

Vedlegg til riksadvokatens retningslinjer

Avhør av barn som vitner og orientering om forklaringsfritak – enkelte retningslinjer i anledning Høyesteretts dom i HR-2023-2212-A

1 Betydningen av Høyesteretts dom for vitneavhør av barn – avhør som ikke gjennomføres som et tilrettelagt avhør

1.1 Innledning

HR-2023-2212-A gjaldt mistanke om vold begått av far mot mor med felles barn som vitner. Far ble etter kort tid siktet for overtredelse av straffeloven § 282, men etter endt etterforskning ble det utferdiget forelegg for kroppskrenkelse etter § 271.

At utgangspunktet for politiets etterforskning er at vitnets – barnets – nærstående er *mistenkt* for et lovbrudd nevnt i straffeprosessloven § 239 første ledd (f.eks. straffeloven § 282), er i kjerneområdet for når politiet i avhørssituasjoner kan unnlate å orientere vitner *under 12 år* om retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 første ledd første punktum.

Videre vil også mistanke mot barnets nærstående for andre integritetskrenkelser enn de som er opplistet i straffeprosessloven § 239 første ledd, begått enten mot barnet selv eller hvor barnet har vært vitne til slike handlinger begått mot andre, være avhørssituasjoner hvor politiet kan vurdere å unnlate å orientere barn *under 12 år* om retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 første ledd første punktum. Nærmere om hvilke integritetskrenkende overtredelser det her siktes til – og hvilke vurderinger politiet i så fall må foreta – fremkommer i punkt 1.2.

Dette betyr at riksadvokatens retningslinjer ikke gjelder for *alle* mulige avhørssituasjoner hvor barn kan tenkes å besitte relevant informasjon, eksempelvis i situasjoner hvor barn har vært vitne til at en foresatt stjeler i en butikk, begår skadeverk eller kjører for fort. I slike situasjoner må politiet grundig vurdere om barnet i det hele tatt bør – sågar *kan* – avhøres som vitne, og det styrende for vurderingen må være at uforholdsmessige avhørssituasjoner for barnet skal unngås.¹

1.2 Avhør av vitner under 12 år i tilfeller der den nærstående er mistenkt

Når politiet finner grunn til å gjennomføre et politiavhør av et barn under 12 år i initialfasen av en etterforskning hvor barnets nærstående er *mistenkt*, kan politiet unnlate å orientere barnet om retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 første ledd første punktum, når mistanken mot den nærstående knytter seg til et lovbrudd nevnt i straffeprosessloven § 239 første ledd (f.eks. straffeloven § 282).

¹ Se Ot.prp.nr.11 (2007-2008) side 58: "I den grad det vil virke urimelig om barn skal være pålagt å forklare seg i saker om andre typer straffbare handlinger begått av nærstående, bør det vurderes i det enkelte tilfellet om barnet i det hele tatt bør avhøres som vitne."

I tillegg, dersom saken gjelder vold begått enten mot barnet eller mot noen av den nærstående sine nærmeste (med barnet som vitne til voldsutøvelsen), kan politiet unnlate å orientere barnet om retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 første ledd første punktum.²

Hvis derimot mistanken mot barnets nærstående gjelder *andre* lovbrudd, er stadig utgangspunktet at barnet skal orienteres om retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 første ledd første punktum. Slike lovbrudd, herunder andre typer integritetskrenkninger, omfatter et vidt spekter av forskjellige overtredelser med dertil varierende nærhet til lovbruddene nevnt i straffeprosessloven § 239 første ledd. Det kan imidlertid foreligge konkrete omstendigheter som taler for at politiet likevel kan unnlate å orientere barnet om retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123. Det gjelder særlig ved andre typer integritetskrenkninger enn vold, f.eks. overtredelse av straffeloven § 251 (tvang) eller § 263 (trusler) begått enten mot barnet eller mot noen av den nærstående sine nærmeste (med barnet som vitne til overtredelsen).

Orienteringsplikten er altså ikke absolutt i disse situasjonene, og politiet kan derfor alltid vurdere om den konkrete situasjonen gir grunn til å la være å orientere barnet om forklaringsfritaket. I denne vurderingen må politiet særlig vektlegge den mistenkte integritetskrenkelsens alvor (art og omfang), om barnet synes å ha tilstrekkelige forutsetninger for å ta stilling til sin rett til forklaringsfritak (hvorvidt barnets alder og utvikling – modenhet – tilsier at det kan forstå forklaringsfritakets innhold) og om barnet settes i en uforholdsmessig vanskelig situasjon ved selv å måtte velge om det skal forklare seg mot den nærstående (graden av lojalitetskonflikt).³

For ordens skyld presiseres at dersom den nærstående er *siktet* på tidspunktet for avhøret, vil det for vitner under 12 år verken foreligge vitne- eller forklaringsfritak etter straffeprosessloven §§ 122 og 123, jf. straffeprosessloven § 122 første ledd tredje punktum.⁴ Altså finnes det heller ingen slike fritak politiet plikter å orientere om.

1.3 Avhør av vitner som har fylt 12 år i tilfeller der den nærstående er mistenkt

Barn som på tidspunktet for politiavhøret *har fylt 12 år*, har også rett til forklaringsfritak etter § 123 første ledd første punktum når den nærstående er *mistenkt*. Barn i denne aldersgruppen har videre en uinnskrenket rett til vitnefritak etter straffeprosessloven § 122 første ledd første punktum fra det tidspunkt barnets nærstående må anses *siktet*. Dette til forskjell fra barn under 12 år. For denne aldersgruppen erstattes utgangspunktet om forklaringsfritak etter § 123 første ledd første punktum av et *fravær* av vitnefritak etter § 122 første ledd tredje punktum.⁵

At barn som har fylt 12 år alltid har sitt vitnefritak i behold, i motsetning til barn under 12 år, trekker i retning av at orienteringsregelen i straffeprosessloven § 235 annet ledd – hva gjelder § 123 første ledd første punktum – for denne aldersgruppen må forstås som

² Vold skal her forstås som mistanke om overtredelse av straffeloven § 271 (eventuelt § 272), og med den nærstående sine *nærmeste* siktes det til om personen utsatt for volden er omfattet av personkretsen i straffeloven § 282 første ledd bokstav a-e.

³ Se HR-2023-2212-A, avsnitt 36-38.

⁴ Se HR-2023-2212-A, avsnitt 25 siste punktum, hvor det konstateres forklaringsplikt når den nærstående er *siktet*, uavhengig av straffeprosessloven § 123. Dette må – hva gjelder politiets utenrettslige avhør av barn under 12 år under etterforskingen – forstås som et fullstendig fravær av retten til vitne- eller forklaringsfritak etter straffeprosessloven §§ 122 og 123.

⁵ Ibid.

en *skal*-regel. At orienteringsregelen også skal praktiseres som en *skal*-regel harmonerer således best med lovens systematikk, hvoretter det er valgt en (alders)grense på 12 år for å kunne ha rett til vitnefritak uavhengig av hvorvidt den nærstående har status som mistenkt eller siktet.⁶

Straffeprosessloven § 122 fritar etter sin ordlyd kun "siktetes" nærstående fra vitneplikten, ikke mistenktes nærstående. Når det gjelder *tilrettelagte avhør* har riksadvokaten likevel lagt til grunn at retten til vitnefritak skal gjøres kjent "uavhengig av den nærståendes formelle status" på avhørstidspunktet, se riksadvokatens retningslinjer 28. desember 2016 punkt 1 (RA-2016-2014).⁷ Den omstendighet at orientering etter straffeprosessloven § 235 annet ledd – om forklaringsfritak etter § 123 første ledd første punktum – anses som en *skal*-regel for vitner over 12 år, den nære sammenhengen mellom straffeprosessloven § 122 og § 123 og den glidende overgangen fra en status som mistenkt til siktet, taler for at det også i politiavhør utenfor tilrettelagte avhør (samtidig) skal orienteres om § 122 overfor denne aldersgruppen.

Når det gjennomføres tilrettelagt avhør i medhold av straffeprosessloven § 239 første ledd (f.eks. i saker om overtredelse av straffeloven § 282), kan ikke vitner under 15 år fritas for vitne- eller forklaringsplikt etter straffeprosessloven §§ 122 og 123. Dette kan i noen grad tale for å la være å orientere barn mellom 12 og 15 år om rett til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 i politiavhør som gjennomføres *utenfor* reglene om tilrettelagte avhør. Slik reglene er utformet, er imidlertid dette ikke tilstrekkelig til å unnlate å orientere om rett til vitnefritak.⁸

Det kan konstateres at det for vitner i aldersgruppen 12 til 15 år er forskjellige regler for forklarings- og vitnefritak for visse sakstyper (f.eks. om straffeloven § 282), alt avhengig av hvorvidt barnet blir avhørt *i* eller *utenfor* et tilrettelagt avhør. HR-2023-2212-A avhjelper ikke denne ulikheten i någjeldende regelverk.

2 Betydningen av Høyesteretts dom for avhør av barn gjennomført som tilrettelagt avhør

2.1 Innledning

Når det gjennomføres tilrettelagt avhør av et vitne under 15 år i saker som gjelder vold fra nærstående, vil det være avgjørende for forklaringsplikten – vurdert isolert etter regelverket for tilrettelagte avhør – om saken gjelder mishandling i nære relasjoner (eventuelt kroppsskade) eller kroppskrenkelse, jf. straffeprosessloven § 239 a annet ledd annet punktum, jf. første punktum.

Dersom det tilrettelagte avhøret gjelder mistanke om overtredelse av et annet straffebud enn bestemmelsene angitt i straffeprosessloven § 239 første ledd og den nærstående er

⁶ Se HR-2023-2212-A avsnitt 36 hvor Høyesterett særlig vektlegger sammenhengen mellom hensynene bak unntaket fra vitnefritak for barn *under 12 år* (altså såkalt forklaringsplikt) etter straffeprosessloven § 122 første ledd tredje punktum når den nærstående er *siktet* og "bør"-skjønnet i orienteringsregelen i straffeprosessloven § 235 annet ledd når den nærstående er *mistenkt*. En tilsvarende forklaringsplikt etter straffeprosessloven § 122 inntreffer imidlertid ikke for barn som har *fylt 12 år* når den nærstående er *siktet*. Disse barna har et ubetinget vitnefritak.

⁷ Se Prop. 112 L (2014-2015) s. 108.

⁸ Dersom den nærstående er *siktet* foreligger det en absolutt orienteringsplikt om vitnefritaket i straffeprosessloven § 122, jf. straffeprosessloven § 235 første ledd.

mistenkt, gjelder retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 første ledd første punktum for barn i alle aldre.⁹

Det er neppe grunn til å praktisere orienteringsregelen i straffeprosessloven § 235 annet ledd forskjellig *i* og *utenfor* tilrettelagte avhør, ettersom de særlige hensynene bak reglene for vitne- og forklaringsplikt for barn som trekkes frem i HR-2023-2212-A, langt på vei er tilsvarende i begge avhørssituasjonene.

2.2 *Tilrettelagte avhør av vitner under 12 år i tilfeller der den nærstående er mistenkt*

I tilrettelagte avhør av barn under 12 år hvor barnets nærstående er *mistenkt*, kan politiet unnlate å orientere barnet om retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 første ledd første punktum, såfremt mistanken mot den nærstående knytter seg til voldsutøvelse, jf. straffeloven § 271, enten begått mot barnet eller mot noen av den nærstående sine nærmeste (med barnet som vitne til voldsutøvelsen).

Hvis mistanken mot barnets nærstående gjelder andre lovbrudd, som f.eks. overtredelse av straffeloven § 251 eller § 263, begått enten mot barnet eller mot noen av den nærstående sine nærmeste (med barnet som vitne til overtredelsen), må politiet – som ved politiavhør for øvrig – som et utgangspunkt orientere barnet om retten til forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 123 første ledd første punktum. Orienteringsplikten er som nevnt ikke absolutt i disse situasjonene, og politiet har følgelig anledning til å vurdere om den konkrete situasjonen likevel gir grunn til å la være å orientere barnet om forklaringsfritaket.

I saker hvor mistanken gjelder et lovbrudd nevnt i straffeprosessloven § 239 første ledd, vil situasjonen og barnets såkalte forklaringsplikt reguleres direkte av straffeprosessloven § 239 a annet ledd. Når barnets nærstående er *siktet* i saken, foreligger det uansett forklaringsplikt for barnet.¹⁰ Politiet er derfor naturligvis – som nevnt i punkt 1.2 – ikke pålagt å orientere om fritaksbestemmelsene i straffeprosessloven §§ 122 og 123 i slike tilfeller.

2.3 *Tilrettelagte avhør av vitner som har fylt 12 år i tilfeller der den nærstående er mistenkt*

I tilrettelagte avhør av barn mellom 12 og 15 år – som ikke avhøres etter straffeprosessloven § 239 første ledd og således har sitt forklaringsfritak i behold – skal det orienteres om forklaringsfritaket etter straffeprosessloven § 123 når den nærstående er *mistenkt* uavhengig av hva saken gjelder, jf. straffeprosessloven § 235 annet ledd.¹¹ Videre skal denne aldersgruppen fortsatt også orienteres om § 122, selv om den nærstående ikke formelt er siktet.

Dersom mistanken gjelder straffeloven § 282 – som gir forklaringsplikt etter straffeprosessloven § 239 a annet ledd – bør politiet likevel vurdere om den konkrete

⁹ Er den nærstående derimot *siktet*, foreligger det forklaringsplikt for barn under 12 år – i betydningen fravær av vitnefritak – i medhold av straffeprosessloven § 122 første ledd tredje punktum, se også HR-2023-2212-A, avsnitt 25 siste punktum. Vitnefritaket er dog i behold for barn som har fylt 12 år.

¹⁰ Se straffeprosessloven § 122 første ledd tredje punktum og HR-2023-2212-A, avsnitt 25.

¹¹ Dersom den nærstående er *siktet* foreligger det en absolutt orienteringsplikt om vitnefritak etter straffeprosessloven § 122, jf. straffeprosessloven § 235 første ledd.

saken gir grunn til å tro at forholdet senere kan bli nedsubsumert til enkeltstående overtredelser av eksempelvis straffeloven § 271.¹²

3 Tilrettelagte avhør gjennomført etter straffeprosessloven § 239 første ledd og spørsmålet om nødvendigheten av etterfølgende avhør ved nedsubsumering

3.1 Innledning

Riksadvokaten har tidligere antatt at dersom politiet på tidspunktet for det tilrettelagte avhøret mistenker at saken mot den nærstående gjelder et lovbrudd nevnt i straffeprosessloven § 239 første ledd – som gir forklaringsplikt for barn under 15 år –, men etter avhøret nedsubsumerer forholdet til en overtredelse utenfor disse lovbruddskategoriene (eksempelvis fra straffeloven § 282 til straffeloven § 271), 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 nærstående", jf. riksadvokatens retningslinjer 28. desember 2016 punkt III (RA-2016-2014). På bakgrunn av HR-2023-2212-A må denne uttalelsen nå nyanseres.

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisførsel, og det er begrensninger i bevisførselen som må begrunnes.¹³ Begrensningene, som kan føre til bevisavskjæring, har tradisjonelt sett vært forbundet med bevismidler fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Således blir ervervspørsmålet som oppstår i de her skisserte nedsubsumeringstilfellene noe annerledes, ettersom det ikke foreligger et ervervsnormbrudd, men et fullt ut lovlig ervervet bevis.

Selv om HR-2023-2212-A ikke tar stilling til nødvendigheten av etterfølgende avhør i nedsubsumeringstilfellene, er det grunn til å minne om – som Høyesterett selv gjør i dommens avsnitt 18 – at bevisavskjæringslæren tar utgangspunkt i en bred vurdering hvor blant annet grovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset, må vektlegges. Når politiet samvittighetsfullt har forholdt seg til gjeldende regelverk, og barnet har avgitt forklaring i en situasjon hvor det ikke foreligger rett til vitne- eller forklaringsfritak, kan det følgelig stilles spørsmål ved om det i det hele tatt er adgang til å avskjære forklaringen som bevis.

3.2 Vitner under 12 år og etterfølgende avhør

I tilrettelagte avhør av vitner under 12 år etter straffeprosessloven § 239 første ledd, har barnet forklaringsplikt i medhold av § 239 a annet ledd annet punktum. Barnet vil *samtidig* være unntatt fra retten til vitnefritak etter straffeprosessloven § 122 første ledd tredje punktum, når den nærstående er siktet. Er den nærstående mistenkt og mistanken knytter seg til overtredelse av straffeloven § 282, vil politiet uansett *samtidig* ha adgang etter straffeprosessloven § 235 annet ledd til å unnlate å orientere barnet om forklaringsfritaket i straffeprosessloven § 123, se punkt 1.2 og 2.2 om adgangen til å unnlate orientering i disse situasjonene.

Følgelig, når forholdet nedsubsumeres fra straffeloven § 282 til § 271 i disse situasjonene, var barnet i avhørssituasjonen enten uansett unntatt fra vitnefritaket i

¹² Se RA-2015-483 punkt 4 om vurdering av mistanken i relasjon til straffeloven § 282 og § 271 og bruken av tilrettelagt avhør.

¹³ Se også Høyesteretts utgangspunkt i avsnitt 18 i HR-2023-2212-A.

straffeprosessloven § 122 – hvis den nærstående var siktet – eller så hadde politiet uansett adgang til å unnlate å orientere barnet om retten til forklaringsfritak i straffeprosessloven § 123 – hvis den nærstående var mistenkt og mistanken knyttet seg til vold enten mot barnet eller noen av den nærstående sine nærmeste (med barnet som vitne til voldsutøvelsen). I disse tilfellene er det ikke nødvendig at politiet gjennomfører et etterfølgende avhør for enten å informere om en fritaksrett barnet uansett ikke hadde da det tilrettelagte avhøret fant sted, eller en fritaksrett politiet uansett ikke var forpliktet til å orientere barnet om.

3.3 Vitner som har fylt 12 år og etterfølgende avhør

Man kunne tenke seg at det burde være en lik prosessuell tilnærming i alle nedsubsumeringstilfellene, altså også for vitner mellom 12 og 15 år. Vitnets forklaring er for denne aldersgruppen også lovlig innhentet i medhold av straffeprosessloven § 239 a annet ledd annet punktum, jf. første punktum. Det fremstår således noe anstrengt i ettertid å konstatere – som en del av en bevisavskjæringsvurdering – at det likevel foreligger noe kritikkverdig ved innhenting av beviset, som igjen vil kunne utgjøre en del av begrunnelsen for at forklaringen senere ikke kan benyttes som bevismiddel.

Like fullt har vitner i denne aldersgruppen, til forskjell fra vitner under 12 år, vitnefritaket etter straffeprosessloven § 122 – når den nærstående er siktet – intakt *utenfor* situasjonene regulert av særregelen i straffeprosessloven § 239 a annet ledd annet punktum. Videre skal som nevnt vitner mellom 12 og 15 år orienteres om forklaringsfritaket i straffeprosessloven § 123 når den nærstående er mistenkt og helt uavhengig av hva saken gjelder, også dette til forskjell fra vitner under 12 år.

Dette illustrerer at vitne- og forklaringsfritakene for de to aldersgruppene er – og skal praktiseres – forskjellig, og betydningen av hvorvidt saken nedsubsumeres slår dermed annerledes ut for vitner under og over 12 år. I forlengelsen nevnes kort at HR-2023-2212-A ikke tar stilling til rettsvirkningen av at en (sette)verge eventuelt samtykker til bruken av barnets forklaring.

På bakgrunn av det ovenstående, samt den omstendighet at verken HR-2023-2212-A eller andre avgjørelser fra Høyesterett har vurdert betydningen av å ikke gjennomføre etterfølgende avhør av vitner mellom 12 og 15 år ved nedsubsumering, er det ikke tilstrekkelig grunn til å endre utgangspunktet inntatt i riksadvokatens retningslinjer 28. desember 2016 punkt III (RA-2016-2014) om nødvendigheten av etterfølgende avhør for denne aldersgruppen.