



NORGES HØYESTERETT

Den 19. oktober 2016 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2016-02171-A, (sak nr. 2016/1269), straffesak, anke over kjennelse,

A (advokat Frode Sulland)

B (advokat Halvard Helle)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Torstein Hevnskjel)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder anke over lagmannsrettens kjennelse om å tillate et dommeravhør ført som bevis i en straffesak, og reiser særlig spørsmål om hvilken informasjon som må gis en mindreårig som er fritatt for vitneplikt etter straffeprosessloven §§ 122 og 123, jf. § 127.
- (2) Den 14. januar 2016 ble det tatt ut tiltale mot B for overtredelse av straffeloven 1902 § 219 første ledd om mishandling i nære relasjoner med følgende grunnlag:

"Ved gjentatte anledninger i løpet av perioden fra våren 2013 til våren 2015, i Sørkjøs i Balsfjord, øvde han vold mot sin datter A f. 00.00.2000, blant annet ved at han lugget henne, slo henne i ryggen og/eller på armene og kløp henne over munnen. Videre har han kalt henne for heks, drog o.l., stengt henne ute, samt truet henne med vold."
- (3) Tiltalebeslutningen gjaldt også overtredelse av § 228 første ledd for lugging av As to yngre brødre.
- (4) Bevisoppgaven fra påtalemyndigheten omfatter blant annet et dommeravhør av A, som ble avholdt 5. juni 2015 på Statens barnehus i Tromsø. A var da 14 ½ år gammel, og var fritatt for vitneplikt etter straffeprosessloven §§ 122 og 123.

- (5) Av utskriften av avhøret fremgår at følgende ble sagt om formålet med avhøret og om fritak for vitneplikt:

"Avhører: ... det vi skal snakke om, det er jo hvordan du har det hjemme. ...

**Avhører: ... Og så skal vi prøve å få gjort noe med ting sånn at ting kan bli bedre ...
Høres det greit ut?**

Fornærmede: (nikker)

...

Avhører: ... så vet jeg jo at du bor hjemme hos, hos pappaen din.

Fornærmede: (nikker)

Avhører: Da er det noen regler som sier at du må bestemme selv om du vil snakke med meg i dag, og du må også bestemme selv om du vil snakke om noe som har med mamma eller pappa og sånt, eller nær familie å gjøre. Hva tenker du om det?

Fornærmede: Det går greit.

...

Avhører: Mm. Og så er ikke du her for at du har gjort noe galt altså. ... Vi vil høre hvordan du har det og prøve også å hjelpe deg til at ting skal, skal bli bedre."

- (6) Den 12. april 2016 sendte bistandsadvokaten brev til politiet om at A ikke ønsker at det skal gjennomføres straffesak mot faren, og videre at hun uansett ikke ønsker at påtalemyndigheten skal bruke dommeravhøret. Det opplyses at på tidspunktet for dommeravhøret skjønte hun ikke at det hun sa, kunne bli brukt i en straffesak mot faren.
- (7) Nord-Troms tingrett avsa 4. mai 2016 kjennelse med slik slutning:
- "Dommeravhør av 5. juni 2015 av A født 00.00.2000 tillates ikke ført som bevis under hovedforhandlingen."**
- (8) Tingretten kom til at den orienteringen A fikk i dommeravhøret, ikke tilfredsstillte kravene som stilles i straffeprosessloven § 127. Det var ikke nok å si at hun selv kunne bestemme om hun ville snakke om familien. Hun hadde også krav på å bli informert om at opplysningene hun gav, ville kunne brukes i en straffesak mot faren.
- (9) Påtalemyndigheten anket til lagmannsretten, og Hålogaland lagmannsrett avsa 3. juni 2016 kjennelse med slik slutning:
- "Dommeravhør av 5. juni 2015 av A, født 00.00. 2000, tillates ført som bevis under hovedforhandlingen."**
- (10) Ut fra hensynet til barnets beste, jf. Grunnloven § 104, kom lagmannsretten etter en samlet vurdering til at dommeravhøret kunne føres som bevis.
- (11) A har anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens lovtolkning. B har tiltrådt anken. Han har dessuten gjort gjeldende at kjennelsen der beviset tillates ført, må oppheves fordi lagmannsretten ikke har vurdert betydningen av at han ikke var representert ved forsvarer under avhøret.

- (12) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 30. juni 2016 at ankesaken i sin helhet skal avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd annet punktum.
- (13) A har gjort gjeldende at lagmannsrettens lovtolking er uriktig. Lovgiverne har vurdert hva som er barnets beste. Da dommeravhøret ble holdt, var barn over 12 år fritatt fra å vitne i straffesak mot nærstående og fra å svare på spørsmål som kunne utsette nærstående for straff, jf. straffeprosessloven § 122 og 123. Denne fritaksretten blir ikke reell og hensynene bak rettigheten ikke ivaretatt dersom barnet ikke blir forklart at opplysningene vil kunne brukes i en straffesak. Det skjedde ikke her.
- (14) Avhøret er det sentrale beviset, og bruk av avhøret vil være i strid med hensynene bak fritaksreglene.
- (15) Den ankende part har nedlagt slik påstand:
- "Prinsipalt:**
Dommeravhør av 5. juni 2015 av A, født 00.00.2000, tillates ikke ført som bevis under hovedforhandlingen.
- Subsidiært:**
Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 3. juni 2016 i sak nr. 16-080160SAK-HALO oppheves."
- (16) *Siktede, B*, har sluttet seg til anførselene fra A og pekt på at fritaksbestemmelsene også skal verne om familierelasjoner, jf. også Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Hensynet til barnets beste er et sentralt hensyn, og barnet har rett til å bli hørt, jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 og 12. Dette medfører at det må gis presis informasjon om at en nærstående kan bli straffet, slik at barnet har en reell valgmulighet. I dette tilfellet var orienteringen ufullstendig og til dels uriktig. Dersom beviset føres mot fornærmedes uttrykkelige vilje, vil det være å krenke de grunnleggende prinsippene bak reglene om bevisfritak.
- (17) Siktede har videre anført at det er en klar saksbehandlingsfeil å ta stilling til føring av beviset uten å vurdere betydningen av at forsvareren ikke var til stede ved dommeravhøret. Hvis fornærmedes anke ikke gis medhold, må lagmannsrettens kjennelse oppheves på dette grunnlag.
- (18) Siktede har nedlagt sammenfallende påstand med fornærmede.
- (19) Etter *påtalemyndighetens* oppfatning er informasjonsplikten i straffeprosessloven § 127 oppfylt. Bestemmelsen stiller ikke opp særregler for barn, og ordlyden gir ikke holdepunkter for at man skal gå lenger enn til å gjøre oppmerksom på fritaksretten. Heller ikke andre lov- eller forskriftsbestemmelser gjør det, og utvidet informasjonsplikt kan ikke utledes av rettspraksis. Formålet med fritaksretten – at vitnet skal beskyttes mot å velge mellom å lyve eller å bidra til at en nærstående blir straffet – blir ivaretatt ved opplysningen om at man ikke plikter å forklare seg om nærstående. Straffeprosessen har vært i utvikling i retning av å innskrenke barns fritaksrett. Hensynet til barns trygghet og behovet for oppklaring av saker om vold og overgrep mot barn, er ansett å veie tyngre enn

hensynet bak fritaksretten.

- (20) Isolert sett bør anken over lagmannsrettens lovanvendelse på denne bakgrunn forkastes. Påtalemyndigheten er imidlertid enig i at lagmannsrettens kjennelse må oppheves siden spørsmålet om betydningen av mangel på kontradiksjon ikke er vurdert. Verken overfor lagmannsretten eller tingretten ble dette spørsmålet reist, og også tingrettens kjennelse må derfor oppheves.
- (21) Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:
- "Lagmannsrettens kjennelse og tingrettens kjennelse oppheves."**
- (22) *Jeg er kommet til at anken fra A fører fram.*
- (23) Innledningsvis bemerker jeg at anken er en videre anke over tingrettens kjennelse, og at Høyesteretts kompetanse derfor er begrenset, jf. straffeprosessloven § 388. Anken gjelder lagmannsrettens lovtolkning. Den kan Høyesterett prøve, jf. § 388 første ledd nr. 3.
- (24) Høyesterett kan også prøve anførselen om at det er en saksbehandlingsfeil at de tidligere retter har tatt stilling til om dommeravhøret kan føres som bevis uten å vurdere betydningen av mangel på kontradiksjon, jf. § 385 tredje ledd første punktum.
- (25) Jeg ser først på lovtolkingsspørsmålet.
- (26) Straffeprosessloven § 108 bestemmer at enhver plikter etter innkalling å møte som vitne og forklare seg overfor retten, med mindre annet er bestemt ved lov. Paragrafene 122 og 123 er eksempler på at annet er bestemt. Etter § 122 er siktedes nærstående, herunder siktedes barn over 12 år, fritatt for vitneplikt, jf. første ledd første og tredje punktum. Straffeprosessloven § 123 bestemmer at et vitne i utgangspunktet kan nekte å svare på spørsmål – uavhengig av hvem som er siktet – når svaret vil kunne utsette vitnet selv eller noen det står i et slikt forhold til som nevnt i § 122, altså blant annet foreldre, for straff.
- (27) Straffeprosessloven § 127 fastsetter at vitnet skal orienteres om fritaksretten. Bestemmelsens første ledd lyder:
- "Antar retten at et vitne som blir kalt fram, ikke har rett til å gi forklaring eller til å svare på et spørsmål, eller kan nekte å gjøre det, skal den gjøre oppmerksom på dette."**
- (28) I saker om seksuallovbrudd eller alvorlig vold skal barn under 16 år avhøres ved tilrettelagt avhør – tidligere dommeravhør, jf. straffeprosessloven §§ 234 og 239. Før avhøret skal barnet gjøres oppmerksom på fritaksretten, jf. § 235. Etter straffeprosessloven § 298 trer som hovedregel videoopptak av slikt avhør i stedet for personlig forklaring under hovedforhandling. Det må derfor sikres at barnet har den samme forståelsen av fritaksretten som det ville fått om det hadde møtt i retten.
- (29) Straffeprosessloven § 127, som pålegger dommeren å "gjøre oppmerksom" på fritaksretten, må leses i lys av sammenhengen. Bestemmelsen bygger på en forutsetning om at vitnet avhøres i rettsmøte – det "blir kalt fram". Da er vitnet allerede stevnet med en angivelse av saken, jf. § 110, og det vil også ut fra omstendighetene ellers lett forstå at det er tale om å forklare seg i en straffesak, eventuelt mot en nærstående. Under tilrettelagt avhør eller dommeravhør av et barn er situasjonen en annen. Man bestreber seg på å

skape en trygg atmosfære i omgivelser som verken minner om en rettssal eller et vanlig avhørsrom, og omstendighetene ved avhøret peker ikke nødvendigvis i retning av at samtalen kan bli brukt i en straffesak.

- (30) Det er ikke gitt nærmere regler om innholdet i den informasjon barnet skal gis om fritaksretten. Rettstilstanden om barns vitneplikt har imidlertid vært under utvikling, og i den forbindelse er spørsmålet berørt både i rettspraksis og lovforarbeider. Jeg finner det hensiktsmessig å gjennomgå denne utviklingen:
- (31) Inntil 2008 gjaldt ingen særlige regler for barn om fritak for vitneplikt. I en kjennelse inntatt i Rt. 2005 side 1293 om orientering om og bruk av fritaksretten, la Høyesterett til grunn at barn over 14 år måtte behandles som voksne, og at barn mellom 7 og 14 år skulle orienteres om fritaksretten og få uttale seg om denne, men at vergen skulle ta valget. Mindretallet på én dommer mente barn under 12 år ikke skulle kunne påberope seg fritaksrett, men at barn mellom 12 og 14 år skulle kunne gjøre det etter at avhørspersonen så godt som mulig hadde orientert om konsekvensene av valget.
- (32) I NOU 2006: 10 side 144 foreslo utvalget som vurderte styrking av fornærmedes stilling i straffeprosessen, at fritaksreglene i § 122 ikke skulle gjelde barn under 12 år. Barn mellom 12 og 16 år skulle orienteres om fritaksretten og få anledning til å uttale seg, men det var dommeren som skulle avgjøre om fritaksretten skulle benyttes.
- (33) Ved vurderingen av forslaget i Ot.prp. nr. 11 (2007–2008) side 57–58 tok departementet utgangspunkt i at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Både fritaksrett og forklaringsplikt kan imidlertid være til det beste for barnet. Departementet trakk fram at det kan være en tung belastning for barn å vite at de har bidratt til at en nærstående blir straffet, at det kan være en stor påkjenning for barn å måtte velge, at det kan være et spørsmål hvor gode forutsetninger barn har for et slikt valg, at det kan være vanskelig for barn å forstå innholdet i fritaksregelen, at det kan skape usikkerhet og tvil hos barn i avhør og at det er viktig at eventuelle overgrep stoppes. Etter en samlet vurdering kom departementet til at fritaksretten ikke burde gjelde barn under 12 år. Barn over 12 år burde derimot selv få ta stilling til om de ønsker å forklare seg eller ikke. Er barnet først gammelt nok til å forstå spørsmålet og foreta et valg, bør det også selv få ta avgjørelsen i et tilfelle som dette, uttalte departementet.
- (34) Departementets forslag ble vedtatt ved endring i straffeprosessloven § 122 den 7. mars 2008 nr. 5. Dette var rettstilstanden da avhøret vår sak gjelder, ble tatt.
- (35) Senere, ved en lovendring 4. september 2015 hvor dommeravhør ble erstattet med tilrettelagt avhør, ble unntaket fra fritaksretten utvidet til også å gjelde barn under 15 år i saker hvor det skal tas tilrettelagt avhør, jf. § 239 a annet ledd jf. § 239 første ledd. Dette er saker om seksuallovbrudd, kroppsskade, drap, mishandling i nære relasjoner og kjønnslemlestelse. Ved avveiningen av de ulike hensynene la departementet nå avgjørende vekt på at fritaksrett øker faren for at barn ikke forklarer seg fordi de kommer i en lojalitetskonflikt, og at hensynet til å beskytte barnet mot vold og seksuelle overgrep burde veie tyngst, se Prop. nr. 112 L (2014–2015) side 83–85.
- (36) Departementet drøfter også betydningen av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 12 om barns rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og at deres syn skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og utvikling.

(37) I drøftelsen påpekes blant annet følgende:

"For å kunne danne seg synspunkter om hvorvidt det bør vitne eller forklare seg, må barnet forstå konsekvensen av det å forklare seg. Å bli gjort oppmerksom på at forklaringen vil kunne medføre at foreldre eller andre nærstående blir domfelt, og at man har et valg om man vil bidra til slik domfellelse eller ikke, vil etter departementets syn være belastende også for barn over 12 år."

- (38) Departementet forutsatte altså at der det er fritaksrett, må barnet forstå at avhøret vil kunne brukes i en straffesak. Dette var en viktig premiss for lovendringen.
- (39) Det følger av dette at reglene som gjaldt på det tidspunktet A ble avhørt, bygget på et klart og bevisst standpunkt om at barn over 12 år var fritatt for vitneplikt etter straffeprosessloven § 122 og § 123, og at de selv skulle avgjøre om fritaksretten skulle bli benyttet, hvis de ikke overlot det til vergen. Lovgivers forutsetning var basert på grundige overveielser hvor det ble lagt vekt på barnekonvensjonen artikkel 3 om at barnets beste er et grunnleggende hensyn, og artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt.
- (40) Det er i motivene til den senere lovendringen forutsatt at barnet må gis tilstrekkelig informasjon til å forstå at forklaringen kan bli brukt i en straffesak for at fritaksretten skal bli reell. Det er jeg enig i og mener det må legges til grunn ved fortolkningen av § 127.
- (41) Dersom det fremgår av sammenhengen at barnet forstår at forklaringen kan bli brukt i en straffesak, er det ikke nødvendig med noen ytterligere redegjørelse. Er det tvil, må det klargjøres. Som jeg har vært inne på, kan barneavhør for å dempe belastningen for barnet være tilrettelagt på en slik måte at det tilslører at avhøret kan bli brukt som bevis i en straffesak. Dersom avhører i tillegg forklarer at avhøret finner sted for å hjelpe barnet, slik det skjedde her, er det en ytterligere risiko for at barnet ikke forstår at det som sies, kan bli brukt i en straffesak.
- (42) Lagmannsretten, som ut fra sitt resultat må ha lagt til grunn at det er tilstrekkelig at barnet er orientert om at det er valgfritt å forklare seg, har følgelig bygget på en uriktig tolkning av § 127.
- (43) A har prinsipalt påstått at Høyesterett skal avsi kjennelse for at avhøret ikke kan brukes som bevis. Aktor har ikke hatt merknader til dette. Som nevnt har Høyesterett begrenset kompetanse ved videre anke, jf. straffeprosessloven § 388, og det innebærer at resultatet der anken over lovtolkningen tas til følge, i utgangspunktet må bli opphevelse. I sin praksis har Høyesterett likevel truffet avgjørelse om realiteten der det, ut fra riktig lovtolkning og de faktiske forhold lagmannsretten har lagt til grunn, bare er ett mulig resultat, jf. Rt. 2010 side 1638 avsnitt 55. Det har også vært truffet realitetsavgjørelse ved behov for rask avklaring, se Rt. 2006 side 946.
- (44) I denne saken er hovedforhandlingen utsatt, og nå berammet til november 2016. Det taler for at det skjer en rask avklaring. Det gjør også hensynet til fornærmede.
- (45) Når det gjelder de faktiske forhold, har lagmannsretten ikke gått inn på hvilken informasjon A fikk og hvordan den ble oppfattet. Jeg legger derfor til grunn at lagmannsretten har basert seg på det faktum tingretten bygget på.

- (46) Tingretten har gjengitt og beskrevet hvilken informasjon som ble gitt, og oppsummert dette slik:

"Retten legger etter dette til grunn at fornærmede ble informert om at hun selv kunne bestemme om hun ville snakke om foreldrene, men at hun ikke ble informert om at hennes forklaring om hjemmesituasjonen, herunder spørsmålene som ble stilt, kunne lede til en straffesak mot hennes far. Hun ble i stedet forespeilet at forklaringen kunne bidra til at hun fikk hjelp i forhold til hjemmesituasjonen i motsetning til forrige gang hun ble avhørt (i mars 2014)."

- (47) Tingretten fant det videre sannsynliggjort at fornærmede ikke forsto at dommeravhøret kunne lede til straffesak mot hennes far.
- (48) Retten vurderte det videre slik at fornærmede ville vært i stand til å forstå hva det innebar at hennes forklaring kunne føre til en straffesak.
- (49) Av Rt. 2006 side 582 avsnitt 22 med videre henvisninger følger det at det klare utgangspunkt i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at det blir ført. Men der det å føre beviset vil representere en fortsettelse eller gjentakelse av rettsbruddet, må det normalt nektes ført. I andre tilfeller beror spørsmålet på en interesseavveining. Det fremgår samme sted at straffeprosesslovkomiteen uttrykte dette slik at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte.
- (50) Lovgrunnen for fritaksretten er dels at vitnet skal slippe å måtte velge mellom å lyve i retten og å utsette sine nærmeste for å bli domfelt. Denne lovgrunnen slår ikke til der vitnemålet allerede er avgitt. Men fritaksretten skal også bidra til at vitnet unngår belastningen med å vite at det har bidratt til at en nærstående blir straffet, se Ot.prp. nr. 11 (2007–2008) side 57. Det fremstår etter mitt syn som klart at det å føre dommeravhøret som bevis i en straffesak mot faren i en situasjon hvor vitnet ikke forsto at det hun forklarte kunne brukes på den måten, ville representere et nytt rettsbrudd.
- (51) Jeg tilføyer at det ikke kan tillegges vekt at fornærmede ville hatt forklaringsplikt etter de reglene som gjelder i dag, se Rt. 2010 side 363 avsnitt 18.
- (52) På denne bakgrunn mener jeg Høyesterett kan treffe avgjørelse om realiteten. Resultatet må bli at dommeravhøret nektes ført som bevis. Opphevelse på grunn av mangel på kontradiksjon blir da ikke noe tema.
- (53) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Dommeravhør 5. juni 2015 av A tillates ikke ført som bevis under hovedforhandlingen.

- (54) Dommer **Arntzen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (55) Dommer **Matheson:** Likeså.

- (56) Dommar **Utgård:** Det same.
- (57) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (58) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Dommeravhør 5. juni 2015 av A tillates ikke ført som bevis under hovedforhandlingen.

Riktig utskrift bekreftes: