

NOTAT

FORSVARERBISTAND VED POLITIAVHØR AV BARN OG SÆRLIG SÅRBARE PERSONER SOM MISTENKT I STRAFFESAK

Vedlegg til riksadvokatens retningslinjer 18. september 2023 om politiavhør av barn og særlig sårbare personer som mistenkt i straffesak

Riksadvokatembetet, 18. september 2023

1. Innledning	2
2. Overordnet om straffeprosessloven § 100 annet ledd og de hensyn bestemmelsen skal ivareta	3
3. Forsvarerbistand ved politiavhør av mistenkte barn over 15 år	5
3.1. Generelt	5
3.2. Saker der forsvarer normalt skal søkes oppnevnt – frihetsberøvelse eller risiko for ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff	8
3.3. Saker der forsvarer normalt ikke skal søkes oppnevnt – bøteforhold	9
3.4. Øvrige saker – ingen presumsjon	9
4. Forsvarerbistand ved politiavhør av mistenkte barn under strafferettslig lavalder	10
5. Forsvarerbistand ved politiavhør av særlig sårbare mistenkte	12
6. Avkall på forsvarer	13
7. Plikt til fortløpende å vurdere behovet for forsvarer i avhør ...	14
8. Valg av forsvarer	15

1. Innledning

Formålet med dette notatet er å redegjøre for – og søke å gi generell veiledning om – når påtalemyndigheten skal anmode domstolen om oppnevning av forsvarer etter straffeprosessloven § 100 annet ledd for barn og særlig sårbare personer som avhøres som mistenkt i straffesak.

Mistenkte har rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken.¹ Noen ubetinget rett til offentlig oppnevnt forsvarer betalt av det offentlige har mistenkte imidlertid ikke. Denne rett har mistenkte i utgangspunktet bare så langt det er særskilt angitt i loven.

Mistenkte *barn* har en utvidet rett til offentlig oppnevnt forsvarer sammenlignet med voksne, både ved pågripelse og når saken skal behandles i retten. Ved pågripelse skal barn ha forsvarer dersom det er klart at vedkommende ikke vil bli løslatt innen 12 timer.² Under hovedforhandling og tilståelsespådommelse skal barn ha forsvarer dersom det er spørsmål om å idømme frihetsstraff, samfunnsstraff eller ungdomsstraff.³

Særlig sårbare mistenkte som det er grunn til å anta at er strafferettslig utilregnelig på grunn av en sterkt avvikende sinnstilstand, sterk bevissthetsforstyrrelse eller høygradig psykisk utviklingshemming, skal ha forsvarer på ethvert trinn av saken.⁴

Utover de direkte regulerte situasjonene følger mistenktes rett til å få oppnevnt forsvarer på det offentliges bekostning av straffeprosessloven § 100 annet ledd, som gir generell hjemmel for oppnevning der «*særlige grunner*» taler for det. Vilkåret gir anvisning på et utpreget skjønnsmessig vurderingstema. Forarbeidene, foreliggende høyesterettsavgjørelser og EMD-praksis gir bare begrenset veiledning om når oppnevning skal skje.⁵

Uklarhetene loven etterlater er utfordrende, blant annet fordi de skaper manglende forutberegnelighet og risiko for at bestemmelsen blir håndhevet ulikt og feil. Avhør av mistenkte uten forsvarer til stede vil dessuten i noen tilfeller representere en saksbehandlingsfeil, som etter omstendighetene kan føre til at forklaringen ikke kan benyttes som bevis.

Det hører under domstolen å avgjøre om oppnevning av forsvarer etter § 100 annet ledd skal skje, men påtalemyndigheten har et selvstendig ansvar for å ta stilling til om det er grunnlag for oppnevning.⁶

¹ Straffeprosessloven § 94.

² Straffeprosessloven § 98 første ledd siste punktum.

³ Straffeprosessloven §§ 96 tredje ledd og 99 første ledd tredje punktum.

⁴ Straffeprosessloven § 96 syvende ledd.

⁵ Barns rett til forsvarer er så langt bare vurdert av Høyesterett i HR-2017-1894-U og HR-2018-1909-A, som begge gjelder voldtektssaker, der barnet var pågrepet i forbindelse med avhøret.

⁶ Påtaleinstruksen § 8-1a.

Påtalemyndigheten må derfor være seg bevisst om mistenkte skal ha forsvarer og bidra til at retten til forsvarer ivaretas.

2. Overordnet om straffeprosessloven § 100 annet ledd og de hensyn bestemmelsen skal ivareta

Straffeprosessloven § 100 annet ledd lyder:

«Utenfor de tilfeller som er omhandlet i §§ 96–99, kan retten også oppnevne offentlig forsvarer for siktede når særlige grunner taler for det, herunder at siktede har nedsatt funksjonsevne eller er i en annen fysisk eller psykisk tilstand som tilsier at det er et særskilt behov for forsvarer.»

Bestemmelsen er en *kan*-regel og gir etter sin ordlyd retten en skjønnsmessig adgang til å oppnevne forsvarer når særlige grunner taler for det. Noe fritt skjønn har domstolen imidlertid neppe, og dersom det foreligger særlige grunner, må det – i alle fall som et klart utgangspunkt – antas at forsvarer *skal* oppnevnes.

Etter ordlyden gjelder bestemmelsen «*siktede*». Uttrykket skal imidlertid i denne sammenheng forstås vidt, og det kreves ikke at vedkommende har formell status som siktet. Det er tilstrekkelig at etterforskingen er rettet mot vedkommende.⁷

Vilkåret «*særlige grunner*» er en rettslig standard som gir anvisning på en konkret helhetsbedømmelse av omstendighetene i den enkelte sak. Det er ikke oppstilt absolutte vilkår.⁸ Relevante momenter ved vurderingen er særlig⁹

- sakens alvorlighet, herunder forventet straff,
- sakens betydning for den mistenkte,
- om mistenkte er frihetsberøvet,
- om sakens faktum eller jus er uklart eller komplisert,
- mistenktes alder og helsemessige status, og
- mistenktes språk- eller samfunnskunnskaper.

Bestemmelsen må forstås i samsvar med retten til forsvarer etter EMK, jf. blant annet Rt-2015-844, der det også understrekes at vilkåret «*særlige grunner*» ikke er statisk, men må tolkes på bakgrunn av *den internasjonale utviklingen*:

«Mitt syn er at 'særlige grunner' ikke er et statisk begrep, men et kriterium som må tolkes på bakgrunn av utvikling i synet på eksempelvis viktigheten av forsvarerbistand på tidlige stadier i prosessen. I denne forbindelse vil det klart være relevant å trekke inn

⁷ Karnov, lovkommentar til straffeprosessloven § 100, note 3, oppdatert per 6. januar 2023, samt LF-2015-141889, LB-2017-125256, LB-2018-33243 og LH-2020-114487.

⁸ Rt-2015-844 avsnitt 44 og Rt-2015-860 avsnitt 25.

⁹ Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) side 26.

utviklingen i synet på dette internasjonalt. Av særlig interesse i denne sammenheng er EMDs sterke understrekning av viktigheten av at siktede har forsvarer også på dette stadium i saken, men også de siste års arbeid innenfor EU, FN og Europarådet har interesse.»¹⁰

I helhetsvurderingen vil særlig spørsmålet om *hvor streng straff* det er grunn til å anta at mistenkte risikerer stå sentralt og veie tyngre enn de øvrige momentene.¹¹ Høyesterett har antydning – i en sak der mistenkte var voksen – at dersom forventet straff er høyere enn 1–2 måneder ubetinget fengsel, vil straffenivået i seg selv kunne tale for at forsvarer skal oppnevnes.¹² Men forventet straff vil ikke i seg selv alltid være avgjørende.¹³ Også strafferammen må tillegges vekt.¹⁴ Dersom forholdet er av *særlig belastende karakter*, må også det antas å kunne få betydning ved alvorlighetsvurderingen.

Hvis saken er tilstrekkelig alvorlig, kreves det ikke at saken i tillegg må være mer *komplisert* enn andre saker av samme karakter for at mistenkte skal ha rett til forsvarer på det offentlige bekostning på etterforskningsstadiet.¹⁵

Videre er det av stor betydning om mistenkte er *frihetsberøvet*.¹⁶ Det kan også vektlegges om mistenkte har gitt et uttrykkelig og informert avkall på rettigheten til forsvarer.¹⁷ I grensetilfeller kan det dessuten legges vekt på den mistenktes økonomiske situasjon.¹⁸

Også de særlige hensyn som kan tilsi at mistenkte bør være bistått av forsvarer allerede *under etterforskningen*, må inngå i vurderingen.¹⁹ Høyesterett har – under henvisning til praksis fra EMD – trukket frem at den innledende fasen av etterforskningen kan være bestemmende for rammene for straffesaken og for innretning av bevisføringen, og dessuten at en forsvarer kan være et viktig virkemiddel i arbeidet for å sikre mistenkte mot *selvinkriminering* i enhver form.²⁰

¹⁰ Rt-2015-844 avsnitt 28.

¹¹ HR-2018-946-U avsnitt 12.

¹² Rt-2015-844 avsnitt 48.

¹³ HR-2018-946-U avsnitt 12. Saken gjaldt grov narkotikaovertrødelse med 10 års strafferamme og forholdet kunne gi en straff av fengsel i flere måneder. Lagmannsrettens beslutning om å avslå begjæring om forsvareroppnevning etter straffeprosessloven § 100 annet ledd ble opphevet. Se også HR-2020-2214.

¹⁴ Rt-2015-844 avsnitt 48. Se også EMDs dom *Zdravko Stanev v. Bulgaria* (2012), som gjaldt rett til forsvarer under ankeforhandling og hvor det uttales: «The Court has held that where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation [...] however, that is not to say that public funds do not have to be available where deprivation of liberty is not at stake.»

¹⁵ HR-2020-2214-U, som gjaldt seksuell omgang med niese under 14 år og hvor det uttales: «I en så alvorlig sak som dette kreves det ikke at saken skal være mer komplisert enn andre saker av samme karakter for at siktede skal ha rett til forsvarer på det offentlige bekostning på etterforskningsstadiet.»

¹⁶ HR-2016-379-A avsnitt 35 og 48.

¹⁷ HR-2016-379 avsnitt 48.

¹⁸ Rt-2015-844 avsnitt 54.

¹⁹ Rt-2015-844 avsnitt 44.

²⁰ Rt-2015-844 avsnitt 31.

Situasjonen avhøret foregår i, for eksempel om det må gjennomføres i en for mistenkte kaotisk, uoversiktlig eller stressende situasjon, må også tas i betraktning.²¹

3. Forsvarerbistand ved politiavhør av mistenkte barn over 15 år

3.1. Generelt

Også i saker som gjelder barn må det nødvendigvis foretas en konkret og samlet vurdering, slik § 100 annet ledd forutsetter, og i utgangspunktet er det de samme momentene som er nevnt ovenfor, som skal tillegges vekt. For barn gjør det seg imidlertid gjeldende særlige hensyn, som fører til at avveiningen av momentene blir annerledes – og terskelen for forsvareroppnevning lavere – enn for normalt fungerende voksne.

I tråd med de særlige hensyn som gjør seg gjeldende, slår Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 fast at *barnets beste* skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Hensynet til barnets interesser står derfor helt sentralt ved vurderingen. Dersom tilstedeværelse av forsvarer kan forhindre at avhøret medfører unødvendig belastning for barnet, er dette i seg selv et moment som kan tilsi oppnevning.

Som nevnt over er det ved tolkningen av vilkåret «*særlige grunner*» relevant å se hen til praksis fra EMD og den internasjonale utviklingen for øvrig. Internasjonalt har spørsmålet om når mistenkte barn skal ha forsvarer under etterforskingen vært gjenstand for oppmerksomhet fra flere hold de senere år.

Etter EMK må spørsmålet om når mistenkte skal ha forsvarer besvares med utgangspunkt i artikkel 6 om retten til *rettferdig rettergang*.²² Det foreligger som nevnt i liten grad praksis fra EMD som avklarer når barn har krav på forsvarer i forbindelse med politiavhør, men enkelte sentrale hensyn og vurderingstemaer fremgår av storkammeravgjørelsen Blokhin v. Russland, der det blant annet uttales:

«As regards legal assistance at the pre-trial stages of the proceedings, the Court has emphasised the importance of the investigative stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at trial. Therefore, the Court has held that the particular vulnerability of the accused at the initial stages of police questioning can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer, whose task is, among other things, to

²¹ Se HR-2017-1894, der det ble vektlagt at den mindreårige befant seg i en emosjonelt vanskelig situasjon. Lagmannsretten hadde uttalt at «situasjonen var vanskelig og følelsesmessig kaotisk for han ettersom han ble pågrepet og kjørt rett til avhør på politistasjonen» og at «slik situasjonen var, hadde han åpenbart behov for bistand». Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens uttalelser, og bekreftet at siktede skulle fått oppnevnt forsvarer i politiavhør.

²² Artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav c.

help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. Indeed, this right presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. It is further important to protect the accused against coercion on the part of the authorities and contribute to the prevention of miscarriage of justice and ensure equality of arms [...] In view of the particular vulnerability of children, and taking into account their level of maturity and intellectual and emotional capacities, the Court stresses in particular the fundamental importance of providing access to a lawyer where the person in custody is a minor.»²³

Det er også grunn til å trekke frem europarådsorganet CPTs 24th General report (2015), hvor det i avsnitt 98 gis følgende anbefaling:

«[A] detained juvenile should never be subjected to police questioning or be requested to make any statement or to sign any document concerning the offence(s) he/she is suspected of having committed without the presence of a lawyer and, in principle, a trusted adult person.»²⁴

Videre vises det til EUs direktiv 2016/800 om rettssikkerhetsgarantier for barn som er mistenkt eller tiltalt i straffesak, som i artikkel 6 nr. 3 a) og nr. 6 bestemmer:

«In any event, children shall be assisted by a lawyer ... before they are questioned by the police or by another law enforcement or judicial authority [...]

Provided that this complies with the right to a fair trial, Member States may derogate from paragraph 3 where assistance by a lawyer is not proportionate in the light of the circumstances of the case, taking into account the seriousness of the alleged criminal offence, the complexity of the case and the measures that could be taken in respect of such an offence, it being understood that the child's best interests shall always be a primary consideration.»²⁵

Også FNs barnekomité anbefaler effektiv og gratis rettslig bistand for alle barn som stilles overfor strafferettslige anklager fra offentlige myndigheter.²⁶ I de såkalte Mendez-prinsippene artikkel 85, heter det at

²³ EMDs dom 23. mars 2016 (EMD-2006-47152-2), avsnitt 198 flg.

²⁴ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) 24th General report (<https://rm.coe.int/16806ccb96>). Rettskildevekten av CPTs anbefalinger er omtalt i Rt-2015-844 (avsnitt 36), der det uttales: «CPT forvalter ikke et bindende regelverk, og oppgaven er ikke å gi rettslige vurderinger enn si å avgjøre hva som følger av EMK eller nasjonal rett. Synspunkter fra CPT har ofte snarere karakter av å registrere avvik fra det som oppfattes som ideelle målsettinger. Når det er tale om å vurdere reelle hensyn og registrere internasjonal[e] trender, har uttalelsene fra CPT likevel interesse.»

²⁵ Se <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0800&from=EN>.

²⁶ Se CRC/C/GC/24 (2019) avsnitt 51. I HR-2018-2096 uttales at «General Comments fra barnekomiteen er en relevant rettskilde når innholdet av konvensjonsforpliktelsene skal

«[t]he presence of the lawyer is compulsory for detained children interviewed as suspects».²⁷ Det samme er gjentatt i Mendez-prinsippene artikkel 139, men slik at anbefalingen der gjelder alle mistenkte barn, ikke bare de som er «detained».

Den internasjonale utviklingen synes altså klart å trekke i retning av at terskelen for barns rett til forsvarer i forbindelse med avhør som mistenkt i straffesak skal være lav, og at dette i særdeleshet gjelder når barnet er *frihetsberøvet*.

Også i saker som gjelder barn vil *sakens alvor* være et sentralt moment i vurderingen av om forsvarer skal oppnevnes. Hva som skal være bestemmende for sakens alvor i tilfeller der etterforskningen retter seg mot barn, er imidlertid ikke uten videre klart.

Tommelfingerregelen som gjelder for voksne – at sakens alvorlighet kan tilsi oppnevning dersom det er risiko for ubetinget *fengsel i 1–2 måneder* – passer ikke like godt når mistenkte er et barn, ettersom en så vidt streng straff for barn bare vil være aktuelt i svært alvorlige saker.²⁸

Hvilken konkret straff et barn må forvente ved eventuell domfellelse er dessuten *mindre egnet* som avgrenskingskriterium, fordi det ved utmåling av straff overfor barn i større grad enn for voksne er rom for individuelle hensyn. Dette har sammenheng med at der domfelte var under 18 år på handlingstidspunktet, forskyves tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn.²⁹ For barn finnes dessuten et større spekter av strafferettslige reaksjoner.³⁰ Tidlig i en etterforskning – for eksempel i første avhør – kan det derfor være vanskelig å ha noen sikker oppfatning om hvilken og hvor streng straffereaksjon som vil være aktuell dersom barnet finnes skyldig.

fastlegges», men at vekten blant annet beror på om det dreier seg om tolkningsuttalelser, eller om uttalelsen mer må ses som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Uttalelsen må i dette tilfellet anses som en tilråding, jf. «recommends».

²⁷ Méndez-prinsippene er en manual med standarder for intervjuetodikk under etterforskning og informasjonsinnhenting, se The Méndez Principles on Effective Interviewing for investigation and interviewing (2021), https://www.apr.ch/sites/default/files/publications/apr_PoEI_EN_11.pdf.

²⁸ Se riksadvokatens brev 9. august 2017 (RA-2012-90-3), der det fremgår at «[f]or andre lovbrudd enn drap og alvorlige seksuallovbrudd er utgangspunktet at det skal idømmes ungdomsstraff for lovbrudd som normalt vil gi fengselsstraff for en voksen person. Også ved andre grove voldslovbrudd enn drap kan forholdene ligge slik an at straffens formål med tyngde taler mot en reaksjon i frihet. Det samme gjelder blant annet grove ran og ildspåsettelse. Desto yngre lovbrøtteren var på handlingstidspunktet, desto mer alvorlig må handlingen være for at påtalemyndigheten skal påstå fengselsstraff». I høyesterettspraksis er ubetinget fengsel idømt lovbrøttere under 18 år i saker om drap, voldtekt og alvorlige voldslovbrudd, og i Rt-2009-902 for grovt ran, se dog Rt-2011-206, der reaksjonen ble samfunnsstraff for forhold som kvalifiserte til «ubetinget fengsel i flere år» for en voksen.

²⁹ Se HR-2017-579-A avsnitt 14 med videre henvisninger.

³⁰ I tillegg kommer at det i dag er «både ulik praksis, og usikkerhet rundt hvilke saker påtalemyndigheten selv kan ilegge ungdomsoppfølging, og hvilke saker som skal sendes til retten. For en del sakstyper ble det heller ikke funnet noe tydelig mønster for hvilke saker som avgjøres med betinget dom med særvilkår om ungdomsoppfølging, og hvilke som avgjøres med ungdomsstraff», jf. høringsnotatet om forslag til endringer i konfliktrådsloven, straffeloven mv. – strafferettslige reaksjoner og tvangsmidler for ungdom, punkt 2.4.2.1.

Sett bort fra de mest alvorlige og mest bagatellmessige sakene, kommer man dermed ikke i alle tilfeller nødvendigvis så langt med forventet straff som utgangspunkt for vurderingen. Det synes da nærliggende å se hen til *om forholdet på grunn av strafferammen eller av andre grunner fremstår alvorlig*. Det må også ses hen til andre potensielle negative konsekvenser enn de rent strafferettslige. Er det for eksempel realistisk at straffesaken vil kunne få alvorlige konsekvenser for barnet i form av barnevernstiltak eller større inndragnings- eller erstatningskrav mv., kan dette tale for at forsvarer bør oppnevnes. Ved vurderingen må det også tas hensyn til eventuell mulighet for skjerpet subsumsjon.

Det ligger i sakens natur at barnets *alder og utvikling* må stå sentralt ved vurderingen. Barn er ikke ferdig utviklet og har generelt svakere kognitive evner enn voksne. Mindre barn har dermed normalt et større behov for å bli bistått av forsvarer enn eldre barn. Det må også ses hen til eventuelle *tilleggsutfordringer*, som for eksempel særlige kognitive eller andre helsemessige utfordringer, rusproblematikk, omsorgssvikt mv. Sentralt er om barnet har behov for bistand av forsvarer, både for å forstå hva som faktisk foregår og unngå utrygghet og ikke minst for å sikre ivaretagelsen av prosessuelle rettigheter, herunder hindre ufrivillig selvinkriminering. I denne sammenheng nevnes også at tilstedeværelse av forsvarer i politiavhør av barn kan bidra til å sikre at avhøret gjennomføres på en måte som ikke er egnet til å påvirke barnets forklaring og slik sett øke bevisverdien av avhøret og dermed understøtte sakens opplysning.³¹

I tråd med hensynet til barnets beste må også *situasjonen avhøret foregår i* tas i betraktning, for eksempel om det må gjennomføres i en for barnet uoversiktlig og stressende situasjon. Herunder antas – selv om vergen verken skal eller kan fylle en forsvarers rolle – at det etter omstendighetene må kunne vektlegges *om barnet er ledsaget av verge* som har forutsetninger for å ivareta barnets interesser, eller om barnet er «alene» i avhøret.

På bakgrunn av ovennevnte oppstilles i det følgende noen utgangspunkter som antas å kunne tjene til *veiledning* i konkrete tilfeller. Det understrekes imidlertid igjen at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret, jf. over.

3.2. Saker der forsvarer normalt skal søkes oppnevnt – frihetsberøvelse eller risiko for ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff

Dersom barnet er *frihetsberøvet* bør det som en klar hovedregel søkes oppnevnt forsvarer før avhør gjennomføres. Det er vesensforskjell på om barnet kan forlate avhørssituasjonen etter eget ønske eller ikke. Pågrepelse vil dessuten i praksis være reservert alvorlige saker.³² Også der barnet er innbragt etter politiloven, men ikke pågrepet, kan de samme

³¹ Jf. HR-2017-1894-U avsnitt 18.

³² Straffeprosessloven § 174.

hensyn gjøre seg gjeldende. Det er fortsatt tale om avhør av et frihetsberøvet barn, som ofte vil være i en spesielt sårbar situasjon, og hvor forsvarerbistand er av stor betydning for å bidra til trygghet og større grad av likevekt mellom partene.

Dersom barnet avhøres som mistenkt i en sak av en slik alvorlighetsgrad at det er en realistisk mulighet for straff i form av *ubetinget fengsel*, må det antas at vilkåret «*særlige grunner*» så å si alltid vil være oppfylt, slik at forsvarer som et klart utgangspunkt skal oppnevnes, og at dette vil gjelde uavhengig av den sannsynlige lengden på fengselsstraffen. Gitt den høye terskelen for å idømme barn fengselsstraff vil disse sakene gjennomgående være av en slik alvorlighetsgrad at dette i seg selv er tilstrekkelig til å utløse krav på forsvarer, også i politiavhør.

Tilsvarende antas å gjelde dersom det er en realistisk mulighet for at barnet ved domfellelse vil bli idømt *samfunnsstraff eller ungdomsstraff*. Også dette er straffereaksjoner som er reservert relativt alvorlige forhold når det er tale om et barn.³³ Reaksjonsformene er inngripende i seg selv og vil dessuten kunne omgjøres til ubetinget fengsel ved brudd. Også i slike tilfeller må det derfor som den klare hovedregel søkes oppnevnt forsvarer for barnet.

3.3. Saker der forsvarer normalt ikke skal søkes oppnevnt – bøteforhold

Der forventet straffereaksjon *for en voksen* person for tilsvarende forhold ville være *bot*, for eksempel fordi det er tale om et forhold som etter loven bare kan straffes med bot eller som omfattes av lokalt bøtedirektiv, antas det at saken i normalt tilfeller vil være så lite alvorlig at det ikke vil foreligge «*særlige grunner*». I slike tilfeller vil det dermed som regel ikke være behov for at påtalemyndigheten søker oppnevning av forsvarer for barnet, men som ellers må det foretas en konkret vurdering, jf. punkt 2 og 3.1.

3.4. Øvrige saker – ingen presumsjon

Der barnet verken er pågrepet eller det er en realistisk mulighet for ubetinget fengsel, ungdomsstraff eller samfunnsstraff som angitt i punkt 3.2, og det heller ikke er tale om et bøteforhold som angitt i punkt 3.3, blir vurderingen av når forsvarer skal oppnevnes mer sammensatt og usikker. Omstendighetene kan tilsi at barnet bør ha forsvarer i avhøret selv om saken i utgangspunktet ikke er spesielt alvorlig. Like fullt vil forholdets alvorlighet normalt stå sentralt. Ved vurderingen av om sakens alvorlighet i seg selv taler for at forsvarer bør oppnevnes, kan antagelig

³³ Departementet har foreslått å fjerne vilkåret i straffeloven § 52 a om «gjentatt eller alvorlig kriminalitet» for idømmelse av ungdomsstraff, se høringsnotat om forslag til endringer i konfliktrådsloven, straffeloven mv. – strafferettslige reaksjoner og tvangsmidler for ungdom (side 112). Forslaget er per april 2023 til behandling i departementet. Om forslaget blir vedtatt er det dermed ikke lenger noen nedre grense i loven for bruk av ungdomsstraff. Men inntil videre synes spørsmålet om forholdet realistisk kan lede til ungdomsstraff å være et hensiktsmessig avgrenskingskriterium.

både strafferammen og straffen en voksen person ville risikere for et tilsvarende forhold, gi veiledning.

Det finnes underrettspraksis der lovbrudd begått av et barn har vært ansett for å være alvorlig i relasjon til straffeprosessloven § 100 annet ledd, dersom det har en *strafferamme på 3 år eller mer*.³⁴ Tilsvarende er lagt til grunn i relasjon til straffeloven § 52 a om ungdomsstraff.³⁵ I mangel av sikrere holdepunkter antas det at dette strafferammenivået kan være tjenlig som et uttrykk for hvilke saker som generelt må anses alvorlige i relasjon til straffeprosessloven § 100 annet ledd, når etterforskningen er rettet mot et barn.

Likeledes må det antas at forholdet må betraktes som alvorlig, der straffen for en *voksen* person for tilsvarende forhold ville vært *ubetinget fengsel i 1–2 måneder*. I slike tilfeller vil også et barn risikere en merkbar reaksjon, selv om det ikke skulle være grunnlag for ubetinget fengsel, samfunnsstraff eller ungdomsstraff. Det kan for eksempel bli spørsmål om betinget fengsel på vilkår om ungdomsoppfølging, jf. straffeloven § 34, jf. § 37 bokstav j, eller overføring til ungdomsoppfølging etter straffeprosessloven § 71.³⁶

I tilfeller som nevnt antas det at vilkåret «*særlige grunner*» ofte vil være oppfylt, slik at forsvarer bør oppnevnes, men samtidig at dette vil avhenge av de konkrete – øvrige – omstendigheter, herunder om forholdet (i tillegg) er av særlig belastende karakter, barnets alder og utvikling og eventuelle tilleggsutfordringer, samt om straffesaken vil kunne få alvorlige konsekvenser for barnet i form av barnevernstiltak eller større inndragnings- eller erstatningskrav mv. Som nevnt i punkt 3.1, må også situasjonen avhøret foregår i tas i betraktning.

4. Forsvarerbistand ved politiavhør av mistenkte barn under strafferettslig lavalder

Barn som på handlingstidspunktet er under 15 år, kan ikke straffes.³⁷ Etterforskning rettet mot barn under strafferettslig lavalder vil dermed

³⁴ Se LB-2018-159930, der lagmannsretten kom til at det var en saksbehandlingsfeil av politiet å gjennomføre avhør av et 15 år og 2 måneder gammelt barn uten forsvarer, idet det blant annet ble fremhevet at siktelsen gjaldt «et alvorlig forhold med en strafferamme på fengsel inntil 3 år». Se for øvrig Rt-2015-844 (avsnitt 49), der det uttales at «også strafferammen må tillegges noe vekt» og videre at det «er da tilstrekkelig å vise til at strafferammen for det forhold som omfattes av siktelsen ... er fengsel i 6 år», men i denne saken var siktede voksen.

³⁵ Se straffeloven § 52 a om ungdomsstraff, jf. Prop. 135 L (2010–2011) kapittel 14.1, der det uttales: «Departementet mener at begrepet 'alvorlig kriminalitet' i denne sammenheng bør forbeholdes straffebud med en øvre strafferamme på fengsel i 3 år eller mer».

³⁶ I LB-2021-102836 ble en 16-åring dømt til betinget fengsel på vilkår om ungdomsoppfølging i åtte måneder for to ran som ville medført ubetinget fengsel i ett år dersom de var begått av en voksen. I LB-2022-71426 ble en ungdom dømt til betinget fengsel på vilkår om ungdomsoppfølging i 9 måneder for motarbeidelse av rettsvesenet og kroppskrenkelse, forhold som i utgangspunktet kvalifiserte til ubetinget fengsel i 5 måneder. I TRAB-2022-65594 ble to 15-åringer dømt til betinget fengsel på vilkår om ungdomsoppfølging i 9 måneder for et ran som i utgangspunktet kvalifiserte til «en ikke ubetydelig fengselsstraff» for en voksen. I LB-2021-128092 hadde domfelte i tingretten fått ungdomsstraff med gjennomføringstid på 7 måneder. Han trakk samtykket, og endte i lagmannsretten med betinget fengsel uten vilkår i 50 dager.

³⁷ Straffeloven § 20 første ledd.

alltid resultere i henleggelse. Etterforsking mot mindreårige for ellers straffbare handlinger kan imidlertid få andre – og til dels store – negative konsekvenser for barnet, i form av for eksempel barnevernstiltak, inndragning, sosialt stigma, erstatningskrav, osv.

Barn under 15 år som blir utsatt for etterforsking har i utgangspunktet de samme prosessuelle rettigheter som personer over strafferettslig lavalder. Hvor langt retten til offentlig oppnevnt forsvarer etter § 100 annet ledd gjelder ved politiavhør av barn under 15 år, er det imidlertid vanskelig å ha noen sikker oppfatning om. Det foreligger så vidt vites ingen høyesterettsavgjørelse om spørsmålet. Og hvorledes vilkåret «*særlig grunner*» i § 100 annet ledd skal vurderes når mistenkte ikke risikerer formell straff overhode, synes å være et temmelig åpent spørsmål.

Det må imidlertid antas at *forholdets alvorlighet* målt etter mulige konsekvenser for barnet, vil stå sentralt ved vurderingen. Der barn har begått «*alvorlige eller gjentatte lovbrudd*», kan fylkesnemnda etter barnevernsloven § 6-2 beslutte tvangsplassering i institusjon. Slik tvangsplassering er ikke straff i formell forstand etter norsk intern rett, men er å anse som straff etter EMK artikkel 6, jf. blant annet EMDs storkammerdom Blokhin vs. Russland, der en 12-åring var blitt plassert i ungdomsanstalt, og hvor det blant annet uttales:

«On no account may a child be deprived of important procedural safeguards solely because the proceedings that may result in his deprivation of liberty are deemed under domestic law to be protective of his interests as a child and juvenile delinquent, rather than penal.

[...]

In view of the above, the Court finds that the absence of legal assistance during the applicant's questioning by the police irretrievably affected his defence rights and undermined the fairness of the proceedings as a whole.»³⁸

I lys av avgjørelsen er det grunn til å anta at det som et klart utgangspunkt skal oppnevnes forsvarer for barnet i forbindelse med politiavhør i tilfeller der etterforskingen realistisk sett kan lede til tvangsplassering i institusjon etter kriminalitetsalternativet i barnevernloven § 6-2.

I andre tilfeller antas det – som følge av at barnet ikke risikerer straff – at det skal en del til før det foreligger «*særlige grunner*» som tilsier at barnet skal ha offentlig oppnevnt forsvarer i politiavhør. Oppnevning bør imidlertid begjæres der forholdet rammes av straffebud med særlig høy strafferamme, gjelder særlig stigmatiserende beskyldninger eller for øvrig kan få alvorlige negative konsekvenser for barnet. For eksempel

³⁸ EMDs dom 23. mars 2016 (EMD-2006-47152-2), avsnitt 196 og 209.

antas at barn under 15 år som er mistenkt for seksuelle overgrep, typisk mot andre barn, bør være bistått av forsvarer i avhør.

Det er imidlertid ikke bare forholdets alvorlighet som må tillegges vekt. Dersom barnet er *frihetsberøvet* vil det klart tilsi at forsvarer skal søkes oppnevnt. Personer under 15 år kan ikke pågripes eller fengsles, men det kan gripes inn overfor barn etter politiloven.³⁹ Er barnet frihetsberøvet når avhøret skal gjennomføres, må det klare utgangspunktet være at forsvarer skal søkes oppnevnt, jf. punkt 3.2.

Som ellers må *barnets alder og utvikling* iakttas. Og som nevnt over kan også hensynet til *sakens opplysning* tale for at barnet ivaretas av forsvarer, jf. punkt 3.1.

5. Forsvarerbistand ved politiavhør av særlig sårbare mistenkte

For særlig sårbare mistenkte vil spørsmålet om kravet til forsvarer i politiavhør avhenge av graden av funksjonsnedsettelse sammenholdt med øvrige omstendigheter. Dersom det er «*grunn til å anta at siktede er utilregnelig*» på grunn av sterkt avvikende sinnstilstand, sterk bevissthetsforstyrrelse eller høygradig psykisk utviklingshemming, følger det som nevnt innledningsvis av straffeprosessloven § 96 syvende ledd at vedkommende skal ha forsvarer på ethvert trinn av saken. Dette gjelder naturligvis også i forbindelse med avhør.

For så vidt gjelder *andre særlig sårbare mistenkte* reguleres spørsmålet om forsvareroppnevning i forbindelse med avhør av § 100 annet ledd, og avhenger dermed av om det foreligger «*særlige grunner*» som taler for det, jf. punkt 2 ovenfor.

Det er uttrykkelig angitt i bestemmelsen at «*nedsatt funksjonsevne*» eller «*fysisk eller psykisk tilstand*» for øvrig kan tilsi at forsvarer skal oppnevnes. Momentene ble tatt inn i loven nettopp for å skape bevissthet om at personlige forhold hos mistenkte kan tale for forsvareroppnevning. Mistenktes helsemessige utfordringer må være egnet til å påvirke evnen til å ivareta egne interesser, jf. forarbeidene, der det fremgår at det må være «*sammenheng mellom den aktuelle tilstanden og det at siktede ikke kan ivareta egne interesser*». Det understrekes samme sted at «*[b]estemmelsen vil ... fortsatt gi anvisning på en skjønsmessig vurdering, hvor blant annet siktelsens alvor vil ha betydning*».⁴⁰

Sakens alvor står altså sentralt også ved spørsmål om det skal oppnevnes forsvarer for særlig sårbare. Det antas at det som er sagt i punktene 3.2–

³⁹ Se politiloven §§ 8 og 13.

⁴⁰ Prop. 141 L (2008–2009) kapittel 7.3.3.5.1. I HR-2018-2109-U var siktede avhørt to ganger før han fikk oppnevnt forsvarer i en sak som gjaldt gjentatt seksuell omgang med barn under 10 år. Under etterforskningen ble det gjennomført en rettspsykiatrisk undersøkelse som avdekket at siktede fylte kriteriene for «F70.0 Lett psykisk utviklingshemming, liten innvirkning på atferd». Høyesterett uttalte at «As psykiske utviklingshemning tilsier at han i en sak som denne, som siktet skulle vært bistått av forsvarer under politiavhørene av ham».

3.4 om når forsvarer bør søkes oppnevnt for et barn over 15 år, også vil kunne være tjenlig som veiledning for når sakens alvor i seg selv kan tilsi at særlig sårbare personer bør ha forsvarer i avhør.

Når det gjelder hvilken vekt nedsatt funksjonsevne skal ha i den samlede vurderingen, kan det vanskelig oppstilles generelle kriterier.⁴¹ De ulike former for funksjonsnedsettelse varierer i så stor grad at det nødvendigvis må foretas en individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle. Utgangspunktet må være at jo mer nedsatt mistenktes evne til å forstå hva som foregår og til å ivareta egne prosessuelle rettigheter er, jo mindre alvorlig og komplisert må saken være, før det vil være uforsvarlig å gjennomføre avhør uten oppnevnt forsvarer.

6. Avkall på forsvarer

Høyesterett har som nevnt over lagt til grunn – i en sak der mistenkte var voksen – at selv om det i utgangspunktet er grunnlag for oppnevning av forsvarer under politiavhør etter straffeprosessloven § 100 annet ledd, kan det etter omstendighetene få betydning dersom mistenkte har gitt avkall på rettigheten.⁴²

Det må antagelig legges til grunn at det også er et visst rom for at et *barn* – i samråd med sin verge – kan gi avkall på forsvarer, med virkning for spørsmålet om oppnevning etter § 100 annet ledd. Imidlertid må det antas at adgangen til å gi avkall med slik virkning er langt mindre for barn enn for voksne.⁴³ Mange unge er dårlig skikket til å ivareta sitt eget beste når de står overfor vanskelige eller kanskje tyngende valg. Også vergen kan ha begrensede forutsetninger for å ivareta barnets interesser.⁴⁴

Dersom barnet er *frihetsberøvet* er det vanskelig å se at det vil kunne være forsvarlig å gjennomføre avhør uten forsvarer, jf. over. I slike tilfeller bør avhør derfor normalt utsettes inntil forsvarer har anledning til å delta.

I *andre situasjoner* må det i vurderingen av om et avkall kan tas i betraktning ses hen til sakens alvor og barnet alder og utvikling. Saken

⁴¹ Merk likevel at personer som i henhold til ICD-10 er diagnostisert med Lett psykisk utviklingshemming (F70), har en IQ på anslagsvis mellom 50 og 69, tilsvarende mental alder fra 9 til under 12 år, se Prop. 154 L (2016–2017) kapittel 4.11.1.1 og RA-2020-2 punkt. 3. For denne gruppen må det antagelig legges til grunn at det bare i lite alvorlige saker vil være forsvarlig å gjennomføre avhør uten bistand fra forsvarer.

⁴² HR-2016-379-A og Juridika, lovkommentar til straffeprosessloven § 232, note 2, oppdatert per 6. januar 2023.

⁴³ EMD utelukker ikke at barn kan gi avkall, jf. bl.a. Panovits v. Kypros (EMD-2004-4268). I CPTs 24th General report heter det imidlertid i avsnitt 98 vedrørende frihetsberøvede barn at «the option 'does not wish to see a lawyer' should not apply to juveniles», mens Mendez-prinsipp nr. 139 slår fast at «[c]hildren cannot waive their right to a lawyer». I LB-2015-90290-2 heter det at «[a]ktor og forsvarer er uenige om hvorvidt en mindreårig i det hele tatt kan gi avkall på retten til forsvarer. Lagmannsretten behøver ikke ta stilling til dette, ettersom retten finner det klart at A uansett ikke har gitt et slikt avkall». Spørsmål om bruk av forklaringen i sivil sak ble behandlet av Høyesterett, som avskar forklaringen som bevis, se HR-2017-1894-U.

⁴⁴ I TKISA-2020-19445 (dobbeltdrap) var vergen i en sjokktilstand og «evnet således heller ikke ivareta sine partsrettigheter på det tidspunktet avhøret av C fortsatte». I LB-2018-159930 synes vergen «ikke å ha forstått fullt ut hva som foregikk på grunn av språkproblemer».

kan for eksempel være relativt sett mindre alvorlig og barnet nærmere 18 år, slik at vedkommende ikke har behov for forsvarer for å ivareta egne interesser. I tvilstilfeller kan spørsmålet tas opp med domstolen.

For å kunne tillegges betydning må avkallet uansett være *tilstrekkelig informert*. Enhver mistenkt skal i alle saker gjøres kjent med sin rett etter straffeprosessloven § 94 til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert stadium av strafforfølgingen.⁴⁵ Det må også orienteres om forsvarerens rolle.⁴⁶ Informasjonen må være informativ og pedagogisk og tilpasset barnets alder og funksjonsnivå.⁴⁷ Et tilstrekkelig informert avkall krever dessuten at det er gitt tydelig beskjed om at påtalemyndigheten plikter å bistå med å søke oppnevning av forsvarer og at det offentlige vil dekke kostnadene, dersom forsvarer oppnevnes.⁴⁸ Dersom det kan bli spørsmål om skjerpet subsumsjon, må også dette gjøres klart for barnet og vergen.⁴⁹

For *særlig sårbare voksne* vil avkall på forsvarer være en lite aktuell problemstilling. Dersom sårbarheten sammenholdt med forholdets alvorlighet først gjør at det er behov for forsvarer, må det antas at det ikke vil være forsvarlig å legge vekt på mistenktes eventuelle avkall.

7. Plikt til fortløpende å vurdere behovet for forsvarer i avhør

Etter påtaleinstruksens § 8-1a skal politiet og påtalemyndigheten fortløpende vurdere om det foreligger særskilte forhold som nevnt i straffeprosessloven § 100 annet ledd, som tilsier at mistenkte bør ha forsvarerbistand.

⁴⁵ Straffeprosessloven § 94 første ledd.

⁴⁶ I LB-2015-90290-2 ble «orienteringen om siktedes rettigheter ... gitt meget raskt og summarisk i form av en stikkordmessig oppramsing. Det ble således ikke orientert nærmere om retten til forsvarer ved politiavhør, om hva forsvarerens rolle i så fall ville være, om hvorledes forsvarer kunne skaffes dersom siktede ønsket dette og om hvem som i tilfelle skulle betale for forsvareren». I Høyesteretts avgjørelse i samme sak (HR-2017-1894-U) heter det at «A fikk ved avhørets oppstart noe informasjon om sin rett til å la seg bistå av forsvarer, men ... denne informasjonen 'må betegnes som temmelig verdiløs'». I Panovits v. Kypros (EMD-2014-4268) uttalte EMD at «[t]he Court considers that given the vulnerability of an accused minor and the imbalance of power to which he is subjected by the very nature of criminal proceedings, a waiver by him or on his behalf of an important right under Article 6 can only be accepted where it is expressed in an unequivocal manner after the authorities have taken all reasonable steps to ensure that he or she is fully aware of his rights of defence and can appreciate, as far as possible, the consequence of his conduct».

⁴⁷ I LF-2016-43537-2 var barnet knappe 16 år da hun «ble innbragt og avhørt, mistenkt for et svært alvorlig forhold med en minstestraft på 3 år. Hennes situasjon var at hun de siste to-tre årene var blitt flyttet flere ganger mellom forskjellige barneverninstitusjoner og fosterhjem [...]. Hun hadde kognitive vansker og problemer med å forstå det hun i hverdagen ble fortalt og forklart. Det kan derfor med god grunn stilles spørsmål ved om hun uten videre forsto hva det ville si å bli bistått av en forsvarer og hvilken betydning det kunne ha for henne å få konferert med en forsvarer før avhøret og å ha en forsvarer til stede under avhøret».

⁴⁸ HR-2022-866-U (avsnitt 22).

⁴⁹ I EMDs dom Zachar and Cierny v. Slovakia (sak 29376/12 og 29384/12) ble et «unequivocally» avkall på forsvarer ikke tatt i betraktning, idet (de voksne) siktede ikke var gjort kjent med muligheten for skjerpet subsumsjon av forholdet til en overtredelse med (langt) høyere strafferamme. Overført på norske forhold kan dette for eksempel være aktuelt i enkelte voldssaker, jf. f.eks. HR-2019-2095-A, HR-2022-549-A og HR-2022-1321-A.

Selv om det innledningsvis i en sak ikke synes å være «*særlige grunner*» for at mistenkte bør få oppnevnt forsvarer i forbindelse med avhør, kan bildet endre seg underveis. For eksempel kan etterforskningen vise at saken er mer komplisert eller omfattende enn først antatt, at det kan være grunnlag for å skjerpe subsumsjonen eller at det er grunn til å tro at mistenkte kan ha en funksjonsnedsettelse som gjør at vedkommende ikke er i stand til å forstå konteksten og rettighetene i et politiavhør.

En utfordring der mistenkte er særlig sårbar på grunn av kognitiv funksjonsnedsettelse, psykiske lidelser o.l., er at dette kan være vanskelig å oppdage.⁵⁰ Etterforskningen må innrettes mot å avdekke sårbarhetstilstander hos mistenkte, og da ikke bare slike som kan gi grunnlag for straffrihet på grunn av utilregnelighet eller straffereduksjon på grunn av lettere psykisk utviklingshemming mv., men også tilstander som kan gjøre at mistenkte har behov for og krav på forsvarer. Ofte vil dette avdekkes under politiavhør. I så fall må avhører formidle opplysninger om mistenktes tilstand til påtaleansvarlig, som beslutter om avhøret skal fortsette uten forsvarer til stede.

8. Valg av forsvarer

For *barn* følger det av straffeprosessloven § 94 annet ledd første punkt at det er vergen som velger forsvarer. Den mindreårige må likevel bli hørt, og barnets mening skal tillegges vekt i tråd med alder og utvikling. Det kan reises spørsmål om vergens standpunkt etter omstendighetene må vike for retten til fritt forsvarervalg etter EMK artikkel 6, i alle fall der mistenkte er over 15 år.⁵¹

Også i tilfeller der det er grunn til å anta at en særlig sårbar mistenkt er *utilregnelig* etter straffeloven § 20 annet til fjerde ledd *og har verge*, er det vergen som velger forsvarer, jf. straffeprosessloven § 94 annet ledd annet punkt.⁵²

Er mistenkte (antatt) *utilregnelig, men uten verge*, velger vedkommende i utgangspunktet forsvarer selv.⁵³ Det samme gjelder *andre særlig sårbare mistenkte*.

Der ingen bestemt forsvarer er valgt, velges forsvareren av retten, jf. straffeprosessloven § 103.

⁵⁰ En stor andel av sakene som gjenåpnes gjelder tilfeller der utilregnelighet og tilgrensende tilstander ikke har blitt avdekket verken under etterforskningen eller iretteføringen. I årsrapport for 2021 fra Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker fremgår at dersom en ser bort fra noen særskilte saker «er det 31 av 34 saker/dommer som er gjenåpnet på grunnlag av nye sakkyndige erklæringer som gjelder domfeltes psykiske helsetilstand på handlingstiden. Min bekymring for disse sakene og for menneskene dette angår er dessverre fortsatt stor».

⁵¹ Karnov, lovkommentar til § 94, note 3, oppdatert per 6. januar 2023.

⁵² For at oppnevnt verge skal kunne representere vergehavers interesser i straffesak, må dette være omfattet av mandatet. Gjelder oppnevningen ivaretagelse av «personlige forhold», vil dette innbefatte representasjon i straffesak. En verge som kun har som mandat å ivareta «økonomiske forhold», har ikke partsrettigheter i straffesaken.

⁵³ Juridika, lovkommentar til § 94, punkt 5.