



NORGES HØYESTERETT

Den 19. oktober 2005 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2005-01643-A, (sak nr. 2005/778), straffesak, kjæremål,

A (advokat Øivind Rief Armo – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Anne Grøstad)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Støle**: Saken gjelder spørsmål om fritaksrett for barn fra å avgi forklaring etter straffeprosessloven § 122 jf. § 127.
- (2) Vestfold politidistrikt begjærte 13. januar 2005 rettslig avhør av B, født 00.00.1997, og C, født 00.00.1998. Bakgrunnen var at barnas far, A, var mistenkt for vold og trusler mot barna og barnas mor, D. Avhøret ble besluttet foretatt som dommeravhør utenfor rettsmøte etter straffeprosessloven § 239 annet ledd jf. første ledd. Det ble oppnevnt setteverge til å ivareta barnas interesser i forbindelse med dommeravhøret.
- (3) Under den forberedende konferansen i forkant av avhøret ble det reist spørsmål om barna kunne nekte å avgi forklaring etter straffeprosessloven § 122, samt hvem som skulle gjøres kjent med fritaksretten og gi eventuelt samtykke, jf. § 127. Avhøret ble utsatt i påvente av skriftlige redegjørelser fra påtalemyndigheten, forsvareren og bistandsadvokaten. Den oppnevnte settevergen samtykket for tingretten i at barna forklarte seg.
- (4) Horten tingrett avsa 14. april 2005 kjennelse med slik slutning:

”Barna har rett til å nekte å avgi forklaring etter strpl § 122. Før dommeravhøret påbegynnes, skal de på en så enkel og lettfattelig måte som mulig gjøres kjent med denne retten.”

- (5) Barna ved settevergen påkjærte tingrettens kjennelse til Agder lagmannsrett, som 6. mai 2005 avsa kjennelse med slik slutning:

”Før dommeravhøret gjennomføres gjøres settevergen kjent med fritaksretten etter straffeprosessloven § 122. Settevergen tar standpunkt til om barna skal gi forklaring. Utover dette gjør ikke dommeren barna kjent med retten til å nekte å forklare seg.”

- (6) A påkjærte lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Høyesteretts kjæremålsutvalg har besluttet at kjæremålssaken i sin helhet skal avgjøres av Høyesterett etter reglene i lov 25. juni 1926 nr. 2 § 6 annet ledd, og justitiarius har bestemt at partsforhandling skal finne sted etter reglene for ankesaker.

- (7) A v/forsvareren har i korte trekk gjort gjeldende:

- (8) De hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen i straffeprosessloven § 122, tilsier at barnet selv er nærmest til å vurdere og ta standpunkt til om det vil avgi rettslig forklaring i en sak der barnets forelder er mistenkt for mulig straffbart forhold. Utviklingen i nyere lovgivning tilsier at også mindreårige barn bør høres direkte for domstolen, jf. barnekonvensjonen artikkel 12 sammenholdt med menneskerettsloven §§ 2 og 3, og barneloven § 31. Den sistnevnte bestemmelsen er veiledende også utenfor sitt direkte anvendelsesområde, og bør lede til at så lenge barnet har tatt et standpunkt, så skal dette legges til grunn. Man oppnår ikke noe ved å sette avgjørelsen bort til en setteverge, som ofte vil ha begrenset kunnskap om barnet og dets miljø. Dette bør forbeholdes tilfeller der barnet er så lite at det ikke er i stand til å gi uttrykk for en mening.

- (9) Dersom Høyesterett skulle komme til at det er settevergen som skal ta avgjørelsen på barnets vegne, følger det av henvisningen i vergemålsloven § 40 til barneloven § 31 at settevergen må ta spørsmålet om å påberope fritaksretten opp med barnet før det eventuelt gir forklaring for retten, evt. ved særskilt dommeravhør. Det er viktige prosessregler det er tale om, og reelle hensyn som behov for åpenhet og kontroll tilsier at ordningen ikke bør være slik at domstolen utelukkende skal forholde seg til settevergen. Om barnet holdes utenfor, vil resultatet kunne bli en forklaringsplikt i strid med lovens forutsetning. Og tvinger man frem en forklaring mot barnets vilje, øker muligheten for en uriktig forklaring.

- (10) Forsvareren har nedlagt slik påstand:

”Barna har rett til å nekte å avgi forklaring etter strpl. § 122. Før dommeravhøret påbegynnes skal de gjøres kjent med denne retten.”

- (11) *Påtalemyndigheten* har i korte trekk anført:

- (12) Spørsmålet er ikke løst i straffeprosessloven § 122. Lovens forutsetning er at vitnet er i stand til å forstå de vanskelige avveininger som er forbundet med spørsmål om å påberope fritaksretten. Et mindreårig barn vil vanskelig kunne forutsettes å ha en slik forståelse. Den tradisjonelle oppfatning har vært at vergen eller settevergen må treffe avgjørelsen, slik det ble gjort i Rt. 1987 side 364. Utviklingen etter 1987 tilsier ikke noen annen løsning, og noen realitetsendring var ikke tilsiktet ved vedtakelsen av bestemmelsen i barneloven § 31 i forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen. Og uansett følger det ikke av disse eller andre bestemmelser i vår

lovgivning at barnet må ha avgjørelsesmyndighet med hensyn til det straffeprosessuelle spørsmål saken gjelder. Denne kompetansen må ligge til vergen, eventuelt til settevergen.

- (13) Også en eventuell rett for barnet til å bli hørt før vergen tar avgjørelse, vil kunne føre til en uheldig ansvarliggjøring av barnet som det bør forskånes for. Særlig gjelder dette små barn som ikke har forutsetning for å foreta vanskelige prosessuelle avveininger. I vår sak, der det er spørsmål om små barn på 6 og 8 år, bør disse heller ikke foreholdes fritaksretten. Lagmannsretten synes å ha forutsatt at settevergen skal orientere barna på forhånd, men det er neppe noen god ordning.
- (14) Dersom også så vidt små barn skal foreholdes fritaksretten, er det spørsmål om hvem som skal gjøre dette, vergen eller den som skal forestå dommeravhøret. Viktigst er at barnet blir hørt, ikke hvem som hører barnet. En mulighet er å overlate dette til vedkommende dommer etter et konkret skjønn i hver enkelt sak.
- (15) Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:

”Kjæremålet forkastes.”

- (16) *Jeg er kommet til at kjæremålet må tas delvis til følge.*
- (17) Innledningsvis bemerker jeg at saken gjelder et videre kjæremål, og at Høyesteretts kjæremålsutvalg – nå Høyesterett – har begrenset kompetanse etter straffeprosessloven § 388. Den kjærende part gjør gjeldende at lagmannsretten har tolket straffeprosessloven § 122 jf. § 127 uriktig, og det kan prøves.
- (18) I sedelighetssaker følger det av straffeprosessloven § 239 første ledd at dommeren skal ta imot forklaringen fra vitner under 14 år utenfor rettsmøte, ”når han finner det ønskelig av hensyn til vitnet eller av andre grunner”. Av samme bestemmelse annet ledd følger at samme fremgangsmøte kan følges også i saker om andre straffbare forhold når hensynet til vitnet tilsier det.
- (19) Når det gjelder avhør av barn som er 14 år eller eldre, er forholdet at disse i loven behandles som voksne: De avhøres under hovedforhandlingen og avkreves sannhetsforsikring, jf. straffeprosessloven § 131 sammenholdt med § 132 nr. 1. Som påpekt av Andenæs i artikkelen ”Vitneplikt for barn i straffesaker – især incestsaker”, inntatt i Lov og Rett 1992 side 335, ville det harmonere dårlig med dette om det skulle oppnevnes setteverge for å ta standpunkt til om vitnet skal forklare seg eller ikke. Barn over 14 år bør derfor selv ta standpunkt til om de vil gi forklaring.
- (20) Vår sak gjelder to barn som snart er syv og ni år gamle, og det er denne mellomgruppen av nokså små barn opp til 14 års alder som jeg nå skal se nærmere på. Og spørsmålet er da dels hvem som skal avgjøre om fritaksretten skal benyttes, dels fremgangsmåten forut for slik avgjørelse.
- (21) Det følger av straffeprosessloven § 108 at enhver etter innkalling plikter å møte som vitne og forklare seg overfor retten, med mindre annet er bestemt ved lov. Paragraf 122 fastslår at nære pårørende av siktede, herunder barn, er fritatt fra vitneplikt. Begrunnelsen for fritaksretten er at man vil beskytte vitnet mot å komme i den situasjon at det har valget mellom å lyve i retten eller å bidra til at siktede blir straffet. Og for å sikre at retten til å

nekte å gi forklaring skal være reell, skal vitnet etter § 127 gjøres oppmerksom på fritaksretten.

- (22) Bestemmelsene er generelle, men det er likevel klart at ordlyden gir begrenset veiledning for de spørsmål saken reiser. Heller ikke forarbeidene gir holdepunkter for hvordan reglene skal anvendes når barn er vitner. Reglene om dommeravhør utenfor rettsmøte i straffeprosessloven § 239 første og annet ledd gir heller ikke holdepunkter for løsningen. Med hjemmel i denne bestemmelse er det fastsatt forskrift 2. oktober 1998 om dommeravhør og observasjon. Her er blant annet gitt nærmere regler om gjennomføringen av avhøret og om føring av protokoll, jf. §§ 12 og 14. Vitnet skal formanest til å forklare seg sannferdig, avhøret tilpasses vitnets alder, utviklingsnivå og omstendighetene for øvrig, og protokollen skal angi ”opplysninger om spørsmål om fritak for vitneplikt har vært reist”. Utover at de vanlige reglene i straffeprosessloven synes forutsatt iakttatt også ved dommeravhør av barn under 14 år, gir heller ikke forskriften noen nærmere avklaring.
- (23) Justisdepartementets merknader til forskriften er inntatt i Rundskriv G-70/98 av 23. oktober 1998. Her er omtalt Andenæs' artikkel i Lov og Rett, og det er nevnt at en rådgivningsgruppe hadde foreslått lov- og forskriftsregulering av de særlige spørsmål som reiser seg ved vitneforklaring fra barn i incestsaker. Departementet ønsket imidlertid å se disse reglene i sammenheng med de øvrige aldersgrenser i straffeprosessloven med sikte på en samlet vurdering av eventuelle endringer. I mellomtiden burde Andenæs' artikkel og de standpunkter som der var inntatt, kunne gi veiledning i hvordan spørsmålene kunne løses i praksis. For de mindre barna er referert forfatterens anvisning på en løsning der settevergen gjøres oppmerksom på fritaksretten og deretter tar standpunkt på barnets vegne. Deretter heter det i rundskrivet:
- ”For de større barna vil saken stille seg annerledes. Andenæs viser til at det i lovgivningen finnes forskjellige bestemmelser som angir aldersgrenser for barnets selvråderett i personlige forhold. Av særlig interesse er de generelle bestemmelser om foreldreansvaret i barneloven §§ 30-33. En løsning kan være å legge avgjørelsesmyndigheten til settevergen for barn under 14 år, men at vergen skal følge prinsippet i barneloven § 31 om å høre barnets mening, iallfall når barnet er over 12 år. For barn under 12 år er prinsippet i barneloven at man skal høre på hva barnet sier, etter hvert som det utvikles og modnes, og legge vekt på hva det mener. Hvor stor vekt det skal legges på barnets syn, vil bero på vergens skjønn.”**
- (24) Jeg bemerker at det ikke er gitt lovbestemmelser til nærmere regulering av de nevnte spørsmål, og at det, etter det som er opplyst for Høyesterett, heller ikke for tiden arbeides med dette.
- (25) Når det gjelder rettspraksis, er det Rt. 1987 side 364 som har krav på interesse. Her var det spørsmål om å foreta utenrettslig avhør av en pike på 11 år som skulle ha vært utsatt for seksualovergrep fra farens side. Høyesterett kom til at det ikke var en saksbehandlingsfeil ”i en sak som denne” at dommeren hadde avstått fra å gi barnet nærmere informasjon om lovens regler om å bli fritatt for å forklare seg om farens mulige overgrep. Men avgjørelsen er forankret i konkrete omstendigheter og i mindre grad i en generell avveining av de kryssende hensyn.
- (26) Situasjonen er altså at lovgiver har avstått fra en nærmere generell regulering av de spørsmål som fritaksrett ved vitneforklaring fra barn reiser. Det er da på den ene side behov for at Høyesterett gir anvisning på hvordan domstolene skal forholde seg. Men på

den annen side er det ulike situasjoner hvor det er aktuelt med forklaring fra barn i tilknytning til etterforskning eller irettføring av straffbare forhold fra en nærstående siktet, og de kryssende hensyn kan slå forskjellig ut i de ulike situasjonene.

- (27) Den veiledning som departementet har gitt anvisning på i rundskrivet med utgangspunkt i Andenæs' refleksjoner i artikkelen fra 1992, bærer i noen grad preg av å være utformet med sikte på saker om seksuallovbrudd fra en nærstående siktet overfor barnet selv. Barnets forklaring vil regelmessig være det eneste eller viktigste beviset i en slik sak, samtidig som samfunnet har en klar interesse i at saken blir best mulig belyst. Et stykke på vei kan det også sies at det vil være i barnets egen interesse at forklaring blir gitt i tilfeller der det selv er fornærmet ved den straffbare handlingen siktelsen gjelder. Men også her blir spørsmålet om det er grunn til å stille barnet prosessuelt i en annen og svakere stilling i forhold til straffeprosessloven § 122; også voksnes påberopelse av fritaksretten vil jo innebære at saken blir dårligere opplyst enn den ellers ville blitt, samt kunne lede til at en del straffbare forhold forblir upåtalet.
- (28) I andre tilfeller kan forholdet være at barnet blir trukket inn i en konflikt mellom foreldrene der anklager om straffbare forhold blir et element i en tvist om daglig omsorg eller om samværsrett. Barnet vil da være utsatt for et krysspress der selve vurderingen av om fritaksretten bør påberopes, vil kunne oppleves som en lojalitetskonflikt, og derfor være i strid med barnets interesse.
- (29) Når jeg med dette som bakgrunn skal søke å trekke opp retningslinjer for domstolenes praktisering av fritaksretten ved vitneavhør av barn, er det naturlig først å peke på at utviklingen siden 1998 har gått i retning av at barn generelt er gitt større innflytelse over avgjørelser om deres personlige forhold. Som et ledd i oppfølgingen av inkorporeringen av barnekonvensjonen, ble barneloven § 31 endret ved lov 20. juni 2003 nr. 40. Bestemmelsen lyder nå slik:
- ”Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.**
- Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.”**
- (30) Viktigst er her at grensen for når barnet skal få si sin mening før det blir tatt avgjørelse om personlige forhold, er flyttet fra 12 til 7 år. Selv om bestemmelsen klart nok ikke får direkte virkning for de straffeprosessuelle spørsmål knyttet til fritaksretten som vår sak gjelder, er det naturlig å tillegge den betydning i hvert fall i spørsmålet om barnet skal orienteres om fritaksretten. Jeg nevner i denne forbindelse også vergemålsloven § 40 som fastsetter at reglene i barneloven § 31 gjelder for den umyndiges medbestemmelsesrett i personlige forhold. Også ellers taler de beste grunner for at barn i alderen 7 til 14 år under enhver omstendighet må informeres om fritaksretten etter reglene i straffeprosessloven §§ 122 og 127.
- (31) Jeg finner grunn til å understreke at plikten til å foreholde barnet fritaksretten sikrer barnet en rett til å si sin mening, men at barnet selvsagt kan avstå fra å gi uttrykk for noen oppfatning. Den orientering som blir gitt, må sikre at dette blir oppfattet.

- (32) Når det så gjelder selve avgjørelsen av om fritaksretten skal benyttes eller ikke, taler rettstekniske hensyn for at man bør velge en ordning som kan virke generelt for denne aldersgruppen. Og etter min mening taler de beste grunner for at avgjørelsen ligger hos vergen – her settevergen. Avgjørelsen beror på så vidt vanskelige avveininger at det ikke kan antas å være en god ordning om barn i denne aldersgruppen generelt skulle avgjøre om fritaksretten skal påberopes eller ikke.
- (33) Forsvareren har innvendt mot å oppstille en slik regel at det ofte vil være tilfeldig hvilken kunnskap en oppnevnt setteverge vil kunne forutsettes å ha om barnet og dets miljø, og at resultatet vil kunne bli at samtykke gis ut fra en oppfatning om at det er samfunnsmessig ønskelig, mer enn ut fra hva som er i barnets interesse. Jeg er enig i at dette er legitime betraktninger, men har altså ikke funnet å kunne tillegge dem utslagsgivende vekt.
- (34) Det gjenstår å ta stilling til hvem som skal foreholde barnet fritaksretten. Alternativet til at settevergen selv gjør dette i forkant av dommeravhøret, er at dommeren gir en orientering med påtalemyndighet, forsvarer, setteverge og eventuelt bistandsadvokat til stede. Og på dette punkt er jeg enig med forsvareren i at blant annet kontrollhensyn tilsier at den sistnevnte ordning velges.
- (35) Da den ordning jeg etter dette er blitt stående ved som den mest betryggende innenfor rammen av straffeprosessloven §§ 122 og 127, ikke fullt ut samsvarer med den lagmannsretten har gitt anvisning på, finner jeg det riktig å utforme en ny slutning.
- (36) Jeg stemmer for slik

K J E N N E L S E :

Før dommeravhøret eventuelt gjennomføres, gjøres barna av dommeren kjent med fritaksretten etter straffeprosessloven § 122. Settevergen tar deretter standpunkt til om barna skal gi forklaring.

- (37) Dommer **Rieber-Mohn**: Jeg er kommet til at straffeprosesslovens § 122 må tolkes innskrenkende, slik at barna i denne sak ikke kan påberope seg en fritaksrett, og slik at heller ingen andre kan utøve fritaksrett på barnas vegne.
- (38) Jeg er enig med førstvoterende i at spørsmålet om å benytte retten til fritak fra vitneplikt etter straffeprosesslovens § 122, vil kunne bero på meget vanskelige avveininger, der samfunnets interesse i oppklaring av alvorlige straffesaker etter omstendighetene står mot – eller iallfall berører – flere nærstående personers forhold til hverandre. Det kan være tale om kryssende interesser og om sammenfallende interesser, både mellom forskjellige familiemedlemmer og mellom disse og samfunnets behov for rettshåndhevelse og for å bekjempe alvorlig kriminalitet. I den forbindelse viser jeg til at barnet normalt vil være det eneste vitnet i en incestsak, og det vil gjerne være et meget sentralt vitne i en sak om familievold.
- (39) Etter mitt skjønn er den beste løsning at spørsmålet om fritaksrett overhodet ikke er noe tema, når så små barn som i denne sak skal avhøres som ledd i en straffeprosessuell etterforskning. Jeg kan ikke se at barn på dette alderstrinnet har forutsetninger for å

overskue konsekvensene av å benytte eller ikke benytte en rett til fritak for vitneplik. Dette gjelder hva enten barnet har stilling som fornærmet, som i en incestsak, eller eventuelt er et indirekte offer for straffbare krenkelser som én av foreldrene kan ha gjort seg skyldig i mot den annen. Det er ikke tilfredsstillende at en verge, eventuelt setteverge, treffer avgjørelsen på barnets vegne. Vedkommende vil riktignok ha bedre forutsetninger enn barnet for å se rekkevidden av spørsmålet om å benytte fritaksretten. Men mye vil i så fall bero på settevergens subjektive syn og personlige verdipreferanser, som i spørsmål av denne karakter vil variere meget. Den dypere begrunnelse for fritaksretten må være at den er en personlig rett, som berører følelser mellom mennesker i nære familierelasjoner. Mye går tapt når utenforstående skal treffe avgjørelsen.

- (40) Jeg er selvsagt klar over at barn har fått økende innflytelse på avgjørelser vedrørende deres personlige forhold som samfunnet er nødt til å treffe på deres vegne. Særlig viktig er her barnelovens § 31 annet ledd som åpner for at barn ned til syvårs-alder skal få si sin mening før det blir tatt avgjørelse om personlige forhold, blant annet i sak om hvem av foreldrene det skal bo hos. Men dette er avgjørelser av en ganske annen karakter enn den vi står overfor i denne sak, som innebærer kompliserte vurderinger der også tunge samfunnsmessige hensyn kommer inn.
- (41) Hittil har jeg hatt for øye avgjørelsen i denne sak – med to barn som er nesten syv og ni år gamle. Spørsmålet om hvor grensen oppover skal trekkes, behøver jeg ikke å ta stilling til. Men jeg vil anta at et barn som er fylt 12 år, men ikke 14 år, normalt må kunne gis en fritaksrett, som i tilfelle kan benyttes etter at avhørspersonen – en dommer eller en polititjenestemann – så godt som mulig har orientert om konsekvensene av valget. For denne aldersgruppen bør det altså foretas en nærmere vurdering av modenhet og evne til å forstå. Barn som har fylt 14 år, vil ha rettigheter som voksne, og jeg viser til hva førstvoterende uttaler om dette.
- (42) Kst. dommer **Kaasen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Støle.
- (43) Dommer **Flock:** Likeså.
- (44) Dommer **Coward:** Likeså.
- (45) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Før dommeravhøret eventuelt gjennomføres, gjøres barna av dommeren kjent med fritaksretten etter straffeprosessloven § 122. Settevergen tar deretter standpunkt til om barna skal gi forklaring.