



RIKSADVOKATEN

Statsadvokatene
Politimestrene
Sjefen for Kripos

DERES REF.:

VÅR REF.:

2016/02014-001 BIS/ggr
622.4

DATO:

28.12.2016

BRUK AV DOMMERAVHØR OG TILRETTELAGTE AVHØR AV BARN OG SÆRLIG SÅRBARE VOKSNE FRITATT FRA VITNEPLIKT SOM BEVIS: HØYESTERETTS KJENNELSE 19. OKTOBER 2016 OM INFORMASJONSPLIKTEN – ENKELTE DIREKTIVER FRA RIKSADVOKATEN

I. Kort om innholdet i Høyesteretts kjennelse

Straffeprosessloven § 127 fastsetter at retten skal gjøre et vitne med fritaksrett etter blant annet straffeprosessloven §§ 122 og 123, oppmerksom på denne. Høyesterett har i vedlagte kjennelse 19. oktober 2016 (HR-2016-2171-A) slått fast at for at fritaksretten skal bli reell, må barn som avhøres ved tilrettelagt avhør (tidligere dommeravhør) og som er fritatt fra vitne- eller forklaringsplikt, gis tilstrekkelig informasjon til å forstå at forklaringen kan bli brukt i en straffesak.

Jenta avhørt ved dommeravhør i den aktuelle saken var 14 ½ år på avhørstidspunktet, og etter dagjeldende regler fritatt fra vitne- og forklaringsplikt i sak hvor faren var mistenkt for vold mot henne og to yngre brødre. Hun ble ikke gjort kjent med at forklaringen kunne bli brukt som bevis i straffesak mot faren. Det ble videre lagt til grunn at hun på avhørstidspunktet mest sannsynlig heller ikke forsto at dette kunne bli en konsekvens. Førings av dommeravhøret som bevis i straffesak mot faren ville da etter Høyesteretts syn representere et nytt rettsbrudd overfor jenta, i tillegg til bruddet på hennes rett til informasjon på avhørstidspunktet. Avhøret ble derfor nektet ført som bevis.

Fritaksretten for barn mellom 12 og 15 år ble innsnevret ved innføringen av reglene om tilrettelagte avhør (lov 4. september 2015 nr. 87, i kraft 2. oktober s.å.). I tilfeller hvor avhøret *skal* være tilrettelagt, det vil si i saker om seksuallovbrudd, kroppsskade, drap, mishandling i nære relasjoner og kjønnslemlestelse, er det nå ikke lenger fritaksrett, jf. straffeprosessloven § 239 a annet ledd annet punktum. Det samme gjelder for vitner med høy grad av psykisk utviklingshemming i de samme sakstypene, jf. tredje punktum. Barn over 15 år er imidlertid fortsatt fritatt fra vitne- og forklaringsplikt. Tilsvarende gjelder

barn mellom 12 og 15 år i andre enn forannevnte saker, samt voksne med lettere psykisk utviklingshemming.

Høyesteretts forståelse av straffeprosessloven § 127 innebærer at

- dommeravhør av barn over 12 år med fritaksrett etter straffeprosessloven §§ 122 og 123,
- tilrettelagte avhør gjennomført i medhold av straffeprosessloven § 239 annet ledd av barn mellom 12 og 15 år med fritaksrett, og
- tilrettelagte avhør av barn over 15 år med fritaksrett,

bare kan benyttes som bevis dersom barnet uttrykkelig var gjort kjent med – eller dersom det kan legges til grunn at barnet uansett forsto – at forklaringen kunne bli brukt i en straffesak. Riksadvokaten legger til grunn at det samme gjelder for dommeravhør og tilrettelagte avhør av voksne med fritaksrett som er lettere psykisk utviklingshemmet.

For fremtiden må det følgelig påses at barn samt voksne personer med lettere psykisk utviklingshemming som skal avhøres ved tilrettelagt avhør, og som har fritaksrett etter straffeprosessloven §§ 122 og 123, er innforstått med at avhøret kan bli brukt som bevis i en fremtidig straffesak mot nærstående. Hvordan dette skal formidles til det enkelte vitnet, må vurderes fra sak til sak. Politihøgskolen vil, i samarbeid med Kripos, utarbeide et sett formuleringer som det kan søkes veiledning i når det skal informeres om fritaksretten. Disse vil bli lagt ut på KODE.

Etter sin ordlyd fritar straffeprosessloven § 122 bare "siktetes" nærstående fra vitneplikten. Under den tidligere dommeravhørsordningen fikk mistenkte automatisk status som siktet ved beslutning om dommeravhør, men dette er endret ved reglene om tilrettelagte avhør, uten at forholdet til § 122, jf. § 239 a annet ledd, kan ses å være drøftet. Riksadvokaten legger til grunn at hensynene som ligger bak vitnefritaksretten må føre til at denne rett gjøres kjent for barn og voksne som avhøres ved tilrettelagt avhør, uavhengig av den nærståendes formelle status på tidspunktet for avhøret.

II. Betydningen av Høyesteretts kjennelse for saker hvor det allerede er gjennomført dommeravhør eller tilrettelagt avhør av vitner med fritaksrett: Pålegg om gjennomgang av saker og reparasjon av eventuelle feil

Ovenfor nevnte kjennelse gjør det nødvendig å gjennomgå saker hvor det er gjennomført dommeravhør eller tilrettelagt avhør av barn og voksne med fritaksrett med sikte på å avklare om informasjonsplikten er oppfylt og om avhøret kan benyttes som bevis i retten. Gjennomgangen skal omfatte

- saker under etterforskning,
- saker hvor det er truffet positiv påtaleavgjørelse, men som ikke er pådømt, og
- pådømte, men ikke rettskraftige saker.

Slik gjennomgang, og eventuell reparasjon av feil, skal prioriteres.

Kommer en til at et dommeravhør eller et tilrettelagt avhør er gjennomført uten at vitnet er blitt informert om eller har vært innforstått med mulig bruk av avhøret som bevis i sak mot nærstående, må feilen søkes rettet opp og det må avklares om avhøret kan benyttes som bevis. Dette innebærer at vitnet må informeres om fritaksretten og forespørres om det samtykker til at forklaringen benyttes som bevis mot den nærstående. Riksadvokaten legger

videre til grunn at vitnet også må informeres om at en tidligere avgitt forklaring ikke kan benyttes som bevis dersom samtykke ikke gis.¹

Avklaringen må skje gjennom nytt avhør av vitnet. Virkeområdet for reglene om tilrettelagte avhør slik de er angitt i straffeprosessloven § 239, er ikke utformet med tanke på denne typen avhør, og mange av reglene vil heller ikke være relevante. Riksadvokaten legger uansett til grunn at straffeprosessloven § 239 a første ledd første punktum og tredje ledd følges. Det er videre en ubetinget fordel om samme avhører som tok det første avhøret kan ta det avklarende tilleggsavhøret.

Er tidligere avhør gjennomført på barnehus, bør utgangspunktet være at også det avklarende tilleggsavhøret gjennomføres her. Det er likevel større rom enn det som følger av § 239 f første ledd for å gjennomføre disse avhørene annet sted. Men dersom det er grunn til å anta at orientering om og stillingtaken til fritaksretten vil være en så vidt stor belastning for barnet at det kan ha behov for oppfølging som tilbys på barnehuset, bør avhøret foretas her.

Gitt at avhøret bare skal oppfylle informasjonsplikten og avklare om vitnet samtykker i bruk av tidligere avgitt avhør som bevis, vil det normalt ikke være grunn til at siktede skal varsles om disse avhørene eller at forsvarer skal være tilstede.

Samtykker vitnet i bruk av tidligere avgitt forklaring, er saksbehandlingsfeilen rettet opp og den videre sakshåndtering kan fortsette på vanlig måte. Riksadvokaten legger til grunn at et informert samtykke til at dommeravhør eller tilrettelagt avhør benyttes som bevis under ankeforhandling, og som gis forut for eller under en fullstendig ankebehandling i lagmannsrett, reparerer saksbehandlingsfeil i form av avspilling av det samme avhøret under tingrettsbehandlingen, se f. eks. Rt. 2013 s. 943 som trekker i denne retning.

Dersom vitnet ikke samtykker i at avhøret brukes som bevis, foreligger i disse tilfeller en saksbehandlingsfeil som i ytterste konsekvens kan innebære en plikt for påtalemyndigheten til å anke over denne. Dette vil først og fremst være aktuelt der det aktuelle vitnebeviset er av sentral eller avgjørende betydning. Uansett må oppnevnt forsvarer underrettes om problemstillingen, vitnets standpunkt og om påtalemyndigheten foretar seg ytterligere.

Riksadvokatens vurdering er at kjennelsen fra Høyesterett ikke nødvendiggjør en gjennomgang i regi av påtalemyndigheten av saker hvor det foreligger rettskraftig dom. Dette skyldes dels at feilens betydning må vurderes konkret i lys av det øvrige bevisbildet, dels at det ikke er opplagt at dette er en type feil som kan sies å ha innvirket til skade for domfelte, og dels at det ikke er gitt at noen av de berørte ønsker en ny rettsrunde. En forutsetter herfra at forsvarere og bistandsadvokater i de aktuelle sakene er oppdatert om Høyesteretts praksis og selv tar initiativ med tanke på eventuell begjæring om gjenåpning.

III. Saker som gjelder vold – subsumsjonens betydning for vitneplikten

For vitner mellom 12 og 15 år er det, i saker som gjelder vold fra nærstående, avgjørende for forklaringsplikten om saken gjelder mishandling i nære relasjoner (eventuelt kroppsskade) eller "bare" kroppskrenkelse, jf. § 239 a annet ledd annet punktum og § 122 første ledd tredje punktum. Avhørsleder må derfor nøye vurdere om det på

¹ Se drøftelse av Øyen, Ørnulf: "Bevisforbud der politiet eller retten ikke har overholdt plikten til å orientere om straffeprosessloven § 122 – en kommentar til nyere praksis fra Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg," pkt. 5. Artikkelen er inntatt i Tidsskrift for strafferett 2010 s. 172-183.

avhørstidspunktet er tilstrekkelig grunnlag for mistanke om mer enn enkelttilfeller av mindre alvorlig vold. Er det ikke det, må vitner over 12 år gis den påkrevde informasjonen.

En vil i forlengelsen av dette understreke at i saker hvor det er tvil om det er grunnlag for mistanke om mer alvorlig og/eller gjentatt vold, er det særlig viktig at det straks – parallelt med forberedelsen av det tilrettelagte avhøret av barnet – igangsettes annen etterforskning, jf. brev herfra 21. oktober 2015 med direktiver og retningslinjer for tilrettelagte avhør, s. 2. Som et minimum bør opplysningene som er grunnlaget for mistanken kvalitetssikres, typisk gjennom avhør av kilden til opplysningene (forelder, lærer, helsepersonell, barnevernsansatte eller andre). En minner om § 239 e fjerde ledd som hjemler forlengelse av fristen for gjennomføring av tilrettelagt avhør ved tidkrevende etterforskningskritt, og som forutsettes benyttet ved behov.

En har oppfattet at det i enkelte politidistrikter er praksis for å registrere saker hvor foreldre er mistenkt for vold mot egne barn som en § 282-sak, tross få eller ingen konkrete holdepunkter for at det er snakk om mer enn en eller noen få enkeltstående tilfeller av mindre alvorlig vold. Bakgrunnen er erfaring med at volden ofte viser seg å ha vært mer omfattende enn de første opplysningene tilsa. I tilfeller hvor opplysningene er vage eller uklare kan det være vanskelig å avgjøre hva det er grunn til mistanke om. Riksadvokaten understreker like fullt at registrering må skje utfra en samvittighetsfull vurdering av de konkrete saksopplysninger alene, og ikke utfra en erfaringsbasert antakelse om omfanget av volden. I tvilstilfeller må det sørges for notoritet omkring vurderingen, eksempelvis ved notat i saksbehandlingsloggen.

Er barnet ikke gjort kjent med fritaksretten fordi mistanken gjelder vold i nære relasjoner eller kroppskrenkelse, og man senere kommer til at det ikke er grunnlag for mistanke om mer enn kroppskrenkelse, har barnet forklart seg om noe som det i ettertid viser seg at barnet ikke hadde plikt til å forklare seg om. Dette gjelder selv om vurderingen av mistankegrunnlaget var både samvittighetsfull og korrekt på det tidspunktet den ble foretatt. Unntaket fra fritaksretten, jf. straffeprosessloven § 239 annet ledd annet og tredje punktum, er begrunnet i at hensynet til å beskytte barnet veier tyngre enn de hensyn som begrunner fritaksretten (Prop. 112 L pkt. 10.4 på s. 83 flg.). Sammenholdt med Høyesteretts vektlegging av fritaksretten i Rt. 2008 s. 657, Rt. 2010 s. 363 og HR-2016-2171-A, taler dette for at vitnet også i disse tilfellene i ettertid må orienteres om fritaksretten og forespørres om samtykke til bruk av avhøret som bevis mot den næstående.

Riksadvokaten understreker politimestrenes ansvar for å sikre at relevant personell får kunnskap om disse direktiver, og at ovennevnte gjennomgang iverksettes på en hensiktsmessig måte. Sistnevnte bør skje i tett dialog med førstestatsadvokatene.

Tor-Aksel Busch

Birgitte Istad
statsadvokat

vedlegg

Gjenpart:
Politidirektoratet
Politihøgskolen
Spesialenheten for politisaker
Advokatforeningen