

UiO : **Det juridiske fakultet**

Tilrettelagt avhør

Forholdet mellom straffeprosessloven § 239 b om utsatt varsling av mistenkte og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Kandidatnummer: 640

Leveringsfrist: 25.11.2016

Antall ord: 17953



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	Problemstilling.....	3
1.2	Metodiske spørsmål.....	4
1.3	Den videre fremstillingen.....	5
2	AVHØR AV SÆRLIG SÅRBARE PERSONER- FRA DOMMERLEDET TIL POLITISTYRT AVHØR.....	6
2.1	Bakgrunnen for de særlige ordningene og begrunnelsen for ny avhørsmodell.....	6
2.2	Avhørets formål.....	7
2.3	Dommeravhør.....	7
2.4	Tilrettelagt avhør	10
3	STRAFFEPROSESSLOVEN § 239 B - REGELEN OM UTSATT VARSLING ..	13
3.1	Hovedregelen om utsatt varslng	13
3.2	Unntak fra hovedregelen om utsatt varslng.....	17
3.3	Virkningen av varsel.....	18
4	FORHOLDET MELLOM STRPL. § 239 B OG EMK ART. 6	20
4.1	Innledning.....	20
4.2	Utgangspunkt for vitneforklaringer etter EMK art. 6.....	20
4.3	Unntak og modifikasjoner når et vitne ikke møter til hovedforhandling	21
4.3.1	Innledning	21
4.3.2	Opplesning av tidligere forklaringer	22
4.3.3	Særlig om barn som vitner	27
4.3.4	Særlig om vitner med psykisk utviklingshemming og annen funksjonsnedsettelse.....	35
4.4	Er EMK art. 6 til hinder for en hovedregel om utsatt varslng av mistenkte?.....	36
5	FORHOLDET MELLOM STRPL. § 239 B OG EMK ART. 8	50
5.1	Innledning.....	50
5.2	Fornærmedes vern etter EMK art. 8	50
5.2.1	Anvendelsesområde	50
5.2.2	Statens positive plikter- krav til det nasjonale straffesystemet	51
5.3	Er EMK art. 8 til hinder for en hovedregel om utsatt varslng av mistenkte?.....	52
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	55

LITTERATURLISTE58

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Ved lov 10. juni 2015 nr.91 fikk straffeprosessloven (strpl.) nye bestemmelser om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner. Den tidligere ordningen med dommeravhør i straffesaker ble erstattet med det som nå går under betegnelsen «tilrettelagt avhør».¹

Tilrettelagt avhør er avhør som tas av vitner under etterforskningen og som tas opp på video.² Bestemmelsen om tilrettelagt avhør er inntatt i strpl. § 239.

Etter strpl. § 298 første ledd skal videopptak av avhøret som hovedregel tre i stedet for vitnets personlige forklaring i retten. Avspilling av videopptaket forutsetter imidlertid at siktedes rett til en rettferdig rettergang etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 6 ivaretas, slik Norge er folkerettslig forpliktet til. Dette stiller krav til hvordan det tilrettelagte avhøret gjennomføres. Til forskjell fra dommeravhøret, skal mistenkte som hovedregel ikke varsles om gjennomføringen av det tilrettelagte avhøret jf. strpl. § 239 b. Avhandlingens hovedproblemstilling er hvorvidt siktedes krav på en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 er til hinder for en hovedregel om utsatt varsling av mistenkte.

Konsekvensen av en regel som ikke i tilstrekkelig grad ivaretar siktedes rett til en rettferdig rettergang, er at bevisopptak av barneavhøret må avskjæres.³ En ytterligere konsekvens kan være at gjerningsmannen ikke kan straffes som følge av mangel på bevis.⁴ Avhandlingens andre problemstilling er hvorvidt fornærmedes krav på beskyttelse mot overgrep etter EMK art. 8 er til hinder for en hovedregel om utsatt varsling av mistenkte.

¹ Riksadvokaten (2015) s. 1

² Forskrift om tilrettelagt avhør § 6 første punktum

³ Prop.112 L (2014–2015) s. 58

⁴ Ibid

1.2 Metodiske spørsmål

Da problemstillingen er hvorvidt en klar norsk regel står i strid med våre folkerettslige forpliktelser, reiser det seg særskilte metodiske spørsmål ved besvarelsen av problemstillingen.

Det er innført sektormonisme på straffeprosessrettens område jf. strpl. § 4. Bestemmelsene må således anvendes med de begrensninger som følger av folkeretten. Dersom det foreligger motstrid mellom strpl. § 239 b og EMK, har sistnevnte forrang. Dette følger for øvrig også av menneskerettighetsloven § 3.

Fremstillingen av de interne norske reglene beror på alminnelig rettsdogmatisk metode. Metoden kommer til uttrykk i drøftelsen jeg gjennomfører. Jeg finner likevel grunn til å fremheve det ikke foreligger høyesterettspraksis hva gjelder forståelsen av reglene om tilrettelagt avhør. Foruten ordlydsfortolkning av straffeprosesslovens bestemmelser, vil forarbeidene være en sentral rettskildefaktor.

Ved fastleggelsen av de krav som følger av EMK, vil praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) være den sentrale rettskilde.⁵ Verken strpl. § 4 eller menneskerettighetsloven sier noe om hvilken vekt praksis fra EMD skal tillegges i saker hvor andre medlemsstater blir dømt for konvensjonsbrudd. Det følger imidlertid av praksis fra Høyesterett at avgjørelser fra EMD generelt blir tillagt stor vekt.⁶

Norske domstoler skal foreta en selvstendig tolkning av EMK, og i den forbindelse anvende EMDs metode.⁷ EMD legger stor vekt på egne avgjørelser,⁸ og ved siden av denne praksis skal norske domstoler ved konvensjonstolkningen forholde seg til konvensjonsteksten og alminnelige formålsbetraktninger.⁹

⁵ Se bl.a. Frøberg (2007), s. 176 og Adenæs (1992) s. 378

⁶ Rt. 2004 s. 134 avs. 32

⁷ Rt. 2005 s. 833 avs. 45

⁸ Se bl.a. Rt. 2002 s. 557 s. 566 og Høstmælingen (2012) s. 99

⁹ Rt. 2005 s. 833 avs. 45

Høyesterett har imidlertid gjort visse modifikasjoner fra utgangspunkt om å legge EMDs metode til grunn. Norske domstoler skal ikke være like dynamiske i sin tolkningsstil, og ikke legge inn sikkerhetsmarginer for å unngå at EMD dømmer Norge for menneskerettighetsbrudd.¹⁰ Videre er det, ved tvil om forståelsen av en konvensjonsbestemmelse, adgang til å se hen til de verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning.¹¹

Høyesterett har avsagt en rekke avgjørelser hva gjelder forholdet mellom de tidligere reglene om dommeravhør og EMK. Denne praksis er relevant for fastleggelsen av de krav som følger av EMK.

1.3 Den videre fremstillingen

I den videre fremstilling vil jeg starte med å redegjøre for ordningen med avhør av særlig sårbare personer, herunder dens formål og historiske utvikling (pkt.2). Jeg vil først redegjøre for den tidligere avhørsmodellen og deretter den nye. Da oppgavens hovedfokus er strpl. § 239 b om utsatt varsling av mistenkte, vil jeg ikke redegjøre for alle reglene som gjaldt for dommeravhør, eller som gjelder for tilrettelagt avhør.

I pkt.3 vil jeg foreta en fremstilling av strpl. § 239 b, for så å i pkt.4 og 5 foreta en vurdering av avhandlingens to problemstillinger. Jeg vil først se på regelens forhold til siktedes rett til kontradiksjon etter EMK art. 6 (pkt.4), for deretter se på regelens forhold til fornærmedes krav på beskyttelse etter EMK. art. 8 (pkt.5).

Jeg vil avslutningsvis komme med noen generelle bemerkninger i pkt.6.

¹⁰ Rt. 2000 s. 996 s. 1008

¹¹ Rt. 2005 s. 833 avs. 45

2 Avhør av særlig sårbare personer- fra dommerledet til politistyrte avhør

2.1 Bakgrunnen for de særlige ordningene og begrunnelsen for ny avhørsmodell

Straffeprosessloven bygger på to grunnleggende prinsipper hva gjelder vitneforklaringer i en straffesak; bevisumiddelbarhet og kontradiksjon.¹² Den store hovedregel er at vitner skal forklare seg muntlig og direkte for den dømmende rett under hovedforhandling.¹³ På den måten blir førstnevnte prinsipp automatisk ivaretatt, og det legges videre til rette for kryssseksaminasjon av vitnet. Når det er tale om et særlig sårbart vitne, oppstår det imidlertid særlige spørsmål hva gjelder vitneforklaringer. Dette har ført til regler som både helt og delvis avviker fra de ovennevnte prinsipper; barn under 16 år og andre særlig sårbare vitner avhøres i utgangspunktet utelukkende på etterforskningsstadiet og behøver ikke å vitne i retten.¹⁴

Regler for utenrettslig avhør ble først innført i straffeprosessloven av 1887, ved lovendring i 1926.¹⁵ Frem til 2015 gikk slike avhør under betegnelsen ”dommeravhør”. Hensynet bak ordningen var å skåne barn mot den belastning det innebærer å møte i retten, samt konsekvensene av å måtte forklare seg på ny under hovedforhandling.¹⁶

Reglene om dommeravhør ble ansett å gi et utilfredsstillende vern av barn og andre særlig sårbare personer, hvilket var bakgrunnen for lovendringen i 2015.¹⁷ Formålet med de nye reglene var nettopp å styrke barns og særlig sårbare voksnes rettssikkerhet, og gi disse et bedre vern mot vold og seksuelle overgrep.¹⁸ Det blir imidlertid klart fremhevet i forarbeidene at reglene ikke skal gå på bekostning av siktedes rettssikkerhet,¹⁹ og det fremgår uttrykkelig av forskriften at både vitnets og siktedes rettssikkerhet skal ivaretas.²⁰

¹² Henum (2006) s. 247

¹³ Matningsdal (2007) s. 37

¹⁴ Straffeprosessloven § 298 jf. § 239

¹⁵ Robberstad (2014) s. 132

¹⁶ Matningsdal (2007) s. 217

¹⁷ Prop.112 L (2014–2015) s. 5 og Innst.347 L (2014–2015) s. 3

¹⁸ Prop.112 L (2014–2015) s. 5

¹⁹ Ibid

²⁰ Forskrift om tilrettelagt avhør § 2 andre punktum

2.2 Avhørets formål

Gjennomføringen av det tilrettelagte avhøret er et viktig ledd i politiets etterforskning.²¹ Formålet med avhøret er å skaffe til veie nødvendige opplysninger som kan kaste lys over spørsmålet om det er begått en straffbar handling, og i tilfelle hvem som har begått den.²²

I tillegg til å være et ledd i politiets etterforskning, utgjør avhøret et bevis ved at videoopptaket av avhøret som hovedregel skal avspilles under hovedforhandling i stedet for vitnets personlige forklaring jf. strpl. § 298. Vi ser her at tilrettelagt avhør har en dobbelt funksjon, ved at det både er en ledd i politiets etterforskning og et bevisopptak til bruk ved domstolens behandling av straffesaken.²³

2.3 Dommeravhør

Da reglene om utenrettslig avhør først ble vedtatt var det dommeren som gjennomførte avhøret, normalt på dommerens kontor eller i en rettssal med kun barnet og dommeren til stede.²⁴ Dommeren skrev et referat av barnets forklaring, som ble protokollert og kunne leses opp under hovedforhandling.²⁵

Modellen ble i det alt vesentlige videreført i den nye straffeprosessloven av 1981.²⁶ En viktig endring var at dommeravhøret som hovedregel skulle tas opp på lydbånd.²⁷ I 1992 ble det videre åpnet opp for videoopptak av avhøret.²⁸ Videoopptaket skulle normalt tre i stedet for vitnets personlig forklaring under hovedforhandling.²⁹

²¹ Rønneberg (2000) s. 34 om dommeravhør

²² Riksadvokaten (2015) pkt.1

²³ Rønneberg (2000) s. 37

²⁴ Ibid s. 26

²⁵ Ibid

²⁶ Ibid

²⁷ Ibid

²⁸ Ibid s. 27

²⁹ Forskrift om dommeravhør og observasjon m.m (1998) pkt.1

Reglene ble senere endret en rekke ganger. I det følgende vil jeg redegjøre for reglene om dommeravhør, slik de var før modellen ble erstattet med tilrettelagt avhør. Tidligere strpl. § 239 første punktum lød som følgende:

”Ved avhør av et vitne under 16 år eller et vitne med psykisk utviklingshemming eller tilsvarende funksjonssvikt i en sak om forbrytelse eller forseelse mot sedelighet, skal dommeren ta imot forklaringen utenfor rettsmøte, når han finner det ønskelig av hensyn til vitnet eller av andre grunner.”

Reglene om dommeravhør av barn eller et annet sårbart vitne gjaldt således i utgangpunktet i sedelighetssaker. Dommeren måtte også i disse tilfellene foreta en konkret vurdering av om ordningen skulle benyttes jf. siste del i ovennevnte bestemmelse.

Det fulgte av bestemmelsens annet ledd at samme fremgangsmåte kunne brukes i andre saker enn sedelighetssaker, når hensynet til vitnet tilsa det.³⁰

Til tross for ordlyden ”skal dommeren ta imot forklaringen”, ble dommerens rolle gradvis mindre fremtredende.³¹ Dommeren skulle som hovedregel tilkalle en særlig skikket person til å bistå ved avhøret eller til å foreta avhøret, jf. tidligere strpl. § 239 første ledd andre punktum. I praksis ble avhørene foretatt av politietterforskere, mens dommeren fulgte avhøret fra et annet rom.³²

Mistenkte fikk automatisk status som siktet ved begjæring om dommeravhør, noe som uttrykkelig fremgår av Høyesterettpraksis.³³ Dette fordi et dommeravhør ble ansett som ”forfølgning mot ham er innledet ved retten”, hvilket oppfyller vilkår for siktestatus i strpl. § 82.³⁴

Etter tidligere strpl. § 239 første ledd, fjerde punktum sammenholdt med tredje punktum, skulle siktedes forsvarer gis anledning til å observere avhøret, med mindre ”hensynet til vitnet

³⁰ Strpl. § 239 annet ledd, slik bestemmelsen lød før lovendring

³¹ Arbeidsgruppen (2012) s. 13

³² Prop. 112 L (2014–2015) s. 38

³³ Se f.eks. Rt. 1993 s. 1118 s. 1120 og Rt. 2003 s. 1146 avs. 25

³⁴ Matningsdal (2007) s. 229

eller formålet med forklaringen taler mot det”. Siktedes forsvarer hadde således som hovedregel rett til å overvære avhøret. Dersom unntaket kom til anvendelse hadde forsvarer anledning til å be om nytt avhør av barnet.³⁵ Her måtte hensynet til at gjentatte avhør så vidt mulig skulle unngås jf. tidligere strpl. § 234 annet ledd, avveies mot hensynet til sakens opplysning og siktedes rett til en rettferdig rettergang.³⁶ Det var imidlertid uenighet i teorien om EMK oppstilte en ubetinget rett for forsvarer til å være til stede under avhøret.³⁷

Ovennevnte bestemmelse regulerte forsvarers tilstedeværelse, for det tilfelle at det var oppnevnt forsvarer. Bestemmelsen var imidlertid taus hva gjaldt tidspunktet og vilkårene for oppnevning av forsvarer. I praksis ble forsvarer rutinemessig oppnevnt.³⁸ Hvorvidt siktede hadde krav på forsvarer ved gjennomføringen av dommeravhøret, var det delte meninger om i teorien. Robberstad var av den oppfatning at siktede ikke hadde krav på forsvarer.³⁹ Hun viste bl.a. til at selv om et dommeravhør kan anses å falle inn under slike ”særlige grunner” i strpl. § 100, annet ledd, som gir retten anledning til å oppnevne forsvarer ved begjæring om dommeravhør, ga ikke bestemmelsen siktede *krav* på offentlig oppnevnt forsvarer jf. ”kan”.⁴⁰ Den rådende oppfatning var imidlertid at strpl. § 239, som regulerte forsvarerens tilstedeværelse, måtte praktiseres slik at det ble oppnevnt forsvarer før dommeravhøret.⁴¹ Dette ble av Matningsdal blant annet begrunnet med en henvisning til Rt. 1999 s. 586. Avgjørelsen oppstilte et krav om at siktede måtte få mulighet til å stille spørsmål til vitnet gjennom sin forsvarer dersom dommeravhøret skulle kunne brukes som bevis, og Matningsdal mente dette krevde at det ble oppnevnt forsvarer.⁴²

Det ble ansett som klart at siktede selv ikke hadde anledning til å være til stede ved gjennomføringen av avhøret.⁴³ Siktede fikk gjennom forsvarers tilstedeværelse mulighet til å

³⁵ Ot.prp.nr.33 (1993-1994) pkt.3.4

³⁶ Ibid

³⁷ Se Robberstad (2014) s. 149 og Hennem (2006) s. 260 som var av den oppfatning at det ikke kunnen oppstilles en slik ubetinget rett, mens motsatt standpunkt er inntatt i Matningsdal (2007) s. 244-245 og Jebens (2004) s.558

³⁸ Arbeidsgruppen (2012) s. 13

³⁹ Robberstad (2014) s. 149-150

⁴⁰ Ibid

⁴¹ Matningsdal (2007) s. 231 og Andenæs (2009) s. 186

⁴² Matningsdal (2007) s. 231

⁴³ Se bl.a. Matningsdal (2007) s. 232 og Prop.112 L (2014–2015) s.38

stille spørsmål til vitnet.⁴⁴ Forsvareren kunne imidlertid ikke stille spørsmål direkte til vitnet.⁴⁵ Han måtte nøye seg med å følge avhøret fra et siderom, hvor spørsmålene til vitnet ble formidlet av avhørslederen.⁴⁶ Det var opp til dommeren å bestemme om spørsmålene skulle tillates stilt til vitnet.⁴⁷

Ettersom den mistenkte automatisk fikk status som siktet ved begjæring om dommeravhør, ble siktede varslet før dommeravhøret. Hvorvidt mistenkte hadde et ubetinget krav på forhåndsvarsel var et uavklart spørsmål.

Spørsmålet om loven ga en slik absolutt rett til å bli varslet om avhøret ble reist i Rt. 2003 s. 1146. Det var dissens om loven oppstilte et slikt ubetinget krav, og det var ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet for å avgjøre saken. I saken var det foretatt avhør av en mindreårig uten at mistenkte ble varslet, og uten forsvarer til stede. Det ble senere oppnevnt forsvarer, som var til stede både ved et supplerende avhør, og ved et fullstendig nytt avhør av barnet. Domfelte hevdet avhøret måtte avskjæres som bevis, som følge av at forsvarer ikke var til stede ved første avhør. En dommer fant at det gjaldt et absolutt krav om forhåndsvarsel etter reglene om dommeravhør, mens en annen dommer fant at siktede ikke hadde et slikt ubetinget krav. Tredje dommer fant det uklart, og tok ikke standpunkt til spørsmålet. Det ble således ikke avklart hvorvidt reglene om dommeravhør ga mistenkte et ubetinget krav på forhåndsvarsel.

2.4 Tilrettelagt avhør

Straffeprosesslovens nye regler for avhør av barn og andre særlig sårbare vitner trådte i kraft 2. oktober 2015. Bestemmelsene er inntatt i § 239, med nærmere bestemmelser om gjennomføringen i §§ 239 a-239 f.

Ordningen med tilrettelagt avhør er på flere punkt vesensforskjellig fra dommeravhøret. For det første ble selve avhørsmodellen endret, ved at ansvaret for avhørene ble overført fra

⁴⁴ Prop.112 L (2014–2015) s.38

⁴⁵ Matningsdal (2007) s. 230

⁴⁶ Ibid

⁴⁷ Prop.112 L (2014–2015) s.38

domstolen til politiet.⁴⁸ Selve bakgrunnen og formålet med særordningen for avhør av særlig sårbare personer er imidlertid den samme som for dommeravhøret: avhøret skal sikre at etterforskningen og straffeforfølgningen gjennomføres på en måte som tar hensyn til vitnets sårbarhet.⁴⁹ Hovedregelen er således fortsatt at videoopptak av avhøret skal tre i stedet for vitnets personlige forklaring under hovedforhandling jf. strpl. § 298.

Det følger av strpl. § 239 første og tredje ledd at tilrettelagt avhør skal benyttes ved avhør av vitner under 16 år og vitner med psykisk utviklingshemming eller annen funksjonsnedsettelse, dersom det er tale om seksuallovbrudd etter straffelovens kapittel 26, kroppsskade, drap, mishandling i nære relasjoner og kjønnslemlestelse. I slike saker foreligger det ingen valgmulighet om modellen skal benyttes eller ikke jf. ”skal”. Videre følger det av strpl. § 239 f at avhørene i slike saker skal tas på barnehus.

I strpl. § 239 annet og fjerde ledd er det imidlertid oppstilt en ”kan”-regel for andre saker enn de som er opplistet i første og tredje ledd. I disse tilfellene må hensynet til vitnet eller sakens opplysning tilsi at avhørsformen skal benyttes.⁵⁰

For barn mellom 16 og 18 år kan tilrettelagt avhør benyttes dersom de avhøres som fornærmet i sak om incest eller seksuell omgang mellom andre nærstående jf. strpl. § 239 annet ledd, andre punktum. Tilrettelagt avhør anvendes således som hovedregel ikke for barn i denne aldersgruppen. Dette til tross for at både Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen gjelder for barn opp til 18 år.⁵¹

At tilrettelagt avhør anvendes for et vitne med ”annen funksjonsnedsettelse” innebærer at ordningen ikke er begrenset til personer med diagnosen ”psykisk utviklingshemming”.⁵² Dette vil f.eks. kunne være personer med autisme eller demens.⁵³

⁴⁸ Prop.112 L (2014–2015) s.48

⁴⁹ Forskrift om tilrettelagt avhør § 2

⁵⁰ Strpl. § 239 andre og fjerde ledd

⁵¹ Barnekonvensjonen art. 1

⁵² Prop.112 L (2014–2015) s.34

⁵³ Ibid

Til forskjell fra tidligere avhørsmodell skal mistenkte som hovedregel ikke varsles om gjennomføringen av avhøret jf. strpl. § 239 b. Til tross for at det ikke fremgår eksplisitt av lovens ordlyd, fremgår det av dens forarbeider at dette innebærer at mistenkte ikke automatisk får status som siktet eller oppnevnt forsvarer.⁵⁴ På nærmere bestemte vilkår skal det gjøres unntak fra hovedregelen om utsatt varsling jf. § 239 b første ledd, andre og tredje punktum. En nærmere redegjørelse for regelen og dens begrunnelse blir gitt i pkt.3.

Dersom avhøret gir grunnlag for å ta ut siktelse, skal siktede få oppnevnt forsvarer.⁵⁵ I likhet med tidligere har forsvarer som hovedregel rett til å være til stede under avhøret, men det åpnes opp for unntak i tilfeller hvor forsvarers tilstedeværelse er til skade eller fare for vitnet eller etterforskningen jf. strpl. § 239 d, første ledd litra b.

Som følge av utsatt varsling, oppnevnes det som hovedregel ikke forsvarer ved første avhør. Dette innebærer at forsvarers rett til å overvære avhøret aktualiseres på et senere tidspunkt, ved å begjære supplerende avhør.

Retten til å begjære supplerende avhør reguleres av strpl. § 239 c annet ledd. Avhørsleder skal fastsette en frist for siktede til å begjære supplerende avhør jf. § 239 b fjerde ledd, tredje punktum. Er begjæringen fremsatt innen fristen skal den som hovedregel tas til følge jf. strpl. § 239 c tredje ledd. Begjæringen kan bare avslås dersom avhørsleder etter en samlet vurdering finne at det vil være en ”uforholdsmessig belastning for vitnet” jf. § 239 c tredje ledd. Adgangen til å begjære supplerende avhør er således vid.⁵⁶

Avhørsleder kan selv, uten siktedes begjæring, beslutte at det skal tas supplerende avhør for å få saken tilstrekkelig opplyst eller dersom vitnet ber om det jf. strpl. § 239 c første ledd.

I strpl. § 239 e er det gitt frister for når avhøret skal tas. Fristen er differensiert etter alvorlighetsgrad og hvor mye det haster å ta avhøret.⁵⁷ Ved supplerende avhør skal avhøret gjennomføres så raskt som mulig, og som hovedregel ikke senere enn en uke etter forrige avhør jf. strpl. § 239 e sjette ledd.

⁵⁴ Ibid s.48

⁵⁵ Ibid

⁵⁶ Mevik (2016) s. 90

⁵⁷ Prop.112 L (2014–2015) s.73

3 Straffeprosessloven § 239 b - regelen om utsatt varsling

3.1 Hovedregelen om utsatt varsling

Det følger av strpl. § 239 b at mistenkte som hovedregel ikke skal varsles før det gjennomføres et tilrettelagt avhør. Dette innebærer at avhøret kan gjennomføres uten at mistenkte er klar over at det blir tatt avhør i en sak hvor han er mistenkt.⁵⁸

Som nevnt er et formål med endret avhørsmodell å styrke barns og andre særlig sårbare voksnes rettssikkerhet.⁵⁹ Strpl. § 239 b, om utsatt varsling, har flere begrunnelser som nettopp tar sikte på å fremme dette formålet, og kan ses på som et viktig ledd i så henseende.

I forarbeidene synes en av hovedbegrunnelsene for regelen om utsatt varsel å være hensynet til å beskytte de mest sårbare mot nye overgrep.⁶⁰ Det vises i den forbindelse til at i de saker hvor barn og andre særlig sårbare voksne utsettes for vold eller seksuelle overgrep, er gjerningspersonen som oftest en person den fornærmede kjenner godt.⁶¹ Gjerne en i samme husstand eller et annet familiemedlem.⁶² På denne bakgrunn blir det fremholdt at en regel om varsling av mistenkte, uten at vedkommende pågripes, innebærer en stor risiko for at vitnet utsettes for nye overgrep i perioden fra anmeldelse til avhør.⁶³ Også Arbeidsgruppen fremhevet faren for at vitnet kan bli utsatt for nye overgrep, og uttalte at det i visse saker vil være ”direkte uforsvarlig” med hensyn til vitnets sikkerhet at mistenkte varsles om avhøret på forhånd.⁶⁴

Det må imidlertid være klart at man ved varsel av mistenkte ikke ville satt vitnet i en slik situasjon at det var fare for at det ville blitt utsatt for nye overgrep. Som fremholdt i forarbeidene selv, var det tidligere nødvendig å gjennomføre en politiaksjon for å beskytte barn og særlig sårbare voksne mot overgrep i de mest alvorlige sakene.⁶⁵ I forarbeidene

⁵⁸ Skogstrøm, Aftenposten (2015b)

⁵⁹ Se pkt. 2.1

⁶⁰ Prop.112 L (2014–2015) s. 53

⁶¹ Ibid

⁶² Ibid

⁶³ Ibid

⁶⁴ Arbeidsgruppen (2012) s. 36

⁶⁵ Prop.112 L (2014–2015) s. 53

fremheves det at slike politiaksjoner ble ansett å være dramatiske og belastende for både vitnet og siktede.⁶⁶ Dersom det er mistanke om overgrep vil imidlertid dette hensynet, etter min mening, ha liten vekt. I den forbindelse nevnes det at det i slike tilfeller også vil kunne iverksettes andre tiltak av administrativ karakter, slik som akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6. Etter min mening tillegges behovet for en regel om utsatt varsling av hensyn til vitnes sikkerhet større vekt enn det fortjener.

Videre er hovedregelen om utsatt varsling begrunnet i hensynet til å unngå at vitnets forklaring påvirkes i perioden mellom anmeldelse og avhør.⁶⁷ Også faren for annen bevisforspillelse lå til grunn for å endre regelen om varsling av mistenkte.⁶⁸ Dersom mistenkte varsles om avhøret, vil dette gi vedkommende anledning til å kvitte seg med slikt materiale.⁶⁹ Også dette problemet ble tidligere løst ved at det ble gjennomført politiaksjon for de mest alvorlige sakene.⁷⁰ Jeg er imidlertid enig i at en regel om utsatt varsling i større grad kan sies å forhindre bevisforspillelse, og det vil kunne gjøre det enklere å etterforske saken.⁷¹

Regelen om utsatt varsling har videre som formål å senke terskelen for å melde fra til politiet i tilfeller hvor det foreligger en mistanke om at et barn, eller en særlig sårbar voksen, har vært eller utsettes for overgrep.⁷² I følge forarbeidene er det ansett som en kjent sak at barn har blitt utsatt for vold eller seksuelle overgrep over lengre tid og at det har foreligget en bekymring, uten at forholdet er blitt anmeldt til politiet.⁷³ En regel om forhåndsvarsel har blitt ansett som en av årsakene til at både barneverntjenesten og privatpersoner har unnlatt eller utsatt å melde ifra om forholdet.⁷⁴ Dette fordi slike anmeldelser ofte resulterte i at det ble besluttet å gjennomføre dommeravhør, hvor den angivelige gjerningsmannen ble varslet om avhøret.⁷⁵

Det ovennevnte viser at regelen om utsatt varsling i stor grad er gitt av hensyn til barnets og andre særlig sårbare personers rettssikkerhet og av etterforskningshensyn. Regelen er

⁶⁶ Ibid

⁶⁷ Ibid

⁶⁸ Ibid

⁶⁹ Ibid

⁷⁰ Ibid

⁷¹ Ibid

⁷² Riksadvokaten (2015) pkt. 13

⁷³ Prop.112 L (2014–2015) s. 53

⁷⁴ Ibid

⁷⁵ Prop.112 L (2014–2015) s. 53-54

imidlertid også begrunnet ut i fra hensynet til mistenkte: regelen har som formål å unngå unødige siktelsler.⁷⁶ Ved å unnlate å varsle skånes mistenkte for den belastning det er å bli siktet i tilfeller hvor mistanken avkrefte ved avhøret.⁷⁷ Etter min mening bør imidlertid hensynet til å unngå unødige siktelsler ha svært begrenset vekt. Fokuset bør ligge på at en bekymring må meldes ifra, selv om dette innebærer noen grunnløse bekymringsmeldinger.⁷⁸

I de tilfeller hvor mistenkte ikke skal varsles om avhøret, skal vedkommende ”heller ikke varsles eller underrettes om oppnevning av midlertidig verge eller på annen måte varsles om avhøret” jf. strpl. §239 b annet ledd.

Oppnevning av verge vil ofte være nødvendig ved gjennomføring av et tilrettelagt avhør. Dette da mistanken i mange tilfeller er rettet mot barnets foreldre, og det som oftest er foreldrene som er barnets verge.⁷⁹ Foreldrene er i slike tilfeller ikke egnet til å ivareta barnets interesser, og det må derfor oppnevnes en midlertidig verge for barnet.⁸⁰ Vergeoppnevning er også nødvendig der vergen ikke selv er mistenkt, men vergen har en slik tilknytning til mistenkte som gjør at vedkommende ikke kan ivareta vitnets interesser.⁸¹ Dette kan f.eks. være tilfelle hvor det er vitnes stefar som er mistenkt og mor til barnet er verge. Her vil barnets mor kunne ønske å beskytte sin samboer, og dermed ikke være i stand til å ivareta barnets interesser. I disse tilfellene vil unnlatt varsel om vergeoppnevning være nødvendig for å unngå at mistenkte gjøres kjent med at avhøret.⁸² Bestemmelsen kan således sies å være en naturlig konsekvens av regelen om unnlatt varsling av mistenkte.

Det er i loven ikke eksemplifisert hva som kan være en slik ”annen måte” å varsle mistenkte om avhøret på. Det er nærliggende å tro at det er brukt en slik vid formuleringen for å unngå enhver form for handling som kan medføre at mistenkte underrettes om avhøret. I forarbeidene nevnes det at unnlatt varsel innebærer at mistenkte ikke skal innkalles etter strpl.

⁷⁶ Prop.112 L (2014–2015) s. 53

⁷⁷ Ibid

⁷⁸ Skogstrøm, Aftenposten (2015a)

⁷⁹ Prop.112 L (2014–2015) s. 55

⁸⁰ Ibid

⁸¹ Ibid

⁸² Ibid

§§ 110 eller 114, dersom mistenkte er barnets foresatte eller har en relasjon til mistenkte som gjør ham inhabil.⁸³

En følge av at mistenkte ikke skal varsles er, som tidligere nevnt, at han ikke får status som siktet. Dette kommer ikke eksplisitt til uttrykk i ordlyden. Det kan imidlertid utledes av bestemmelsens tredje ledd. Etter denne bestemmelsen skal påtalemyndigheten, i de tilfeller hvor det er gjennomført et tilrettelagt avhør uten at mistenkte er blitt varslet, ”så snart som mulig” ta stilling til om det skal utferdiges siktelse, jf. strpl. § 239 b tredje ledd.

Ordlyden ”så snart som mulig” tilsier at påtalemyndigheten skal ta stilling til spørsmålet med én gang den har grunnlag for å avgjøre om det skal ta ut siktelse eller ikke. I forarbeidene er dette uttrykt som et krav om at påtalemyndigheten ”straks etter første avhør” skal ta stilling til om det er grunnlag for å ta ut siktelse.⁸⁴ Dette kan ved første øyekast tilsi at spørsmålet om utferdigelse av siktelse skal avgjøres etter første avhør, og at det ikke er adgang til å foreta flere avhør av vitnet, før det tas ut siktelse. Det blir imidlertid uttrykkelig fremhevet i forarbeidene at det kan tas flere avhør før mistenkte blir siktet i saken.⁸⁵ Terskelen for å ta ut siktelse skal imidlertid være lav.⁸⁶

Heller ikke tidspunktet for oppnevning av forsvarer går frem av lovteksten.

Det fremgår imidlertid av strpl. § 97 tredje ledd at i tilfeller hvor siktede blir varslet om avhøret skal han ”straks” få oppnevnt forsvarer. En antitetisk tolkning av bestemmelsen tilsier at det ikke skal oppnevnes forsvarer dersom det ikke varsles om avhøret. En slik forståelse synes også å komme indirekte til uttrykk i strpl. § 239 b fjerde ledd, hvor det fremgår at siktede og forsvarer skal få adgang til dokumentene i saken, herunder videoopptaket, først når det foreligger siktelse i saken. Videre uttales det uttrykkelig i forarbeidene at det ikke skal oppnevnes forsvarer når mistenkte ikke skal varsles.⁸⁷

Når det er tatt ut siktelse, skal siktede informeres om sin adgang til å begjære supplerende avhør og at videoopptaket av avhøret vil kunne føres som bevis under hovedforhandling i

⁸³ Prop.112 L (2014–2015) s. 55

⁸⁴ Ibid s. 57

⁸⁵ Ibid

⁸⁶ Ibid

⁸⁷ Ibid s. 48

stedet for vitnes forklaring, jf. strpl. § 239 b, fjerde ledd. Avhørsleder skal sette en frist for siktede til å begjære supplerende avhør, og siktede skal få mulighet til å konferere med sin forsvarer før fristen går ut.⁸⁸

3.2 Unntak fra hovedregelen om utsatt varsling

Regelen om utsatt varsling av mistenkte gjelder ikke unntaksfritt. Det er i strpl. § 239 b første ledd oppstilt to unntak fra hovedregelen om utsatt varsling. Det første unntaket gjelder i tilfeller hvor det allerede er tatt ut siktelse, og det andre gjelder varsel av mistenkte. Jeg vil først se på tilfellet hvor det allerede foreligger en siktelse i saken.

Det følger av strpl. § 239 b første ledd andre punktum at dersom ”mistenkte allerede er siktet i saken og det anses ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen”, skal siktede varsles om avhøret.

Av bestemmelsen kan det utledes tre vilkår: det må foreligge en siktelse, det må være ubetenkelig av hensyn til vitnet og det må være ubetenkelig av hensyn til etterforskningen. Vilkårene er kumulative, og dersom vilkårene er oppfylt er unntaket preseptorisk jf. ”skal”.

Ordlyden ”ubetenkelig” tilsier at terskelen for at vilkåret er oppfylt er høy. Sett i sammenheng med formålet med regelen om utsatt varsling, tilsier ”ubetenkelig” at det ikke må foreligge noen risiko for at varsling kan komme i strid med de begrunnelser som ligger til grunn for regelen om utsatt varsling. Som eksempel kan det vises til at vilkåret ikke vil være oppfylt dersom et varsel innebærer en risiko for at gjerningspersonen vil forspille bevis.

Det andre unntaket fra hovedregelen om utsatt varsling er hjemlet i strpl. § 239 b første ledd, tredje punktum. Etter denne bestemmelsen skal politiet varsle om avhøret dersom det foreligger ”skjellig grunn til å mistenke en navngitt person og det anses ubetenkelig av hensyn til vitnet og etterforskningen at vedkommende varsles”. I likhet med unntaket for varsel av siktede, er vilkårene kumulative, og det foreligger en plikt for politiet til å varsle dersom vilkårene er oppfylt jf. ”skal”. Også vilkår to og tre er sammenfallende med vilkårene for varsling av siktede, og det vises til det som er sagt ovenfor.

⁸⁸ Strpl. § 239 b, fjerde ledd

Hva gjelder første vilkår skiller dette seg fra unntaket om varsling av siktede. Unntakene har ulikt anvendelsesområde alt ettersom den angivelige gjerningsmannen har status som siktet eller mistenkt. Ved tolkningen av første del av inngangsvilkåret, om det foreligger ”skjellig grunn” til å mistenke en navngitt person, er det naturlig å legge til grunn samme forståelse av begrepet som for de tilfeller hvor formuleringen blir brukt ellers i strafferetten. Dette innebærer at ”skjellig grunn” må forstås som et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁸⁹

Videre må denne mistanken være rettet mot en ”navngitt person”. Det må anses klart at vilkåret er oppfylt i de tilfeller hvor det er én bestemt mistenkt som er kjent, og at vilkåret ikke er oppfylt dersom gjerningspersonen er ukjent. Videre er det, slik jeg ser det, naturlig å tolke bestemmelsen dit hen at unntaket kan omfatte tilfeller hvor mistanken er rettet mot flere navngitte personer. Formålet om å unngå unødige siktelsler, taler imidlertid for å legge inn en begrensning. Dette tilsier, etter min mening, at vilkåret ikke omfatter tilfeller hvor mistanken kan rettes mot mange bestemte personer og det ikke er sannsynlighetsovervekt for at alle kan være involvert i saken.

3.3 Virkningen av varsel

En følge av at den mistenkte *ikke* varsles er at han, som tidligere nevnt, ikke får status som siktet. Videre oppnevnes det ikke forsvarer før gjennomføringen av avhøret når mistenkte ikke skal varsles.

Dersom *siktede* blir varslet fremgår det av strpl. § 239 b femte ledd at han før avhøret skal gis anledning til å rådføre seg med sin forsvarer. Det følger således forutsetningsvis av bestemmelsen at varsling før første avhør gir siktede krav på forsvarer. Dette er videre uttrykkelig slått fast i strpl. § 97 tredje ledd, hvor det fremgår at i de tilfeller hvor siktede blir varslet om avhøret skal han ”straks” få oppnevnt forsvarer. Ettersom gjerningspersonen i disse sakene allerede er siktet, tilsier formuleringen ”straks” at siktede har krav på forsvarer med en gang det besluttes å foreta et tilrettelagt avhør.

⁸⁹ Andenæs (2009) s. 285 om forståelsen av formuleringen ved pågripelse

Bestemmelsen er taus hva gjelder virkningene av at *mistenkte* blir varslet om avhøret. Ettersom gjerningspersonen som hovedregel skal varsles etter avhøret, og vedkommende da får status som siktet og oppnevnt forsvarer, taler hensynet til konsekvens i lovgivning at varsel av mistenkte får samme virkning som tilfeller hvor varsel gis etter avhøret. Dette innebærer at varsel av mistenkte gir vedkommende status som siktet og at han får oppnevnt forsvarer. I samme retning taler det forhold at dette var hovedregelen etter reglene om dommeravhør. Da skulle mistenkte som hovedregel varsles om avhøret, og han fikk da status som siktet og oppnevnt forsvarer.

4 Forholdet mellom strpl. § 239 b og EMK art. 6

4.1 Innledning

Som nevnt er et formål med det tilrettelagte avhøret at det kan brukes som bevisopptak under hovedforhandling. Videoopptaket skal som hovedregel tre i stedet for vitnes personlig forklaring jf. strpl. § 298

Siktedes rett til en rettferdig rettergang ("fair trial") etter EMK art. 6, oppstiller imidlertid krav til hvordan regelverket om avhør av barn og andre særlige sårbare personer utformes og anvendes, for at avhøret kan avspilles i retten.⁹⁰ Dersom gjennomføringen av avhøret ikke ivaretar siktedes rett til en rettferdig behandling av straffesaken, kan konsekvensen bli at videoopptaket ikke kan føres som bevis etter strpl. § 298.⁹¹ Dette reiser spørsmålet om strpl. § 239 b, som regulerer gjennomføringen av et tilrettelagt avhør, er forenlig med de krav som oppstilles etter EMK art. 6.

4.2 Utgangspunkt for vitneforklaringer etter EMK art. 6

En viktig side av siktedes krav på en "rettferdig rettergang" etter EMK art. 6 nr. 1 er likestillingsprinsippet ("equality of arms").⁹² Av dette prinsippet kan det igjen utledes en rett til kontradiksjon.⁹³ Retten til kontradiksjon betyr at alle parter skal gis anledning til å gjøre seg kjent med anklager og bevis rettet mot dem, og til å kommentere disse.⁹⁴ Selv om det kontradiktoriske prinsipp ikke kommer direkte til uttrykk i EMK art. 6 nr.1, er prinsippet blitt innfortolket av EMD i kravet til en "fair trial".⁹⁵ Videre kommer en viktig side av det kontradiktoriske prinsipp til uttrykk i art. 6 nr. 3 bokstav d, nemlig retten til å krysseksaminere vitner.⁹⁶ Etter denne artikkelen har siktede rett til å "avhøre eller la avhøre

⁹⁰ Prop.112 L (2014–2015) s. 24

⁹¹ Ibid s. 57

⁹² Se f.eks. Brandstetter v. Austria para 66

⁹³ Ibid

⁹⁴ Kjølbros (2010) s. 481

⁹⁵ Se f.eks. Brandstetter v. Austria para 66

⁹⁶ Jebens (2004) s. 324

vitner som blir ført mot ham”, og den kan sies å være et viktig utslag av det kontradiktoriske prinsipp.⁹⁷

Retten til krysseksaminasjon ligger ikke bare i kjernen til kontradiksjonsprinsippet, men også i kjernen til bevisumiddelbarhetsprinsippet.⁹⁸ Bevisumiddelbarhetsprinsippet kommer til uttrykk i en rekke avgjørelser fra EMD, ved at den har gjentatt følgende rettssetning:

”All the evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument.”⁹⁹

Utgangspunktet etter EMK er således at vitner skal forklare seg direkte for den dømmende rett. Dette kan for øvrig sies å følge forutsetningsvis av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d, da bevisumiddelbarhet gir siktede mulighet til å ”avhøre eller la avhøre vitner som føres mot ham”. På den måten blir de hensyn som ligger bak retten til å eksaminere vitner best ivaretatt.¹⁰⁰

4.3 Unntak og modifikasjoner når et vitne ikke møter til hovedforhandling

4.3.1 Innledning

Til tross for at bevisumiddelbarhet med adgang til krysseksaminasjon av vitner under hovedforhandling er det klare utgangspunkt etter EMK, har EMD godtatt at det gjøres unntak. Et unntak fra utgangspunktet gjelder tilfeller hvor vitnet av legitime grunner ikke møter til hovedforhandling. EMD har uttrykkelig fastslått at art. 6 ikke gir siktede et ubetinget krav på at vitnet er til stede i retten.¹⁰¹

EMK art. 6 oppstiller ingen bevisregler, og EMD har derfor slått fast at det hovedsakelig er opp til medlemsstatene å gi regler for hvilke bevis som skal tillates ført.¹⁰² Det er normalt de

⁹⁷ Aall (2011) s. 401

⁹⁸ Ibid s. 492

⁹⁹ Se f.eks. P.S. v. Germany para 21, A.L. v. Finland para 36 og Vronchenko v. Estonia para 55

¹⁰⁰ Øyen (2014), s. 62

¹⁰¹ Se bl.a. Krasniki v. the Czech republic para 75 og A.L. v. Finland para 37

¹⁰² Se f.eks. A.L. v. Finland para 35, Vronchenko v. Estonia, para 54 med videre henvisninger

nasjonale domstolers anliggende å avgjøre hvorvidt det er nødvendig å føre et vitne som bevis.¹⁰³ Dersom vitnet ikke møter i retten, og det blir aktuelt å føre en forklaring innhentet på etterforskningsstadiet som bevis, forutsetter det imidlertid at siktedes rett til en ”rettferdig rettergang” jf. EMK art. 6 er i behold.¹⁰⁴ Det er dette spørsmålet domstolen skal ta stilling til.¹⁰⁵

Unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet innebærer at retten til krysseksaminasjon under hovedforhandling ikke er absolutt. Dette til tross for at art. 6 nr.3 bokstav d synes å oppstille en slik absolutt rett jf. ”minsterrettigheter”. EMD har i flere avgjørelser uttalt at retten til eksaminasjon er ”specific aspects of the right to a fair trial” og at denne retten må sees i lys av det overordnede kravet til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr.1.¹⁰⁶ Spørsmålet etter EMK art. 6 er til enhver tid hvorvidt rettergangen i sin helhet anses rettferdig.¹⁰⁷ Dette innebærer at prosessen etter en helhetlig vurdering kan anses som rettferdig, selv om siktede ikke har fått mulighet til å eksaminere vitner som føres mot ham.

4.3.2 Opplesning av tidligere forklaringer

Det foreligger to dommer av nyere dato, som er av sentral betydning for adgangen til å føre en tidligere forklaring som bevis, i tilfeller hvor vitnet ikke møter til hovedforhandling. Dett er *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* og *Schatschaschwili v. Germany*. Begge avgjørelser gjelder opplesning av politiforklaringer. Tilfeller hvor barn ikke møter til hovedforhandling kan sies å være et spesialtilfelle av dette. Formålet med å gå inn på praksis vedrørende opplesning av politiforklaringer er å fastlegge hvilke prinsipper som gjelder for føring av bevis, når et vitne ikke er til stede i retten. Jeg vil derfor i begrenset grad gå inn på domstolens konkrete vurderinger i dette punktet.

Al-Khawaja and Tahery er en storkammeravgjørelse, hvor domstolen behandlet to saker. I begge sakene ble en vitneforklaring lest opp under hovedforhandling, uten at klagerne hadde fått stilt spørsmål til vitnet. Den første klageren hadde blitt domfelt for å ha begått seksuelle

¹⁰³ Se bl.a. *W. v. Finland* para 43 og *A.L. v. Finland* para 37

¹⁰⁴ Se bl.a. *S.N. v. Sweden* para 44

¹⁰⁵ Se bl.a. *A.S. v. Finland* para 50-51, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* para 118

¹⁰⁶ Se bl.a. *P.S. v. Germany* para 20 og *A.S. v. Finland* para 47

¹⁰⁷ Se bl.a. *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* para 118, *P.S. v. Germany* para 19

overgrep mot to kvinnelige pasienter. Den ene pasienten døde før hovedforhandling, og hennes tidligere avgitte forklaring ble lest opp. Den andre klageren var blitt domfelt for å ha knivstukket en mann. Et vitne til episoden hadde avgitt politiforklaring, og denne ble tillatt opplest, da vitnet ikke møtte til hovedforhandling av frykt for represalier.

Innledningsvis uttalte EMD at i den helhetlige vurderingen av om siktede har fått en rettferdig rettergang, vil både siktedes, offentlighetens, ofrenes og vitnenes interesser inngå.¹⁰⁸ Selv om domstolen tidligere også har fremhevet at det må tas hensyn til de tre sistnevntes interesser, har den ikke tidligere uttalt så klart at disse interessene skal ivaretas i den helhetlige vurderingen av om *siktede* har fått en "fair trial".¹⁰⁹ Dette tilsier at art. 6 er gjenstand for en enda bredere vurdering.

Et resultat av ovennevnte motstridende interesser, er at det kan gjøres unntak fra bevisumiddelbarhet og retten til krysseksaminasjon. Gjøres det unntak, må dette imidlertid være forenlig med siktedes rettigheter.¹¹⁰ Dette innebærer "as a rule" at siktede "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".¹¹¹

Uttalelsen viser at selv om EMD har godtatt at det gjøres unntak fra retten til krysseksaminasjon, krever dette normalt at siktede har fått stilt spørsmål til vitnet på et tidligere stadium i prosessen. Rettssetningen kan tas til inntekt for at eksaminasjon før hovedforhandling er helt sentralt for adgangen til middelbar bevisføring.

At retten til eksaminasjon gjelder "as a rule" tilsier imidlertid at siktede heller ikke har et ubetinget krav på å eksaminere et vitne før hovedforhandling. Som Høyesterett uttrykker det i Rt. 1990 s. 319 synes reservasjonen "as a rule" å innebære at det må "foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i det grunnleggende krav om «fair trial»".¹¹² Dette innebærer at det kan være aktuelt å føre beviset, til tross for at den tiltalte ikke har fått stilt spørsmål til vitnet under noe stadium i prosessen.

¹⁰⁸ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom para 118

¹⁰⁹ Rui (2012) s. 114

¹¹⁰ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom para 118

¹¹¹ Ibid

¹¹² S. 321

Som følge av de ovennevnte utgangspunkter, viser domstolen i Al-Khawaja and Tahery-dommen til at det i domstolens egen rettspraksis var utviklet to krav for adgangen til å føre en vitneforklaring som bevis, når vitnet ikke møter til hovedforhandling.¹¹³ Det første kravet var at det måtte foreligge en god grunn til at vitnet ikke møtte til hovedforhandling.¹¹⁴

Om det andre kravet uttaler domstolen at når en domfellelse er basert ”solely or to a decisive degree” på en forklaring siktede ikke har fått mulighet til å eksaminere, vil dette kunne (”may”) være i strid med EMK art. 6.¹¹⁵ Domstolens bruk av formuleringen ”may” taler for at ”the sole or decisive evidence”- regelen ikke ble ansett som absolutt. Domstolens senere drøftelse indikerer imidlertid at regelen i praksis var absolutt.¹¹⁶ Også tidligere avgjørelser viser at regelen ble praktisert som absolutt. I *Lucà v. Italy* redegjør domstolen for den samme regelen, og uttrykker at siktedes rettigheter i et slikt tilfelle ”are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6...”.¹¹⁷

At regelen var absolutt innebar at en forklaringen som utgjorde det eneste eller avgjørende bevis, måtte avskjæres dersom siktede ikke hadde fått mulighet til å imøtegå forklaringen i løpet av prosessen. Omvendt innebar det at beviset kunne føres dersom beviset ikke var av en slik viktighet.

I *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* uttaler domstolen eksplisitt at regelen ikke skal praktiseres som absolutt.¹¹⁸ På denne bakgrunn oppstilte domstolen følgende ”treleddede” vurdering:

”The Court will therefore consider three issues in each case: firstly, whether it was necessary to admit the witness statements of S.T. or T.; secondly whether their untested evidence was the sole or decisive basis for each applicant’s conviction; and thirdly, whether there were sufficient counterbalancing factors including strong procedural safeguards to ensure that each trial, judged as a whole, was fair within the meaning of Article 6 §§ 1 and 3 (d).”¹¹⁹

¹¹³ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom para 119

¹¹⁴ Ibid

¹¹⁵ Ibid

¹¹⁶ Ibid para 129-146 og Rui (2012) s. 121

¹¹⁷ Para 40

¹¹⁸ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom para 147

¹¹⁹ Ibid para 152

Ved å oppstille det siste ledd i vurderingen relativiserer domstolen den tidligere absolutte ”the sole or decisive evidence”-regelen.¹²⁰ Dette ved at det kan foreligge tilstrekkelig kompensierende tiltak, som veier opp for manglende eksaminasjon, til tross for at forklaringen utgjør det eneste eller avgjørende bevis. Det er imidlertid fortsatt av betydning å vurdere om beviset er ”the sole or decisive”. I disse tilfellene må domstolen foreta en svært grundig vurdering av prosessen.¹²¹ Domstolen fremhever faren ved å benytte et slikt middelbart bevis, og uttaler at det bare kan brukes hvis det er ”sufficiently reliable”.¹²²

Hva gjelder kravet til ”god grunn” presiserer domstolen at kravet til god grunn er et selvstendig krav, som må vurderes uavhengig av om vitneforklaringen utgjør ”the sole or decisive evidence”.¹²³ Tidligere synes konvensjonspraksis å vurdere kravet til god grunn som et moment i den helhetlige vurderingen av om siktede har fått en rettfærdig rettergang.¹²⁴ Videre presiserer domstolen at opplesning av en politiforklaring, som siktede ikke har fått mulighet til å eksaminere, må være ”a measure of last resort”.¹²⁵ Det oppstilles således et nødvendighetskrav, hvilket vil si at opplesning må være siste utvei.¹²⁶

Hvordan de tre vurderingstemaene som oppstilles i *Al-Khawaja and Tahery* skal vurderes i forhold til hverandre, ble utdypet *Schatschaschwili v. Germany*. I denne saken var en georgisk statsborger domfelt for to tilfeller av grovt ran, utpressing og tvang. Spørsmålet for EMD var om opplesning av en politiforklaringer fra et vitne som ikke møtte til hovedforhandling som følge av psykiske problemer, innebar en krenkelse av EMK art. 6. Klageren hadde ikke på noe stadium i prosessen fått mulighet til å eksaminere vitnet.

Ettersom domstolen i *Al-Khawaja and Tahery*-dommen uttaler at kravet til god grunn er et selvstendig krav, kunne det tenkes at det automatisk ville foreligge en krenkelse av siktedes rettigheter dersom kravet til god grunn ikke er oppfylt. Dette ble besvart benektende i *Schatschaschwili v. Germany*.¹²⁷ Mangel på god grunn vil imidlertid være en viktig, og i visse

¹²⁰ Rui (2012) s. 121

¹²¹ *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* para 147

¹²² *Ibid*

¹²³ *Ibid* para 120

¹²⁴ Rui (2012) s. 116

¹²⁵ *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* para 125

¹²⁶ Rui (2012) s 119

¹²⁷ *Schatschaschwili v. Germany* para 113

tilfeller avgjørende, faktor ved den helhetlige vurderingen av om rettergangen anses som rettferdig.¹²⁸

I forlengelsen av at kravet til god grunn ikke er absolutt, fremhever domstolen at det ikke er et krav at det alltid først må vurderes om det foreligger en god grunn til at vitnet ikke møter, før man går inn på de to andre vurderingene.¹²⁹

Angående siste ledd i vurderingen, slo domstolen fast at det må vurderes hvorvidt det foreligger tilstrekkelig kompenserende faktorer, til tross for at forklaringen ikke er det eneste eller avgjørende bevis.¹³⁰ Dette fordi spørsmålet til enhver tid er hvorvidt siktede etter en helhetsvurdering har fått en rettferdig rettergang.¹³¹ Uttalelsen kan sies å styrke siktedes rettigheter, ettersom det også ved føring av et slikt bevis må foreligge sterke rettssikkerhetsgarantier som veier opp for manglende eksaminasjon. Tidligere ble siktede ansett for å ha fått en rettferdig rettergang til tross for manglende krysseksaminasjon, dersom beviset *ikke* var "the sole or decisive".

Domstolen gjør så rede for en rekke faktorer som er av betydning ved vurderingen av om det foreligger faktorer som veier opp for manglende eksaminasjon.¹³² Domstolen uttaler at disse faktorene må gi siktede en rettferdig og passende mulighet til å bestride troverdigheten av vitneforklaringen.¹³³ Slike faktorer kan være at domstolene behandler beviset med forsiktighet og viser at beviset er tillagt mindre vekt, at forklaringen er tatt opp på video og vises i retten, at det foreligger andre bevis som underbygger forklaringen, at siktede gis mulighet til å stille spørsmål indirekte til vitnet før hovedforhandling og at siktede får mulighet til å stille spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet.¹³⁴ Videre må siktede få mulighet til å gi sin egen versjon og kaste tvil over vitnets troverdighet.¹³⁵ Sistnevnte rettssikkerhetsgaranti anses som absolutt jf. "must". De øvrige faktorene synes å være alternative, hvilket tilsier at det kan være ulike faktorer, og kombinasjoner av disse, som gjør rettergangen rettferdig.

¹²⁸ Ibid

¹²⁹ Ibid para 117-118

¹³⁰ Ibid para 116

¹³¹ Ibid

¹³² Ibid para 125-131

¹³³ Ibid para 125

¹³⁴ Ibid para 126-130

¹³⁵ Ibid para 131

Høyesterett har fulgt den ”treleddede” vurderingen fra Al-Khawaja and Tahery-dommen jf. Rt. 2013 s. 1412.¹³⁶ I denne dommen var det spørsmål om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke hadde tillatt opplesning av en politiforklaring fra et vitne som ikke var til stede under hovedforhandling. Høyesterett anvendte den ”treleddede” vurderingen, og fant at det forelå god grunn til at vitnet ikke møtte, og at forklaringen var det avgjørende bevis. Det forelå imidlertid ikke tilstrekkelig kompenserende faktorer, som veide opp for manglende krysseksaminasjon.

Med henvisning til Al-Khawaja and Tahery-dommen, uttaler Høyesterett at det først må vurderes hvorvidt kravet til god grunn er oppfylt.¹³⁷ Høyesterett synes med det å oppstille et krav om først må tas stilling til dette spørsmålet, og at dette kravet er absolutt. Denne dommen ble imidlertid avsagt før innholdet i den ”treleddede” vurderingen ble presisert i Schatschaschwili v. Germany, og det er ingen grunn til å tro at Høyesterett ikke vil følge de presiseringer som ble gjort av EMD. Det er imidlertid verdt å nevne at det ikke vil være i strid med EMK art. 6, dersom norske domstoler anvender kravet til god grunn som et absolutt vilkår. Dette ville gitt siktede et bedre vern, noe konvensjonen er ikke til hinder for.

4.3.3 Særlig om barn som vitner

Selv om vurderingstemaet etter EMK art. 6 er det samme uavhengig av om vitnet er et barn eller voksen, har det blitt reist særskilte spørsmål i saker hvor barn ikke møter i retten. Dette fordi en rekke medlemsstater har iverksatt spesielle fremgangsmåter i saker når barn er fornærmet eller vitne i en straffesak.

I 2002 kom den første dommen fra EMD, S.N. v. Sweden, hvor domstolen utførlig drøfter temaet vitneavhør av barn og forholdet til siktedes rettigheter etter EMK art. 6.¹³⁸ I denne saken hadde en lærer fått mistanke om at en av hennes elever, en 10 år gammel gutt, var blitt utsatt for seksuelle overgrep av klager. Forholdet ble anmeldt og gutten ble avhørt av politiet. Avhøret ble tatt opp på video. Klageren ble ikke informert om avhøret, og han hadde ikke fått oppnevnt forsvarer. Først én måned senere ble klageren informert om mistanken og selv

¹³⁶ Rt. 2012 s. 1412 avs. 17

¹³⁷ Ibid avs. 18

¹³⁸ Rui i Rapport (2012) s. 127

avhørt, og omlag to måneder senere fikk han oppnevnt forsvarer. Klager og hans forsvarer fikk da mulighet til å kreve ytterligere avhør og de benyttet seg av denne muligheten. Gutten ble avhørt på nytt og avhøret ble tatt opp på lydbånd. Forsvarer var imidlertid ikke til stede under avhøret. Dette skyldtes at guttens bistandsadvokat ikke hadde mulighet til å møte, og forsvarer aksepterte at heller ikke han var til stede under avhøret. Forsvareren hadde imidlertid før avhøret formidlet til avhørsleder, som var en politibetjent, hvilke spørsmål han ønsket at gutten skulle bli stilt. Etter å ha hørt lydopptak av avhøret, fant forsvarer at det ikke var behov for ytterligere avhør.

Under hovedforhandling ble videopptaket av det første avhøret avspilt og utskriften fra det andre opplest. Basert på dette materiale ble klageren domfelt for å ha begått en rekke seksuelle overgrep mot gutten. Klageren anket, og under ankebehandlingen fikk klageren oppnevnt ny forsvarer. I likhet med den første forsvareren ble det ikke fremsatt begjæring om at gutten skulle møte til hovedforhandling. Ankeinstansen domfelte klageren, basert på samme bevismateriale. Anken ble avvist av Högsta domstolen. Klageren brakte saken inn for EMD, hvor han hevdet at det forelå en krenkelse av EMK art. 6 nr.1 jf. nr. 3 bokstav d, fordi han ikke hadde fått mulighet til å stille spørsmål til gutten.

EMD kom med en prinsipiell uttalelse vedrørende forholdet mellom siktedes krav på en rettfærdig rettergang og hensynet til offer for seksuelle overgrep:

«The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence...»¹³⁹

¹³⁹ S.N. v. Sweden para 47

Uttalelsen, som er fulgt opp i senere avgjørelser,¹⁴⁰ viser at EMD anerkjenner at det benyttes særskilte fremgangsmåter for å beskytte et vitne som har vært utsatt for seksuelle overgrep, og særlig i de tilfeller hvor overgrepene er begått mot barn. Her må siktedes krav på en ”fair trial” avveies mot fornærmedes rett til privatliv, hvilket kan begrunne innskrenkninger i siktedes rettigheter. Selv om domstolen ikke nevner EMK art. 8, må bruken av uttrykket ”retten til privatliv” ses i sammenheng med denne artikkelen, slik at det er offerets ”rett til respekt for sitt privatliv” jf. EMK art. 8 som inngår i vurderingen av om siktede har fått en rettferdig rettergang.¹⁴¹

S.N.-dommen, og øvrig praksis fra EMD vedrørende barneavhør og forholdet til EMK art. 6, gjelder saker hvor barn har vært utsatt for seksuelle overgrep. Det kan således spørres om de prinsipper domstolen oppstiller i så henseende, er begrenset til disse sakstyper. Spørsmålet må besvares benektende. EMD har bl.a. i P.S. v. Germany, fremhevet at:

”Organising criminal proceedings in such a way as to protect the interests of *juvenile* (min uth.) witnesses, in particular in trial proceedings involving sexual offences, is a relevant consideration, to be taken into account for the purpose of Article 6.”¹⁴²

Uttalelsen viser at hensynet til å beskytte mindreårige er relevant ved vurderingen av om siktede har fått en rettferdig prosess. ”In particular” tilsier at dette særlig gjelder de tilfeller hvor barn har vært utsatt for seksuelle overgrep, men at det ikke er begrenset til disse sakstyper. EMD har således anerkjent at hensynet til barn generelt kan begrunne unntak fra bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon.

Ettersom S.N. var domfelt på bakgrunn av barneforklaringen som var ”virtually the sole evidence”, vurderte domstolen om siktede hadde fått en tilstrekkelig og ordentlig adgang til å eksaminere vitnet.¹⁴³ Da denne avgjørelsen ble avsagt var nemlig den såkalte ”the sole or decisive evidence”- regelen absolutt.

¹⁴⁰ Se bl.a. A.L. v. Finland para 39

¹⁴¹ Hennum (2006) s. 256

¹⁴² P.S. v. Germany para 28

¹⁴³ S.N. v. Sweden para 46

I den konkrete vurderingen viste domstolen til at det var siktedes forsvarer som hadde ønsket at det ble gjennomført et nytt politiavhør av barnet, og at forsvarer selv hadde akseptert å ikke være til stede. Forsvareren ba ikke om utsettelse av avhøret, og han ble derfor ansett for å ha akseptert måten avhøret ble gjennomført på. Domstolen fremhevet også at forsvareren hadde formidlet til avhørsleder hvilke spørsmål han ønsket at gutten skulle bli stilt. På bakgrunn av dette fant domstolen at det ikke var en krenkelse at forsvarer ikke var til stede ved det andre avhøret.¹⁴⁴

Avgjørelsen viser at EMD godtar at siktede kan gi avkall på sine rettigheter, og videre at siktede identifiseres med sin forsvarer. Det var forsvarerens aksept av måten avhøret ble gjennomført på, som var årsaken til at siktede ble ansett for å ha gitt avkall på sin rett til tilstedeværelse under andre avhør. Etter Aalls oppfatning kan det for øvrig utledes et identifikasjonsprinsipp av art. 6 nr.3 bokstav d, da denne gir en rett for siktede til å ”avhøre eller *la avhøre* (min uth.)” vitnet.¹⁴⁵

Høyesterett er imidlertid av motsatt oppfatning: Siktede identifiseres ikke med sin forsvarer. Dette kan utledes av Rt. 1999 s. 586. I denne saken var en far siktet for utuktig omgang med sin datter. Barnets far ble siktet allerede før dommeravhøret. Det ble oppnevnt forsvarer, uten at siktede var kjent med dette, og forsvarer hadde blitt anmodet om å ikke ta kontakt med siktede. Forsvarer var heller ikke klar over at siktede hadde avgitt forklaring.

Høyesterett fant at det forelå en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 jf. art. 6 nr.3 bokstav d, da siktede ikke kunne anses for å ha fått en reell mulighet til å stille spørsmål til vitnet uten å ha vært i kontakt med sin forsvarer.¹⁴⁶ Dette innebærer at det er et krav om at forsvarer konfererer med sin klient før avhøret.

I Rt. 2011 s. 93 utdyper Høyesterett innholdet i identifikasjonsprinsippet og dets forhold til EMD-praksis. I denne saken var en far domfelt for vold mot sine tre barn. Høyesterett fant at avspilling av dommeravhørene, som utgjorde avgjørende bevis i saken, innebar en krenkelse av siktedes rett til kontradiksjon. Forsvarer var til stede ved gjennomføringen av avhørene, men var ilagt taushetsplikt overfor sin klient.

¹⁴⁴ Ibid para 48-51

¹⁴⁵ Aall (2015) s. 493

¹⁴⁶ Rt. 1999 s. 586 s. 588-589

Domstolen fant, i likhet med ovennevnte avgjørelse, at forsvarers tilstedeværelse ikke var tilstrekkelig ettersom han ikke hadde konferert med sin klient før avhøret.¹⁴⁷

Videre ble det vurdert hvorvidt siktede ble ansett for å ha gitt avkall på sin rett til å stille spørsmål til vitnet, ettersom hans forsvarer ikke hadde bedt om et nytt avhør. Høyesterett fant at forsvarers manglende disposisjoner ikke kunne legges tiltalte til last.

Høyesterett uttalte at det er et viktig prinsipp i norsk straffeprosess at tiltalte som hovedregel ikke identifiseres med sin forsvarer.¹⁴⁸ Høyesterett var klar over at dette stod i motsetning til EMDs praksis, men uttalte at retten til eksaminasjon ”er etablert i et samspill mellom norsk rett og de internasjonale menneskerettigheter”.¹⁴⁹ Videre fremgår det av dommen at man bør være forsiktig med å godta avkall på retten til kontradiksjon pga. forsvarers manglende disposisjoner.¹⁵⁰ Det synes således at kontradiksjonsretten etter norsk rett er strengere enn det som følger av EMD.¹⁵¹

Ettersom S.N. ble identifisert med sin forsvarer og det derfor ikke var i strid med EMK art. 6 at forsvarer ikke var til stede under andre avhør, vurderte domstolen deretter om det innebar en krenkelse at siktede ikke fikk stilt spørsmål til vitnet under hovedforhandling. Dette ble besvart benektende. Det ble vist til domstolens tidligere uttalelser om de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i saker vedrørende seksuelle overgrep, og at siktede hadde fått mulighet til å stille spørsmål på etterforskningsstadiet. Avgjørelsen belyser at eksaminasjon under etterforskningsstadiet kan være tilstrekkelig.

Videre uttalte domstolen at siktede ikke har et ubetinget krav på at han selv eller hans forsvarer i alle saker får stilt spørsmål direkte til vitnet “through cross-examination or by other means”.¹⁵² Dette innebærer at det ikke er et krav at siktedes forsvarer må formidle spørsmålene til vitnet. En slik forståelse er også lagt til grunn i Høyesterettpraksis, hvor det

¹⁴⁷ Rt. 2011 s. 93 avs. 26

¹⁴⁸ Ibid avs. 28

¹⁴⁹ Ibid avs. 30

¹⁵⁰ Ibid avs. 33

¹⁵¹ Robberstad (2014) s. 168

¹⁵² S.N. v. Sweden para 52

ikke er blitt ansett for å være i strid med EMK art. 6 at forsvarer ikke får stilt spørsmål direkte til vitnet. Det er ”tilstrekkelig at slike spørsmål formidles” jf. Rt. 1994 s.748.¹⁵³

Etter reglene om tilrettelagt avhør foretas ikke avhøret lenger av en dommer. S.N.-dommen viser at det ikke er i strid med konvensjonen at avhøret gjennomføres av politiet.¹⁵⁴ Endelig viser dommen at det ikke er i strid med siktedes rettigheter etter EMK art. 6 at siktede ikke selv får overvære avhøret.¹⁵⁵ Dette følger også av ordlyden i art. 6 nr. 3 bokstav d, som kun krever at siktede får ”examine or *have examined* (min uth.)”.¹⁵⁶

I den tidligere nevnte Rt. 2011 s. 93, uttalte Høyesterett at:

”En domfellelse kan følgelig ikke bare eller i avgjørende grad bygge på et dommeravhør dersom den siktede verken har vært til stede under avhøret eller har hatt mulighet til å få stilt spørsmål til vitnet gjennom sin forsvarer.”¹⁵⁷

Uttalelsen viser at det ble ansett som et absolutt krav at siktede fikk stille spørsmål i løpet av prosessen, i tilfeller hvor en vitneforklaring utgjorde det eneste eller avgjørende bevis.

Den absolutte ”sole or decisive”-regelen ble imidlertid som tidligere nevnt relativisert i Al-Khawaja and Tahery-dommen. EMD har i nyere praksis vedrørende avspilling av videoopptak av barneavhør og forholdet til siktedes rettigheter etter EMK art. 6, anvendt den ”treleddede” vurderingen fra Al-Khawaja and Tahery.¹⁵⁸

EMK er ikke til hinder for en slik absolutt regel som går frem av Rt. 2011 s. 93, da dette vil gi siktede bedre vern etter EMK art. 6. Likevel må det legges til grunn at Høyesterett vil følge EMD, og anvende samme vurderingstema hva gjelder avspilling av barneavhør, som ved opplesning av en tidligere avgitt politiforklaring. Som nevnt er tretrinns-vurderingen anvendt av Høyesterett ved opplesning av politiforklaringer i Rt. 2013 s. 1412.

¹⁵³ S. 750

¹⁵⁴ Matningsdal (2007) s.244

¹⁵⁵ Se også Matningsdal (2007) s. 245

¹⁵⁶ Matningsdal (2007) s.245-246

¹⁵⁷ Avs. 25

¹⁵⁸ Se bl.a. Rosin v. Estonia, para 54 og Vronchenko v. Estonia, para 57

Ettersom reglene for tilrettelagt avhør legger opp til en ordning hvor siktede skal få mulighet til å stille spørsmål til vitnet før hovedforhandling, kunne det tenkes at det ville være tilstrekkelig at siktede fikk mulighet til å stille spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet.¹⁵⁹

Den ”treleddede” vurderingen, og da spesielt kravet til god grunn, viser imidlertid at EMD tillegger bevisumiddelbarhetsprinsippet selvstendig betydning. Til tross for at kravet ikke er absolutt, vurderer domstolen hvorvidt det foreligger en god grunn til at vitnet ikke møter i retten, uavhengig av om siktede har fått stilt spørsmål til vitnet på et tidligere stadium i prosessen. Det vises i den forbindelse til *Vronchenko v. Estonia*, hvor domstolen uttrykkelig uttaler at det må vurderes hvorvidt det foreligger en god grunn til at vitnet ikke møter til hovedforhandling.¹⁶⁰

I *Vronchenko v. Estonia* var en mann domfelt for å ha utnyttet sin ni år gamle stedatter seksuelt. Barnet ble avhørt av politiet tre ganger under etterforskningen. Klageren ble ikke varslet om det første barneavhøret, men han ble varetekstfengslet dagen etter, og samme dag som det andre barneavhøret. I tidsrommet mellom andre og tredje barneavhør, ble barnet undersøkt av en psykiater og en psykolog, som konkluderte med at det ville være skadelig for barnet å møte til hovedforhandling. Mellom andre og tredje avhør fremsatte klageren en begjæring om å få mulighet til å konfrontere barnet. Det ble ikke tatt stilling til begjæringen. Det siste avhøret av barnet ble tatt opp på video. Barnet ble fortalt at årsaken til videoopptaket, var at hun skulle slippe å fortelle om hendelsene igjen.

Etter det siste avhøret, fremholdt klageren i brev til etterforsker at en konfrontasjon av barnets forklaring var nødvendig for å klargjøre anklagene. Klagerens spørsmål om konfrontasjon av barnet ble ikke besvart i etterforskerens svarbrev. Det ble ført flere vitnebevis fra klagerens side, men barnet ble ikke begjært ført som vitne. Først under hovedforhandling fremsatte klageren begjæring om at barnet skulle forklare seg i retten. Begjæringen ble ikke tatt til følge, og klageren ble domfelt. Klageren anket dommen. Han hevdet at det forelå en krenkelse av EMK art. 6, da han ikke hadde fått mulighet til å eksaminere barnet og jentas forklaring var den eneste forklaringen domfellelsen bygget på. Verken første eller andre ankeinstans tok anken til følge, og klageren brakte saken inn for EMD.

¹⁵⁹ Rui (2012) s. 119

¹⁶⁰ *Vronchenko v. Estonia* para 57

I avgjørelsen fant EMD at kravet til god grunn var oppfylt. Det ble i den forbindelse vist til ekspertuttalelsen, som hadde konkludert med at det ville være skadelig for barnet å forklare seg under hovedforhandling.

Etter min mening kan praksis tas til inntekt for at kravet til god grunn sjeldent vil by på problemer i tilfeller hvor barnet selv er blitt utsatt for overgrep. I *Vronchenko v. Estonia* foretar domstolen en konkret vurdering av om det i den foreliggende saken var en god grunn til at barnet ikke var til stede under hovedforhandlingen. Begrunnelsen synes imidlertid å være av generell karakter. Det ble i vurderingen vist til at nasjonale myndigheter hadde konkludert med at det ville være skadelig for barnet å møte til hovedforhandling, og det ble fremhevet at det vil være nødvendig å iverksette tiltak for å beskytte offer utsatt for seksuelle overgrep, og at dette særlig gjelder saker vedrørende barn.¹⁶¹ Domstolen uttalte at:

”...the domestic courts cannot be reproached for refusing to have E. summoned to a hearing, on the basis of experts opinions. This decision was clearly taken in the best interests of the child.”¹⁶²

Uttalelsen kan sies å være et resultat av at domstolen har akseptert at det benyttes særskilte fremgangsmåter i saker hvor fornærmede er mindreårig. I de saker hvor barn har vært utsatt for overgrep, må det generelt kunne sies å være en belastning å forklare seg i retten. Det er, som tidligere nevnt, nettopp dette som er bakgrunnen for den særlig ordning med avhør av særlig sårbare personer.

Det kan imidlertid tenkes at dette stiller seg annerledes i andre type saker. Dersom det eksempelvis er tale om avspilling av et barneavhør i en sak hvor barnet har vært vitne til et tyveri, vil det ikke være en like stor belastning for barnet å forklare seg direkte for den dømmende rett. Kravet til god grunn vil her kunne tenkes å fordre en mer omfattende vurdering, og dette vil kunne være et tilfelle hvor retten finner at vitnet ”bør avgi personlig forklaring under hovedforhandling” jf. strpl. § 298 annet ledd.

¹⁶¹ Ibid para 58

¹⁶² Ibid para 63

Ettersom domstolen fant at kravet til god grunn var oppfylt, vurderte domstolen om det forelå tilstrekkelig kompensierende tiltak som veide opp for at Vronchenko ikke hadde fått stilt spørsmål til barnet. Vurderingstema er sentralt ved behandlingen av problemstillingen. Jeg vil derfor komme tilbake til dette ved besvarelsen av den.

4.3.4 Særlig om vitner med psykisk utviklingshemming og annen funksjonsnedsettelse

Ovennevnte praksis fra EMD, om statenes særskilte fremgangsmåte i straffesaker hvor barn er involvert, gjelder nettopp saker hvor vitnet eller fornærmede er mindreårig. De norske reglene om tilrettelagt avhør anvendes imidlertid også i saker hvor vitnet er funksjonshemmet eller har en annen funksjonsnedsettelse som medfører samme behov for tilrettelagt avhør. Et uavklart spørsmål er om de innskrenkninger som er gjort i siktedes rett til kontradiksjon etter EMK art. 6 hvor barn opptrer som vitne, gjelder tilsvarende for et særlig sårbart voksent vitne.

Det er det samme hensyn som ligger til grunn for en særskilt fremgangsmåte for funksjonshemmede og andre med tilsvarende funksjonssvikt. Dette går frem av Rt. 1992 s. 569, som gjaldt en sak hvor en psykisk utviklingshemmet kvinne var utsatt for seksuelle overgrep. Avgjørelsen ble avsagt før dommeravhørsordningen ble utvidet til å gjelde andre sårbare vitner, og Høyesterett uttalte at:

”Etter min mening ville det, ut fra de samme hensyn som ved avhør av barn, ha vært naturlig og rimelig å anvende reglene om dommeravhør analogisk i et tilfelle som det foreliggende”¹⁶³

At det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende, tilsier at EMDs praksis vedrørende barneavhør har tilsvarende gyldighet i slike saker.

Videre har EMD anerkjent at det i alle straffesaker kan være motstridende interesser. Dette kan være:

¹⁶³ Rt. 1992 s. 569 s. 573

”such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused”.¹⁶⁴

Ordlyden ”such as” tilsier at tilfellene EMD nevner ikke er uttømmende, og at det kan være andre legitime grunner for å gjøre innskrenkninger i siktedes rettigheter.

Når det er de samme hensyn som ligger til grunn for en særskilt ordning for andre sårbare vitner som for barn, taler de beste grunner for at det må foretas tilsvarende avveininger mellom vitnes og siktedes interesser i slike saker. Et ytterligere moment i samme retning er at det, som nevnt, ikke er EMDs anliggende å overprøve medlemsstatens bevisregler.

Jeg legger således til grunn for min videre drøftelse at praksis fra EMD om barneavhør har tilsvarende gyldighet for reglene om tilrettelagt avhør generelt.

4.4 Er EMK art. 6 til hinder for en hovedregel om utsatt varsling av mistenkte?

Avhandlingens første problemstilling- hvorvidt en hovedregel om utsatt varsling er forenlig med EMK art. 6- ble drøftet under lovforberedelsen. Arbeidsgruppen konkluderte med at det ikke er forenlig med EMK art. 6 å ha en hovedregel om utsatt varsling av mistenkte.¹⁶⁵

Departementet og Justiskomiteen kom imidlertid til motsatt konklusjon,¹⁶⁶ og lovforslaget ble vedtatt av Stortinget.¹⁶⁷ På bakgrunn av ulike standpunkt under lovforberedelsen ønsker jeg å se nærmere på regelens forhold til EMK art. 6.

EMDs dom A.S. v. Finland er selve bakteppet for problemstillingen, og av sentral betydning for besvarelsen av denne.

I A.S v. Finland var en fem år gammel gutt, etter anmodning fra politiet, blitt avhørt av en psykolog. Avhøret ble tatt opp på video og ble senere avspilt i retten. Mistenkte ble ikke

¹⁶⁴ Se f.eks. Jasper v. United Kingdom para 52

¹⁶⁵ Arbeidsgruppen (2012) s. 37

¹⁶⁶ Prop.112 L (2014–2015) s. 60-61 og Innst.347 L (2014–2015) s. 7-8

¹⁶⁷ Strpl. § 239 b

varslet om avhøret av gutten, og han fikk ikke oppnevnt forsvarer som var til stede under avhøret. Først omlag fire måneder etter barneavhøret ble mistenkte informert om avhøret, og selv avhørt i saken. En psykiater hadde allerede i forkant av varslingen konkludert med at det ville være skadelig for barnet å bli avhørt på nytt. Mistenkte sa seg enig i at gutten ikke måtte forklare seg igjen. Under hovedforhandlingen anførte imidlertid klager at videoopptaket ikke kunne føres som bevis, da han ikke hadde hatt anledning til å eksaminere barnet. Han aksepterte likevel senere at avhøret ble brukt som bevis, og ønsket selv bevisførsel rundt vitnets troverdighet.

Klager ble frifunnet i tingretten, men domfelt i ankeinstansen. Ankeinstansen fant at avhøret i prinsippet ikke kunne føres som bevis, fordi klageren ikke hadde fått stilt spørsmål til vitnet. Ettersom klager senere selv hadde ønsket å føre avhøret som bevis ved behandlingen i tingretten, fant ankeinstansen at avhøret likevel kunne avspilles. Da klagerens anke ble avvist av Høyesterett, brakte han saken inn for EMD og påstod at hans rett til å stille spørsmål til vitnet etter EMK art. 6 nr.1 jf. nr.3 bokstav d var blitt krenket. Instansen behandlet først retten til å eksaminere vitner, og fant at føringen av beviset var i strid med denne retten. Deretter tok instansen stilling til om tiltalte hadde gitt avkall på denne retten, og derfor likevel hadde fått en rettferdig rettergang. Dette ble besvart benektende. Da sistnevnte drøftelse ikke er relevant for besvarelse av problemstillingen, vil det avgrenses mot denne delen av avgjørelsen.

Ved behandlingen av førstnevnte spørsmål fremhever instansen utgangspunktet om at unntak fra bevisumiddelbarhet normalt krever at siktede har fått mulighet til å stille spørsmål til vitnet i løpet av prosessen. Instansen synes imidlertid å gå ett skritt videre i forhold til tidligere avgjørelser hva gjelder siktedes rettigheter ved avspilling av barneavhør:

”In acknowledging the need to strike a balance between the rights of the defendant and those of the alleged child victim, the Court finds that the following minimum guarantees must be in place: the suspected person shall be informed of the hearing of the child, he or she shall be given an opportunity to observe that hearing, either as it is being conducted or later 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.”¹⁶⁸

¹⁶⁸ A.S. v. Finland para 56

Uttalelsen reiser spørsmål om hvordan disse ”minimumsgarantiene” er å forstå. Det er særlig formuleringen ”the suspected person shall be informed of the hearing” som reiser spørsmålet om vår hovedregel om utsatt varsling er forenlig med de krav som oppstilles etter EMK art. 6.

Direkte oversatt innebærer den første garantien at mistenkte har krav på å bli informert om avhøret. Ordlyden er imidlertid taus hva gjelder tidspunktet for varsling. Formuleringen åpner for to ulike tolkningsalternativer:

1. at varsel skal gis *før* gjennomføringen av det første avhøret
2. at det er tilstrekkelig at siktede varsles i *etterkant* av det første avhøret.

Ser man utelukkende på kravet om at det er *mistenkte* (”the suspected person”) som skal bli varslet, kan dette tale for at det var EMDs intensjon å oppstille et krav om at varsel skal gis på et tidlig tidspunkt. EMK art. 6 nr.3 oppstiller rettigheter for *siktede* (”everyone charged”), hvilket kan tilsi at EMD ønsket gå ett skritt videre ved å gi *mistenkte* visse rettigheter. Dette kan tilsi at varsel skal gis allerede på det tidspunkt det er en bestemt mistenkt i saken. Som oftest er det en mistenkt i saken ved gjennomføringen av dommeravhøret, hvilket kan tilsi at EMD mente å oppstille et krav om forhåndsvarsel i disse tilfellene.

Etter reglene om dommeravhør ble den mistenkte automatisk siktet ved begjæring om dommeravhør, og han ble derfor også varslet før avhøret. Varsel var en følge av utferdigelse av siktelse. Videre har EMD tolket begrepet ”charged” autonomt, uavhengig av karakteristikken i nasjonal lovgivning.¹⁶⁹ Dette viser, etter min mening, at kravet om varsel ikke kan være avhengig av hvilken status den angivelige gjerningsmannen har. På denne bakgrunn finner jeg at det ikke kan være avgjørende at EMD bruker formuleringen ”the suspected person”.

At domstolen uttrykkelig fremhever et krav om varsel kan i seg selv tilsi at domstolen oppstilte et krav om at mistenkte skal varsles før avhøret. Dersom EMD hadde ment at det var tilstrekkelig å varsle mistenkte på et senere stadium i prosessen, kan kravet om varsel sies å miste sin betydning.¹⁷⁰ Det må være rimelig klart at mistenkte på et tidspunkt må informeres

¹⁶⁹ Jacobs (2014) s. 279

¹⁷⁰ Rui (2011) s. 333

om avhøret. Det ville, etter min mening, ha lite for seg å fremheve et krav om varsel dersom det var tilstrekkelig å varsle *etter* gjennomføringen av avhøret.

Videre fremhevet EMD i dommen at mange aktører hadde overvært avhøret av barnet, men at klageren, som var mistenkt i saken, ikke hadde vært til stede og heller ikke blitt informert om avhøret.¹⁷¹ Domstolen synes således å være av den oppfatning at mistenkte skulle ha blitt varslet om avhøret, slik at han eller hans forsvarer fikk være til stede under gjennomføringen. Sett i sammenheng med domstolens bruk at formuleringen ”minimum guarantees” taler dette for et absolutt krav om forhåndsvarsel.

Dersom minimumsgarantiene ses i sammenheng med sakens faktum, kan imidlertid dette tale for at det var de spesielle omstendighetene i saken som gjorde at EMD oppstilte et krav om varsel.¹⁷² EMD fremhevet at den fremgangsmåten som ble benyttet ved innhenting av beviset, ikke var i samsvar med finsk lovgivning.¹⁷³ Det ble vist til at finsk lovgivning tillater å føre en forklaring innhentet på etterforskningsstadiet fra barn under 15 år, som bevis, forutsatt at det er tatt opp på video og at siktede har fått mulighet til å stille spørsmål til barnet. Klageren hadde ikke spurt om å få stille spørsmål til barnet under hovedforhandling, men dette kunne ikke holdes mot klageren.¹⁷⁴ Domstolen fremhevet at myndighetene aldri hadde tilbudt klageren å stille spørsmål til barnet.¹⁷⁵

Årsaken til at det forelå en krenkelse i denne saken synes i stor grad å skyldes myndighetenes manglende aktivitet for å sikre at klageren fikk stilt spørsmål til vitnet. A.S. ble varslet først fire måneder etter avhøret, og da var det allerede blitt konkludert med at det ville være skadelig for barnet å bli eksaminert på nytt. Dersom siktede hadde blitt varslet rett etter barneavhøret er det grunn til å tro at barnet kunne blitt avhørt på nytt, slik at siktede hadde fått mulighet til å eksaminere barnet.¹⁷⁶

¹⁷¹ A.S. v. Finland para 63

¹⁷² Prop.112 L (2014–2015) s. 61

¹⁷³ A.S. v. Finland para 63

¹⁷⁴ Ibid para 64

¹⁷⁵ Ibid para 65

¹⁷⁶ Prop.112 L (2014–2015) s. 61

Domstolen har ikke gjentatt formuleringen ”shall be informed” i senere avgjørelser, hvilket er et ytterligere argument for at det var de spesielle omstendighetene i A.S.-saken som gjorde at domstolen fant det nødvendig å fremheve at mistenkte må varsles om avhøret. Dersom det gjaldt et krav om forhåndsvarsel, ville det vært nærliggende at domstolen gjentok kravet i etterfølgende dommer. I hvert fall i de saker hvor mistenkte ikke er blitt varslet om avhøret og heller ikke senere har fått stilt spørsmål til vitnet. I den forbindelse vises det til D.T. v. the Netherlands.

Dommen gjaldt en sak hvor en jente på fem år var blitt avhørt én måned etter at hennes mor hadde anmeldt barnets far for seksuelle overgrep. Jentas far ble ikke informert om gjennomføringen av avhøret. Avhøret, som var blitt tatt opp på video, ble avspilt i retten, og klageren hadde ikke bedt om å få stille spørsmål til barnet, verken under etterforskningen eller ved hovedforhandlingen. Han var heller ikke blitt informert om at han hadde en slik mulighet. Jentas far ble domfelt, og først ved ankebehandlingen ba han om at jenta skulle forklare seg i retten. Anke-domstolen fant at videopptaket kunne avspilles, da det ville være skadelig for barnet å forklare seg på nytt.

Domfelte brakte saken inn for EMD. Klageren anførte at han, i strid med domstolens rettspraksis, ikke hadde fått anledning til å være til stede ved gjennomføringen av det første avhøret av barnet.¹⁷⁷ Dette til tross for at allerede var mistenkt i saken.¹⁷⁸ Det ble i den forbindelse vist til A.S. v. Finland.¹⁷⁹

Da EMD behandlet saken var den ”treleddede” vurderingen oppstilt. Domstolen fant at det ikke forelå en krenkelse av siktedes rettigheter. Det avgjørende for vurderingen var at det forelå tilstrekkelig kompenserende faktorer, som veide opp for at siktede ikke hadde fått stilt spørsmål til jenta. EMD viste til at barneavhøret var tatt opp på video, og at videopptaket var avspilt i retten. Dermed fikk domstolen dannet seg et inntrykk av forklaringen, og siktede fikk mulighet til å ta opp problemer knyttet til troverdigheten av forklaringen. Videre ble det lagt vekt på at barnet hadde forklart seg om hendelsen til sin mor og mormor, og at disse ble ført som vitner under hovedforhandlingen. Siktede hadde således fått mulighet til å påpeke inkonsistenser ved barnets forklaring og vitnenes forklaringer. I tillegg var det av betydning at

¹⁷⁷ D.T. v. the Netherlands para 42

¹⁷⁸ Ibid

¹⁷⁹ Ibid

flere eksperter hadde uttalt seg om barnets forklaring, og at siktede hadde fått mulighet til å stille spørsmål til tre av disse ekspertene under hovedforhandlingen. Endelig ble det vektlagt at det ble foretatt en ny psykologisk vurdering av hvorvidt det ville være skadelig for barnet å bli avhørt på nytt under ankebehandlingen. Dette ga siktede mulighet til å diskutere og stille spørsmålstegn ved vurderingen.

Avgjørelsen viser at det ikke kan utledes et absolutt krav om forhåndsvarsel. Det er grunn til å nevne at heller ikke Arbeidsgruppen var av den oppfatning.¹⁸⁰ Spørsmålet blir dermed hvorvidt konvensjonen oppstiller et krav om at siktede som *hovedregel* må varsles før avhøret.

Hvorvidt det kan utledes et krav om at mistenkte som utgangspunkt må varsles før avhøret, må etter min mening sees i sammenheng med forsvarers krav på å være til stede ved første avhør og til å stille spørsmål til vitnet, nemlig andre og tredje minimumsgaranti i A.S. v. Finland.

Formålet med et varsel kan sies å være at siktede og/eller hans forsvarer gis mulighet til å være til stede ved avhøret, og med det få mulighet til å stille spørsmål til vitnet jf. EMK art. 6 nr.3 bokstav d. Et krav om varsel før avhør, uten en etterfølgende rett for forsvarer til å være til stede ved første avhør, vil ikke gi siktede en bedre mulighet til å forberede sitt forsvar. Dersom EMD ikke oppstiller et krav om at forsvarer som hovedregel skal være til stede ved første avhør, vil et varsel ha liten betydning. Er det derimot et krav at forsvarer som hovedregel er til stede ved første avhør, vil det ikke være tilsvarende sammenheng mellom forsvarers tilstedeværelse og varsel. Dette fordi det her vil være mulig for forsvarer å være til stede ved avhøret, uten at mistenkte varsles. Spørsmålet er hvorvidt EMD krever at forsvarer fortrinnsvis skal være til stede ved første avhør, slik at retten til eksaminasjon ivaretas her.

I A.S.-dommen uttaler domstolen at siktede som en *minimumsgaranti* skal få mulighet til å observere avhøret, *enten* når det gjennomføres *eller* senere ved å se avhøret på video, og til å stille spørsmål til barnet, *enten* direkte eller indirekte, i løpet av første avhør *eller* senere.

¹⁸⁰ Arbeidsgruppen (2012) s. 37

Domstolens relativisering av den tidligere absolutte ”the sole or decisive”- regelen innebærer imidlertid at dette ikke lenger er en ”minimumsgaranti”. Som vi så i D.T.-dommen kan det foreligge tilstrekkelig utbalanserende faktorer, som gir siktede en rettferdig rettergang. Dette til tross for at han ikke har fått stille spørsmål til vitnet og selv om forklaringen er det eneste eller avgjørende bevis.

Hva gjelder siktedes tilstedeværelse og tidspunktet for eksaminasjon av vitnet, tilsier ordlyden at domstolen oppstiller en valgmulighet for medlemsstatene for når disse rettighetene sikres jf. ”enten” og ”eller”. Det synes således å være uten betydning om retten til kontradiksjon ivaretas ved første avhør eller senere, hvilket tilsier at det ikke gjelder et krav om at forsvarer som hovedregel må være til stede ved første avhør.

På den andre siden gjelder det et nødvendighetskrav etter konvensjonen, som innebærer at innskrenkninger i siktedes rettigheter må være ”strictly necessary”.¹⁸¹ Utgangspunktet etter konvensjonen er bevisumiddelbarhet, med adgang til krysseksaminasjon. Det kan således spørres om dette innebærer at forsvarer som utgangspunkt må få mulighet til å være til stede når forklaringen blir gitt, og at han kun kan nektes adgang dersom det etter en konkret vurdering foreligger gode grunner til det.¹⁸²

Jeg har vært i kontakt med forsvarere som uttrykker skepsis til hvordan retten til eksaminasjon ivaretas ved den nye ordningen. Det hevdes blant annet at muligheten til å forberede et forsvar kan være ”ødelagt” allerede ved første avhør.¹⁸³ Dette fordi mange av premissene for saken blir lagt allerede her, og fordi det kan være umulig å rette opp feil ved det første avhøret i ettertid.¹⁸⁴

Jeg har vanskelig for å se hvilke tilfeller forsvaret vil bli ”ødelagt” ved at spørsmål ikke stilles ved første avhør. Formålet med retten til eksaminasjon er bl.a. at siktede skal få mulighet til å overprøve troverdigheten av vitnes forklaring og å imøtegå denne.¹⁸⁵ Dette kan gjøres på et

¹⁸¹ Se bl.a. Van Mechelen and Others v. the Netherlands, P.S. v. Germany para 23, Reid (2008) s. 211 og Rui i Rapport (2012) s. 136

¹⁸² Rui i Rapport (2012) s. 136

¹⁸³ Unni Fries i e-post 18.08.2016 og Marius Oscar Dietrichson i samtale 16.08.2016

¹⁸⁴ Ibid

¹⁸⁵ Matningsdal (2007) s. 15-16

senere tidspunkt. Også avhørsleder vil kunne konfrontere vitnet allerede i første avhør, dersom det fremkommer uoverensstemmelser her.¹⁸⁶

Videre er det, som tidligere nevnt, allerede blitt innfortolket et nødvendighetskrav i kravet til ”god grunn”. Dette innebærer at unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet må være siste utvei. Dersom kravet til god grunn er oppfylt, kan jeg ikke se at retten til å få stilt spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet er avhengig av at denne sikres på det tidspunkt forklaringen blir avgitt.

Avgjørelser avsagt etter A.S. v. Finland støtter, etter min mening, at det oppstilles en valgfrihet for når siktede gis mulighet til å stille spørsmål til vitnet.

I Vronchenko- dommen ble siktedes mulighet til å stille spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet, og myndighetens plikter i så henseende, viet stor oppmerksomhet. I denne saken fremhevet EMD at det til tross for at myndigheten allerede på etterforskningsstadiet var klar over at tiltalte ikke fikk eksaminere barnet i retten, hadde det ikke blitt iverksatt tiltak for å gi siktede mulighet til å stille spørsmål til barnet før hovedforhandling.¹⁸⁷

Domstolen uttalte at art. 6 nr.1, sammenholdt med nr.3, krever at statene iverksetter positive tiltak for å gi siktede en mulighet til å avhøre eller la avhøre vitnet.¹⁸⁸ Domstolen fremhevet at de nasjonale domstolene ikke kunne klandres for at barnet ikke var til stede under hovedforhandling, men at det derfor var avgjørende å gi siktede mulighet til å stille spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet.¹⁸⁹ Spørsmålet i en sak som den foreliggende var i følge domstolen hvorvidt:

”...it was possible to put questions to the witness, for example through the defendant’s lawyer, police investigator or psychologist in an environment under the control of the investigating authorities...”¹⁹⁰

¹⁸⁶ Riksadvokaten (2016) pkt. 6.1

¹⁸⁷ Vronchenko v. Estonia para 61

¹⁸⁸ Ibid

¹⁸⁹ Ibid para 63

¹⁹⁰ Ibid para 65

Også i Schatschaschwili-dommen konsentrerte EMD seg i stor grad om klagerens manglende mulighet til å stille spørsmål på etterforskningsstadiet.¹⁹¹ Domstolen fremhevet her viktigheten av etterforskningsstadiet som forberedelse til hovedforhandling.¹⁹² Dette da måten bevis er innhentet på, vil sette rammene for hvordan forsvaret blir vurdert under hovedforhandling.¹⁹³ Betydningen av dette tok domstolen opp igjen i den konkrete vurderingen, hvor den fremhevet at:

”Where the investigating authorities took the reasonable view that the witness concerned would not be examined at the hearing of the trial court, it is essential for the defence to have been given an opportunity to put questions to the witness at the investigation stage...”¹⁹⁴

Uttalelsen viser viktigheten av å sikre siktedes mulighet til å stille spørsmål på etterforskningsstadiet, spesielt når etterforskningsmyndighetene er klar over at det kan bli aktuelt at vitnet ikke møter i retten. I denne saken fremhevet domstolen at myndighetene var kjent med denne risikoen, og at de likevel ikke hadde gitt siktede mulighet til å stille spørsmål til vitnet før hovedforhandling.¹⁹⁵ Manglende adgang til eksaminasjon på etterforskningsstadiet ble særlig trukket fram som begrunnelse for at prosessen etter en helhetsvurdering ikke var rettfærdig.¹⁹⁶

Også i Rosin v. Estonia, var det myndighetenes manglende tilrettelegging for eksaminasjon i etterkant av avhøret, som ble ansett som avgjørende for at det forelå en krenkelse. I denne saken var klageren domfelt for å ha hatt seksuell omgang med to gutter på 11 og 17 år. Klageren ble varslet etter avhøret, men samme dag som avhøret ble gjennomført og samme dag som det ble åpnet etterforskning mot ham.

I de tilfeller myndighetene allerede på etterforskningsstadiet er klar over at vitnet muligens ikke vil møte i retten, viser EMD-praksis at medlemsstatene har en særlig plikt til å legge til rette for eksaminasjon av vitnet før hovedforhandling.

¹⁹¹ Schatschaschwili v. Germany para 153-160

¹⁹² Ibid para 104

¹⁹³ Ibid

¹⁹⁴ Ibid para 157

¹⁹⁵ Ibid 159-160

¹⁹⁶ Ibid para 164

Tilsvarende forståelse synes å ha blitt lagt til grunn av Høyesterett. I Rt. 2011 s. 93 uttalte domstolen at:

”Siden et dommeravhør vil kunne tjene som et middelbart- og ofte sentralt bevis- under hovedforhandlingen, bør kontradiksjon tilstrebes i størst mulig grad på etterforskningsstadiet...”¹⁹⁷

Ved gjennomføringen av et tilrettelagt avhør er man allerede på etterforskningsstadiet klar over at avhøret som hovedregel trer i stedet for vitnes personlige forklaring jf. strpl. § 298 første ledd. Dette tilsier at medlemsstatene har en særlig plikt til å sikre at siktede får stilt spørsmål til vitnet på dette stadiet.

Dersom forsvarer hadde fått anledning til å overvære det første barneavhøret i de to avgjørelsene mot Estonia, ville retten til eksaminasjon blitt ivaretatt allerede her. Dette kan tale for at statene bør etterstrebe en ordning hvor forsvarer er til stede ved første avhør.

Ut ifra domstolens konkrete vurdering, i både Vronchenko-dommen og Rosin-dommen, synes det imidlertid klart at det, ved siden av avspillingen av barneavhøret i retten, ville blitt ansett å foreligge tilstrekkelig utbalanserende faktorer dersom siktede hadde fått anledning til å eksaminere vitnet på etterforskningsstadiet. Tidspunktet for når siktede hadde fått mulighet til å eksaminere vitnet synes imidlertid å være uten betydning.

At det gjelder en valgmuligheten for når retten til kontradiksjon blir ivaretatt synes også å bli lagt til grunn av Høyesterett. I Rt. 2012 s. 1171 uttaler Høyesterett at det følger av EMD praksis at det ikke er et krav at retten til eksaminasjon oppfylles under hovedforhandling og at det er tilstrekkelig at:

”...siktede enten da forklaringen ble avgitt eller på et senere stadium har fått en tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet...”¹⁹⁸

¹⁹⁷ Avs. 35

¹⁹⁸ Avs. 19

Avgjørelsen viser at Høyesterett ikke har tolket EMD praksis som å oppstille et krav om at kontradiksjon sikres ved første avhør.

Praksis kan, etter min mening, ikke tas til inntekt for at det som hovedregel må legges opp til en ordning hvor forsvarer er til stede ved første avhør for å sikre retten til eksaminasjon. Når krav om varsel ses i sammenheng med dette, kan jeg heller ikke se at det er i strid med EMK at siktede som hovedregel ikke skal forhåndsvarsles.

I de to ovennevnte avgjørelsene mot Estonia ble klagerne varslet henholdsvis samme dag og dagen etter avhørene var gjennomført. Myndighetene hadde gode forutsetninger for å sikre siktedes rett til kontradiksjon før hovedforhandling. Det var ikke manglende forhåndsvarsel som gjorde at retten til eksaminasjon ble avskåret. På dette punkt skiller faktum seg vesentlig fra faktum i A.S. v. Finland, hvor det ble gitt varslet først fire måneder etter avhøret.

For å unngå en situasjon som den i A.S.-dommen må det imidlertid stilles visse krav til tidspunktet for varsel. Reglene må, etter min mening, legge opp til en ordning som gir siktede en "adequate and proper opportunity" til å stille spørsmål til vitnet i løpet av prosessen. Spørsmålet blir om ordningen med utsatt varsel av mistenkte i tilstrekkelig grad sikrer siktedes rett til eksaminasjon.

Etter strpl. § 239 b tredje ledd fremgår det at påtalemyndigheten "så snart som mulig" skal avgjøre om det er grunnlag for å ta ut siktelse jf. strpl. § 239 b tredje ledd. Videre skal terskelen for å ta ut siktelse være lav, slik at retten til kontradiksjon ivaretas.¹⁹⁹ Når det er tatt ut siktelse skal siktede straks få oppnevnt forsvarer, og siktede og forsvarer skal "straks" få adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, herunder videopptaket, jf. strpl. § 239 b fjerde ledd. Dette viser at reglene skal sikre at tiden mellom første avhør og varsel av siktede gjøres så kort som mulig. På den måten kan reglene sies å være utformet på en måte som skal forhindrer at utsatt varsel fører til at retten til eksaminasjon av vitnet blir avskåret.

Adgangen til å få stilt spørsmål til vitnet i et nytt avhør er av helt sentral betydning. Etter strpl. § 239 c tredje ledd "skal" en begjæring om supplerende avhør som er fremsatt innen fristen tas til følge, med mindre det etter en samlet vurdering vil være en "uforholdsmessig

¹⁹⁹ Prop.112 L (2014–2015) s. 57

belastning for vitnet”. Som tidligere nevnt er denne adgangen vid. Det skal videre legges ”særlig vekt på” siktedes rett til kontradiksjon ved vurderingen av om begjæringen må avslås, jf. strpl. § 239 c tredje ledd.

Dersom en begjæring om supplerende avhør ikke er fremsatt innen fristen, kan den i ”særlige tilfeller” likevel tas til følge jf. strpl. § 239 c, fjerde ledd. Det er nærliggende at vilkåret vil være oppfylt dersom supplerende avhør er avgjørende for å sikre retten til kontradiksjon, og at fristen ikke er preklusiv nettopp av hensyn til kontradiksjonsretten.²⁰⁰

De ovennevnte bestemmelsene tas, etter min mening, sikte på at siktede skal gis en passende og tilstrekkelig mulighet til å eksaminere vitnet. Strpl. § 239 b, om utsatt varsling av siktede, gir siktede mulighet til å se avhøret på video før det begjæres supplerende avhør, hvilket gir han bedre forutsetninger for å forberede hvilke spørsmål som ønskes stilt til vitnet.²⁰¹ Det kan således tale for at en ordning med utsatt varsling, hvor kontradiksjonsretten ivaretas på et senere tidspunkt, nettopp sikrer at retten til å eksaminere vitner utøves ”in an effective manner”²⁰², i tråd med konvensjonens krav.

Det er imidlertid en forutsetning at reglene praktiseres som anvist, nemlig at det legges opp til en vid adgang til å stille spørsmål i et nytt avhør.

Det er meg bekjent to avgjørelser hvor et avslag på begjæring om supplerende avhør er brakt inn for retten etter strpl. § 239 c femte ledd- en kjennelse fra lagmannsretten²⁰³ og en fra tingretten.²⁰⁴

I kjennelsen fra lagmannsretten ble klagen på avslaget ikke tatt til følge. Retten fant at det ville innebære en uforholdsmessig belastning for vitnet å bli stilt de angitte spørsmål. Det ble vist til at spørsmålene ikke var av betydning for sakens opplysning eller for siktedes forsvar. Videre ble det sitert fra klagens behandling i førsteinstans, hvor det fremgikk at spørsmålene bar preg av at forsvarer ønsket å få frem at barnet ikke snakket sant. I den forbindelse ble det

²⁰⁰ Riksadvokaten (2013) pkt.2

²⁰¹ Prop.112 L (2014-2015 s. 49

²⁰² Se bl.a. Rosin v. Estonia, para 59 og Vronchenko v. Estonia, para 61

²⁰³ LF-2016-46661

²⁰⁴ Trondenes tingretts kjennelse av 22.01.2016

av tingretten vist til at ”dersom forsvarer ønsker å så tvil om riktigheten av fornærmedes forklaring, har han anledning til dette gjennom den øvrige bevisførsel og i prosedyren”.²⁰⁵ Lagmannsretten sluttet seg til tingrettens vurdering.

Tilsvarende var tilfelle i kjennelsen fra tingretten. Også her ble klagen på avslag på begjæring om supplerende avhør avslått av hensyn til vitnet. Tingretten fant at spørsmålene som var ønsket stilt ikke bidro til sakens opplysning. Også her bemerket retten at spørsmålene bar preg av å få frem at barnet ikke snakket sant.

Advokatforeningen var i sin høringsuttalelse sterkt kritisk til forslaget om at politiet skulle ha anledning til å foreta en relevansvurdering av forsvarers spørsmål, og det ble fremholdt at det ikke kunne gjelde et krav om forhåndsgodkjennelse.²⁰⁶ Det ble vist til at:

”Det kan lett tenkes behov for å stille spørsmål som aktor ikke ser relevansen av, men som siktede og hans forsvarer har en mening med”.²⁰⁷

Dersom siktede skulle hatt en ubetinget rett til å stille spørsmål i et nytt avhør, slik som fremholdt av advokatforeningen, ville dette gått på bekostning av vitnets interesser. EMD-praksis viser at hensynet til vitnet i visse tilfeller må gå foran, og at det må være adgang til å gjøre unntak.

I de ovennevnte saker, knyttet de angitte spørsmål seg til forhold barnet tidligere hadde forklart seg om. Jeg er ikke enig i uttalelsen om at de spørsmål forsvarer ønsket stilt i de to ovennevnte avgjørelser ikke ville bidratt til sakens opplysning eller var uten betydning for forsvaret. Dersom barnet ikke snakker sant, er dette et sentralt tema å belyse for forsvarer. Uttalelsen må imidlertid ses sammenheng med uttalelsen om at forsvarer har mulighet til å så tvil om vitnets troverdighet senere i saken. Spørsmål må derfor gå ut på å klargjøre faktiske forhold, og ikke gå direkte på hvorvidt barnet snakker sant eller ikke.

²⁰⁵ LF-2016-46661

²⁰⁶ Advokatforeningen (2013) pkt. 5

²⁰⁷ Ibid

Det er nettopp de tilfeller hvor vitnet allerede har forklart seg utførlig om de spørsmål siktede ønsker å stille, det kan bli aktuelt å anvende unntaket om å avslå begjæringen.²⁰⁸ Et supplerende avhør skal være supplerende- ikke gjentakende.²⁰⁹ Avgjørelsene faller dermed, etter min mening, innenfor unntakets kjerneområdet. Utgangspunktet er imidlertid at det skal svært mye til for å avslå en begjæring om supplerende avhør.²¹⁰ Et supplerende avhør vil normalt ikke være en uforholdsmessig belastning for vitnet.²¹¹ Videre vil det være i politiets interesse å ta begjæringen til følge, slik at bevisverdien av avhøret sikres. Avhørsleder er også ansvarlig for å ivareta siktedes rettssikkerhet, og i den forbindelse skal vedkommende bidra til å formulere relevante spørsmål.²¹²

På denne bakgrunnen tror jeg også praksis vil legge seg på en linje hvor supplerende avhør kun unntaksvis avslås, slik at siktede får mulighet til å eksaminere vitnet.

²⁰⁸ Prop.112 L (2014–2015) s. 57

²⁰⁹ Riksadvokaten (2015) pkt. 14

²¹⁰ Prop.112 L (2014–2015) s. 111

²¹¹ Riksadvokaten (2015) pkt. 14

²¹² Riksadvokaten (2015) pkt.14

5 Forholdet mellom strpl. § 239 b og EMK art. 8

5.1 Innledning

Praksis og litteratur, samt forarbeidene til de nye reglene om tilrettelagt avhør, viser at forholdet mellom de særlig regler for avhør av barn og andre særlig sårbare vitner og EMK, i stor grad har vært holdt opp mot siktedes krav på en rettferdig rettergang etter EMK art.6. Reglene må naturligvis også være i samsvar med EMK-rettigheter som verner fornærmede jf. strpl. § 4 og menneskerettighetsloven § 2 jf. § 3. Nasjonal institusjon for menneskerettigheter ved UiO kritiserte i sin høringsuttalelse til Arbeidsgruppens rapport at gruppen hadde utredet mistenktes menneskerettslige vern, men ikke barns og psykisk utviklingshemmedes.²¹³

Selv om de nye reglene i stor grad er gitt for å styrke barns og andre sårbare voksnes rettssikkerhet, er det grunn til å se nærmere på regelen om utsatt varsling og dens forhold til fornærmedes krav på beskyttelse mot overgrep etter EMK. art. 8.

Også EMK art. 3 gir fornærmede et krav på beskyttelse. Jeg vil imidlertid avgrense mot å vurdere regelens forhold til denne artikkelen. Dette da art. 8 kan gi vern utover de tilfeller som omfattes av art. 3.²¹⁴ Det skal svært mye til for at et overgrep faller inn under anvendelsesområdet til art. 3.²¹⁵

5.2 Fornærmedes vern etter EMK art. 8

5.2.1 Anvendelsesområde

EMK art. 8 gir ”enhver” rett til ”respekt for sitt privatliv og familieliv”.²¹⁶ ”Enhver” innebærer at alle individer omfattes av vernet, og reiser ingen særlige spørsmål for tema i denne avhandlingen. Spørsmålet er hva som er vernet etter bestemmelsen. I denne sammenheng er det retten til respekt for sitt ”privatliv” som er aktuell.

²¹³ Robberstad (2014) s. 137

²¹⁴ Costello-Roberts v. the United Kingdom para 36

²¹⁵ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 26

²¹⁶ EMK art. 8 første ledd

EMD har avsagt flere avgjørelser hvor det er konstatert at barnets rett til privatliv innebærer et krav på beskyttelse av ”the physical and moral integrity of the person, including his or her sexual life”.²¹⁷ Det blir her eksplisitt nevnt at art. 8 gir barnet krav på beskyttelse mot seksuelle overgrep. At retten til privatliv omfatter barnets fysiske integritet innebærer at artikkelen også gir barn krav på beskyttelse mot andre overgrep.

Videre har EMD anerkjent at særlig barn ”and other vulnerable individuals” har krav på effektiv beskyttelse mot ”grave acts such as rape”.²¹⁸ Til tross for at praksis fra EMD særlig gjelder tilfeller hvor fornærmede har vært utsatt for seksuelle overgrep, og dette er handlinger som kan sies å ligge i kjerneområdet i ”retten til privatliv”, tilsier formuleringen ”suchs as” at domstolen ikke har ment å begrense vernet for særlig sårbare voksne til overgrep av seksuell karakter. Dette innebærer at art. 8 gir både barn og særlig sårbare voksne krav på beskyttelse mot visse overgrep, av både seksuelle og ikke-seksuell karakter. Jeg vil ikke gå nærmere inn på hvilke krav som stilles til overgrepets alvorlighetsgrad for å falle inn under vernet i art.8.

5.2.2 Statens positive plikter- krav til det nasjonale straffesystemet

Kjernen i art. 8 er å beskytte individet mot vilkårlig inngrep fra staten.²¹⁹ Statens forpliktelser etter artikkelen går imidlertid lenger: EMD har eksplisitt fastslått at EMK art. 8 pålegger statene positive plikter til å sikre retten til ”effective respect for private...life”.²²⁰ Videre at dette kan omfatte tiltak ”designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves”.²²¹ Dette innebærer at statene ikke bare er forpliktet til å avstå fra handlinger, men også til å iverksette visse tiltak for å beskytte barn og andre særlig sårbare personer mot overgrep fra privatpersoner.

Utgangspunktet etter EMK er at statene selv velger hvordan konvensjonsforpliktelsene skal gjennomføres nasjonalt- statene er her gitt en skjønnsmargin.²²² Ved gjennomføringen av art. 8 har imidlertid EMD oppstilt visse krav til hvordan nasjonale myndigheter skal beskytte

²¹⁷ Se f.eks. X and Y v. the Netherlands para 22

²¹⁸ Se f.eks. M.C. v. Bulgaria para 150

²¹⁹ Y. v. Slovenia para 101

²²⁰ Ibid

²²¹ Söderman v. Sweden para 78

²²² Söderman v. Sweden, para 79, se også Kaasin (2006) s. 590 med videre henvisninger

særlig sårbare personer mot overgrep etter art. 8: statene er forpliktet til å oppfylle visse krav til sitt nasjonale straffesystem.²²³

I avgjørelsen *M.C. v. Bulgaria*, som gjaldt voldtekt av en mindreårig jente, fremkommer det at dette kravet innebærer en plikt for statene til å ”establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse”.²²⁴ Ordlyden tilsier at art. 8 gir et krav på effektiv beskyttelse mot seksuelle overgrep fra privatpersoner. Igjen kan det spørres om uttalelsen tilsier at kravet på effektiv beskyttelse er begrenset til beskyttelse mot seksuelle overgrep. Jeg finner imidlertid at det ikke kan leses inn en slik begrensning i kravet på effektiv beskyttelse etter EMK art. 8. Det vises til tidligere referert uttalelse fra EMD, hvor domstolen bruker formuleringen ”grave acts suchs as rape”. Dette tilsier at kravet på effektiv beskyttelse også gjelder andre overgrep av grov karakter. Kravet til hvordan forpliktelsen til å beskytte individet mot overgrep gjennomføres vil imidlertid være snevrere ”where the activities at stake involve a most intimate aspect of private life”.²²⁵ Da krenkelser av seksuell karakter må sies å ligge i kjernen av bestemmelsens anvendelsesområde, tilsier dette at statenes forpliktelser vil kunne være mer omfattende i slike saker.

5.3 Er EMK art. 8 til hinder for en hovedregel om utsatt varsling av mistenkte?

Ettersom strpl. § 239 b om utsatt varsling er gitt for å styrke barns og andre særlig sårbare voksnes rettssikkerhet, og en av hovedbegrunnelsene om utsatt varsling er å beskytte vitnet mot nye overgrep, kan bestemmelsen ved første øyekast utelukkende synes å styrke vitnets krav på beskyttelse etter EMK art. 8. Det kan hevdes at en regel, som tar sikte på å styrke fornærmedes rettigheter etter art. 8, vanskelig kan sies å være i strid med den samme artikkelen.

Dersom mangel på adgang til å stille spørsmål til vitnet innebærer at siktede ikke har fått en rettfærdig rettergang, kan konsekvensen bli at avhøret ikke kan føres som bevis.²²⁶ Som vi har sett kommer spørsmålet om bevisavskjæring særlig på spissen i de tilfeller hvor avhøret er

²²³ Kaasin (2006) s. 593

²²⁴ *M.C. v. Bulgaria* para 185

²²⁵ *Söderman v. Sweden* para 79

²²⁶ Prop.112 L (2014–2015) s. 57

”the sole or decisive evidence”. En nektelse av å føre videoopptaket som bevis i disse sakene vil således innebære at det ikke finnes andre bevis som er tilstrekkelig for domfellelse. Som nevnt kan utsatt varslings, hvor kontradiksjon ikke sikres ved første avhør, føre til at siktede ikke får anledning til å stille spørsmål til vitnet i løpet av prosessen. Det kan derfor spørres om en hovedregel om utsatt varsel er forenlig med fornærmedes krav på effektiv beskyttelse mot overgrep.

Besvarelsen på spørsmålet må i stor grad sees i sammenheng med behandlingen av første problemstilling. Dette da reglene er, etter min mening, utformet på måte som skal gi siktede en tilstrekkelig anledning til å stille spørsmål til vitnet, slik at hans rettigheter etter EMK art. 6 ivaretas.

Dette er også begrunnet ut ifra hensynet til fornærmede: ivaretagelse av siktedes rettigheter er avgjørende for muligheten til å få gjerningsmannen straffet.²²⁷ Lav terskel for å ta ut siktelse, med etterfølgende varsel, samt den vide adgangen til å gjennomføre et nytt avhør av barnet, må derfor også sies å være gitt for å hindre at avhøret må avskjæres som bevis. Dermed er det iverksatt en rekke tiltak for å sikre at selve hovedformålet med et tilrettelagt avhør- som er å bringe på det rene om noe straffbart har skjedd, og videre kunne bruke avhøret som bevis under hovedforhandling- kan oppnås.

På bakgrunn av dette finner jeg at regelen om utsatt varsel, med en etterfølgende rett til å begjære supplerende avhør, tar sikte på å sikre bevisverdien ved å ivareta siktedes rettigheter. Dette gir også fornærmede en effektiv beskyttelse. At ordningen *kan* føre til at siktedes rettigheter blir krenket, slik at avhøret ikke kan føres som bevis, kan ikke være avgjørende. I disse tilfeller er det nettopp hensynet til vitnet som begrunner innskrenkninger i siktedes rettigheter.

Videre er det hensynet til vitnet som i stor grad begrunner regelen om utsatt varslings. Selv om det ikke ville vært aktuelt å utsette barnet for en risiko ved varslings av mistenke, er flere av begrunnelsen for unnlatt varsel nettopp å sikre fornærmedes krav på beskyttelse. Som tidligere nevnt vil unnlatt varsel blant annet kunne føre til at flere melder i fra om en mistanke, hvilket åpenbart vil være i tråd med fornærmedes krav på effektiv beskyttelse.

²²⁷ Ibid s. 58

Videre vil det kunne være lettere for politiet å etterforske saken dersom mistenkte ikke varsles, og med det bidra til at flere skyldige blir dømt.²²⁸

Det ovennevnte tatt i betraktning innebærer, etter min mening, at en regel om utsatt varsel, med en risiko for at avhøret unntaksvis ikke kan føres som bevis, ikke er i strid med fornærmedes krav på effektiv beskyttelse etter EMK art. 8.

²²⁸ Ibid s. 53

6 Avsluttende bemerkninger

I oppgaven har jeg konkludert med at en hovedregel om utsatt varsling av mistenkte ikke er i strid med menneskerettighetene- verken siktedes krav på en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 eller fornærmedes krav på beskyttelse etter EMK art. 8. Reglene går imidlertid i en klar retning, hvor hensynet til offeret er satt i fokus. Som nevnt ble det i forarbeidene fremhevet at det tilrettelagte avhøret skulle styrke barns og andre særlig sårbare voksnes rettssikkerhet, uten å gå på bekostning av siktedes rettssikkerhet. Det kan spørres om reglene har lyktes i denne avveiningen av hensyn.

Som vi har sett kan utsatt varsel, hvor forsvarer ikke får anledning til å være til stede ved første avhør, føre til at siktede ikke får stilt spørsmål til vitnet før hovedforhandling. Dette vil for det første være tilfellet dersom en begjæring om supplerende avhør avslås fordi det vil være en "uforholdsmessig belastning for vitnet" jf. strpl. § 239 c tredje ledd.

Videre kan det spørres om siktedes rett til å eksaminere vitnet blir ivaretatt dersom vitnet nekter å forklare seg, eller det er minimalt å få ut av vitnet, ved det supplerende avhøret. Hva gjelder opplesning av en politiforklaring i de tilfeller hvor vitnet møter til hovedforhandling, har Høyesterett, med henvisning til EMD, uttalt at:

"Det kan etter min oppfatning ikke være noe vilkår for å tillate opplesning at vitnet svarer på de spørsmål tiltalte eller hans forsvarer stiller. Såfremt tiltalte eller hans forsvarer under hovedforhandlingen har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, må en forklaring som er avgitt under etterforskningen, normalt kunne leses opp selv om vitnet påberoper en gyldig grunn for å nekte å forklare seg..."²²⁹

Uttalelsen viser at en adgang til å stille spørsmål i seg selv kan være nok. Høyesterett viste her blant annet til *Lucà v. Italy*, hvor det fremgår at det kan være nødvendig å vise til en tidligere avgitt forklaring, spesielt i de tilfeller hvor vitnet nekter å gjenta sin forklaring.²³⁰ I disse sakene vil det være av betydning at vitnet er til stede og overhører opplesningen, da dette vil

²²⁹ Rt. 2003 s. 1808 avs. 18

²³⁰ *Lucà v. Italy* para 40

gi en foranledning til å påpeke eventuelle feil i den oppleste forklaringen.²³¹ Dette vil ikke være tilfelle hvor det er spørsmål om et tilrettelagt avhør kan avspilles i retten, ettersom vitnet som hovedregel ikke er til stede under hovedforhandling. Som vi har sett i Rt. 1999 s. 586 og Rt. 2011 s. 93 skal siktede få en reell mulighet til kontradiksjon, noe den etter min mening ikke vil være i tilfeller hvor vitnet ikke ønsker å besvare spørsmål knyttet til forhold det tidligere har forklart seg om. På denne bakgrunn finner jeg at siktede ikke har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, dersom vitnet ikke ønsker å forklare seg i det supplerende avhøret.

Siktede vil i de ovennevnte tilfeller ikke få stilt spørsmål til vitnet. Det kan spørres om det burde blitt oppnevnt forsvarer som fikk være til stede ved første avhør, også i de tilfeller hvor den mistenkte ikke skal varsles.²³²

Som tidligere nevnt er det et krav etter norsk intern rett at forvarer konferer med siktede før avhøret, for å gi siktede en reell mulighet til kontradiksjon. Departementet fant at det ikke var nødvendig å oppnevne forsvarer som var til stede ved første avhør, i de tilfeller hvor mistenkte ikke varsles.²³³ Det ble argumentert for at forsvarers tilstedeværelse i et slikt tilfelle i liten grad styrker siktedes rettssikkerhet og at det er tilstrekkelig at retten til eksaminasjon ivaretas ved det supplerende avhøret.²³⁴

Jeg er enig i at forsvarers tilstedeværelse ikke vil være nødvendig når siktede får mulighet til å stille spørsmål ved et nytt avhør, jf. drøftelsen under pkt.4. Departementet tar imidlertid ikke opp betydningen av forsvarers tilstedeværelse i de tilfeller hvor siktede ikke får anledning til å stille spørsmål i et nytt avhør. Det vises kun til at siktedes rett til kontradiksjon blir godt ivaretatt ved det supplerende avhøret.²³⁵

På den ene siden vil forsvarers tilstedeværelse kunne innebære en rettssikkerhetsgaranti for siktede, selv om hans tilstedeværelse i et slikt tilfelle ikke vil være tilstrekkelig for å sikre

²³¹ Matningsdal (2007) s. 119

²³² Advokatforeningen (2013) s.5

²³³ Prop.112 L (2014–2015) s. 56

²³⁴ Ibid

²³⁵ Prop.112 L (2014–2015) s. 56

siktedes rett til eksaminasjon.²³⁶ Siktede vil da ha en representant til stede, som har hans sak for øyet. Forsvarer vil kunne rette opp feil og overprøve troverdigheten av vitnets forklaring, selv om hans tilstedeværelse ikke gir siktede en reell anledning til eksaminasjon ved første avhør. Som vi har sett skal det etter EMD-praksis foretas en helhetlig vurdering av om prosessen fremstår som rettferdig. Forsvarers tilstedeværelse vil, etter min mening, kunne være en prosessuell rettssikkerhetsgaranti, og med det inngå i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig kompenserende tiltak.

At forsvarers tilstedeværelse ved første avhør vil kunne føre til at siktedes rett til en rettferdig rettergang blir ivaretatt i større utstrekning enn dersom han ikke får anledning til å være til stede ved første avhør, vil være best i samsvar med fornærmedes krav på beskyttelse etter EMK art. 8.

På den andre siden har Høyesterett i Rt. 2011 s. 93 uttalt at det av hensyn til siktedes rett til kontradiksjon er viktig at forsvareren ikke pålegges taushetsplikt, med mindre det er strengt nødvendig, og at det ikke foreligger en uttrykkelig hjemmel for å ilegge forsvarer taushetsplikt om det han har hørt i avhøret.²³⁷ Forsvarers tilstedeværelse i et slikt tilfelle vil, etter min mening, kunne føre til at retten til å eksaminere vitnet etter norsk rett uthules. Høyesterett har uttrykkelig fremhevet at forsvarers tilstedeværelse ikke er tilstrekkelig. Dersom forsvarers tilstedeværelse fungerer som en slags rettssikkerhetsgaranti for siktede, vil dette kunne føre til at bevis, som ikke har vært gjenstand for eksaminasjon, føres i større utrenskning enn tilfeller hvor forsvarer ikke er til stede.

Videre vil det kunne være uheldig at forsvarer stiller spørsmål uten å konferere med sin klient, fordi det da kan tenkes at forsvarer stiller spørsmål som siktede ikke ønsker.²³⁸

På denne bakgrunn finner jeg at det ikke burde oppnevnes forsvarer som er til stede ved første avhør, med ilagt taushetsplikt ovenfor mistenkte. For det tilfelle at siktede ikke får stilt spørsmål til vitnet i løpet av prosessen, og dette medfører at siktede ikke har fått en rettferdig rettergang, må avhøret avskjæres som bevis. I disse tilfeller finner jeg at hensynet til vitnets krav på beskyttelse etter EMK art. 8 ikke kan medføre at avhøret likevel føres som bevis.

²³⁶ Advokatforeningen (2013) s.5

²³⁷ Avs. 36

²³⁸ Prop.112 L (2014–2015) s. 56

Litteraturliste

Litteratur:

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, 2011.

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, 2015.

Andenæs, Johs, ”Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og norsk straffeprosess”, *Lov og Rett* 1992 s. 375-387- (LOR-1992-375) (Sisert fra Lovdata).

Andenæs, Johs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, 2009.

Frøberg, Thomas, ”EMDs praksis som norsk rettskildefaktor”, *Jussens venner* 2007 s 176-194 - (JV-2007-176) (Sisert fra Lovdata).

Hennum, Ragnhild, ”Dommeravhør og menneskerettigheter- konvensjonspraksis om særlige sårbare vitner” I: *Dog Fred er ej det Bedste-: Festskrift til Carl August Fleischer På Hans 70-årsda 26. August 2006*, s. 247 (Sisert fra Lovdata).

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, 2012.

Jacobs, Francis G., Robin White, Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, sixth edition, 2014.

Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, 2004.

Kaasin, Janne, ”Statenes forpliktelser etter EMK artikkel 3 og 8 når privatpersoner utøver seksuell vold mot kvinner”, *Tidsskrift for strafferett* 04-05/2006 (Volum 119), s. 581-618 (Sisert fra Idunn).

Kjølbros, Jon Fredrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention -for praktikere*, 3. utgave, 2010.

Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, 2007.

Mevik, Kate, Ole Greger Lillevik og Oddbjørg Edvardsen, *VOLD MOT BARN, teoretiske, juridiske og praktiske tilnærminger*, 2016.

Reid, Karen, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, 2008.

Robberstad, Anne, *Bistandsadvokaten*, 3. utgave, 2014.

Rui, Jon Petter, "Fra menneskerettsdomstolen", Tidsskrift for strafferett 03/2011 (Volum 11), s. 328-337 (Sitert fra Idunn).

Rui, Jon Petter, "Fra menneskerettsdomstolen", Tidsskrift for strafferett 01/2012 (Volum 12), s. 110-134 (Sitert fra Idunn).

Rønneberg, Anne Lis og Anne Poulsson, *Barn som vitner: særlig om dommeravhør og observasjon*, 2000.

Skogstrøm, Lene, (2015a), "Barneombud Anne Lindboe: voksne må tåle å bli tråkket på tærne", Aftenposten, 30.mai 2015

<http://www.aftenposten.no/norge/Barneombud-Anne-Lindboe----Voksne-ma-tale-a-bli-trakket-pa-tarne-39249b.html> [sitert 14.09.2016].

Skogstrøm, Lene, (2015b), "Politiet kan avhøre barn uten at foreldre siktes", Aftenposten, 04.juni 2015

<http://www.aftenposten.no/norge/Politiet-kan-avhore-barn-uten-at-foreldre-siktes-37306b.html> [sitert 14.09.2016].

Øyen, Ørnulf, "Flytting av ansvaret for avhør mv. av barn fra domstolene til politiet, Lov og Rett, 02/2014 (Sitert fra Idunn).

Lover og forskrifter:

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).
1998	Forskrift 10. februar 1998 nr. 925 om dommeravhør og observasjon m.m.
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
2015	Forskrift 24. september 2015 nr. 1098 om avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner.

Traktater:

EMK	The European Convention on Human Rights, Roma 4. November 1950.
Barnekonvensjonen	United Nations, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989

Forarbeider:

Ot.prp.nr.33 (1993-1994)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv (styrking av kriminalitetsofres stilling).
Ot.prp.nr.104 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.).

Prop.112 L (2014–2015) Endringene i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner).

Innst.347 L (2014–2015) Innstilling fra justiskomiteen om endringer i straffeprosessloven (avhør av barn og andre særlig sårbare fornærmede og vitner).

Rettsavgjørelser:

Norske avgjørelser:

Rt. 1990 s. 319

Rt. 1992 s. 569

Rt. 1993 s. 1118

Rt. 1994 s.748

Rt. 1999 s. 586

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 1146

Rt. 2003 s. 1808

Rt. 2004 s. 134

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2011 s. 93

Rt. 2012 s.1171

Rt. 2013 s. 1412

LF-2016-46661

Trondenes tingretts kjennelse av 22.01.2016

Internasjonale avgjørelser:

X and Y v. the Netherlands

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 26 March 1985

Brandstetter v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 August 1991
Costello-Roberts v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 March 1993
Van Mechelen and Others v. the Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 April 1997
Jasper v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16 February 2000
Lucà v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 February 2001
P.S. v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20 December 2001
M.C. v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4 December 2003
Krasniki v. the Czech Republic	The European Court of Human Rights, Strasbourg 28 February 2006
W. v. Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 April 2007
A.L. v. Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 January 2009
A.S v. Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 September 2010

Al-Khawaja and Thary v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 December 2011
D.T. v. the Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2 April 2013
Vronchenko v. Estonia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18 July 2013
Söderman v. Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12 November 2013
Rosin v. Estonia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19 December 2013
Y. v. Slovenia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 May 2015
Schatschaschwili v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 December 2015

Rundskriv, direktiver, høringsuttalelser og rapporter

Arbeidsgruppen, *Avhør av særlig sårbare personer i straffesaker. Rapport fra arbeidsgruppen om gjennomgang av regelverket om dommeravhør og observasjon av barn og psykisk utviklingshemmede*, (2012).

https://www.regjeringen.no/contentassets/58bdb19885394a5eb28f21279dfb41ea/rapport_dommeravhor.pdf [sitert 10.10.2016].

Advokatforeningen, *Høring-rapport om avhør av særlig sårbare personer i straffesaker*, 22.04.2013.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/b1fb7b9324d14b94a0ae44e20dd6c763/advokatforeningen.pdf> [sitert 15.08.2016].

Riksadvokaten, *Avhør av særlige sårbare personer i straffesak- høring*, 21.05.2013.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/b1fb7b9324d14b94a0ae44e20dd6c763/riksadvokaten.pdf> [sitert 22.10.2016].

Riksadvokaten, Tilrettelagt avhør-direktiver og retningslinjer, 21.10.2015.

http://www.riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/2015/201500483_D1_V2.pdf [sitert 13.09.2016].

Riksadvokaten, Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 2/2016, *Politiavhør*, 11.05.2016

<http://riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/2016/Avhrsrundskriv.pdf> [sitert 17.09.2016].

Personlige meddelelser:

Advokat Unni Fries, e-post 18.08.2016.

Advokat Marius Oscar Dietrichson, samtale 16.08.2016.