte i tillegg sørget for at barnet ikke p traff siktede i forbindelse med avhøret. Mot dette kan nevnes at barnet som hovedregel skal informeres om hvem som oppholder seg i siderommet, jfr. forskriften   12, og dette kan igjen føre til at barnet kvier seg mot å avgi forklaring.

Hvis siktede fikk anledning til å overvære avhøret i første omgang kunne dette også føre til at behovet for gjentatt avhør ble begrenset, og dette vil igjen være en fordel for barnet.

Om siktedes forsvarer har rett til å være til stede ved observasjonen kommer jeg tilbake til under punkt 4.6.

³⁷ Ot. prp. nr. 33 (1996-1997) s. 26.

³⁸ Rundskriv G70/98 s. 24.

³⁹ Andenæs s. 207.

4.5 Rett til å stille spørsmål ved dommeravhøret

Spørsmålet blir i dette punktet i hvilken grad siktede har rett til å formidle spørsmål gjennom sin forsvarer ved dommeravhøret. Forsvarerens adgang til å stille spørsmål er ikke regulert i strpl. § 239. Forskriften § 12 fjerde ledd, omhandler til en viss grad spørsmålet. ”Mens avhøret pågår, kan andre enn den som er innkalt for å forestå avhøret av vitnet, bare stille spørsmål til vitnet gjennom dommeren.”

Det er således forutsatt at forsvareren kan stille spørsmål ved dommeravhøret. I praksis skjer dette ved at avhørspersonen tar en pause i avhøret, kommer inn i det tilstøtende rom, og blir meddelt eventuelle spørsmål. Disse skal da godkjennes av dommeren.⁴⁰

Det er påpekt i rundskrivet at det er særlig viktig at forsvareren gis anledning til å stille spørsmål på denne måten.⁴¹

Som vi har sett under punkt 4.4 er det av ulike grunner ikke alltid forsvareren gis anledning til å være til stede og han er dermed avskåret fra å formidle spørsmål på siktedes vegne. Spørsmålet blir hvilke krav som stilles til siktedes kontradiksjon etter EMK Art. 6, for at dommeravhøret kan brukes som bevis under hovedforhandlingen.

4.5.1 ”Adequate and proper opportunity”

Om siktedes rett til å avhøre vitner er det uttalt i den tidligere nevnte Kostovski-saken, at forsvaret skal gis en ”*adequate and proper opportunity*” til å stille spørsmål til vitnet.

Forsvareren må *formidle* sine spørsmål gjennom avhørspersonen, og har ikke selv mulighet til å stille spørsmål direkte til barnet. Dette er av hensyn til barnet som skal ha færrest mulig personer å forholde seg til. Det kan spørres om denne måten å formidle spørsmål på tilfredsstillende kravet til en ”adequate and proper opportunity” etter EMK. Spørsmålet ble behandlet i Rt. 1994 s. 748 hvor Høyesterett uttaler på side 750;

⁴⁰ Rapport punkt 3.1. Bemerkning til forskriften § 9.

⁴¹ Rundskriv G70/98 s. 30-31.

”Etter de avgjørelser som foreligger fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol er det ikke noe absolutt vilkår etter denne bestemmelse at siktede - eller i praksis hans forsvarer - får adgang til å stille spørsmål direkte: Det er tilstrekkelig at slike spørsmål formidles.”

Spørsmålet ble igjen tatt opp i Rt. 1995 s. 1248 hvor forsvarer hevdet at hans spørsmål ikke ble formidlet av avhøreren på samme måte som påtalemyndighetens spørsmål.

Kjæremålsutvalget avviste påstanden med henvisning til forarbeidene hvor det er forutsatt at spørsmålene fra forsvarer stilles etter at avhøret for øvrig er avsluttet.⁴² Dette, sammen med den omstendighet at barnet generelt var uvillig til å svare på spørsmål, førte til at kjæremålsutvalget ikke kunne se at det forelå konvensjonsbrudd i måten spørsmålene ble formidlet på.

For at siktede skal ha en *reell mulighet* til å få stilt spørsmål gjennom sin forsvarer, er det en forutsetning at forsvareren før avhøret har hatt kontakt med siktede og fått høre hans versjon. I Rt. 1999 side 586 hadde forsvareren fått anmodning fra dommeren om å ikke ta kontakt med sin klient forut for de to dommeravhørene. Forsvareren var til stede ved begge avhørene, men avsto fra å stille spørsmål. Kjæremålsutvalget uttaler på side 588:

”Det er en grunnleggende regel i straffeprosessen at siktede, gjennom sin forsvarer, skal ha hatt mulighet for å avhøre de vitner som føres mot ham, jf EMK artikkel 6 nr 3 bokstav d. En slik mulighet hadde siktede reelt sett ikke ved de aktuelle avhørene av fornærmede.”

Forsvarer var heller ikke kjent med den politiforklaring hans klient hadde avgitt til politiet. Han var dermed avskåret fra å få stilt fornærmede spørsmål ut fra de faktiske forhold som siktede hevdet var riktige.

⁴² Se ot. prp. nr. 33 (1993-1994) s. 51.

Etter strpl. § 242 skal mistenkte og hans forsvarer på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. En av begrunnelsene bak retten til dokumentinnsyn er at det er en forutsetning for en reell og effektiv kontradiksjon i straffeprosessen at partene er *forberedt* på å skulle imøtegå hverandre. Det er imidlertid ingen alminnelig regel om kontradiksjon på etterforskningsstidspunktet og det foreligger en viktig begrensning i retten til dokumentinnsyn. Det er bare aktuelt såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed eller for tredjemann. Spesielt hensynet til etterforskningen vil være aktuelt på et tidlig stadium av saken.

I forskriften § 9 er det påpekt i annet ledd at forsvareren snarest mulig og senest *før* avhøret skal få kopi av sakens dokumenter som han/hun har rett til å gjøre seg kjent med etter straffeprosessloven § 242. Begrensningen i § 242 vil også gjelde ved dommeravhør, men hvis forsvarer ikke har hatt innsyn i dokumentene før dommeravhøret kan konsekvensen bli at siktede ikke har hatt en reell mulighet for kontradiksjon som i den foran nevnte kjennelse fra Rt. 1999 s. 586.

Etter Kostovski-saken kreves det, som nevnt under punkt 3.4.1, bare at siktede har hatt anledning til å eksaminere *på et eller annet stadium*. Det kan skje enten når forklaringen blir gitt eller ved et senere avhør eller bevisopptak. At det holdes et dommeravhør uten forsvarer til stede er altså ikke i seg selv i strid med EMK.

I Rt. 1993 s. 77 hadde ikke forsvarer vært til stede ved dommeravhøret, men fornærmede forklarte seg i retten og eventuelle feil ved det tidligere dommeravhør ville derfor ha underordnet betydning. Forsvarer hadde anledning til å stille spørsmål under hovedforhandlingen. Årsaken til at fornærmede forklarte seg i retten var at han ved lagmannsrettens behandling var nesten 15 år.

Spørsmålet ble også behandlet i Rt. 2003 s. 1146. Forsvarer hadde ikke vært til stede ved det første avhøret, men det ble senere holdt både et supplerende avhør og deretter et fullstendig nytt avhør, begge med forsvarer til stede. Forsvarer hevdet det første avhøret måtte avskjæres som bevis på grunnlag av at han ikke hadde vært til stede.

Kjæremålsutvalget la vekt på at siktede to ganger var gitt adgang til å stille de spørsmål

som det første avhøret måtte foranledige. Utvalget fant således at det ikke ville innebære noen krenkelse av siktedes rett til kontradiksjon at det første avhøret ble brukt som bevis under hovedforhandlingen.

Det må imidlertid gjøres en presisering i anledning siktedes ”adequate and proper opportunity” til å stille spørsmål til vitner. Det følger videre av Kostovski-saken at dette gjelder ”*as a rule*”. I reservasjonen synes å ligge at det må foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i det grunnleggende krav om ”fair trial”. Problemstillingen er hvorvidt rettergangen - betraktet som en helhet – tilfredsstiller kravet til ”fair trial”. I både Kostovski og Unterpertinger-saken er det understreket at bestemmelsene i Art. 6 nr. 1 og nr. 3 litra d må ses i sammenheng, idet nr. 3 litra d er en spesiell side av det grunnleggende kravet til ”fair trial”. Den siktede kan dermed ha hatt en rettferdig rettergang på tross av at han ikke har hatt anledning til krysseksaminasjon.

4.5.2 Bevissituasjonen

Et viktig moment i denne helhetsvurderingen er bevissituasjonen. En forklaring fra fornærmede, i dette tilfellet barnet, vil ofte være det eneste beviset på at en straffbar handling har funnet sted. Hvis domfellelsen *hovedsakelig* bygger på et vitnebevis der siktede ikke har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet, skal det veldig mye til at dette godtas. I Kostovski og Unterpertinger-saken var forklaringene det hovedsaklige bevis og det forlå dermed konvensjonsbrudd.

I Rt. 1990 s. 319 var problemstillingen om saken skulle vært utsatt da forsvarer ikke hadde hatt anledning til å stille spørsmål ved dommeravhøret. Dette var før lovendringen om forsvarerens tilstedeværelse i § 239 første ledd siste punktum. Høyesterett forkastet anken. Det ble lagt vekt på bevissituasjonen, hvor det var andre bevismomenter av vesentlig vekt. Det var også meget tvilsomt om et nytt dommeravhør ville ha noen bevisverdi. Dette på bakgrunn av at fornærmede bare var litt over 6 år ved lagmannsrettsbehandlingen og forholdet lå rundt 10 måneder tilbake i tid. Det var således nærliggende mulighet for

feilerindring og fortrenning. Det ble også lagt betydelig vekt på barnets interesser og den uforholdsmessige påkjenning det ville være for barnet og forklare seg på nytt.

Neste gang spørsmålet kom opp for Høyesterett i Rt. 1994-748 var imidlertid bevissituasjonen en annen og her ble resultatet opphevelse av lagmannsrettens dom. Også i denne saken var det blitt nektet gjentatt avhør av barnet på tross av at forsvarer ikke hadde vært til stede. Lagmannsretten hadde i sin vurdering henvist til kjennelsen i Rt. 1990 s.319 og at det ville være liten bevisverdi i et nytt avhør når det nå var gått lang tid siden første avhør. Høyesterett kom til at det i denne saken var feil å nekte nytt avhør. Det ble blant annet vist til at fornærmede ville være 12 år ved et nytt avhør og at hun skulle forklare seg om forhold som lå flere år tilbake. Fornærmede skal på gjerningstidspunktet ikke ha vært eldre enn 6 ½ år. Saken skilte seg derved fra omstendighetene i Rt. 1990 s. 312. Det ble også lagt vekt på at bevisførselen fra påtalemyndighetens side var mer begrenset i denne saken enn i 1990 og at barneavhøret i saken fra 1994 var det *hovedsaklige bevis*.

Også i Rt. 1999 s. 586, hvor forsvarer ikke hadde hatt kontakt med siktede, var dommeravhørene et sentralt bevis. Det var dermed en klar saksbehandlingsfeil at siktede ikke hadde hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet og lagmannsrettens dom ble dermed opphevet.

Kan det tenkes tilfeller hvor det blir godtatt domfellelse på bakgrunn av et hovedsakelig bevis, hvor siktede ikke har hatt mulighet til å stille spørsmål?

I Rt. 1992 s. 792 var det spørsmål om å lese opp en politiforklaring fra fornærmede. Forklaringen var det hovedsaklige bevis og siktede hadde ikke fått anledning til å stille spørsmål. Problemet i denne saken var at fornærmede hadde avgått ved døden etter forklaringen og Høyesterett behandler forholdet til EMK Art. 6 på side 795 og 796:

”Det ledende synspunkt må være hensynet til "fair trial", men hvor meget som i denne forbindelse kan kreves, må også sees i sammenheng med de muligheter som foreligger for bevisføring som tilfredsstillende de formelle krav konvensjonen stiller. Det må ellers blant annet tas hensyn til forbrytelsens art, om det er grunn til å betvile

riktigheten av den foreliggende forklaring, og om det er konkrete spørsmål tiltalte hadde grunn til å stille vitnet. Jeg peker på at det vil kunne virke støtende om man ut fra rent formelle betraktninger skal avskjære den eneste mulige bevisføring i en alvorlig straffesak.”

I denne saken ble det altså godtatt opplesning. Situasjonen kunne selvfølgelig også kommet på spissen i forbindelse med et dommeravhør hvis det første ble foretatt et avhør uten forsvarer. Hvis barnet døde før neste dommeravhør får man spørsmålet om det første avhøret kan brukes som bevis. Det blir nødvendigvis en konkret vurdering, men momentene Høyesterett nevner i Rt. 1992 s. 792 vil også være relevante her. Da dommeravhøret også i utgangspunktet tas opp på video, får man også et mer helhetlig bilde enn ved en opplesning av en forklaring. Dette vil være et moment som kan tale for at avhøret kan brukes. Retten må imidlertid ta i betraktning at siktede ikke har hatt anledning til å krysseksaminere når de vurderer den totale bevissituasjonen.

EMD har ikke behandlet noen sak fra Norge om hvordan ordningen med dommeravhør og observasjon stiller seg til kravene etter EMK. Høyesterett har imidlertid flere ganger hevdet at ordningen ikke er i strid, selv om det gjelder et sentralt bevis.⁴³

Av nyere praksis fra EMD er saken ”S.N. mot Sverige” av interesse.⁴⁴ I Sverige brukes ikke dommeravhør på samme måte som i Norge, men det er imidlertid mange likheter. Barnet blir som hovedregel ikke ført som vitne ved hovedforhandlingen og isteden blir det vist videoopptak eller lydbånd av avhøret. Hovedforskjellen er at avhøret tas i politiets regi og det er således ingen dommer som våker over gjennomføringen av avhøret som etter strpl. § 136.

I den aktuelle saken var det foretatt to avhør av barnet hvorav ett var dokumenter ved videoopptak og ett ved lydbånd. Forsvarer var ikke tilstede ved det første avhøret og

⁴³ Se blant annet Rt. 1999 s.1579.

⁴⁴ Application no. 34209/96 S.N. mot Sverige.

begjærte således avhør nummer 2. Han ble imidlertid ikke varslet på forhånd og godtok at avhøret ble foretatt uten hans tilstedeværelse. Han formidlet det han ønsket å få utdypet til avhørspersonen før avhøret. Det var ikke tvilsomt at dommeravhørene var de vesentlige bevis og spørsmålet ble da om siktede hadde hatt en rettfærdig rettergang.

EMD nevner generelt i avsnitt 47 at sedelighetssaker er en stor prøvelse for fornærmede og dette gjelder spesielt når fornærmede er mindreårig. Det aksepteres at det blir satt i verk visse tiltak for å beskytte fornærmede. Det er imidlertid forutsatt at slike tiltak kan gjennomføres med tilstrekkelig og effektivt hensyn til forsvaret. Her ser vi at EMD veier hensynet til barnet mot hensynet til siktede. EMD uttaler videre at myndighetene kan bli nødt til å iverksette tiltak som balanserer siktetes "handicaps".

I den konkrete saken legger EMD vekt på at forsvarer godtok at avhøret ble foretatt uten hans tilstedeværelse og at han fikk formidlet spørsmål til avhørspersonen. Forsvareren kunne ha bedt om en utsettelse av avhøret og var tilsynelatende fornøyd etter å ha hørt lydbåndopptaket i etterkant. På bakgrunn av dette fant EMD at det ikke var i strid med Art. 6 at forsvarer ikke hadde vært til stede ved det andre avhøret, jfr. avsnitt 51. EMD fant heller ikke at det var i strid med konvensjonen at han ikke fikk avhøre fornærmede under forhandlingene. Tatt i betraktning de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende ved sedelighetssaker, kan man ikke i alle saker kreve at spørsmålene kommer direkte fra siktede eller hans forsvarer gjennom krysseksaminasjon. Det ble videre lagt vekt på at retten hadde fått forevist videoopptak og lydopptak av avhørene og det uttales i avsnitt 52 at "these measures must be considered sufficient to have enabled the applicant to challenge M.'s statements and his credibility in the course of the criminal proceedings". Det er her lagt vekt på at siktetes rettigheter er ivarettatt i forhold til både kontradiksjonsprinsippet og bevisumiddelbarhetsprinsippet.

EMD kommer også med en generell uttalelse i avsnitt 53 om at bevis som er opptatt av et vitne under omstendigheter hvor siktetes rettigheter ikke kan bli sikret i den grad som normalt kreves, må behandles med ekstrem forsiktighet. I den konkrete saken hadde de

svenske domstolene lagt vekt på at avhøret av fornærmede til en viss grad var vagt og upresist og at det hadde forkommet spørsmål av ledende art. Til tross for dette kom de svenske domstolene til at det var bevist at et straffbart forhold hadde skjedd. ”In these circumstances, the Court is satisfied that the **necessary care** was applied in the evaluation of M.’s statements”(min utheving).

For å oppsummere så kom EMD etter en helhetsvurdering til at det ikke forelå brudd på EMK Art. 6, til tross for at forsvarer ikke hadde vært til stede og stilt spørsmål ved noen av avhørene, og på tross av at det var et hovedsaklig bevis.

Det må imidlertid tas i betraktning at dommen ikke var enstemmig. 5 dommere kom til at det ikke forelå brudd på konvensjonen, mens 2 av dommerne mente at myndighetene ikke hadde gjort alt de kunne for å ivareta hensynet til siktede. De la vekt på at fornærmedes forklaring i en slik sak må behandles med ”extreme care” og når avhøret var vagt og upresist og til en viss grad av ledende art, hadde ikke myndighetene satt i verk tilstrekkelig tiltak for å balansere rettighetene til fornærmede mot hensynet til siktede. Et mulig tiltak kunne vært å tilkalle sakkyndig hjelp.⁴⁵

4.6 Rett til å være til stede og stille spørsmål ved observasjon

Det er ikke nevnt i § 239 tredje ledd at forsvarer skal gis anledning til å overvære avhøret i likhet med dommeravhøret etter første ledd. Første ledd tredje punktum, får tilsvarende anvendelse, men ikke fjerde punktum som gjelder forsvarerens tilstedeværelse. Når det gjelder forskriften så er det i § 15 tredje ledd ramset opp de paragrafer som gjelder tilsvarende for observasjon. Her er ikke § 9 om forsvarerens tilstedeværelse nevnt. Dette taler for at det ikke er meningen at forsvarer skal ha en tilsvarende rett ved observasjonen. I forarbeidene er det klart forutsatt at forsvareren ikke skal følge observasjonen.

⁴⁵ For mer om dette se S.N. mot Sverige s. 18-19.

Departementet henviser til rådgivningsgruppens uttalelser;

”Etter rådgivningsgruppens oppfatning bør forsvarer normalt ikke være til stede ved granskingen, heller ikke i form av å følge granskingen fra et siderom(...)”.⁴⁶

Departementet uttaler deretter uten nærmere begrunnelse;

”Det vil ikke være hensiktsmessig at forsvareren følger observasjonen mens den foregår”.

Rådgivningsgruppen anførte at forsvarerens deltagelse ville være meget ressurskrevende og at forsvarerens tilstedeværelse ville forstyrre formålet med observasjonen.⁴⁷ I og med at departementet ikke gir noen nærmere begrunnelse kan det forstås som at de støtter rådgivningsgruppens anførsel.

Man kan stille spørsmålstegn ved rådgivningsgruppens argument om at forsvarerens tilstedeværelse ville bli meget ressurskrevende. At det ville gå med mange timers arbeid for forsvareren er ikke tvilsomt. Men forsvareren er uansett nødt til å gå igjennom videoopptakene i etterkant for å kunne avgjøre om det er aktuelt å be dommeren videreformidle spørsmål.

Det er også nevnt at forsvarerens tilstedeværelse vil forstyrre formålet ved observasjonen. Det kan spørres om dette argumentet burde være avgjørende. Forsvareren kunne som ved dommeravhør sitte i et tilstøtende rom og den sakkyndige kunne kommet inn i en pause som ved dommeravhør. En forskjell er imidlertid at heller ikke dommeren er til stede ved observasjonen og dermed ikke har noen mulighet til å kontrollere det som skjer. Hvis forsvareren skulle fått en rett til å være til stede, så bør dommeren også være der. Da blir selvfølgelig også ressursituasjonen annerledes, men siktedes rett til kontradiksjon burde veie tyngre.

EMD har i forbindelse med kravet om en rettferdig rettergang innen rimelig tid, uttalt at ressursknapphet hos statene som utgangspunkt *ikke godtas* som unnskyldning for lang

⁴⁶ Ot. prp. nr. 19 (1996-1997) s. 5.

⁴⁷ Se rådgivningsgruppens innstilling s. 6.

saksbehandlingstid.⁴⁸ Hensynet til siktedes rettssikkerhet kan tale for at det samme burde gjelde ved avveiningen mellom siktede rettigheter og ressurs hensyn.

Spørsmålet må igjen sees i lys av om siktede har noen anledning til kontradiksjon ved observasjonen på tross av at forsvarer ikke er gitt anledning til å overvære observasjonen. Forsvareren har ingen mulighet til å stille spørsmål *direkte* under observasjonen. Det er imidlertid forutsatt i forarbeidene at forsvareren skal kunne stille spørsmål til barnet gjennom den sakkyndige mot slutten av observasjonen. Dette kan skje ved at forsvareren, etter å ha sett videoopptaket, kan formulere spørsmål som gis til den sakkyndige via dommeren. Dommeren kontrollerer spørsmålene på samme måte som ved dommeravhør.⁴⁹

Forsvareren må selv ta initiativ til spørsmål etter å ha sett videoopptakene. Det kan spørres om hvor hensiktsmessig dette er. Observasjonen bygger i stor grad på lek og det kan være vanskelig å komme tilbake til et tema det er flere dager siden man var innom og ta opp tråden derfra. Dette gjelder spesielt i lys av de strenge krav som stilles med hensyn til ledende spørsmål, jfr. strpl. § 136 annet ledd. Et stort poeng er også at grunnen til at man gjennomfører en observasjon og ikke et dommeravhør, er at det gjelder små barn som ikke har samme evne til å kommunisere. Nettopp det at det er vanskelig å stille spørsmål til barnet, uten at disse blir ledende, gjør at det kan være problematisk å få svar på forsvarerens spørsmål overhodet.

Har siktede da hatt noen reell mulighet til kontradiksjon som kreves etter EMK?

Spørsmålet om siktedes rett til kontradiksjon ble behandlet i forarbeidene i forbindelse med innføringen av observasjonsordningen.

”Rådgivningsgruppen bemerker at en slik begrensning i kontradiksjonen, ... , ikke kan antas å være i strid med norsk rett eller med folkeretten, jf den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 6 nr. 3 d. Når granskingen kan etterprøves gjennom videoopptaket, og det dessuten må antas at en slik gransking ligger i ytterkanten

⁴⁸ Jebens s. 390

⁴⁹ Ot. prp. nr.19 (1996-1997) s. 5.

av hva art. 6 nr. 3 d er ment å regulere, antar rådgivningsgruppen at på de vilkår som er nevnt vil siktede eventuelt i en senere straffesak få en «fair trial», jf EMK art. 6 nr. 1.»⁵⁰

Rådgivningsgruppen antar at observasjonsordningen ligger i ytterkant av hva EMK skal regulere uten å komme med noen nærmere begrunnelse for sin antagelse.

Justisdepartementet slutter seg til rådgivningsgruppen og uttaler:

”Justisdepartementet antar at forslaget ikke vil reise problemer i forhold til kravet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr 1 om at siktede skal ha en rettferdig rettergang, med rett for forsvareren til å avhøre vitner, jf artikkel 6 nr 3 bokstav d.”⁵¹

Det er videre forutsatt at forsvareren vil ha mulighet til å stille spørsmål til den sakkyndige som har foretatt observasjonen ved hovedforhandlingen. Det utelukkes heller ikke at det kan foretas etterfølgende dommeravhør. Her må dommeren vurdere konkret i den enkelte sak om siktedes krav på en rettferdig rettergang tilsier at det bør foretas dommeravhør i tillegg til observasjonen. For at dette skal være mulig er man imidlertid avhengig av at barnet kan kommunisere ved et dommeravhør og dette er som oftest ikke tilfelle med de aller minste barna. Om siktede har hatt en reell kontradiksjonsmulighet må sees i lys av det faktum at det kanskje ikke er mulig å få stilt spørsmål til de små barna. Vurderingen i et slikt tilfelle har flere likhetstrekk med den tidligere nevnte avgjørelse i Rt. 1992 s. 792 der avhør ikke var mulig på grunn av fornærmedes død. Det foreligger ingen mulighet for en bevisføring som tilfredsstillter kravene etter konvensjonen. Dette kan ikke være ensbetydende med at beviset ikke kan føres, men det må foretas en konkret avveining mellom hensynet til siktede og bevissituasjonen ellers.

Forholdet til EMK ved observasjonsordningen har ikke blitt satt på spissen i norsk rettspraksis. Det er ingen saker om observasjon som har kommet til Høyesterett og antall saker hvor siktede har blitt dømt på grunnlag av en observasjon er særdeles få. I følge

⁵⁰ Ot. prp. nr.19 (1996-1997) s. 5.

⁵¹ I.c.

rapporten kan det synes som ordningen med observasjon blir mindre og mindre brukt og at den innebærer åpenbare muligheter for feilinformasjon.⁵² Rapporten har nå vært ute på høring og det skal jobbes videre med å finne en løsning som i større grad tar hensyn til problematikken med de små barna i forhold til hensynet til siktedes rettssikkerhet.

⁵² Rapport. Kapittel IX Oppsummering.

5 Litteraturliste

- Andenæs Johs. Andenæs. *Norsk straffeprosess, bind I*. 3. utgave, Oslo 2000.
ISBN 82-00-45413-4
- Anfinsen Anne Marie Frøseth Anfinsen. *Observasjon av barn etter straffeprosessloven § 239 tredje ledd – særlig om siktedes rettsikkerhet*. Bergen 1999.
ISBN 82-00-12901-2
- Bjerke/Keiserud I Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven, kommentarutgave, bind I*. 3. utgave, Oslo 2001.
ISBN 82-15-00046-0
- Bjerke/Keiserud II Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven, kommentarutgave, bind II*. 3. utgave, Oslo 2001.
ISBN 82-15-00047-9
- Gamst/Langballe Kari, Trøften Gamst og Åse Langballe. *Barn som vitner: en empirisk og teoretisk studie av kommunikasjon mellom avhører og barn i dommeravhør: utvikling av en avhørsmetodisk tilnærming*. Oslo 2004.
- Hov Jo Hov. *Rettergang I, sivil- og straffeprosess*. Oslo 1999.
ISBN 82-91060-08-8
- Jebens Sverre Erik Jebens. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo 2004.
ISBN 82-02-23997-4
- Jusleksikon Jon Gisle. Kristian Andenæs, Jan Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnhild Dordi Gjønnnes, Magnus Matningsdal, Magnus Aarbakke. *Jusleksikon*. Oslo 1999.
ISBN 82-573-0862-5

Rønneberg/Poulsson Anne Lise Rønneberg og Anne Poulsson. *Barn som vitner, særlig om dommeravhør og observasjon*. Oslo 2000.

ISBN 82-518-3990-4

Aall Jørgen Aall. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen 1995.

ISBN 82-00-22415-5

Forarbeider og utredninger

Ot. prp. nr. 6 (1926)

Om forandring i lov av 1. juli 1887 om rettergangsmåten i straffesaker

Innstilling (1969)

Innstilling fra Straffeprosesslovkomiteen om rettergangsmåten i straffesaker

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

Om lov om endringer i straffeprosessloven mv (styrking av kriminalitetsofrenes stilling)

Rådgivningsgruppens innstilling

Retningslinjer ved avhør av barn september 1994

Ot. prp. nr. 19 (1996-1997)

Om lov om endringer i straffeprosessloven (observasjon av små barn mm)

Innst. O. nr. 51 (1996-1997)

Innstilling fra Justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven (observasjon av små barn mm)

Rapport 2004

Dommeravhør og observasjon av barn. Evaluering fra arbeidsgruppe. Rapport 06.05.2004. Tilgang: http://www.odin.dep.no/jd/norsk/dok/andre_dok/rapporter/012101-220025/dok-bn.html [Sisert: 18.11.05]

Domsregister

| | |
|------------------|------------------|
| Rt. 1990 s. 312 | Rt. 1999 s. 586 |
| Rt. 1990 s. 319 | Rt. 1999 s. 1579 |
| Rt. 1992 s. 792 | Rt. 2003 s. 512 |
| Rt. 1993 s. 77 | Rt. 2003 s. 1146 |
| Rt. 1993 s. 1118 | Rt. 2003 s. 1389 |
| Rt. 1994 s. 748 | |
| Rt. 1994 s. 878 | |
| Rt. 1995 s. 1248 | |

Dommer av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

| | |
|--------------------------|---|
| Series A No 110, 1987 | Unterpertinger mot Østerrike |
| Series A No 116, 1989 | Kostovski mot Nederland |
| Application no. 34209/96 | S.N. mot Sverige, 02/10/2002. |
| | Tilgang: |
| | http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=h bkm&action=html&highlight=34209/96&sessionid=4646672 &skin=hudoc-en [Sisert 18.11.05] |

Lovregister

| | |
|---------------------------|---|
| Lov 22. mai 1902 nr. 10 | Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) |
| Lov 13. august 1915 nr. 5 | Lov om domstolene (domstolloven) |
| Lov 22. mai 1981 nr. 25 | Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) |
| Lov 21. mai 1999 nr. 30 | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) |

Konvensjoner

- 04.11.1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
 Norsk tittel: Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)
- 16.12.1966 International Covenant on Civil and Political rights
 Norsk tittel: Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter
 (SP)

Annet

Det kgl. Justis- og politidepartement, *Rundskriv G-70/98*. Jnr 97/2585 C-J HEF, 23. oktober 1998. Forskrift om dommeravhør og observasjon mm.

