

Jura, Århus Universitet

15/6-2008

Speciale:

**POLITI OG SOCIALE MYNDIGHEDERS
KOORDINERING AF EFTERFORSKNING AF
SEKSUELLE OVERGREB MOD BØRN I FAMILIEN**

**Police and local authorities coordination of investigation of sexual crimes
committed against children in the family**

**Ved Stud.Jur. Rune Vestergaard
årskort nr. 20022860
Anslag: 119.581**

Vejleder: Gorm Toftegaard Nielsen

INDHOLD

| | |
|---|---------|
| I. INDLEDNING | S. 4 |
| II. ANMELDELSES -OG UNDERRETNINGSPLIGT VED SEKSUELLE OVERGREB MOD BØRN | S. 6 |
| II.A.1. UNDERRETNINGSPLIGT TIL KOMMUNEN..... | S. 6 |
| II.A.2. UDFORMNING AF UNDERRETNING | S. 9 |
| II.B.1. ANMELDELSESPLIGT TIL POLITIET | S. 10 |
| II.B.2. ANMELDELSESRET FOR OFFENTLIGT ANSATTE | S. 13 |
| II.B.3. KOMMUNENS ANMELDELSE TIL POLITIET | S. 15 |
| III. LÆGEUNDERSØGELSE AF BØRN INDEN FOR RETSPLEJELOVEN | S. 17 |
| III.A. SAMTYKKE | S. 19 |
| III.A.1. BARNETS SAMTYKKE | S. 20 |
| III.A.2. TILSLUTNING FRA UNDERSØGENDE LÆGE | S. 23 |
| III.A.3. FORÆLDREMYNDIGHEDSINDEHAVERENS SAMTYKKE | S. 23 |
| IV. SERVICELOVENS REGLER OM TVANGSUNDERSØGELSE SOM ALTERNATIV TIL RETSPLEJELOVEN | S. 27 |
| IV.A. PROBLEMATIK I RELATION TIL RETSSIKKERHEDLOVEN § 9 STK. 2. | S. 29 |
| IV.B. GENNEMFØRELSE AF TVANGSUNDERSØGELSE EFTER SERVICELOVEN § 51 | S. 33 |
| V. DOKUMENTATION AF LÆGEUNDERSØGELSE | S. 38 |
| V.A. SAGKYNDIG ERKLÆRING SOM BEVIS | S. 38 |
| V.B. UNDERSØGENDE LÆGE SOM SAGKYNDIGT VIDNE | S. 43 |
| VI. KONKLUSION | S. 44 |
| FORKORTELSER | S. 48 |
| BIBLIOGRAFI | S. 49 |
| BILAG | In Fine |

I. Indledning

Denne fremstilling tager sit udgangspunkt i politiets efterforskning af seksuelle overgreb mod børn. Fokus er lagt på overgreb, der finder sted i familien. På visse områder sker der i almindelighed en medinddragelse af de sociale myndigheder i form af kommunerne¹. Således er videregivelse af oplysninger og koordineringen af henholdsvis underretning til kommunen og anmeldelse til politiet bydende nødvendig for såvel politiets efterforskning som kommunens iværksættelse af diverse sociale foranstaltninger. Samarbejdet kan dog byde på en del praktiske problemer omkring iagttagelse af tavshedspligt, og hvornår der indtræder pligt til at videregive oplysninger såvel på eget initiativ som efter anmodning.

Visse dele af samarbejdet giver desuden anledning til en række betænkeligheder omkring muligheden for omgåelse af de almindelige efterforskningsregler. Dette er eksempelvis tilfældet, når Rigsadvokaten i RM nr. 2/2007 angiver, at såfremt samtykke til legemsundersøgelse (retsmedicinsk undersøgelse) af barnet i sædelighedssager ikke kan opnås efter Retsplejelovens regler, bør man anvende kommunens regler om tvangsundersøgelse efter Serviceloven. Det er åbenbart, at dette er potentielt problematisk i forhold til Retssikkerhedsloven (om tvangsindgreb og oplysningspligter) § 9 stk. 1 som vedrører indskrænket brug af specialmyndigheders tvangsindgreb ved rimelig mistanke om strafbart forhold.

Som det vil blive belyst nedenfor, udspringer hele denne problemstilling af det strafprocessuelt specielle forhold, at samtykke til legemsundersøgelse af ikke-mistænkte (børn) vil skulle indhentes hos forældremyndighedsindehaveren. Når denne tillige er mistænkt for at have begået overgrebet, er den potentielle konfliktsituation klar. Det vil her blive undersøgt om og i givet fald hvilke eksisterende løsningsmodeller, der er, og søgt klarlagt om, der fra lovgivers side er behov for at give hjemmel til andre.

Politi og kommune samarbejder tillige om en lang række andre efterforskningsskridt end undersøgelsen af barnet. Ud fra et ønske om at lave en dybdegående analyse af et område, der i modsætning til eksempelvis videoafhøring, ikke tidligere i væsentlighed har været beskrevet i den juridiske litteratur, beskæftiger denne fremstilling sig, for så vidt angår efterforskningsskridt, med legemsundersøgelsen af barnet. Andre efterforskningsskridt vil i

¹ nærmere bestemt socialforvaltningen

begrænset omfang blive inddraget, hvor det er fundet hensigtsmæssigt til belysning af hovedområdet.

En undersøgelse vil selvsagt af barnet kunne opleves som krænkende og ydmygende. Kombineret med at barnet potentielt har været udsat for overgreb, tilsiger situationen, at myndighederne tager særlig hensyn til barnets tarv i deres oplysning af sagen. I et vist omfang er det endvidere givet, at barnet selv må inddrages og kan sige fra. Det skal tillige erindres, at barnet vil kunne være bragt i en konfliktsituation i forhold til barnets ønske om, at ville "beskytte" familien. Skal barnets også her kunne sige fra, eller skal samfundet vurdere, hvad der er bedst for barnet? Nedenfor behandles medinddragelse af barnet i processen bl.a. set i lyset af Danmarks internationale forpligtelser i forhold til FN's Børnekonvention.

I sager om sædelighedsforbrydelser mod børn er mængden af beviser typisk sparsom. Således vil det væsentligste bevis typisk være barnets forklaring. Imidlertid har tillige retsmedicinske undersøgelser og andre lægeundersøgelser en stor betydning som tekniske beviser, og bliver tillagt stor vægt. Da de her fremkomne erklæringerne er ensidigt indhentede, er det bemærkelsesværdigt, at domstolene, ofte i mangel på egen sagkundskab, lægger erklæringerne uprøvet til grund for deres afgørelse. Hvilken nærmere bevisværdi disse tillægges vil blive gennemgået. Endvidere vil forsvarrets mulighed for at føre modbevis og anfægte disse erklæringer blive beskrevet med perspektivering til Den Europæiske Menneskerettigheds Domstols (EMD) praksis omkring principperne "fair trial" og "equality of arms" jf. Art. 6.

Det er mit håb med denne fremstilling at kunne klarlægge et krydsfelt mellem strafferetspleje, forvaltningsret og socialret, der i al væsentlighed ikke tidligere har været beskrevet i litteraturen. Således er materialet på området tillige yderst sparsomt, hvorfor forarbejder, vejledninger, interne retningslinjer, artikler, retspraksis og betænkninger i stort omfang vil være den inddragne litteratur². Endvidere har en række personer i politi, social -og sundhedsvæsen været mig behjælpelig med sparring omkring de praktiske problemstillinger, som området byder på. Klart er det dog; at juridisk teori og pragmatiske arbejdsgange ikke ubetinget er forenelige. Fremstillingen vil dog tilsigte at give en beskrivelse af de praktiske problemstillinger, og om muligt opstille en juridisk løsningsmodel for disse, som tillige vil være forenelig med praktiske hensyn.

² Dog skal Beth Grothe Nielsen fremhæves som en af de få, der tidligere har behandlet området

II. Anmeldelses -og underretningspligt ved seksuelle overgreb mod børn

I dette afsnit behandles inddragelsen af de offentlige myndigheder i sager, hvor der er mistanke om et seksuelt overgreb mod et barn. Der er til dels tale om et tostrengt system, hvor både politi og kommune inddrages. I praksis kan det bero på tilfældigheder, hvilken myndighed der først bliver gjort opmærksom på det mulige overgreb, derfor behandles henvendelse til det offentlige under et. Fælles for myndighedernes behandling af sager om seksuelle overgreb er imidlertid, at de næsten udelukkende foranstalles på baggrund af henvendelse fra borgere eller fra en anden myndighed. Derfor er der også opbygget et omfattende system af lovregulering og interne instrukser for, hvordan sagsvejene er i denne type sager.

I det følgende vil anmeldelsespligt blive anvendt som betegnelse for pligtmæssig henvendelse til politiet i henhold til lov eller intern tjenestepligtig instruks, mens underretningspligt vil blive anvendt om henvendelse til kommunen i henhold til lov eller intern tjenestepligtig instruks. Trods et omfangsrigt anmeldelses -og underretningssystem opererer forbrydelsestypen med et overordentligt stort mørketal. Beth Grothe Nielsen antager således, at i de tilfælde, hvor overgrebet har fundet sted i hjemmet, er det antageligvis kun få procent, der nogensinde fører til anmeldelse³.

II.A.1 Underretningspligt til kommunen

Underretningspligten til kommunen ved viden om seksuelt misbrug følger af Lov om sociale service, også kendt som Serviceloven (SSL) § 154⁴:

”Den, der får kendskab til, at et barn eller en ung under 18 år fra forældres eller andre opdrageres side udsættes for vanrøgt eller nedværdigende behandling eller lever under forhold, der bringer dets sundhed eller udvikling i fare, har pligt til at underrette kommunen.”

Underretningspligten kan med fordel læses i sammenhæng med afværgelsespligten i

³ s. 114 Straffesystemet i børneperspektiv /Beth Grothe Nielsen

Straffelovens (Strfl) § 141, som er nærmere beskrevet under afsnittet ”anmeldelsespligt til politiet”. Der er således efter Strfl § 141 en pligt til at afværge visse forbrydelser herunder seksuelle overgreb mod børn. Underretningspligten i SSL § 154 angiver, hvorledes denne afværgepligt kan opfyldes. Har man givet underretning til kommunen, er man tillige straffri i relation til afværgelsespligten i Strfl § 141.

Der er tale om en generel underretningspligt, der gælder ubetinget for enhver⁵. Bestemmelsen gælder såvel offentlige som private, selvom der for så vidt angår offentlige myndigheder, tillige er givet adgang til fastsættelse af en skærpet underretningspligt i SSL § 153. Underretningspligten gennembryder endvidere de tavshedspligter i lovgivningen, som forholdet normalt ville være omfattet af. Man er således ikke med henvisning hertil fritaget for underretning⁶.

For offentligt ansatte og visse andre persongrupper, er der fastsat en såkaldt udvidet underretningspligt i Bkg. nr. 1336 af 30. November 2007 med hjemmel i SSL § 153. Bekendtgørelsen gælder således også for lærere på privatskoler, medarbejdere på visse private institutioner og privat praktiserende læger. Pligten gælder ikke blot for den offentlige myndighed, men for den enkelte ansatte⁷. Underretningspligten er udvidet i den forstand, at den indtræder på et tidligere tidspunkt end i SSL § 154, nemlig allerede når barnet har vanskeligheder i forhold til de daglige omgivelser, og disse ikke kan afhjælpes af underretteren jf. Bekendtgørelsens § 2 stk. 1 nr. 1.

Underretningspligten efter SSL § 153 og § 154 er ikke som tidligere direkte sanktioneret i

⁴ bestemmelsen svarer til den tidligere lovs § 36, som igen er en videreførelse af den tidligere bistandslovs § 20

⁵ Karnov note 432 til SSL § 154. Den, som begår overgrebene, vil dog selvsagt være undtaget, da der ikke kan eksistere nogen pligt til at inkriminere sig selv jf. EMRK Art 6 (ud fra principperne, da man på dette tidspunkt i reglen endnu ikke er ”anklaget” i EMRK’s forstand). Retssikkerhedsloven (om tvangsindgreb og oplysningspligter) § 10 stk. 1, angiver dog, at oplysningspligter først bortfalder ved konkret mistanke. Det antages, at lovgiver ved udformningen ikke har haft denne situation for øje. Da brud på underretningspligten ikke længere er sanktioneret, er diskussionen teoretisk, men konklusionen er, at oplysningspligter, som åbenbarer privatpersoners egne strafbare overtrædelser, bortfalder eller anses for indeholdt i ”hovedovertrædelser” jf. U82.1090/2H. Bortfald af oplysningspligt må ligeledes gælde for den ikke udøvende ægtefælle i det omfang, denne kan anses som passiv medvirkende til allerede begåede overgreb, men ellers gælder underretningspligten også for gerningsmandens nærmeste.

⁶ Dette gælder for de persongrupper, der som udgangspunkt er fritaget for vidnepligt i retten jf. RPL §§ 170-172 (forsvarsadvokater undtaget). Selv præster, hvis vidnefritagelse ellers er absolut, har underretningspligt. Præsters tavshedspligt fremgår dels af den generelle tavshedspligt i FVL § 27 og dels specifikt af DL 2-5-20 (gældende!). Af sidstnævnte fremgår det, at tavshedspligten ikke fra lovgivers side var ment at skulle være absolut, men tværtimod kunne gennembrydes [*hvis ulykke, som Præstens Aabenbarelse kunde forrekomme*], hvilke tilsvarende FVL § 28 stk. 2 nr. 3. I overensstemmelse med præstens pligter bør underretningen ikke indeholde navn på, hvem overgrebsmanden er, hvilke ej heller er i strid med underretningspligten. Se i øvrigt Steffen Brunés ”Præsters Tavshedpligt”

⁷ jf. note 59 i vejledning nr. 3 til Serviceloven

Serviceoven. Som nævnt vil underretningspligten kunne have betydning i relation til afværgelsespligten i Strfl § 141, men bestemmelsen har ikke været anvendt længe. For offentligt ansatte vil en tilsidesættelse af underretningspligten imidlertid være tjenstlig pligtforsømmelse, som er sanktioneret i Strfl §§ 156-157. Bestemmelserne forudsættes kun anvendt ved grov pligtforsømmelse, mens ansvaret for mindre grove pligtforsømmelser herunder forsætlige, vil være udtømt med disciplinær straf⁸. Straffebestemmelserne er dog konkret bragt til anvendelse i U2005.822Ø, hvor en skolelærer forsætligt undlod at opfylde sin underretningspligt til kommunen vedrørende viden om et seksuelt forhold, som en 13årig pige havde til sin 19årige kæreste. Skolelæreren blev idømt 5 dagsbøder á 100kr, jf. Strfl § 156 jf. SSL § 35 (i dag § 153). Dommen illustrerer således, at man ikke ved at fjerne strafhjemlen i Serviceoven har agtet at foretage en afkriminalisering for så vidt angår offentligt ansattes udvidede underretningspligt. Byretten havde tillige dømt tiltalte for tilsidesættelse af den almindelige underretningspligt i SSL § 36 (i dag § 154). Denne gælder tillige offentligt ansatte, men landsretten begrundet ikke nærmere, hvorfor man fraviger anklageskriftet på dette punkt. Sandsynligvis er det et udtryk for, at selvom man fandt, at omstændighederne omkring pigens frivillige samleje var strafbare og udtryk for *"vanskeligheder i forhold til de daglige omgivelser"* jf. Bkg. nr. 1336 af 30. November 2007, var disse ikke nok til at indikere at pigens *"sundhed og udvikling"* jf. SSL § 154 var bragt i fare. Den omstændighed, at skolelæreren allerede havde modtaget en tjenstlig påtale, medførte ej heller, at straffen bortfaldt.

Den pågældende lærer havde selv forsøgt at tage hånd om problemet ved at tale med den 13årige om det strafbare forhold, og mente ikke at yderligere foranstaltninger var påkrævet. Da underretningspligten SSL § 153 jf. Bkg. nr. 1336 af 30. November 2007 § 2 stk. 2 ikke indtræder, hvis der er rimelig mulighed for gennem egen virksomhed at afhjælpe vanskelighederne, ville tiltalte have manglet forsæt såfremt, denne forklaring blev lagt til grund. Retten fandt imidlertid, at det måtte have stået tiltalte klart, at pigen kunne blive udsat for yderligere seksualforbrydelser, hvis ikke hjælpeforanstaltninger blev iværksat. Retten nævner specifik, at læreren undlod at underrette skolens ledelse. Da underretningspligten i SSL § 153 er en pligt for den enkelte ansatte, kunne rettens formulering indikere, at underretning til ledelsen ville kunne medføre manglende forsæt⁹ ift. Strfl. § 156 (alternativt ville der her kunne

⁸ Jf. Kommenteret Straffelov - Speciel del s 132

⁹ men næppe opfyldelse af selve underretningspligten, som ikke kan "videredelegeres" jf. note 59 i vejledning

blive tale om at dømme for grov uagtsom tilsidesættelse af offentlige pligter jf. Strfl § 157, ligesom denne subsumption ville være relevant ved ukendskab til underretningspligtens eksistens, - negativ uegentlig retsvildfarelse). Dommen må siges at være udtryk for en stram praksis fra domstolenes side.

II.A.2 Udformning af underretningen

Underretningen skal som sagt rettes til kommunen, som har det overordnede tilsyn på området jf. SSL § 146, og som på baggrund af underretningen vurderer, om der er grundlag for yderligere undersøgelse jf. SSL § 50, og iværksættelse af sociale foranstaltninger.

Der er i relation til udformningen af SSL § 154-underretninger ingen formkrav. Det vil således være muligt at underrette skriftligt, telefonisk, mundtligt, via e-mail, sms etc.¹⁰ Ved mundtlig underretning skal kommunen iagttage notatpligten i offentlighedsloven § 6. Det er muligt for underretteren at være anonym¹¹. Enten i form af at kommunen er bekendt med underretters identitet, og slører denne ved anmodninger om aktindsigt jf. FVL § 15¹², eller undtagelsesvist ved at kommunen ej heller er bekendt med identiteten. I sidstnævnte tilfælde har kommunen ringe mulighed for at vurdere rigtigheden af og baggrunden for underretningen, hvorfor det må formodes, at man er tilbageholdende med at tillægge en sådan helt samme sandhedsværdi som en underretning, hvor underretter er kendt. En for vid praksis omkring anonyme anmeldelser kunne føre til flere chikanøst funderede underretninger. Underretter bliver ikke part i den eventuelt efterfølgende sag. Der er således heller ikke klageadgang, men underretter kan altid henvende sig til det Sociale Nævn eller Ankestyrelsen, som vil kunne tage sagen op jf. SSL § 65. Kommunen kvitterer altid for underretningen for at bekræfte overfor underretteren, at underretningen er modtaget jf. SSL § 155.

Supplerende retningslinjer for offentligt ansattes underretning fremgår af interne regler og vejledninger. Offentlige myndigheders kommunikation sker i overensstemmelse med god forvaltningsskik skriftligt og ikke anonymt, men kan konkret undtages fra aktindsigt. I Århus har man under "1/4 samarbejdet" udarbejdet pjecen "Samarbejde & Underretning - når børn, unge

nr. 3 til Serviceloven

¹⁰ jf. note 64 vejledning nr. 3 til Serviceloven

¹¹ jf. note 64 og 66 vejledning nr. 3 til Serviceloven, afsnit 13 vejledning (tavshedspligt) nr. 86 af 30. November 2006 og Århus Kommunes interne vejledning "Socialcentrets opgaver ved modtagelse af § 154-underretning" 2006

¹² Som udgangspunkt anerkendes en sådan anonymitet, men kommunen kan pålægges at give oplysning om

og deres familie har brug for hjælp” til vejledning af, hvordan kommunens ansatte skal forholde sig vedrørende underretninger. Sådanne kan gives ved udfyldelse af en tilhørende blanket. Underretningen skal indeholde en beskrivelse af det konkrete hændelsesforløb og baggrunden for bekymringerne uden dog at konkludere herpå. Desuden beskrives hvad myndigheden selv har gjort forinden. Det angives tillige s. 13 i pjecen, at offentligt ansatte underrettere ikke forinden må orientere forældrene, når der er mistanke om seksuelt overgreb, da dette vil kunne vanskeliggøre efterforskningen¹³. Kommunen vil på baggrund af oplysningerne i underretningen vurdere, om der er grundlag for yderligere undersøgelse, der går forud for sociale foranstaltninger jf. SSL § 50 stk. 1 og 6. I efterforskningsøjemed vil det dog ofte være hensigtsmæssigt, om kommunen er tilbageholdende med deres egen efterforskning, for ikke at vanskeliggøre politiets. Eksempelvis viser erfaringer at børns vidneforklaringer bliver væsentlig forringet jo flere “afhøringer”, børnene har været igennem. Man vil derfor desuden på baggrund af oplysningerne i underretningen vurdere, om der er grundlag for en politianmeldelse, såfremt en sådan endnu ikke er indgivet.

II.B.1 Anmeldelsespligt til Politiet

I dette afsnit vil det blive belyst om og i hvilket omfang, der hersker en anmeldelsespligt for henholdsvis den almindelige borger, den “ikke-overgribende” forælder og de offentlige myndigheder. I tilknytning til vurderingen heraf, drages der paralleller til visse af Straffelovens undladelsesdelikter.

Det følger af RPL § 742, at anmeldelse om strafbare forhold indgives til politiet. Inden for dansk ret findes der ikke i almindelighed nogen decideret sanktioneret anmeldelsespligt til politiet for den almindelige borger. Dette vil sige, at undladelse af at anmelde selv ganske grove straffelovsovertrædelser, som udgangspunkt ikke er strafbart.

Derimod eksisterer der en afværgepligt jf. Strfl § 141. Bestemmelsen finder generel anvendelse ved manglende forebyggelse eller anmeldelse af forbrydelser, der kan være til fare for menneskers liv eller velfærd. Seksuelle overgreb falder antageligt ind under det nødvendige farekriterium.

Bestemmelsen gælder for både offentlige myndigheder og privatpersoner. Der hersker

identiteten jf. U1996.834Ø som er behandlet nedenfor.

¹³ Se også s. 104 i ”Dialogvejledning”

imidlertid ikke nogen afværgelsespligt, såfremt det vil kunne påføre ens nærmeste fare for velfærd jf. stk. 2. Dette omhandler også risiko for straf, hvorfor det efter denne bestemmelse er straffrit ikke at anmelde sin ægtefælle, der forgriber sig mod børn¹⁴. Noget andet er, at der i så fald kræves meget af andre afværgende foranstaltningers egnethed for at undgå at blive dømt for medvirken ved passivitet, se nedenfor.

Afværgepligten indtræder kun forud for forbrydelsen. Dog vil positiv viden om et seksuelt overgreb kunne skabe en mistanke om fare for fremtidige overgreb. Det ligger i bestemmelsen, at anden forebyggelse, som subjektivt antages at være tilstrækkelig til forebyggelse, udelukker forsæt. En sådan anden forebyggelse kunne eksempelvis være underretning til kommunen¹⁵. Bestemmelsen kan således ikke tages til indtægt for nogen almindelig anmeldelsespligt¹⁶.

Kommenteret Straffelov - Speciel Del 8. Udg. S. 99 når imidlertid til den modsatte konklusion og nævner specifikt blodskam, som et eksempel hvor underrettelsespligten i Serviceloven danner grundlag for en "anmeldelsespligt". Har man med anmeldelsespligt ment anmeldelse til politiet, er dette ikke korrekt, hvilke også fremgår af kommissionsudkastet¹⁷ og betænkningen til borgerlig straffelov, hvorefter også andre handlinger, der subjektivt anses for egnede som nævnt medfører straffrihed¹⁸. Det er uklart, om terminologien retter sig mod anmeldelse til politiet eller som nævnt i bestemmelsen, "til øvrigheden". Sidstnævnte er et ældre begreb og antages at omfatte en bredere kreds af offentlige myndigheder, herunder kommunerne, hvorfor det givetvis er rigtigt, at der efter Servicelovens § 154 er pligt til at underrette denne¹⁹. Er dette, hvad man mente, havde det været hensigtsmæssig, om man

¹⁴ jf. § 141 Kommenteret Straffelov - Speciel Del s. 100.

¹⁵ En sådan underretning er pligtmæssig også for den almindelige borger jf. SSL § 154 og var i øvrigt tidligere selvstændig strafsanktioneret i Serviceloven.

¹⁶ Note 68 i Vejledning nr. 3 til Serviceloven fastslår ligeledes, at der ikke eksisterer nogen formel anmeldelsespligt, men at der eksisterer en afværgelsespligt i henhold til Strfl § 141. Birgit Sommer udleder på meget tvivlsomt grundlag og uden nærmere argumentation en anmeldelsespligt ved tydelige tegn på overgreb og/eller åbenbar risiko for fremtidige overgreb, af Strfl § 13 og § 14 om nødret og nødværge jf. § 253 jf. s. 108 "Overgreb mod børn" /Det Kriminalpræventive Råd. Ganske vist er der pligt til at hjælpe nogen i øjensynlig livsfare. Men dels er seksuelle overgreb næppe af en sådan karakter, at de kan betegnes som livsfarlige. Desuden kræves det ikke til opfyldelse af handlepligten, at man indgiver anmeldelse, men blot at man hjælper i hvilke omfang det er muligt uden opofrelse. Så anmeldelsespligten er næppe så "naturlig", som Birgit Sommer angiver.

¹⁷ s. 166 til daværende paragraf § 149 Betænkning 1912 (U 1) Et gennemsyn af den almindelige borgerlige straffelovgivning.

¹⁸ jf. også Karnov note 586 til § 141

¹⁹ Men at det ikke er denne, man har tænkt på i Kommenteret Straffelov -Speciel Del, kan vel til dels udledes af at underretningspligten tidligere var selvstændig sanktioneret i Serviceloven, hvorfor en yderligere

anvendte terminologien “underretningspligt”, da anmeldelsespligt for de fleste vil vække associationer til politianmeldelse²⁰.

Nyere trykt praksis²¹ for anvendelse af selve strafbestemmelsen er ikke kendt, og det må formentlig anses for tvivlsomt, om politi og anklagemyndighed vil være tilbøjelig til at tage den i brug i fremtiden.

Der er imidlertid en praksis for at straffe den ene ægtefælle for dennes passive medvirken til den anden ægtefælles aktive seksuelle overgreb jf. Strfl § 23²². Hertil kræves, at den passive ægtefælle har været vidende om overgrebet og har undladt at gribe ind. Det er således fastslået, at forælderen har en skærpet afværgelsespligt i forhold til overgreb mod sine børn, hvilke tillige har forbindelse til omsorgsplikten i Lov om forældreansvar § 2 stk. 1. Denne afværgelsespligt kan imidlertid ikke sidestilles med en anmeldelsespligt. Som nævnt ovenfor medfører § 141 stk. 2, at ingen har pligt til at foretage skridt, der kan udsætte ens nærmeste for straf. Indgivelse af politianmeldelse vil gøre ægtefællen straffri, men også andre egnede mindre indgreb vil kunne være tilstrækkelige.

Nogen lovfæstet anmeldelsespligt for offentlige myndigheder findes heller ikke. Den ovenfor omtalte afværgelsespligt i Strfl § 141 gælder som sagt tillige for offentlige myndigheder. Underretningspligterne, der genfindes i SSL § 154 og den såkaldte udvidede underretningspligt i SSL § 153, kan ikke sidestilles med pligt til at anmelde til politiet. I note 61 i vejledning nr. 3 til Serviceloven fremgår, at offentlige myndigheder (som underretter) tillige skal indgive anmeldelse til politiet, såfremt der er tale om en reel og kvalificeret mistanke²³. Socialministeriets vejledning etablerer imidlertid ikke nogen anmeldelsespligt for andre myndigheder end de, der rent forvaltningsretligt er i et underordningsforhold til Socialministeriet (nu Velfærdsministeriet)²⁴. Ministeren er ikke tillagt kompetence til at

sanktionering i § 141 næppe havde været påkrævet.

²⁰ Se Beth Grothe Nielsen, Straffesystemet i børneperspektiv s. 123ff vedrørende almen forvirring omkring underretningspligt ctr. anmeldelsespligt

²¹ jf. Beth Grothe Nielsen, Straffesystemet i børneperspektiv s. 12

²² U2000.1085H, U1979.211V, U1966.865/2V jf. også moderen i den såkaldte ”Tøndersag”, dømt for medvirken til incest (endnu ikke optrykt i ugeskriftet).

²³ Se tilsvarende s. 104 i ”Dialogvejledningen” /Socialministeriet 2004

²⁴ Dette problematiseres yderligere af, at hovedkompetencen vedrørende særlig støtte til børn og unge er tillagt kommunerne. Disse indtager jf. Det kommunale selvstyre GRL § 82 en selvstændig stilling over for staten, og statsmyndighederne kan kun gribe ind over for dem med hjemmel i lov. Se også Jens Garde og Karsten Revsbech, Kommunalret 2. udg. s. 3

regulere ikke-underordnede myndigheders pligt til anmeldelse²⁵.

Almindelig god forvaltningsskik, som vejledningen må anses at være udtryk for ville nok tilsige, at offentlige myndigheder anmeldte forbrydelser, som de blev bekendt med, men dette kan ikke sidestilles med en decideret tjenstlig pligt.

Pligt til politianmeldelse kan følge af interne retningslinjer hos den enkelte myndighed²⁶. En nærmere redegørelse for disse er ikke medtaget i denne fremstilling. Servicelovens vejledning fremhæver hensigtsmæssigheden i at udarbejde sådanne retningslinjer hos de enkelte kommuner²⁷, hvor oplysningerne om mistanke om seksuelt overgreb samles qua den lovpligtige underretningspligt²⁸. Betydningen af hurtig medinddragelse af politiet og udarbejdelse af retningslinjer på området blev tillige fremhævet af Linkis-udvalget jf. Bet. 1420/2002 s. 136-137. Det havde nok været hensigtsmæssigt, om kompetencen til at fastsætte fælles retningslinjer for offentlige myndigheder -herunder kommuner- var tillagt Velfærdsministeren ved lov. Herved ville man sikre en ensartet praksis, og at retningslinjerne var udarbejdet med den rette balance mellem sagsbehandling og strafferetlig efterforskning.

Da der ikke er etableret nogen generel anmeldelsespligt, er manglende anmeldelse alene sanktioneret i det omfang, den offentligt ansatte tilsidesætter internt fastsatte anmeldelsespligter og tjenestebefalinger herom hos den enkelte myndighed. Hyppigst vil der være tale om disciplinær straf, men ved grov tilsidesættelse vil man også kunne rejse tiltale efter Strfl § 156 og § 157 om manglende opfyldelse af tjenstlige pligter.

II.B.2 Anmeldelsesret for offentligt ansatte

Selvom der altså ikke eksisterer nogen generel lovmæssig anmeldelsespligt, eksisterer der som udgangspunkt en anmeldelsesret²⁹. Offentlige myndigheder er som udgangspunkt underlagt tavshedspligt omkring personfølsomme oplysninger jf. FVL § 27. Under tavshedsbelagte

²⁵ En sådan kompetence findes imidlertid og er udnyttet i SSL § 153 for så vidt angår udvidet underretningspligt til kommunen.

²⁶ nægtes eller undlades opfyldelse af en sådan pligt kan Strfl § 156 og § 157 hypotetisk finde anvendelse i grovere tilfælde. Ansvar for mindre grove pligtforsømmelser vil være udtømt med disciplinær straf s. 132 Kommenteret Straffelov - Speciel del

²⁷ Et vejledende udkast til en retningslinje genfindes i den såkaldte "Dialogvejledning" udgivet af Socialministeriet.

En undersøgelse af Videnscentret for sociale indsatser ved seksuelle overgreb ved børn (SISO) viser, at i 2001 havde 47 % af landets kommuner udformet sådanne retningslinjer.

²⁸ jf. dennes note 68

²⁹ Begrebet er lånt fra Beth Grothe Nielsen fremstilling i Straffesystemet i børneperspektiv.

oplysninger falder oplysninger om borgerens strafbare forbrydelser, selvom om dette ikke specifik nævnes i den ikke udtømmende opregning i FVL § 27 (se derimod PDL § 8). Man skal erindre sig, at oplysninger om et seksuelt overgreb tillige er personfølsomme for ofret, hvilke også kan tilsige en tavshedspligt. De nærmere regler omkring begrænsning af videregivelse af sådanne oplysninger findes i FVL § 28. Uberettiget videregivelse af sådanne oplysninger kan efter omstændighederne sanktioneres disciplinærretligt og/eller efter Strfl § 152 og §§ 152 c - 152 f.

Tavshedspligten viger imidlertid, når private eller offentlig interesser klart overstiger hensynet til de interesser, der begrundes hemmeligholdelsen. Dette betegnes som værdispringsreglen, og genfindes nedfældet eksempelvis i Forvaltningsloven (FVL) § 28 stk. 2 nr. 3, Persondataloven (PDL) § 8 stk. 2 nr. 2 og Sundhedsloven (SL) § 43 stk. 2 nr. 2. Hensynet til håndhævelse af straf overstiger klart hensynet til mistænkes almindelige krav på hemmeligholdelse. Oplysningerne er som nævnt tillige personfølsomme i forhold til forurettede. Såfremt forurettede ikke ønsker³⁰, at oplysningerne skal gives videre, må man gøre sig klart, om hensynet til det offentlige interesse i straf og hensynet til forurettede selv alligevel tilsiger en videregivelse. Det er selvsagt indgribende at skønne, at hensynet til forurettede tilsiger en videregivelse mod dennes ønske, men dette kan klart forsvares, når der er tale om børn, hvis generelle manglende modenhed gør dem afhængige af voksnes stillingtagen. Forvaltningsloven § 28 stk. 2 nr. 3 nævner udtrykkeligt hensynet til den, hvem oplysningerne angår, som begrundelse for gennembrydning af tavshedspligt.

Det vil således i reglen altid være muligt for offentlig ansatte at anmelde strafbare forhold til politiet, tavshedspligten til trods. Dette betyder dog ikke, at der er pligt hertil, blot fordi kriterierne i værdispringsreglen er opfyldt. Beth Grothe Nielsen s. 129 beskriver det som, at tavshedspligten altid legitimerer et valg, der går på ikke at bruge sin anmeldelsesret. Den typiske sagsvej vil være at forelægge problemet for ledelsen i den offentlige myndighed, som vurderer, om der skal afgives anmeldelse på vegne af myndighed.

Offentliges anmeldelsesret er i øvrigt undergivet samme betingelser som almindelige borgeres. Det vil sige, at anmeldelse af forhold, som man subjektivt ved ikke er begået eller chikanøse anmeldelser med henblik på, at få en uskyldig dømt, straffes efter Strfl § 164 og §

³⁰ Det bemærkes, at samtykke til videregivelse af oplysninger ikke gives af mindreårige men af forældremyndighedsindehaver jf. FAL § 2.

165. Dog er der nok uden for anmeldelsestystemet i SSP-samarbejdet en videregående adgang til også at henlede opmærksomheden på mindre begrundede bekymringer vedrørende konkrete familier.

II.B.3 Kommunens anmeldelse til politiet

Som nævnt ovenfor fremhæver Socialministeriets vejledninger vigtigheden af, at etablere retningslinjer for samarbejdet og udveksling af oplysninger mellem kommunen og politi. I dette afsnit vil jeg med udgangspunkt i Århus Kommunes interne retningslinjer forsøge at belyse, hvordan koordineringen administreres i praksis.

Århus Kommunes interne retningslinjer³¹ fastslår, at der ikke antages at eksistere en pligt til at anmelde forbrydelser, men at også kommunen er undergivet en afværgepligt jf. Strfl § 141. Kommunens iagttagelse af "afværgepligt" skal ske konkret, med barnets tarv for øje³² og *[uafhængig af den strafferetlige side af sagen]*³³. Afværgepligten kunne vel eksempelvis tænkes opfyldt ved tvangsfjernelse. Det følger videre at *"[medinddragelse af politiet med fordel kan ske, når socialcentrets ledelse vurderer, at der er tale om (ellers stærk formodning om) seksuelt misbrug eller vold mod barnet]"*. Dette er næppe en mistankevurdering, som socialcentrets ledelse har faglig kompetence til at træffe. I øvrigt opstiller man et skærpet mistanke krav ("stærk formodning"), der ikke tilsvare politiets om, at efterforskning indledes ved "rimelig mistanke" jf. RPL § 742 stk. 2. Man er altså mere tilbageholdende med anmeldelse end Socialministeriets "Vejledning nr. 3 til Serviceloven" og "Dialogvejledningen" lægger op til. Set ud fra et straffemæssigt synspunkt, kunne man således frygte, at sagsbehandlerne først ville medinddrage politiet på et ganske sent tidspunkt eller helt undlade dette. Dette kan på den anden side ud fra kommunens synspunkt og hensynet til barnets tarv være hensigtsmæssig. Der næppe nogen tvivl om, at indledning af en straffemæssig efterforskning, som måske ikke engang fører til domfældelse, kan være yderst skadelig for familien og barnets tarv, hvis man via sociale foranstaltninger er i stand til at tage fornødent hånd herom³⁴. Således er der nok en tendens til, at kommunerne i stor grad først indgiver anmeldelse, når de er sikre i deres sag eller ikke kan komme videre med deres

³¹ Af 6. juni 2005 /Anne Marie Fihl (Indhentet ved aktindsigt)

³² Følger af Børnekonventionen Art 3

³³ Se også Vejledning nr. 3 til Serviceloven note 67 og Dialogvejledningen s. 75.

³⁴ Således er det også i visse kredse diskuteret, hvorvidt indledning af straffesager overhovedet er hensigtsmæssigt i denne type sager jf. Straffesystemet i børneperspektiv s. 354

egen "efterforskning"³⁵. Hovedreglen er dog i Århus Kommune, at man anmelder, medmindre der foreligger helt specielle omstændigheder, som kontraindicerer en anmeldelse. I disse tilfælde træffer socialchefen den endelige afgørelse³⁶.

I flere kommuner sker der et uformelt samarbejde mellem politi og sociale myndigheder inden egentlig anmeldelse finder sted. Eksempelvis er der i Århus etableret en ordning, hvorefter sagen kan drøftes med politiets kontaktperson på området [*uden at man behøver at nævne barnets navn og cpr. Nr.*]. I flere kredse er der nu etableret ordninger, hvor en polititjenestemand eller jurist med særlig erfaring inden for denne type sager udpeges som kontaktperson for kommunens henvendelser³⁷.

Kommunens anmeldelse sker ofte på baggrund af en underretning, som kommunen selv har modtaget. En sådan underretning kan efter omstændighederne gives anonymt. I praksis er kommunerne gået meget langt for at beskytte underretteres anonymitet af frygt for, at man ellers ikke ville modtage de relevante oplysninger. En praktisk problemstilling opstår således om, hvorvidt kommunen i forbindelse med anmeldelse til politiet har pligt til at gøre politiet bekendt med, hvorfra de har de oplysninger, der ligger til grund for anmeldelsen. Situationen er særlig relevant, hvor politiets efterforskning peger på, at mistanken er ubegrundet. Her vil det kunne være relevant at belyse, om tiltale skal rejses mod underretteren³⁸ efter Strfl § 164 eller § 165. Især inden for forældremyndighedssager er det eksempelvis ikke uset, at forældrene i forsøg på opnå eneforældremyndighed fremkommer med grundløse anklager, men også andre forhold kan tænkes at danne grundlag for chikanøse anmeldelser. I de tilfælde hvor kommunen ikke finder, at værdispringsreglen i FVL § 28 stk. 2 nr. 3 begrundet fravigelse af tavshedspligten, må politiet få retten til at pålægge editionspligt jf. RPL § 806 stk. 2 jf. § 804 stk. 1 jf. § 170 stk. 3. Denne fremgangsmåde har således været brugt i U1996.834Ø. Alene politiet oplyses om identiteten, som fortsat kan hemmeligholdes overfor anmeldte jf. RPL § 41 e stk. 4 (ift. politi -og anklagemyndighed) og FVL § 18 (ift. kommunen)³⁹.

Som det behandles i nedenstående afsnit, vil en del af politiets efterforskning kunne finde

³⁵ Straffesystemet i børneperspektiv s. 133

³⁶ Ved chikanøse henvendelse, hvor mistanken på et sikkert grundlag kan afkræftes, skal politiet ikke medinddrages jf. Dialogvejledningen s. 104

³⁷ Bet. 1420/2002 afsnit 8.10.1 og RM 2/2007 afsnit 13

³⁸ Med "anmeldelse" til offentlig myndighed i Strfl §§ 264 og 265 forstås tillige underretning til kommunen

³⁹ Normalvis er forurettede ikke part i en straffesag, men det er klart, at i sager omkring § 164 og § 165, hvor der tillige vil kunne blive tale om søgsmål om torterstatning, vil være en væsentlig, retlig og individuel interesse i sagen. Viser det sig, at anmeldelsen har været chikanøs, bør den anmeldte derfor også gives aktindsigt.

sted i samarbejde med kommunen, men ellers er det udgangspunktet, at politiet forestår oplysning af sagens straffemæssige del. Kommunen medvirker i øvrigt under efterforskning som en støtte for barnet. Således underrettes kommunen om afhøringer af børn under 18 år jf. RM 2/2007 afsnit 4.1, hvorefter kommunen stiller med en bisidder, såfremt barnet er under 15 år eller hvis barnet ønsker det⁴⁰.

Når politiets efterforskning er tilendebragt, vurderes det, hvorvidt der bør føres en straffesag. Udfaldet af en sådan vil ikke automatisk blive meddelt kommunen, som dog har den fornødne interesse til at kunne rekvirere udskrift af dombogen. Såfremt anklagemyndigheden opgiver påtalen/frafalder tiltale eller i øvrigt afviser sagen, vil kommunen typisk som anmelder få underretning herom jf. RPL § 749 stk. 3. Den omstændighed, at beviserne ikke rækker til en straffesag eller til domfældelse, har ikke nødvendigvis betydning for kommunens videre behandling af den sociale del af sagen, eksempelvis undergivelse af foranstaltninger såsom tvangsfjernelse. Det kan umiddelbart forekomme krænkende, at en frikendelse således ikke medfører, at sociale foranstaltninger iværksat på samme baggrund bortfalder. Man skal dog dels erindre, at kravet til bevis for domfældelse er væsentlig større, end det de sociale myndigheders iværksættelse af foranstaltninger kræver, og at disse tillige kan være begrundet af en række andre hensyn, således er børnene i denne type sager i øvrigt ofte udsat for massivt omsorgssvigt⁴¹.

III. Lægeundersøgelse af børn inden for Retsplejeloven

I følgende afsnit redegøres for politiets brug under efterforskningen af den nuværende ordning omkring legemsundersøgelse efter Retsplejeloven. Udgangspunktet vil navnlig blive taget omkring den samtykkeproblematik, der potentielt vil opstå ved foretagelse af legemsundersøgelse af et [ikke-mistænkt] barn.

Når der er mistanke om et seksuelt overgreb, og politiet ønsker at få foretaget en legemsundersøgelse af et barn foretages denne efter Retsplejeloven på et af landets 3 retsmedicinske institutter beliggende i Århus, Odense og København⁴². I Århus har

⁴⁰ Socialministeriets Bekendtgørelse nr. 79 af 4. Februar 1998 og Århus kommunes interne regler.

⁴¹ Se Straffesystemet i børneperspektiv. 350 og Vejledning nr. 3 til Serviceloven note 68

⁴² Der er således tale om en ”retsmedicinskundersøgelse”. Groft sagt følger lægeundersøgelser af børn i sager om seksuelle overgreb 3 forskellige regelsæt, alt efter på hvis initiativ undersøgelsen finder sted. Iværksætter politiet (legems)undersøgelsen i efterforskningsøjemed, er det som sagt Retsplejeloven, der finder anvendelse.

børneafdelingen på Skejby, Østjyllandspoliti og Retsmedicinsk Institut oprettet et særligt Center for Børn udsat for Overgreb (CBO), hvor lægeundersøgelser af børn og politiets videoafhøring samlet.

Kendetegnende for sager om seksuelle overgreb på børn er, at beviserne i disse sager er yderst sparsomme. Foruden barnets eventuelle vidneforklaring vil de objektive fund under en lægeundersøgelse ofte være eneste bevis i denne type sager.

Da legemsundersøgelse af ikke-mistænkte, som udgangspunkt ikke kan finde sted uden samtykke jf. RPL § 792 d, er der ej heller i Retsplejeloven angivet noget specifikt grovhedskrav til kriminaliteten, mistankekrav eller indikationskrav for, hvornår en undersøgelse skal finde sted. Rigsadvokaten giver ej heller nærmere vejledning herom. Visse hensyn tilsiger imidlertid, at politiet udviser stor tilbageholdenhed med at gribe til dette efterforskningskridt, før nødvendigheden er fastslået⁴³.

Dels adskiller samtykket sig væsentligt fra Retsplejelovens almindelige samtykke ved, at det ikke afgives af den, indgrebet vedrører, men af forældrene, se nedenfor. Samtykket reflekterer således ikke nødvendigvis undersøgtes ønske. I visse tilfælde vil denne omstændighed tillige kunne afføde fysisk modstand fra undersøgte⁴⁴.

Gynækologisk undersøgelse vil kunne virke som et overordentligt stort traume for barnet⁴⁵. I visse tilfælde et traume, som ikke står mål med det overgreb, man mistænker, at barnet har været udsat for. Yngre børn er ikke i samme omfang som voksne i stand til at forstå begreber som seksualitet. Overgrebene forbindes givetvis med noget fysisk ubehageligt og unaturligt, men det er først ved konfrontationen med de voksnes tabu og fordømmelse, at sagens alvor går op for dem. Derfor bør man også gøre sig klart allerede inden undersøgelsen, om evt. fund sammenholdt med den øvrige efterforskning må kunne forventes at føre til dom, så barnet ikke føres unødigt gennem denne proces. I relation hertil bør et naturligt moment i

Iværksættes (§ 50)undersøgelse af kommunen med henblik på at undersøge om sociale foranstaltninger skal iværksættes, er det Servicelovens regler, der regulerer forholdet. Sker (læge)undersøgelse ikke på anmodning af anden myndighed, men direkte af sygehus eller praktiserende læge i sundheds øjemed gælder Sundhedslovens regler på området. Ved de 2 sidstnævnte typer undersøgelse udfærdiges som udgangspunkt ikke en retsmedicinsk erklæring, men de kan danne baggrund for en sådan. I denne fremstilling, hvor alle 3 typer undersøgelse behandles, anvendes ”lægeundersøgelse” således som et samlebegreb for en undersøgelse udført af en læge.

⁴³ RPL § 792 e stk. 1 er udtryk for et proportionalitetskrav om, at indgrebet ikke må være uforholdsmæssig i forhold til dets formål, sagens betydning og den krænkelse og ubehag indgrebet kan medføre.

⁴⁴ Se afsnit III.A.2.

⁴⁵ undersøgelsen skal selvsagt ske så skånsomt som omstændighederne tillader med respekt for undersøgtes blufærdighed jf. princippet i RPL § 792 e stk. 2.

vurderingen være barnets stillingtagen, se nedenfor.

Det skal tillige erindres, at denne type sporsikring normalvis forudsætter udførelse umiddelbart efter et overgreb⁴⁶, og at flere typer seksuelle overgreb ikke efterlader sig fysiske spor. Med i vurderingen hører også, at selv visse permanente objektive fund, som brud på jomfruhinden (hymen), kan forårsages af andre omstændigheder end seksuelt overgreb, eksempelvis sport⁴⁷. Det bør altid overvejes, om tilstrækkelig sporsikring kan sikres på anden vis, eksempelvis sperma-prøver taget fra tøj og lagner. I flere tilfælde har familiens praktiserende læge eller børneafdelingen forinden forestået en undersøgelse, som vil kunne anvendes som alternativ. På Center for Børn udsat for Overgreb (CBO) i Århus tilsigter man eksempelvis at opfylde kriterierne for en retsmedicinsk undersøgelse, når man foretager undersøgelser uden for retsplejeloven, således at disse umiddelbart kan danne grundlag for en retsmedicinsk erklæring, såfremt en sådan senere skulle vise sig aktuel.

For nærmere begrundet kritik af umådeholden brug af lægeundersøgelser fra politiets side henvises til Straffesystemet i børneperspektiv s. 188ff.

III.A Samtykke

Hjemlen⁴⁸ til denne type lægeundersøgelser af ikke-sigtede i forbindelse med efterforskningen i en straffesag skal som udgangspunkt søges i RPL § 792 d., og for så vidt angår børn under 15 år jf. RPL § 821 b. stk. 2. Det følger heraf, at et legemsindgreb rettet mod en ikke-sigtet kræver samtykke⁴⁹. Samtykket må foruden selve lægeundersøgelsen formodes også at omfatte den optagelse af foto/video⁵⁰ til dokumentation af lægeundersøgelsen, der finder sted, samt den fremtidige anvendelse heraf til evt. indenretlig dokumentation⁵¹. Såfremt et sådant samtykke ikke kan opnås, kan der alene foretages en legemsbesigtigelse, der ikke kræver

⁴⁶ Således foretager CBO sporsikring, når det kunne tænkes relevant for en straffesag selvom undersøgelsen foretages efter Sundhedslovens regler og altså ikke i straffe øjemed.

⁴⁷ Dette synes dog også omtvistet i lægelig litteratur, således antages dette ikke at være muligt jf. CBO, Århus' informationsmateriale.

⁴⁸ Brug af tvangsindgreb overfor borgeren kræver hjemmel jf. Straffesagens gang s. 83

⁴⁹ Kan endvidere udledes af EMRK Art. 8

⁵⁰ betragtes i sig selv som et (tvangs)legemsindgreb jf. Bet. 1104/1987 s. 44. For nærmere diskussion og afgrænsning af definitionen tvangsindgreb henvises til Hans Gammeltoft-Hansen, Strafprocessuelle tvangsindgreb, retspolitiske studier, 1981 og Gorm Toftegaard-Nielsen Straffesagens Gang s. 84ff

⁵¹ Selve det at politiet tager barnet med; eksempelvis fra en institution, er i princippet også et tvangsindgreb (frihedsberøvelse), hjemmel hertil må tillige findes i samtykket til legemsundersøgelse. Politilovens § 13 stk. 4, der ikke opererer med samtykke, kan næppe udstrækkes til legemsundersøgelse i egenskab af efterforskningsskridt, men kan alene anvendes uden for strafferetsplejen, når formålet med tvangsindgrebet er

(egentlig⁵²) afklædning, herunder fotografering⁵³. Dette er under forudsætning af: En strafferamme for den efterforskede kriminalitet på over 1 år og 6 mdr., at legemsbesigtigelsen er af afgørende betydning for efterforskningen, og at der kan indhentes en retskendelse. Sidstnævnte kan evt. ske efterfølgende ud fra "periculum in mora" jf. RPL § 792 c. stk. 3 jf. § 792 d. stk. 3. I praksis vil den relevante bevissikring i denne type sager således i reglen forudsætte samtykke i forhold til Retsplejeloven. Et sådant samtykke afgives, for så vidt angår børn, af forældremyndighedsindehaveren /erne) jf. FAL § 2 stk. 1 og (specifikt for børn under 15 år) jf. RPL § 821 b. stk. 3 og skal så vidt muligt være skriftligt.

III.A.1. Barnets samtykke

Det antages, at supplerende samtykke tillige bør opnås fra "større børn"⁵⁴. At barnet samtykker medfører ikke, at forældrenes samtykke ikke tillige skal opnås⁵⁵. Der er således tale om barnets mulighed for at modsætte sig undersøgelsen. Grundlaget herfor er dels hensynet til barnets personlige integritet og respekt for barnets stillingtagen i den potentielle konfliktsituation, som det måtte befinde sig i. Eksempelvis når mistanken retter sig mod barnets forældre. Omvendt kunne man også hævde at gøre barnet en bjørnetjeneste ved at pålægge det ansvaret for beslutningen og dermed bringe det i konfliktsituationen. FN's Børnekonvention, som Danmark ratificerede i 1991, angiver i Art. 12, at barnet i alle sager, der vedrører det, har ret til at udtale sig og, at dets synspunkter skal tillægges passende vægt. Der nævnes ikke nogen specifik aldersgrænse herfor, eller under hvilken form medinddragelsen bør finde sted.

Hvad der forstås med "større børn" er uklart. Nogen fast aldersgrænse opereres der ikke med i national ret, men flere bestemmelser peger på 12 år som skillepunkt for, hvornår barnet skal inddrages i stillingtagen⁵⁶. Dette peger Linkis-udvalget tillige på som anvendelig grænse for, hvornår barnet skal inddrages⁵⁷. Rigsadvokaten angiver, at barnets holdning bør indgå i

afværgelse af fare samt overgivelse af barnet til de sociale myndigheder.

⁵² eksempelvis antages opulning af skjorteærmer ikke at være en egentlig afklædning. At man med afklædning har ment "egentlig og eventuelt fuldstændig - afklædning" fremgår s. 75 Bet. 1104/1987.

⁵³ "afklædning" er udtrykkelig nævnt, da Strafferetsplejeudvalget har henført dette under legemsbesigtigelse jf. Bet. 1104/1987 s. 41-42, men fandt at dette var for byrdefuldt et indgreb ift. ikke sigtede jf. betænkningens s. 75

⁵⁴ Folketingstidende 1988-1989 tillæg A sp. 2241-2242, Bet. 1104/1987 s. 79, Bet. 1420/2002 s. 30

⁵⁵ Bet. Nr. 622/1971 s. 24 anfører dog (omkring samtykke til vidneafhøring), at børn over 15 år eventuel kan samtykke i stedet for forældrene.

⁵⁶ eksempelvis SSL § 74 stk. 2

⁵⁷ Bet. 1420/2002 s. 99

vurderingen, når barnet er over 12 år, men nævner ikke specifikt samtykke⁵⁸.

Sundhedsloven opererer med en 15års grænse for “informeret samtykke” til medicinsk behandling SL § 17, og en tilsvarende grænse genfindes i SSL § 50 stk. 1 og Psykiatrilovens § 1 stk. 3 modsætningsvist. Folketinget pegede ved bemærkningerne til lovforslaget vedr. RPL § 792 d. på, at der måtte antages at gælde en 15 års grænse for indhentelse af supplerende samtykke⁵⁹. Det er ikke angivet, om et sådant samtykke tillige skal indhentes skriftligt, som det normalt er tilfældet i § 792 d⁶⁰.

Strafferetsplejeudvalget var opmærksomt på denne problemstillingen vedrørende børns samtykke og tilsluttede sig Linkis-udvalgets 12års grænse for, hvornår barnet bør inddrages i beslutningen, men foreslog ikke et specifikt 12års-samtykkekrav. Baggrunden herfor var blandt andet, at man antog, at forældrene var nærmest til at vurdere, om barnets modvilje var alvorlig ment⁶¹. Da udvalgets kommissorium omhandlede børn under den kriminelle lavalder på 15 år, kan det næppe lægges til grund, at udvalget dermed mente, at have gjort op med, hvorvidt der eksisterede en 15 års samtykke grænse i forhold til legemsindgreb efter retsplejeloven.

Man kunne overveje, om man skulle slutte modsætningsvist fra kravene til forældremyndighedsindehavers samtykke i RPL § 821 b. stk. 3, at et sådant ikke var påkrævet for børn over 15 år, og at disse således selv skulle afgive samtykke. Da kapitel 75 b. er udarbejdet med børn under den kriminelle lavalder for øje og ikke børn generelt, er dette dog næppe tilfældet.

Som ovenfor nævnt opererer sundhedsloven § 17 med, at en 15årig skal afgive informeret samtykke. Dette er en videreførelse af § 8 i den tidligere Lov om patienters retsstilling. Af bemærkningerne til denne⁶² fremgår det, at loven omhandler behandling herunder undersøgelse foretaget af sundhedspersoner⁶³ også indenfor den sekundære sundhedssektor. Da det følger af

⁵⁸ RM nr. 2/2007 afsnit 12 s. 1

⁵⁹ Folketingstidende 1988-1989 tillæg A sp. 2241-2242

⁶⁰ Jeg formoder, at man med bemærkningen til lovforslaget har ment at ville give den 15årige samme medindflydelse på undersøgelse, som denne ville være tillagt uden for Retsplejeloven. Er dette tilfældet taler meget for, at samtykket kan gives formløst, herunder stiltiende ud fra princippet i SL § 15 stk. 4. Således vil der reelt nærmere være tale om et spørgsmål om modsættelse end om samtykke fra barnet.

⁶¹ Bet. 1431/2003 s. 98-99

⁶² Folketingstidende 1997-1998 tillæg A 2.samling s. 511-547

⁶³ Da retsmedicinere ikke foretager egentlig sundhedsbehandling, kan det diskuteres, hvorvidt disse er sundhedspersoner, selvom deres uddannelse klart ligger inden for området. De er ikke opregnet i bemærkningernes ikke-udtømmende eksemplificering, men problemstillingen aktualiseres stadig i de tilfælde, hvor undersøgelse forestås af en børnelæge.

bemærkningerne, at lovens formål er at sikre tillidsforholdet ml. patient⁶⁴ og sundhedsperson, kunne det overvejes, hvorvidt denne regel om informeret samtykke tillige gælder i forhold til legemsundersøgelser i det omfang, der ikke udtrykkelig i retsplejeloven er taget stilling til at afvige fra Sundhedsloven.

Bemærkningerne til den oprindelig patientretstillingslov nævner ikke udtrykkeligt Retsplejeloven, men nævner, at særligt lovregulerede områder falder udenfor e.g. tvang indenfor psykiatrien. Såfremt man havde tiltænkt en realitetsændring i forhold til Retsplejelovens regler om samtykke, må man formode, at man udtrykkeligt havde nævnt dette i bemærkningerne. Afgørende må imidlertid blive, at samtykket i Retsplejeloven skal gives til en bestemmelse om strafferetlig efterforskning, som ikke har varetagelse af sundhed for øje, og hvor selve undersøgelsen heller ikke foregår i dette øjemed, hvorfor informeret samtykke efter Sundhedsloven ikke antages at være påkrævet, til trods for at sundhedspersonale forestår undersøgelsen. Er nøjagtig det samme indgreb foretaget med hjemmel i SSL § 51, som har sundhedsforebyggelse for øje, må det imidlertid antages, at Sundhedsloven ville finde anvendelse⁶⁵, hvis ikke det var fordi, at SSL i forvejen udtrykkelig regulerer i hvilket omfang, samtykke er påkrævet jf. lex specialisprincippet.

Det synes således klart, at 12-åriges holdning bør høres og tillægges stor vægt i vurderingen⁶⁶. Endvidere ville en indsættelse af en bestemmelse i Retsplejeloven om decideret samtykke fra børn, der er fyldt 15 år have stemt bedst overens med lignende lovbestemmelser i SSL og SL, dette synes strafferetsplejeudvalget imidlertid ikke at have inddraget i deres vurdering⁶⁷. Selv uden et udtrykkeligt lovhjemlet krav om indhentelse af et formelt samtykke, må det lægges til grund, at en tvangsmæssig legemsundersøgelse ikke vil finde sted, såfremt denne modsættes af barnet, der er fyldt 15 år. Dette understøttes som nævnt ovenfor af bemærkningerne til bestemmelsen om legemsundersøgelse af ikke-mistænkte i Retsplejeloven.

Er barnet beskikket en bistandsadvokat⁶⁸, skal denne ikke meddele samtykke⁶⁹, men må

⁶⁴ Ej krav om sygdom jf. Patientbehandling og forvaltningsret 1. Udg. 2000/Helle Bødker Madsen s. 108

⁶⁵ jf. Vejledning 3 til Serviceloven note 330 s. 121-122

⁶⁶ At slutte modsætningsvist heraf, at børn under 12 år ikke må inddrages i beslutningen, vil være en fejl. En inddragelse afpasset med aldersniveauet og en passende vægt tillagt i en vurdering må betragtes som saglig. Hvor en 14-årig pige eksempelvis har haft frivillig sex med sin kæreste på 15 år, skal den omstændighed, at forældrene samtykker til undersøgelse, naturligvis ikke medføre at en sådan gennemføres mod pigen ønske. Også selv om det ville være eneste bevis på overtrædelse af § 222 stk. 2. Som moment heri indgår forbrydelsens grovhed.

⁶⁷ Bet. 1431/2003 afsnit 4.6

⁶⁸ Dette vil i reglen altid være tilfældet. Der kan næppe tænkes typer af seksuelle overgreb, der vil kunne

støtte og vejlede barnet i dets beslutning jf. RPL § 741 c.

III.A.2. Tilslutning fra undersøgende læge

Legemsundersøgelse skal ifølge retsplejeloven foretages af en læge⁷⁰ jf. RPL § 792 e. stk. 3.

Den undersøgende læge⁷¹ skal jf. RPL § 792 e. stk. 3 tilslutte sig, at legemsundersøgelse foretaget i medfør af retsplejelovens regler er lægelig forsvarlig. Dette gælder, uanset om samtykke fra den, der ønskes undersøgt, er givet eller ej, dog indgår dette som vægtigt moment i skønnet⁷². Lægens tilslutning angår i denne forbindelse alene, om indgrebet er lægeligt forsvarligt, og ikke om det måtte være hensigtsmæssigt eller retssikkerhedsmæssigt forsvarligt. Kompetencen til vurdering heraf henligger hos politiet. Lægens tilslutning til den lægelige forsvarlighed af indgrebet gives formløst.

III.A.3. Forældremyndighedsindehaverens samtykke

Som nævnt kræves forældremyndighedsindehaverens samtykke til indgrebet. Dette følger udtrykkeligt af RPL § 821 b. stk. 3, hvad angår børn under 15 år, men også hvad angår børn over 15, skal forældremyndighedsindehaveren samtykke jf. FAL § 2⁷³.

Dette kan give en interessekonflikt mellem barn og forældremyndighedsindehavere i de ikke så få sager, hvor den ene eller begge forældre er mistænkte for at have været medvirkende til den forbrydelse, som barnet undersøges for. Her kan de selvsamme forældre, som skal give samtykket, have en stærk motivation for at undgå sagens oplysning. I tilfælde hvor den ene forælder har forgrebet sig mod barnet, tiltaler man i praksis den anden forælder for medvirken ved ikke at have grebet ind jf. U2000.1085H. Også i tilfælde, hvor den anden forælder ikke

begrunde en lægeundersøgelse, som ikke ville være omfattet af delikterne nævnt i RPL § 741a stk. 2, hvorefter beskikkelse skal finde sted. Det følger også af intern instruks, at politiet i alle tilfælde om seksuelt overgreb mod børn skal begære beskikkelse af forsvarer for forurettede jf. RM 2/2007 afsnit 4.2. Politiet anmoder på forurettedes vegne retten om beskikkelse.

⁶⁹ s. 149 Straffesystemet i børneperspektiv

⁷⁰ Typisk en retsmedicinere i denne type sager

⁷¹ Retsmedicinere har i kraft af deres stilling pligt til at medvirke til undersøgelser efter retsplejeloven jf. Bkg. Nr. 212/1994 § 1

⁷² Bet. 1104/1987 s. 63-64 Samtykke fra undersøgte er ikke på forhånd givet, hvis barnet er under 15 år. Skal en fysisk modstand ved undersøgelsen overvindes, kan dette gøre undersøgelsen lægelig uforsvarlig. Visse undersøgelser foregår da alternativt under anæstesi. Etikken heri er omdiskuteret jf. s. 184 Straffesystemet i børneperspektiv

⁷³ Karnov note nr. 3466 til § 792 c. stk. 5

nødvendigvis er medgerningsmand, kan interessekonflikten opstå, hvor denne ikke ønsker undersøgelsen foretaget. Her tænkes på, de tilfælde hvor forælderen enten tror på sin ægtefælle frem for barnet eller ikke ønsker at inkriminere sin ægtefælle.

I sådanne situationer med interessekonflikt må den pågældende forældremyndighedsindehaver betragtes som inhabil, da det er barnets interesser, denne skal varetage jf. FAL § 2 stk. 1. Er det kun den ene forældremyndighedsindehaver, som kan antages at være inhabil, kan samtykke indhentes fra den anden⁷⁴. I tilfælde af begge forældres inhabilitet kan barnets eventuelle supplerende samtykke ikke stå alene⁷⁵. Retten vil i disse tilfælde uden samtykke fra forældremyndighedsindehaver alene kunne afgive kendelse til legemsbesigtigelse herunder fotografering, der ikke kræver afklædning. En sådan mindre omfattende besigtigelse vil selvsagt ikke være tilstrækkelig til en forsvarlig bevissikring i denne type sager; selv hvis undersøgelsen udføres "periculum in mora". Det er klart, at en sådan retsstilling, hvorefter mistænkte er givet "card blanche" til at hindre gennemførelsen af et af politiets vigtigste efterforskningskridt, er dybt uacceptabel ud fra et almindeligt retshåndhævelsessynspunkt. Det kan således undre, at problemstillingen og løsning herpå ikke er nærmere beskrevet i den juridiske litteratur.

Det har været overvejet, hvorvidt man i disse tilfælde i stedet skulle beskikke barnet en ad-hoc værge til at varetage dets interesser. Strafferetsplejeudvalget nåede frem til, at dette var muligt og en funktionel løsningsmodel for så vidt angik legemsindgreb, uden nogen nærmere angivelse af hjemmel for antagelsen⁷⁶ Imidlertid opstod der under Linkis-udvalgets arbejde tvivl, dels om det hensigtsmæssige i denne løsningsmodel, og til hvorvidt der fandtes tilstrækkelig klar hjemmel til en sådan ad-hoc beskikkelse i forbindelse med den tilsvarende samtykke-problemstilling i forbindelse med vidneafhøring⁷⁷. Den daværende Lov nr. 387 af 14. juni 1995 om forældremyndighed og samvær hjemlede i § 25⁷⁸ Statsamtet adgang til at træffe beslutning om hvem, forældremyndigheden skulle tillægges, når forældremyndighedsindehaver(ne) var "forhindret". Man antog bl.a. på baggrund af civildirektoratets udtalelser⁷⁹, at bestemmelsen ikke ud fra en udvidende fortolkning var

⁷⁴ Bet. 1420/2002 s. 98ff. og RM nr. 2/2007 afsnit 12

⁷⁵ For modsatte antagelse se Bet. Nr. 622/1971

⁷⁶ Bet. 1104/1987 s. 79

⁷⁷ Bet 1420/2002 s. 27ff

⁷⁸ Kompetencen er i dag hos Statsforvaltningen jf. § 28 i Forældreansvarsloven

⁷⁹ "Skarrildhus 1999" afsnit C.1.6.

anvendelig på situationen. Derimod antages det, at VML § 47 jf. § 50⁸⁰, om interessekonflikt ml. værge og den under værgemål, kan finde analog anvendelse på interessekonflikt ml. forældremyndighedsindehaver og barn⁸¹. Hvilke konkrete interessekonflikter, der vil kunne blive tale om, er dog ikke nærmere klarlagt. Linkis-udvalget fandt imidlertid ikke, at en udtrykkelig hjemmel til ad-hoc beskikkelse af værge skulle etableres, eller at en sådan fremgangsmåde var anbefalelsesværdig⁸², fordi det på forhånd var givet, hvilken beslutning det forventedes, at ad-hoc værgen skulle nå frem til, da udpegelsen netop sker med henblik på at imødegå forældrenes manglende samtykke⁸³. Man støttede sig her, for så vidt angik situationen omkring samtykke til vidneafhøring, bl.a. til den tidligere betænkning nr. 622/1971 om efterforskning i straffesager mv. s. 24., der ikke fandt at beskikkelse af ad-hoc værge, var en acceptabel løsning. Det skal dog i tilknytning hertil erindres, at de to situationer vedr. samtykke til legemsundersøgelse og til vidneafhøring næppe, hvad ad-hoc værge angår, er fuldt sammenlignelige. Dette er tilfældet, da der for vidneafhøring foreligger et reelt alternativ inden for strafferetsplejens rammer, nemlig vidnepålæg fra dommer i en indenretlig afhøring. Med hensyn til lægeundersøgelse er alternativet inden for strafferetsplejen; retskendelse til legemsbesigtigelse, hvilket ikke i samme omfang som vidneafhøring, kan betegnes som et reelt anvendeligt alternativ. Formentlig af denne grund, og fordi at strafferetsplejeudvalget tidligere havde udtalt sig positivt vedrørende brug af ad-hoc værger ved legemsindgreb, var man også i Linkis-udvalget mindre tilbøjelig til kategorisk at afvise ad-hoc værger i forbindelse med lægeundersøgelsessamtykke, end det var tilfældet med samtykke til vidneafhøring. I stedet angives, at løsningen må findes ud fra eksisterende lovgivning og den konkrete situation⁸⁴.

Da strafferetsplejeudvalget igen fik lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet, angav man, at man ligesom Linkis-udvalget af "lignende grunde" ikke fandt, at der skulle etableres en udtrykkelig hjemmel til beskikkelse af ad-hoc værge⁸⁵. I stedet skulle hjemmel findes i eksisterende lovgivning og under hensyntagen til omstændighederne i den konkrete sag. Dette må udlægges således, at man stadig kan antage, at VML § 47 kan give analog hjemmel til beskikkelse af ad-hoc værge i denne typer sager⁸⁶, denne adgang ses imidlertid ikke at have

⁸⁰ Værgemål vedrører som udgangspunkt retshandler og formuedispositioner.

⁸¹ Bet. 1420/2002 s. 29 og forarbejderne til § 47 jf. LFF 1995-03-08 nr. 191 Forslag til Værgemålslov

⁸² Bet. 1420/2002 s. 98

⁸³ Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen s. 577-578

⁸⁴ Bet. 1420/2002 s. 98

⁸⁵ Bet. 1431/2003

⁸⁶ note 146 i Karnov til VML § 47

været anvendt. En sådan praktisk anvendelse peger Sekretariatschef i Det Kriminalpræventive Råd (tidl. politiassessor) Birgit Sommer dog på.⁸⁷

Problemstillingen er overordentlig sparsomt behandlet i retspraksis, formentlig da nægtelse af samtykke i reglen vil være en kraftig mistænkeliggørelse af en selv. Dog blev der i U2007.1180Ø afsagt kendelse i et kæremål, der omhandlede en tilsvarende problemstilling omkring forældres samtykke til; at børnene i en sag, hvor forældrene selv var mistænkt for vold⁸⁸, kunne afgive udenretlig forklaring til politiet. Spørgsmålet antages at være indbragt med hjemmel i RPL § 746 stk. 2. Det følger af RPL § 171, at parts nærmeste ikke har pligt til at afgive forklaring, men det følger også allerede udenretligt af RPL § 750, at ingen har pligt til at afgive forklaring til politiet. Retten var ikke i tvivl om, at forældrene måtte anses som inhabile i relation til at give samtykke. Ud fra bistandsadvokatens procedure for byretten kan det ses, at anklagemyndigheden havde været opmærksom på muligheden for beskikkelse af ad-hoc værge jf. VML § 47, men afslog at anvende denne bestemmelse⁸⁹. Anklagemyndigheden procederede på, at det tilkom retten at træffe afgørelse om hvorvidt børnene skulle pålægges at afgive forklaring til politiet ud fra principperne i § 171 stk. 3, . Dette afslog både byret og landsret imidlertid, da der ikke fandtes fornøden sikker hjemmel til, at give pålæg i forbindelse med udenretlig afhøring. Imidlertid fandt man i overensstemmelse med anklagemyndighedens subsidiaire påstand, at retten havde hjemmel til at pålægge børnene at vidne indenretligt jf. § 171 stk. 1⁹⁰. Byretten pålagde børnene dette, mens landsretten konkret afslog bl.a. pga. det lange sagsforløb og flere tidligere forklaringer, om at skaden skulle være sket under leg. Antageligt skulle et sådant indenretligt retsmøde være fundet sted med hjemmel i RPL § 747⁹¹, og med dommeren tilstede i monitorrum som minimum⁹².

Spørgsmålet i hvilket omfang, der kan beskikkes en ad-hoc værge, synes således ikke endelig afklaret, da retten i ovennævnte dom ikke fik lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet, sådan som påstandene var nedlagt. Der synes dog at være enighed om, at det under alle omstændigheder ikke kan betegnes som nogen optimal løsning.

⁸⁷ Birgit Sommer, "Mulighederne i lovgivningen for at beskytte børn" s. 101

⁸⁸ moderen som potentiel medvirkende ved passivitet i forbindelse med overgrebene

⁸⁹ antageligt på baggrund af standpunktet hertil i Bet. 1420/2002 og Bet 1431/2003 I norsk ret beskikkes netop en "setteverge" jf. s. 223 Norsk Straffeprosess bind 1 3. Udg. /Johs. Andenæs

⁹⁰ se også 2004.1047H -Vidnepålæg ej krænkelse af hverken EMRK eller Børnekonventionen

⁹¹ Bet. 1420/2002

⁹² U1988.811V antager at dommeren skal være til stede i selve afhøringslokalet. Linkis-udvalget antog imidlertid at tilstedeværelse i monitorrum var tilstrækkelig til at konstituere indenretlig afhøring jf. Bet. 1420/2002. Spørgsmålet synes uafklaret i praksis.

Mest hensigtsmæssigt var det, om man fra lovgivers side skabte hjemmel for domstolene til, at pålægge legemsundersøgelse af ikke-mistænkte børn ved forældrenes nægtelse af samtykke, når legemsundersøgelsen ansås for at være af afgørende betydning for sagen udfald, og sagens beskaffenhed og dens betydning berettigede hertil. Således ville man kunne bevare en løsningsmodel indenfor Retsplejelovens rammer, hvor sådanne efterforskningskridt i straffelovssager naturligt hører til. Løsningsmodellen ville svare til den allerede nu anvendte RPL § 171 stk. 3, i forbindelse med den lignende problematik omkring vidneforklaring, der er nævnt i behandlingen af U2007.1180Ø ovenfor.

IV. Servicelovens regler om tvangsundersøgelse som alternativ til Retsplejelovens

SSL § 51⁹³ har følgende ordlyd:

”Når det må anses for nødvendigt for at afgøre, om der er åbenbar risiko for alvorlig skade på et barns eller en ungs sundhed eller udvikling, kan børn og unge-udvalget uden samtykke fra forældremyndighedsindehaveren og den unge, der er fyldt 15 år, beslutte at gennemføre undersøgelsen under ophold på en institution eller indlæggelse på sygehus, herunder psykiatrisk afdeling. En sådan undersøgelse skal være afsluttet inden 2 måneder efter børn og unge-udvalgets afgørelse.

Stk. 2. En afgørelse efter stk. 1 kan træffes foreløbigt efter reglerne i § 75, når betingelserne herfor er opfyldt.”

Det vil i følgende afsnit belyses i hvilket omfang, denne bestemmelse kan anvendes som alternativ til Retsplejelovens regler i det omfang, forældremyndighedsindehavers samtykke ikke kan opnås. Dette er eksempelvis inden for sundhedsloven fast fremgangsmåde, når informeret samtykke fra forældremyndighedsindehaver til barn under 15 år ikke kan indhentes⁹⁴.

Anvendelsen af § 51 må som udgangspunkt forudsætte, at man forinden har forsøgt, at indhentet et samtykke fra forældre⁹⁵ til en almindelig undersøgelse efter § 50. Selve den undersøgelse, der finder sted, er meget omfattende og anvendes af specialmyndighederne til at

⁹³ Videreførelse i Bistandsloven § 32 d.

⁹⁴ Karnov note 23 til § 17 i sundhedsloven

⁹⁵ Princippet om mindste middel jf. SM O-25-98

belyse nødvendigheden af en række foranstaltninger i forhold til den særligt udsatte unge. I dette afsnit behandles alene den tvangsmæssige gennemførelse af undersøgelsen og alene lægeundersøgelsesdelen.

Den situation, at en barn er udsat og stadigvæk er i fare for at blive seksuelt misbrugt, falder direkte ind under bestemmelsens ordlyd vedrørende indikationskravet fare vedr. sundhed og udvikling, herunder psykiske udvikling. Det er klart, at er hensynet til barnets sundhed og udvikling allerede forsvarligt varetaget, fordi der ikke længere er risiko for overgreb, er bestemmelsen ikke anvendelig⁹⁶. Det samme gør sig gældende, hvis man allerede har de nødvendige oplysninger.

De oprindelige lovbemærkninger synes ikke ved udformningen af bestemmelsen⁹⁷ specielt at have haft situationen omkring seksuel misbrug for øje. SL § 58 udspecificerer nærmere, hvad der skal forstås ved "åbenbar risiko". Efter bestemmelsen stk. 1 nr. 2 er dette bl.a. vold og andre alvorlige overgreb. Af det tidligere socialministeriums vejledning fremgår det, at herved forstås bl.a. seksuelle overgreb⁹⁸. Det er således klart, at bestemmelsen i § 51 finder anvendelse ved undersøgelse af misbrugte børn ud fra de nævnte hensyn. Dette sker for at vurdere, om der skal iværksættes foranstaltninger i forhold til barnet; i denne type sager typisk tvangsfjernelse.

Imidlertid har det næppe været hensigten, at bestemmelsen skulle fungere som et værktøj for politiet i deres efterforskning i de tilfælde, hvor forældremyndighedsindehaver har nægtet at samtykke. I strafferetsplejeudvalgets betænkning nr. 1104/1987 om legemsindgreb under efterforskningen, nævner man end ikke SL § 51 (daværende Bistandslov § 32d videreført med en enkelt irrelevant redaktionel ændring), som mulig løsning på samtykkeproblematikken omkring mindreårige. I stedet konkluderes; at man evt. kan beskikke en ad-hoc værge, og at området i øvrigt ikke er egnet til lovmæssig regulering⁹⁹. Den alternative fremgangsmåde med anvendelse af SSL § 51 (tidl. § 39) ses første gang omtalt af Linkis-udvalget¹⁰⁰. Med henvisning hertil angiver Rigsadvokaten i sin seneste meddelelse på området¹⁰¹, at SSL § 51 kan anvendes som alternativ til retsplejeloven, når samtykke nægtes. Bemærkelsesværdigt er det, at

⁹⁶ RM nr. 2/2007 afsnit 13 og note 326 Vejledning nr. 3 til Serviceloven

⁹⁷ LFF nr. 229 forslag til lov om Social Service af 16. april 1997

⁹⁸ Vejledning nr. 3 til Service Loven 2006 s. 123 note 334

⁹⁹ jf. s 79 Bet. 1104/1987

¹⁰⁰ Bet. 1420/2002 s. 99

¹⁰¹ RM nr.2/2007 afsnit 12

Rigsadvokaten, hverken i RM nr. 2/2003 eller i Rigsadvokaten Informerer nr. 20/2005, der ligger efter Linkis-udvalgets betænkning, omtaler muligheden.

Da anvendelse af § 51 som alternativ til retsplejelovens udgangspunkt om samtykke rammer ind i kerneområdet af problemstillingerne i Retssikkerhedsloven¹⁰², havde det været ønskeligt, om rigsadvokaten havde vejledt nærmere herom.

IV.A Problematik i relation til Retssikkerhedsloven § 9 stk. 2

Tvangsindgreb¹⁰³ ved rimelig mistanke, om at et strafbart forhold er begået, kan som udgangspunkt alene finde sted efter Retsplejeloven jf. RSL § 9 stk. 1. Baggrunden herfor er at sikre den mistænkte i en straffesag mod, at politiet i stedet for at gå frem efter de efterforskningsbeføjelser, som de er tillagt i Retsplejeloven, anvender speciallovgivningens regler, hvor borgeren ikke nødvendigvis er tillagt samme grad af retssikkerhed¹⁰⁴. Specialmyndighederne er ofte tillagt mere vidtgående beføjelser i tilsyns -og kontrol øjemed, end de politiet er udstyret med i Retsplejeloven. Dette gør sig således også gældende med hensyn til legemsundersøgelse uden samtykke i SSL § 51. Generelt kunne man således frygte, at politi og specialmyndighed i fællesskab ville kunne spekulere i at lade specialmyndigheden fortsætte sine undersøgelser, for at undgå politiets undersøgelse skal blive standset af Retsplejelovens krav jf. U2004b.77.

Har man således opnået en "rimelig mistanke" om en strafbar lovovertrædelse, skal efterforskning altså som udgangspunkt ske efter Retsplejeloven. På det tidspunkt, hvor specialmyndigheden indleder tvangsmæssig lægeundersøgelse, vil mistankekravet "rimelig mistanke" ofte være opfyldt. Det formodes, at for at der er tale om en rimelig mistanke, skal denne være konkretiseret og kunne henføres til en eller flere bestemte personer¹⁰⁵. En anmeldelse rettet mod en navngiven person er i den henseende hverken tilstrækkelig eller en

¹⁰² Vedrørende tvangsindgreb og oplysningspligter. Fremover benævnt RSL

¹⁰³ Herunder: "anden undersøgelse af personer" jf. RSL § 1 stk. 2 nr. 4. At legemsundersøgelse er medtaget skyldes nok i højere grad lovgivers ønske om, at favne alle tvangsindgreb end gennemarbejdede overvejelse jf. afsnit 3.1.2.2 LFF nr. 96 af 26. november 2003. Retssikkerhedskommissionen nævnte i deres lovudkast med bemærkninger intet om anden undersøgelse af personer, da kommissoriet relaterede sig til GRL § 72 jf. Bet 1428/2003. Spørgsmålet indgik derfor ej heller i den høring, der fandt sted i forbindelse med kommissionsarbejdet. Lovgivningsteknisk set er det en betænkelig fremgangsmåde at udvide anvendelsesområdet for et lovudkast, og lade resten af lovudkastet stå uændret, når dettes forudsætninger bygger på en anvendelse i relation til GRL § 72 og ikke legemsundersøgelser.

¹⁰⁴ Retssikkerhedsloven med kommentarer s. 104

¹⁰⁵ Vejledning om lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter s.32 og Retssikkerhedsloven med kommentarer s. 108

forudsætning for, at mistankekravet er opfyldt¹⁰⁶. Ofte vil mistanken imidlertid lade sig henføre til konkrete personer i barnets nære omgivelser¹⁰⁷. Endvidere er mistanken i reglen “rimelig” konkretiseret i de tilfælde, hvor man vælger det relativt indgribende legemsindgreb, som en lægeundersøgelse er. I disse tilfælde vil indgrebet have betydning for straffastsættelse, da man naturligvis ikke ville sidde åbenbarede oplysninger om et seksuelt overgreb overhørigt i forhold til indledning af en straffesag. Derfor vil man som udgangspunkt være tvunget til at anvende hjemlen i RPL § 792.d jf. § 821 b. stk. 2.

RSL § 9 stk. 1 kan afviges i to situationer. Den første situation er den, at mistænkte samtykker til at fravige udgangspunktet, således at tvangsindgreb uden for retsplejeloven alligevel må rettes mod en ikke-mistænkt jf. RSL § 9 stk. 1 jf. § 9 stk. 4. Det må betegnes som lidt af et særsyn inden for dansk ret, at mistænkte i en straffesag skal samtykke til, at forurettede kan undersøges. Beskyttelsesinteressen i Retssikkerhedsloven er imidlertid mistænktets retssikkerhed, hvorfor det også må være muligt for mistænkte at give afkald på denne sikkerhed. I det forudsatte scenarie, hvor SSL § 51 ønskes anvendt, er samtykke imidlertid nægtet i relation til Retsplejeloven, hvorfor det ej heller kan forventes opnået i forbindelse med Retssikkerhedsloven.

Den anden situation er, at såfremt formålet er tilvejebringelse af oplysninger til brug for andre spørgsmål end fastsættelse af straf, kan tvangsindgreb herunder lægeundersøgelse gennemføres, selv om en rimelig mistanke er vakt jf. RSL § 9 stk. 2. Formålet med SSL § 51 er ud fra en naturlig fortolkning ikke efterforskning med henblik på straffastsættelse, men varetagelse af barnets tarv i sundhed og udviklings øjemed.

Det er efter en ordlydsfortolkning af RSL § 9 stk. 2 ikke noget krav, at undersøgelsen alene er båret af andre hensyn end straffastsættelse¹⁰⁸. Dette var tilfældet efter lovforslagets oprindelige ordlyd. I tilfælde af rimelig mistanke om seksuelt misbrug er det åbenlyst, at en sådan undersøgelse ikke sker alene i det øjemed at konstatere, om der er behov for foranstaltninger efter SSL, da et afdækket misbrug selvsagt vil få betydning for en straffesag. Da man til ændringsforslag af RSL § 9 stk. 2, valgte at udtage den tidligere ordlyd “alene”, gjorde

¹⁰⁶ Med henblik på at undgå omgåelse ønskede Retssikkerhedskommissionen ikke anmeldelsestidspunkt som skæringstidspunkt, da man så kunne frygte, at man så blot udskød formel anmeldelse jf. Bet 1428/2003.

¹⁰⁷ Er der ej konkrete mistænkte, falder situationen udenfor Retssikkerhedsloven, der i så fald ikke vil være til hinder for en anvendelse af SSL § 51.

¹⁰⁸ Vedr. oprindelig lov-diffused ml. bemærkninger og ordlyd henvises til U.2004b.77 Centrale Straprocessuelle principper /Gorm Toftegaard-Nielsen

man samtidigt i bemærkningerne klart opmærksom på, at begrundelsen for den tidligere indsættelse var at forhindre omgåelse af de retssikkerhedsmæssige garantier, mistænkte var tillagt i Retsplejeloven, men at man fandt, at bestemmelsen kunne give anledning til tvivl om, hvorvidt fremkomne beviser eksempelvis ved eksempelvis kontrolbesøg kunne anvendes i retten. Sidstnævnte var ifølge bemærkningerne til ændringsforslaget ikke hensigten og baggrunden for ændringen, men man fastholdt at:

Forslaget vil ikke ændre ved, at et tvangsindgreb i tilfælde, hvor der er rimelig grund til mistanke [om at] strafbart forhold, ikke kan gennemføres med det formål - eller med bl.a. det formål - at tilvejebringeoplysninger til brug for behandlingen af en straffesag¹⁰⁹.

Selvom hovedformålet ved en tvangsundersøgelse efter SSL § 51 vil være at klarlægge, om barnet har brug for særlig støtte, er det klart, at den i disse tilfælde også har til formål, at have strafprocessuelle virkninger¹¹⁰, da de to ting hænger uløseligt sammen. Det ville være en underlig konstruktion, om man gennemførte en så indgribende undersøgelse af barnet udelukkende af hensyn til at konstatere, om det skulle have hjælp, og derefter henviste politiet til at lave deres egen undersøgelse med henblik på efterforskning. Da en tvangsundersøgelse begrundet i rimelig mistanke om seksuelt overgreb ikke alene kan anses som båret af hensynet til klarlægning af fare for alvorlig skade på barnets udvikling og sundhed, kan der stilles spørgsmål ved, om tvangsundersøgelse vitterligt kan gennemføres efter Serviceloven som alternativ til retsplejelovens regler. Er dette ikke tilfældet, og finder man ligesom Linkis-udvalget¹¹¹ ikke, at der skal beskikkes en ad-hoc værge, ville situationen være den uacceptable, at en lægeundersøgelse ikke ville kunne gennemføres mod mistænkte forældres ønske, ej heller ved retskendelse, der udtrykkeligt kun udstrækker sig til legemsbesigtigelse undtagen afklædning! Det er således klart, at politiet potentielt vil kunne få oplysninger, de ikke ville kunne opnå efter Retsplejelovens regler.

Et manglende samtykke vil selvsagt uden saglig begrundelse kunne tænkes tillagt processuel skadesvirkning under en straffesag, men risikoen for at sagen ikke når så langt, men

¹⁰⁹ LFB 2004-05-27 nr. 96 bemærkninger nr. 4-5 til § 9 stk. 2

¹¹⁰ Der skal ikke sluttes modsætningsvist fra RPL § 742, om at politiet forestår efterforskning, således at dette er andre herunder specialmyndigheder afskåret.

¹¹¹ Det haves in mente, at arbejdsgruppen betænkning og anbefaling af brug af daværende SSL § 39 (i dag § 51)

henlægges på bevisets stilling¹¹², vil kunne være stor. Endvidere ville det være absurdt, om den omstændighed, at politiet konstaterede, at man ikke kunne gennemføre en lægeundersøgelse efter Retsplejelovens regler grundet manglende samtykke, skulle forhindre de sociale myndigheder i at foretage en tvangsmæssig lægeundersøgelse af hensyn til barnets velfærd, blot fordi man positivt ville vide, at man, hvis ens rimelige mistanke var velbegrunderet, tillige ville tilvejebringe oplysninger til brug for en eventuel straffesag. Gorm Toftegaard-Nielsen har bl.a. i U2004B.77 og U2006B.86 været fortaler for, at ministeriets fastholdelse af specialmyndighedens indgreb, ikke tillige må have straffastsættelse for øje, er til hinder for en praktisk pragmatisk anvendelse i flere situationer.

Justitsministeriets angiver rimeligt klart i bemærkningerne til RSL § 9 stk. 2, at gennemførelsen af specialmyndighedsindgreb ikke kan ske bl.a. med det formål, at sikre oplysninger med henblik på straffastsættelse. Til trods herfor fremgår det af ministeriets vejledning¹¹³, at viden om, at samme oplysninger tillige vil blive brugt i en straffesag, ikke vil afskære specialmyndighedens indgreb, når dette sker som en naturlig og saglig del af sagsbehandlingen. Også selv om der er rimelig mistanke om, at et strafbart forhold undergivet offentlig påtale er begået. Det er altså et krav, at der er tale om samme oplysninger, der søges tilvejebragt, og ikke oplysninger som specialmyndigheden under normale omstændigheder ikke ville søge tilvejebragt. Dette krav må siges at være opfyldt, da både politiets og specialmyndighedens undersøgelse vil have til formål at belyse, hvorvidt der er begået et seksuelt overgreb.

Justitsministeriets holdning på dette område kan ikke just betegnes som klar, når man fortolker undtagelsesadgangen i § 9 stk. 2 indskrænkende i lovbemærkningerne i forhold til en naturlig ordlydsfortolkning og udvidende igen i vejledning. Sammenfattende findes en pragmatisk fremgangsmåde med anvendelse af SL § 51 som angivet af rigsadvokaten, henset til vejledningen ikke at kunne være i strid med Retssikkerhedsloven under den forudsætning, at lægeundersøgelse i sagstypen under alle omstændigheder ville være påkrævet for de sociale myndigheders videre behandling af sagen. Undersøgelsen bør ske på de sociale myndigheders initiativ eventuelt i samråd med politiet. Specialmyndighedernes beslutning om at iværksætte tvangsundersøgelsen bør formelt alene være båret af de hensynskriterierne vedrørende barnets

frem for ad-hoc værge skete inden Retssikkerhedslovens ikrafttræden.

¹¹² Påtaleopgivelse efter RPL § 721 stk. nr. 2

sundhed og udvikling.

IV.B. Gennemførelse af tvangsundersøgelse efter Serviceloven § 51

Gennemførelsen af en sådan tvangsundersøgelse efter SSL § 51 som alternativ til Retsplejelovens almindelige legemsundersøgelse må nødvendigvis ske som et samspil ml. politiet og den øvrige forvaltning. Derfor inddrages i det følgende tillige en række forvaltningsretlige problemstillinger, der som udgangspunkt er strafferetsplejen fremmede.

Kompetencen til at træffe afgørelse om tvangsundersøgelse jf. SSL § 51 henhører hos Børn og unge-udvalget under kommunalbestyrelsen i barnets bopælskommune. Børn -og ungeudvalget er nedsat med hjemmel og tillagt kompetence i medfør af SRL¹¹⁴ § 18, og kan således bedst betegnes som et ”stående” særudvalg jf. KSL § 17 stk. 4 under kommunalbestyrelsen, da det afviger fra almindelige stående udvalg ved at have repræsentation af sagkyndige ikke-kommunalbestyrelsesmedlemmer. Udvalget består således foruden 3 kommunalbestyrelsesmedlemmer af en pædagogisk-psykologisk sagkyndig og en byretsdommer. Til trods for at sidstnævnte ikke kan vælges til formand, har dommeren til opgave at påse, at almindelige retssikkerhedsmæssige hensyn bliver iagttaget jf. RSL § 20 stk. 2¹¹⁵. En beslutning om tvangsundersøgelse kræver kvalificeret flertal på 4 medlemmer jf. SSL § 74 stk. 4. Såfremt byretsdommeren ikke tilslutter sig, skal dette sammen med dennes begrundelse føres til protokol.

Børn -og unge-udvalget er i deres behandling undergivet de almindelige forvaltningsretlige regler. Heri ligger bl.a., at der ikke må foreligge magtfordrejning. Børn -og ungeudvalget er således i deres afgørelse bundet af de rammer, lovgiver har sat for, hvornår tvangsundersøgelse kan gennemføres. Er kravene hertil således ikke opfyldt, kan undersøgelse ikke finde sted¹¹⁶.

¹¹³ Vejledning nr. 9686 2004 note 98

¹¹⁴ Lov om retssikkerhed og administration på det sociale område -ikke at forveksle med Lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter, med hvilken loven deler kaldenavnet: ”Retssikkerhedsloven ”

¹¹⁵ note 354 s. 133 i vejledning 3 til Serviceloven

¹¹⁶ Som tidligere nævnt, kan dette være, når myndigheden allerede har de tilstrækkelige oplysninger. Her skal der ikke ske tvangsundersøgelse jf. note 326 i vejledning nr. 3 til Serviceloven. Det følger tillige af SSL § 50 stk. 5, at undersøgelsen ikke må være mere omfattende, end formålet tilsiger. I henseende til politiets efterforskning vil dette kunne være problematisk. Specialmyndigheden vil potentielt lang tid før politiet kunne have fået de oplysninger, de har brug for til at afgøre, om der skal træffes foranstaltninger, hvorfor tvangsundersøgelse i overensstemmelse med vejledningen så ikke burde anvendes. Specialmyndighedens bevis for overgreb behøver ikke den samme styrke for at begrunde foranstaltninger, som politiets bevis for at opnå

Af de forvaltningsretlige regler følger officialmaksimen og princippet om kontradiktion, som er kommet til udtryk i høringspligt jf. Lov om retssikkerhed og administration på det sociale område § 4, FVL § 19 stk. 1 og SSL § 74 stk. 2, hvorefter forældremyndighedsindehaveren, barnet, advokat og evt. bisidder forinden afgørelse skal høres¹¹⁷. Er barnet under 12 år, kan høring af barnet undlades SSL jf. § 74 stk. 2. Heri ligger en lidt pudsig lovmæssig uoverensstemmelse, da barnet også har ret til at blive hørt efter SSL § 46 stk. 3. Denne bestemmelse vedrører tillige SSL § 51-afgørelser, men af vejledningen følger det meget klart, at der ikke gælder nogen aldersgrænse, og at selv mindre børns mening skal tillægges vægt og høres på en passende måde i overensstemmelse med deres alder¹¹⁸. Forældremyndighedsindehaver har ikke krav på at være til stede under samtalen med barnet¹¹⁹.

I deres afgørelse skal Børn og ungeudvalget tillige iagttage proportionalitetsprincippet. Dette kommer bl.a. til udtryk ved, at tvangsundersøgelsen skal ske så skånsom som muligt jf. princippet i SSL § 50 stk. 5. Endvidere skal Børn -og ungeudvalget anvende det mindst indgribende skridt, der er nødvendig til opfyldelse af formålet. Dette vil sige, at samtykke i reglen af frivillighedens vej skal være forsøgt opnået forinden¹²⁰.

Særegent for Serviceloven er således, at børn over 15 år er tillagt partsstatus. Således skal barnet partshøres, kan samtykke, har mulighed for aktindsigt, advokat beskikkelse, selvstændig klageadgang og retslig søgsmålskompetence i forbindelse med afgørelser om tvangsundersøgelse.

I de tilfælde, hvor der er akut behov for undersøgelse af barnet, kan formanden for Børn og ungeudvalget foreløbigt træffe afgørelse jf. SSL § 75. Dette vil ofte være nødvendigt i forbindelse med bevissikring og undersøgelse af grundlag for tvangsfjernelse i forbindelse med mistanke om seksuelt overgreb. Selv om sagen efterfølgende, senest inden 7 dage, forelægges

domfældelse jf. tillige ”Straffesystemet i børneperspektiv” s. 119 og 350. Således vil vidneudsagn mv. kunne tænkes tilstrækkelig. Endvidere vil specialmyndighedens formål med undersøgelsen være iværksættelse af foranstaltninger som f.eks. tvangsfjernelse. Disse vil tillige kunne begrundes med en række andre oplysninger, som myndigheden er i besiddelse af. Spørgsmålet bliver da, om specialmyndigheden sagligt må oplyse deres sag udover, hvad der er nødvendig for at træffe afgørelse om foranstaltninger på et tilstrækkeligt oplyst grundlag. Selvsagt kan dette ikke ske alene, af hensyn til politiets efterforskning, hvilke ville være klar magtfordrejning og brud på det organisatoriske specialitetsprincip. I almindelighed formodes det at være sagligt, at sikre et sikkert afgørelsesgrundlag, også ud over hvad der lige akkurat er tilstrækkeligt, hvilke kunne tale for en lempeligere fortolkning end den, der lægges op til i vejledningen.

¹¹⁷ Manglende høring af barnet er en væsentlig formalitetsmangel, der medfører ugyldighed jf. SM O-40-98

¹¹⁸ note 252 s. 83 i vejledning 3 til Serviceloven

¹¹⁹ heller ikke forældrenes advokat jf. U2002.2324V

¹²⁰ note 368 s. 139-140 i vejledning 3 til Serviceloven og SM O-25-98

Børn -og ungeudvalget, er det ikke i retssikkerhedsmæssig sammenhæng betryggende, at man lader en formand, der pr. definition vil være et af de ikke-sagkyndige medlemmer træffe beslutning i sager, som man har vurderet, er af så indgribende karakter, at udvalget skal have dommer og pædagog-psykologsagkyndig repræsentation. Der er i denne forbindelse ved Ankestyrelsen etableret et nødberedskab, hvor udvalgsformænd også uden for den almindelige kontortid kan konferere med ankestyrelsens jurister om problemstillingen. Det bemærkes at Ankestyrelsens direktør tillige har kompetence til at træffe en foreløbig afgørelse om undersøgelse. Qua det manglende over -underordningsforhold kan direktøren imidlertid ikke uden udtrykkelig hjemmel tilsidesætte udvalgsformandens foreløbige afgørelse ved call-in eller tjenestebefaling, men må afvente klage, før afgørelsen kan behandles. Ankestyrelsen er ikke tilsynsmyndighed, men da der er tale om et overordnet klageorgan, må Børn -og ungeudvalgets afgørelser indpasses efter Ankestyrelsens praksis jf. lighedsprincippet.

Afgørelsen skal meddeles skriftligt og skal begrundes jf. SSL § 74 stk. 6 og FVL § 22. Desuden skal der vejledes om klageadgang jf. SSL § 74 stk. 4 og FVL § 24. Afgørelse kan påklages til Ankestyrelsen jf. SSL § 168¹²¹. Da undersøgelsen ofte vil være udført, er klageadgangen i denne forbindelse en anelse hul. Der er almindeligvis ej heller adgang til at tillægge klage opsættende virkning, dog kan styrelseschefen ”under ganske særlige omstændigheder” tillægge klagen opsættende virkning jf. SSL § 168 stk. 3. Det bemærkes i øvrigt, at både forældre og barn der er fyldt 15 år er klageberettigede.

Børn -og ungeudvalgets afgørelser kan gennemføres med politiets bistand jf. SSL § 64 stk. 2. Med henblik på at medtage barnet til tvangsundersøgelse er der adgang til husundersøgelse af forældrenes bolig uden retskendelse. Kompetencen til at vurdere om adgang skal tiltvinges, hvis forældrene modsætter sig, tilkommer alene politiet.

Serviceloven nævner ikke direkte ligesom Retsplejeloven, at indgrebet skal foretages af en læge, men dette følger forudsætningsvist af vejledningen til Serviceloven. Sker undersøgelsen tvangsmæssigt efter SSL § 51, skal dette ske med tilslutning fra afdelingens overlæge¹²². Dette fremgår ikke direkte af bestemmelsen, men en sådan tilslutning må i almindelighed skulle foreligge¹²³. Ligesom ved legemsundersøgelser inden for Retsplejeloven

¹²¹ Da legemsundersøgelsen ikke er afholdt efter Retsplejelovens almindelige regler om efterforskningskridt, kan det næppe antages, at eventuelle tvistigheder tillige kan indbringes for retten med hjemmel i RPL § 746.

¹²² Tilsvarende krav om tilslutning fra administrerende læge kendes indenfor Psykiatriloven

¹²³ note 326 Vejledning nr. 3 Serviceloven

skal lægens tilslutning angå den lægemæssige forsvarlighed. Børn -og ungeudvalgets skøn af hensigtsmæssighed og iagttagelse af retssikkerhedsmæssige principper kan ikke tilsidesættes. Selve undersøgelsen foretages ikke som en decideret retsmedicinsk undersøgelse, men typisk af en læge på børneafdelingen. Selve undersøgelsen kan dog stadig danne grundlag for, at en retsmediciner vil kunne udarbejde en retsmedicinsk erklæring, da man i praksis vil tilsigte at opfylde kriterierne til retsmedicinsk undersøgelse.

Et uafklaret spørgsmål, der tillige kan være teoretisk relevant i forbindelse med tvangsundersøgelsen jf. SSL § 51, er hvorvidt forsvareren, når en sådan er beskikket¹²⁴, skal underrettes om lægeundersøgelsen og have adgang til at være til stede og stille forslag til gennemførelsen heraf jf. RPL § 745 d¹²⁵. En sådan adgang har forsvareren i almindelighed i straffesager, hvor politiets efterforskningskridt vil finde anvendelse som bevis under hovedforhandling. Tvangsundersøgelse efter SSL § 51 afholdes derimod ikke alene eller overvejende med henblik på at tilvejebringe beviser for en straffesag jf. RSL § 9 stk. 1. Men når anklagemyndighedens øverste instans, Rigsadvokaten angiver, at bestemmelsen tillige kan anvendes som alternativ til Retsplejeloven, når samtykke nægtes, taler meget for, at sigtedes rettigheder i hvert fald ikke yderligere udhules heraf. I det omfang man ved, at undersøgelsen tillige tilvejebringer efterforskningsmæssige beviser, forekommer det derfor rigtigst, om forsvareren som udgangspunkt gives adgang til at være til stede. Dette skal også ses i relation til, at den retsmedicinske erklæring nemt får karakter af en ensidig indhentet erklæring. Forsvarerens mulighed for at bestride denne i retten vil være yderst begrænset og genundersøgelse af barnet helt utænkeligt. Derfor sikres iagttagelse af mistænktets retssikkerhed bedst muligt ved, at forsvareren er til stede ved undersøgelsen. Man kunne formode, at domstolene ville lade det spille ind i vurderingen af hvilken vægt, et bevis skulle tillægges, om almindelig retssikkerhedsmæssig hensyn som lejlighed til at forberede sit forsvar og ”equality of arms” er iagttaget jf. EMRK § 6 stk. 3 b¹²⁶. Adgangen må dog begrænses i det omfang, hensynet

¹²⁴ Da der ofte også vil blive tale om videoafhøring af barnet, kan man tillige stå i den situation, at mistænkte eller senere mistænkte vil have fået beskikket en forsvarer jf. RPL § 731 a. Indsættelsen i Retsplejeloven af denne bestemmelse var overvejende af hensyn til at sikre tilstedeværelse af forsvarer under videoafhøringen jf. RPL § 745 e. Det fremgår imidlertid af udvalgsbetænkningen Bet. 1420/2002 s. 101 og afsnit 3.3.2 i bemærkningerne til lovforslaget LFF 2002-12-10 nr. 117, at den beskikkede forsvarer er tillagt samme beføjelser efter Retsplejeloven, som den der formelt er beskikket som forsvarer for sigtet.

¹²⁵ U2005.3319Ø Retsmedicinske undersøgelser (her dog obduktion) med henblik på erklæring omfattet af ”andre efterforskningskridt”.

¹²⁶ jf. Cardot mod Frankrig sag nr. 200 1991. Se afsnit III for mere udførlig gennemgang af emnet

til gennemførelsen tilsiger dette¹²⁷. Noget andet er, at flere forsvarere nok antager, at de opnår større spillerum til at anfægte sagkyndige erklæringer, såfremt de ikke selv har deltaget i udarbejdelsen af disse¹²⁸. Har politiet givet forsvaret adgang hertil, synes der ikke at være nævneværdige grunde til, at retten skulle tillægge en undladelse heraf vægt, medmindre undskyldelige omstændigheder gjorde sig gældende.

Sundhedspersonellets pligt til at medvirke til undersøgelse og udarbejdelse af sagkyndig erklæring kan dels udledes af RPL § 792 e stk. 3 og SSL § 50 stk. 4. Mere generelt fremgår det af § 20 stk. 2 i Lov nr. 451 af 22. maj 2006 om autorisation af sundhedspersoner og sundhedsfaglig virksomhed. Pligten til at medvirke ved udarbejdelsen gennembyrder selvsagt sundhedspersonellets tavshedspligt, hvad angår de oplysninger, der søges oplyst.

Overdragelse til politiet af oplysninger, der er fremkommet ved en tvangsmæssig undersøgelse jf. SSL § 51, kræver dog stadig hjemmel. Undersøgelsen foranstattes ikke af politiet men af specialmyndigheden, og oplysningerne er klart af så personlig karakter, at de er tavshedsbelagte. Det ligger implicit i SSL § 51, at kommunen selvsagt har krav på at modtage frembragte oplysninger fra den undersøgende læge, da der forudsættes et samvirke i bestemmelsen omkring undersøgelsen¹²⁹. Spørgsmålet er da i hvilke omfang, kommunen må videregive oplysningerne. Samtykke til videregivelse til politiet, som tillige vil skulle indhentes fra forældremyndighedsindehaveren, kan næppe forventes indhentet i en situation, hvor tvangsundersøgelse har været aktuel jf. PDL § 8 stk. 2 nr. 1 og FVL § 28 stk. 2 nr. 1. Hjemlen i § 51 til tvangsundersøgelse kan ikke i sig selv fortolkes udvidende til også at muliggøre videregivelse af oplysningerne til andre offentlige myndigheder, herunder politiet. Værdispringsreglerne i FVL § 28 stk. 2 nr. 3 og PDL § 8 stk. nr. 2 giver dog hjemmel til, at man vil kunne videregive oplysninger om alvorlig kriminalitet herunder seksuelle overgreb uden samtykke. Tilsvarende bestemmelse, for så vidt angår undersøgende læges adgang til at videregive oplysningerne direkte til politiet, findes i Sundhedsloven § 43 stk. 2 nr. 2¹³⁰. Selve myndighedens pligt til på anmodning at videregive oplysninger til politiet, der grundet

¹²⁷ Eksempelvis vil lægen kunne vurdere, at gennemførelsen ikke vil være lægelig forsvarlig med flere personer i undersøgelseslokalet. Forsvareren må imidlertid stadig have adgang til at stille supplerende spørgsmål til den undersøgende læge og bede denne redegøre for objektive fund i erklæringen, som forsvaret kunne ønske inddraget under sagen. Dette skal tillige ses i lyset af, at forsvaret ikke har lignende mulighed for efterforskning.

¹²⁸ s. 45 straffeproses /Eva Smith

¹²⁹ Karnov note 94 til Sundhedsloven § 43 stk. 2 nr. 2

¹³⁰ behandlet af Linkis-udvalget ud fra daværende tilsvarende bestemmelse i Lov om patienters retsstilling § 26 stk. nr. 2 jf. Bet. 1420/2002 s. 99.

værdispringsregler er undtaget af tavshedspligt følger af FVL § 31. Selve vurderingen af, om værdispringsreglen er opfyldt, tilkommer imidlertid den myndighed, som ligger inde med oplysningerne¹³¹. Det bemærkes, at Retssikkerhedsloven ikke sætter nogen begrænsninger i forhold til videregivelse og anvendelse af oplysningerne til bevis i retten, når disse er tilvejebragt ved lovligt specialmyndighedsindgreb¹³²

V. Dokumentation af lægeundersøgelse

Under en straffesag bliver det relevant, i hvilken omfang anklagemyndigheden kan dokumentere lægeundersøgelser. Dokumentation kan bestå i skriftlig erklæring¹³³, billed/video dokumentation af lægeundersøgelsen¹³⁴ og afhøring af undersøgende læge, som sagkyndigt vidne.

I Danmark har vi en fri bevisførelse jf. RPL § 874 stk. 1, med enkelte undtagelser i relation til bl.a. dokumenter jf. RPL § 871, hvor rettens tilladelse er påkrævet. Det betyder, at selv beviser, der indhentet ved brud på den almindelige lovgivning, efter omstændighederne kan fremlægges under en straffesag jf. ”den materielle sandheds princip”. Det tilkommer dog retten at udelukke bevis, der er uden betydning for sagen¹³⁵. Desuden tilkommer det retten at nægte bevis, hvis det findes retssikkerhedsmæssigt betænkeligt¹³⁶.

V.A Sagkyndig erklæring som bevis

¹³¹ Når politiet ikke har foranlediget undersøgelsen, vil børneafdelingen typisk i praksis kræve retskendelse, før de videregiver de relevante oplysninger til politiet, af hensyn til at være sikre på at tavshedspligten er behørigt iagttaget. Politiet må da gå frem efter reglerne om editionsplæg jf. RPL § 804 stk. 1.

¹³² Retssikkerhedskommissionen foreslog en særlig bestemmelse om, at oplysningerne ikke kunne anvendes som bevis, såfremt det konkret fandtes retssikkerhedsmæssigt betænkeligt jf. Retssikkerhedsloven med kommentarer s. 121. Bestemmelsen kom ikke med, men domstolene antages i almindelighed at have adgang hertil ud fra alm. retsprincipper bl.a. byggende på EMRK § 6 om ”fair trial”.

¹³³ Dette vil enten være i form af en decideret retsmedicinsk erklæring indhentet af politiet eller af patient journal, som politiet forinden har fået adgang til typisk ved edition.

¹³⁴ Under undersøgelsen anvendes et såkaldt kolposkop, som bedst beskrives som en art kikkert med integreret videokamera. Det har været diskuteret på CBO i Århus, om man tillige skulle foretage lydoptagelse under undersøgelsen, men i øjeblikket er der kun tale om mulighed for grafisk gengivelse. Der er praksis for, at optagelserne ikke anvendes under straffesagen, men at den retsmedicinske erklæring udtømmende beskriver, hvad der ville kunne ses og tolkes ud af billederne. Dette kunne synes at bryde lidt med bevisumiddelbarheden, men omvendt vil optagelserne sjældent i sig selv været særligt sigende for lægmænd, og selv med evt. dørlukning vil fremvisningen kunne virke stødende. Således angiver retsmedicinsk institut i Århus ligefrem direkte i deres informationsmateriale, at optagelserne ikke finder anvendelse under en retssag. Nogen juridisk hindring er der imidlertid næppe herfor.

¹³⁵ Straffeprocessen s. 568 og U1983.500Ø forudsætningsvist

¹³⁶ Straffeprocessen s. 569 og Retssikkerhedsloven med kommentarer s. 121-122.

Det følgende afsnit vil beskæftige sig med forsvarets mulighed for modbevis af indholdet af retsmedicinske erklæringer, tilladelse af bevisførelsen, og hvilken styrke erklæringerne bør tillægges i bevisvurderingen, navnlig i de tilfælde, hvor tiltaltes retssikkerhedsmæssige beskyttelse efter Retsplejeloven ikke er i iagttaget. Dette vil bl.a. ske ved inddragelse af praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Retsmedicinske erklæringer og patientjournaler dokumenteres med hjemmel i RPL § 871 stk. 2 nr. 5 og kræver som udgangspunkt ikke rettens tilladelse. Dette bryder ikke med princippet om umiddelbar bevisførelse, da disse beviser anses som umiddelbare ved selve dokumentets eksistens. Man taler også om såkaldte berettende-dokumenter. Indholdet af retsmedicinske erklæringer udarbejdet til straffesagen bør være objektive beskrivelser af konstaterbare fund. Judicielle komponenter, der indeholder stillingtagen til retsspørgsmål såsom skyld, bør så vidt muligt ikke indgå¹³⁷. Andre vurderinger af selve beviset, herunder dets forhold til det mulige hændelsesforløb kan dog indgå. Trods denne objektive karakter må den retsmedicinske erklæring stadig betegnes som en ensidig indhentet erklæring, medmindre forsvaret involveres i udformningen af den under efterforskningen. Erklæringen dokumenteres typisk ved anklagers oplæsning. Der er nu givet adgang til i RPL § 871 stk. 6 at fravige den tidligere noget formalistiske praksis, hvorefter anklageren skulle holde lange oplæsninger af diverse dokumenter, som ønskedes dokumenteret¹³⁸.

Efter dansk ret er domstolene som udgangspunkt frit stillet i deres vurdering af beviser og deres styrke jf. RPL § 880. I rettens vurdering af, hvilken vægt beviset bør tillægges, indgår imidlertid, om almindelige retssikkerhedsmæssige hensyn er iagttaget¹³⁹.

Dette antages at gøre sig gældende ikke blot for politiets almindelige efterforskningsskridt, men tillige når beviset frembringes af specialmyndigheden gennem SSL § 51. Den omstændighed, at beviser undtagelsesvist frembringes af specialmyndigheden frem for af politiet, selvom mistankekravet "rimelig mistanke" er opfyldt, må ikke konkret udhule sigtedes retssikkerhed yderligere, end at samtykke kan undlades. Hvor sigtede i Retsplejeloven er tillagt en retssikkerhedsmæssig begunstigende stilling, taler meget for at lade bestemmelsen finde analog anvendelse, hvor dette er foreneligt med gennemførelsen efter Serviceloven. Her

¹³⁷ Jørn Vestergaard - "flere slags culpa -om god skik og sagkyndigt bevis", Festskrift til Nils Jareborg s. 675

¹³⁸ Om end praktisk for en smidigere sagsbehandling synes dette til dels at bryde med princippet om offentlighed i RPL § 28 a, da eventuelle tilhørere ikke i samme grad får mulighed for at gøre sig bekendt med, på hvilke grundlag tiltalte ønskes dømt.

tænkes eksempelvis på forsvarets indflydelse og tilstedeværelsesret ved visse efterforskningskridt jf. RPL § 745 d, nærmere behandlet ovenfor.

Foruden de udtrykkelige bestemmelser i Retsplejeloven, påberåbes EMRK Art. 6's krav om "Fair Trial" i stadig større grad indenfor dansk ret til belysning af, om tiltaltes retssikkerhed er behørigt tilgodeset. Centralt i samlebegrebet "Fair Trial" er retten til at få sin sag for en domstol, samt at tiltalte er uskyldig, indtil det modsatte er bevist -in dubio pro reo. Herudover opregnes i stk. 3 en række andre fundamentale hensyn til tiltaltes retssikkerhed. Et af de retssikkerhedsmæssige hensyn, der er særligt aktualiseret ved brug af lægeerklæringer som beviser, er princippet om "Equality of Arms"¹⁴⁰. Herved forstås, at tiltalte gennem sin forsvarer principielt gives beføjelser tilsvarende ("equality") anklagemyndighedens. Dansk bygger i straffesager på en akkusatorisk proces, hvor det som udgangspunkt er anklagemyndigheden, der varetager sagens oplysning. Ideelt sker dette objektivt. Det lighedsprincip¹⁴¹, der er indeholdt i dansk rets partsprincip såvel som "equality of arms" begrebet; må således tilgodeses ved, at tiltalte ved sin forsvarer så vidt muligt inddrages i politiets efterforskning og har mulighed for at have indflydelse på tilrettelæggelsen heraf¹⁴².

Endvidere betyder det, at forsvareren, får mulighed for at kontrollere og modbevise anklagemyndighedens beviser. Til trods for retsmedicinske erklæringers objektive karakter må de stadig betragtes som ensidigt indhentede erklæringer. Selvsagt vil modbevis i form af, at forsvaret foretager deres egen gynækologiske lægeundersøgelse, være utænkeligt¹⁴³, men forsvaret har ret til selv at indhente sagkyndige erklæringer¹⁴⁴ og føre sagkyndige vidner, der evt. vil kunne påvise mangler ved udformningen af erklæringen eller beskrivelserne af de objektive fund. Dette fænomen kendes fra udenlandsk ret som "Battle of Experts", hvor forsvar og anklagemyndighed møder med hver deres sagkyndige vidner. Begrebet er dansk strafferet fremmed men ikke uset. I den meget medieomtalte Roum-sag var det netop et sagkyndigt

¹³⁹ EMRK Art 6

¹⁴⁰ Foucher mod Frankrig EMD af 19, marts 1997, Neumeister mod Østrig EMD 8 1968, Engel og andre mod Holland EMD 22 1976 og Cardot mod Frankrig EMD 200 1991

¹⁴¹ s. 83 Modafhøringer af vidner 1.udg. /Marianne Holdgaard Bukh

¹⁴² som nævnt ovenfor, bliver det særligt relevant i relation til SSL § 51, om en analog anvendelse af Retsplejelovens regler skal finde sted for at sikre forsvareren almindelige ret i straffeprocessen til at være til stede og adgang til stille forslag med hensyn til gennemførelsen af det pågældende efterforskningskridt jf. RPL § 745 d.

¹⁴³ allerede fordi forsvaret med sikkerhed ikke har hjemmel til tvangsindgreb i deres efterforskning jf.

Højesteretsdommer Thomas Rørdam i TfK. 2004 s. 631

¹⁴⁴ tilladelse til at anvende sagkyndige erklæringer er mere betænkeligt end sagkyndige vidner, da der til dels

modbevis, der foranledigede Klagerettens genoptagelse af sagen¹⁴⁵ og den efterfølgende frifindelse¹⁴⁶. Betydningen af tiltaltes mulighed for at anfægte ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer belyses endvidere af, at danske domstole er tilbøjelige til at lægge disse uprøvet til grund, når dommerne ikke selv besidder den fornødne indsigt¹⁴⁷.

Forsvarets anvendelse af sagkyndig bistand til undersøgelse af beviser og udarbejdelse af erklæringer nærmer sig egentlig efterforskning. Om forsvaret har adgang til en sådan efterforskning har været og er til stadighed omdiskuteret¹⁴⁸. Dette udspringer af Retsplejelovens ordlyd om, at efterforskning forstås af politiet jf. RPL § 742. Dette er af nogle teoretikere såvel som praktikere taget til indtægt for, at politiet er tillagt et efterforsknings monopol¹⁴⁹. Thomas Rørdam angiver, at forsvaret skal have mulighed for at foretage sagkyndig vurdering af beviser¹⁵⁰. For at dette er muligt, skal beviset (lægeerklæring og eventuelle foto/videoptagelser) udleveres af politiet, som også skal godkende at dette videregives til tredjemand jf. RPL § 729 a stk. 3. Hertil kræves, at udleveringen er ubetænkelig. Thomas Rørdam angiver, at såfremt forsvareren efter anmodning til retten får stillet sagkyndig bistand til rådighed, kan der heri indlæses en godkendelse af udleveringen af materialet, således at politiets samtykke ikke er påkrævet. Forsvarets fremlæggelse af sagkyndige erklæring kræver rettens tilladelse jf. RPL § 871 stk. 4. Forsvarets erklæringer vil ikke ligesom politiets direkte være omfattet af RPL § 871 stk. 2 nr. 5, da det ikke, som omtalt i bestemmelsen, er et led i offentligt hverv at udarbejde sådanne sagkyndige erklæringer for forsvaret (medmindre retten på forsvaret vegne anmoder herom). Finder retten det i øvrigt påkrævet, kan en lægeerklæring under efterforskningen på begæring forelægges Retslægerådet med henblik på ”skøn” jf. Lov om Retslægerådet § 1 jf. RPL § 746. En nægtelse af forsvarets mulighed for at føre modbevis i form af sagkyndig erklæring/vidne vil således i tilfælde, hvor forsvaret ikke har været inddraget i udarbejdelsen af den oprindelige erklæring, kunne være et brud på princippet om Equality of

brydes med princippet om bevis umiddelbarhed. Nærmere vedrørende tilladelse se nedenfor.

¹⁴⁵ 20.5.1994, G-053-92; meddelelse nr. 20/1996 størrelsen af pigens skedeåbning umuliggjorde ifølge Retslægerådet det påståede hændelsesforløb

¹⁴⁶ V.L.7.4.1995 Et enigt nævningeting fandt de tiltalte skyldige, men de 3 juridiske dommere lod sagen gå om. Rigsadvokaten frafaldt tiltale. For udførlig beskrivelse af sagen, se s. 321 Straffesystemet i børneperspektiv

¹⁴⁷ jf. 673 Festskrift til Nils Jareborg /v. Jørn Vestergaard

¹⁴⁸ TfK 2004 s 631, TfK 2001 s. 123, TfK 2005 s. 199, Straffeprocessen s. 322ff

¹⁴⁹ Michael Jørgensen antager således (lidt alene), at forsvaret slet ikke har adgang til sagkyndige moderklæringer TfK2005 s. 199. Denne antagelse er åbenlys forkert, i hvert fald i de tilfælde, hvor forsvaret ikke har været medinddraget udformningen af den oprindelige undersøgelse. Formodningen synes at bygge på en noget naiv tro på at politiets egne erklæringer er objektive og ikke er ensidigt indhentet.

Arms¹⁵¹.

Retten skal ex officio påse overholdelse af EMRK's regler i forbindelse med straffesager¹⁵². Selvom beviser er tilvejebragt på en måde, der bryder med almindelige retssikkerhedsmæssige hensyn, er det ikke dette, der i sig selv konstituerer et brud på EMRK Art. 6 stk. 3 om "Fair Trial". Det afgørende er derimod, hvilken vægt domstolene tillægger beviset. En fravigelse af tiltaltes almindelige retssikkerhedsmæssige garantier under efterforskningen kan også opvejes ved, at retten processuelt kompensere for dette, eksempelvis ved at forsvaret gives mulighed for at føre sagkyndigt modbevis og indkalde og afhøre den undersøgende læge. En anden mulighed kunne være, at retten forelagde forsvarerens eventuelle spørgsmål til erklæringens udformning som syn og skøn for Retslægerådet jf. RPL § 196¹⁵³.

Er tiltaltes almindelige retssikkerhedsmæssige beskyttelse igennem Retsplejeloven og EMRK imidlertid ikke iagttaget, og er der ikke på anden vis processuelt kompenseret for, må retten tillægge det vægt i bevisvurderingen. Dette princip kan bl.a. udledes af menneskerettighedsdomstolens præmisser i Doorson mod Holland sag nr. 3/1997 s. 173:

"Nevertheless, no violation of article 6 para. 1 taken together With Article 6 para. 3 (d) (art. 6-1+art. 6-3-d) of the Convention can be found if it is established that the handicaps under which the defence laboured were sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities".

Er tilsidesættelsen af de retssikkerhedsmæssige hensyn særlig grov, må retten ex officio vurdere, hvorvidt beviserne overhovedet skal admitteres¹⁵⁴. Danske domstole er i almindelighed inden for strafferetsplejen¹⁵⁵ tilbageholdende med helt at afskære bevis jf. "Den materielle sandheds princip". Det følger imidlertid af EMD's praksis omkring "Fair trial" i Art. 6, at beviset ikke må stå som eneste bevis ("sole evidence") i retten, i sager hvor almindelige

¹⁵⁰ jf. TFK 2004 s. 631 Dette følger tillige af retspraksis jf. U85.312/2H og U 1999.556Ø

¹⁵¹ Jørgen Aalls doktordisputats - "Rettergang og Menneskerettigheder" s. 221, byggende på redegørelse af EMD's praksis i Bönisch mod Østrig Sag. 92 1985

¹⁵² jf. bemærkningerne hertil Folketingstidende tillæg A, 1991/92 spalte 5470

¹⁵³ retsplejelovens anden bog er fælles for den borgerlige og strafferetlige retspleje. Retslægerådet afhjemler som udgangspunkt udelukkende skøn skriftligt. Imidlertid vil dette næppe forekomme i praksis grundet den lange sagsbehandlingstid, der ligger forud for en sådan erklæring.

¹⁵⁴ Straffeprocessen s. 569 og Retssikkerhedsloven med kommentarer s. 121-122.

¹⁵⁵ Inden for den civile retspleje er domstolene omvendt utilbøjelige til at tillade ensidigt indhentede erklæringer.

retssikkerhedsmæssige hensyn er tilsidesat¹⁵⁶. EMD lægger op til, at man i denne situation ikke kan lade beviset stå alene, hvorfor man må frikende. Det er nok tvivlsomt, om danske domstole vil tilslutte sig dette, hvis man i praksis stod med et fældende bevis. EMD's praksis bygger i høj grad på angelsaksisk ret, hvor man er langt mindre tilbøjelig til at admittere ulovligt fremskaffet bevis. Sager om seksuelt misbrug af børn er typisk kendetegnet ved den yderst sparsomme mængde af beviser, dog vil lægeerklæringen som oftest være et supplement til videoafhøringen af barnet, og således i reglen ikke stå som "sole evidence".

Til trods for at retten ex officio kan påse iagttagelse af almindelige retssikkerhedsmæssige hensyn, og således ikke er bundet af parternes påstande, er det ofte som udgangspunkt forsvareren, der må gøre eventuelle indsigelser gældende [uden ophold], efter denne har modtaget anklagemyndighedens bevisfortegnelse jf. RPL § 841 stk. 1 jf. RPL § 838 stk.

V.B Sagkyndig vidneforklaring fra undersøgende læge

I følgende afsnit vil det blive behandlet, hvorledes og hvornår den undersøgende læge bør indkaldes som vidne for retten, og i hvilke omfang vidnefritagelsesreglerne kan få indflydelse på vidnepligten.

Udgangspunktet vil være, at den sagkyndiges erklæring vil kunne træde i stedet for en egentlig vidneafgivelse jf. RPL § 871 stk. 2 nr. 5. Som nævnt, bør undersøgende læge kunne indkaldes som sagkyndigt vidne i de tilfælde, hvor forsvareren ikke har været involveret i udarbejdelsen af temaet for lægeerklæringen jf. § 745 d¹⁵⁷. Herved gives forsvareren mulighed for at få belyst eventuelle spørgsmål, princippet om kontradiktion varetages, og forsvarers handicap under efterforskningen kompenseres tilstrækkeligt, som det kræves ud fra præmisserne i Doorson-sagen refereret ovenfor. Set fra anklagemyndighedens synspunkt er dette også hensigtsmæssigt, da man må formode, at domstolene vil tillægge en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring mere vægt som bevis, når denne suppleres med en sagkyndig vidneforklaring med mulighed for kontradiktion.

Den almindelige vidnepligt følger af retsplejeloven § 168, Læger har som udgangspunkt tavshedspligt vedrørende de oplysninger, der kommer til deres kendskab gennem deres

¹⁵⁶ Unterpertinger mod Østrig EMD 110 og Asch mod Østrig EMD 203

¹⁵⁷ Dette er der imidlertid ikke praksis for

virksomhed, og har som følge heraf ej heller vidnepligt jf. RPL § 169 stk. 1 og § 170 stk. 1. Det bemærkes i relation til § 170 stk. 1, at det ej er pågældende læge, der kan tage stilling til, hvorvidt man ønsker at påberåbe sig bestemmelsen, men den som har krav på hemmeligholdelse. Dette vil sige barnet. Problemstillingen omkring forældresamtykke gør sig også her gældende. Må lægen afgive forklaring mod forældrenes ønske i en sag, hvor de selv er mistænkte?

Som det tidligere er nævnt, gennembrydes tavshedspligten, når det følger af anden lovgivning, at lægen har pligt til at udfærdige erklæring til brug for anden offentlig myndighed. Det må ligges til grund, at dette tillige gælder mundtlig afhjæmning i retten af erklæringens indhold. Lægen kan altså indenretligt afhøres som sagkyndigt vidne om oplysningerne i lægeerklæringen uden at komme i karambolage med vidnefritagelsesreglerne.

Anderledes forholder det sig med oplysninger, der under undersøgelsen måtte være kommet til lægens kundskab, og som ikke har været til brug for udarbejdelse af sagkyndig erklæring. Her tænkes bl.a. på den ikke helt utænkelige situation, at barnet under undersøgelsen udtaler sig om overgrebet og gerningsmanden. En anden relevant situation er, hvor praktiserende læge under en undersøgelse, uden udarbejdelse af erklæring for øje, bliver opmærksom på at et muligt overgreb har fundet sted. I disse tilfælde gælder tavshedspligten og dermed vidnefritagelsen stadig.

Afgivelse af vidneforklaring vil i disse tilfælde som udgangspunkt kræve samtykke fra forældrene og ”større børn”. Kan dette ikke opnås, kan retten pålægge lægen at afgive forklaring jf. § 170 stk. 2. Hertil kræves, at forklaringen er af afgørende betydning for sagens udfald, og sagens beskaffenhed og dens betydning for vedkommende part eller samfundet findes at berettiger dertil. Dette omfatter klart de situationer, hvor der er mistanke om overgreb på børn¹⁵⁸, hvorfor retten kan meddele pålæg til at afgive forklaring for retten¹⁵⁹.

VI. Konklusion

¹⁵⁸ jf. Karnov note 742 til § 170 stk. 2 med direkte henvisning til tidligere § 36 i Serviceloven, der uden redaktionelle ændringer er videreført i SSL § 154, om underretningspligt ved kendskab til vanrøgt af børn. I Karnov's note 423 hertil fremgår det at lægers tavshedspligt ikke fritager fra anmeldelsespligt.

¹⁵⁹ Mere problematisk forholder det sig, hvis politiet under efterforskningen ønsker at gøre sig bekendt med, hvilke oplysninger lægen i barnets fortrolighed måtte være blevet bekendt med. Her kan retten ikke pålægge lægen at udtale sig, men lægen kan gøre det, såfremt denne finder at værdispringsreglen i SL § 43 stk. 2 nr. 2 berettiger dertil. I øvrigt vil denne have pligt til at underrette de sociale myndigheder ved viden om vanrøgt af et barn, uanset den almindelige tavshedspligt jf. SSL § 154.

Forståelsen af det koordinerende samarbejde om efterforskning mellem politi og kommune forudsætter en dybdegående analyse ikke blot af strafferetsplejen men tillige af forvaltnings, social -og sundhedsretlige regler. Den evige fare består i, at ensidigt belyse problemstillingen fra en myndigheds synsvinkel, uden at have for øje at også andre myndigheder på området agerer sideløbende. Mit udgangspunkt er taget i politiets efterforskning, men beskrivelsen er forsøgt fremstillet med den fornødne skelen og hensyntagen til andre myndigheders sagsbehandling. Man bør også altid erindre, at juridisk teori og praksis ikke ubetinget er forenelige. Således behandler denne fremstilling tillige en række mellem praksis og teori divergerende områder, og opstiller konkrete løsningsforlag herpå.

Problematiske er det tillige, at man inden for de sociale myndigheder ikke har nogen generel bindende regulerende praksis. Således ser man i diverse vejledninger fra interesseorganisationer samt i myndigheders interne regler en række mere eller mindre korrekte forsøg på at hjælpe forvaltningen i deres anvendelse af reglerne. Det tidligere Socialministerium har forsøgt at give generel vejledning på området. Denne er imidlertid ikke bindende for kommunerne grundet manglende lovmæssig bemyndigelse af kompetence til at fastsætte overordnede retningslinjer. Her kunne det være hensigtsmæssigt, om en sådan hjemmel blev tilvejebragt, og at vejledningerne dels blev gjort bindende og dels gjort mere overskuelige, da de pt. er af et omfang, der for de fleste ikke-juridiske forvaltningsmedarbejdere må forekomme uoverskueligt. Særlig vigtigt synes en klarlæggelse af kommunens anmeldelsespligt at være. Det er åbenbart uhensigtsmæssigt, at man i underretningspligten SSL §§ 153-154 har givet hjemmel til at samle oplysninger om overgreb hos kommunerne, uden andetsteds at angive hvordan kommunerne skal forholde sig til disse oplysninger, for så vidt angår den videre strafferetlige behandling af sagen. Hvad angår selve underretningspligten til kommunen, kunne man spørge, om en sådan pligt for almindelige borgere har nogen virkning uden sanktion¹⁶⁰. Bestemmelsen har uden tvivl stadig en vis signalværdi om vort fælles ansvar overfor de, som ikke kan tage vare på sig selv. Spørgsmålet er så blot hvor mange almindelige mennesker, der er bekendt med, hvad der egentlig står i Serviceloven.

Beskrivelsen af dette emne har været kendetegnet ved, at den juridiske litteratur ikke tidligere har beskæftiget sig nævneværdigt med området, hvilke afspejler sig i, at

¹⁶⁰ bestemmelsen er ikke længere selvstændig sanktioneret, og Strfl § 141 forudsættes ikke at bringes i anvendelse. For offentligt ansatte er der som nævnt en vis sanktionering i Strfl § 156 og 157

udgangspunktet er taget i lovgivers forarbejder, herunder diverse betænkninger. Emneområdet er også kendetegnet ved at være et særrområde, som lovgiver ikke nødvendigvis altid har haft for øje i deres udformning af regulerende love. Således må visse bestemmelser fortolkes udvidende for at kunne indpasses i en praktisk anvendelse¹⁶¹. For andres vedkommende er man tvunget ud i alternative løsninger, som ikke forekommer naturlige. Det konkluderedes således, at brug af Servicelovens regler som alternativ til Retsplejelovens regler om legemsundersøgelse nok er mulig, men at det langt fra er nogen optimal løsning. Selve problemstillingen i sig selv udspringer formentlig af, at lovgiver aldrig har haft den situation for øje; at det er den samtykkegivende forælder, som er mistænkt. I stedet for at opstille sådanne alternative løsninger på problemet, ville det være hensigtsmæssigt, om lovgiver gav hjemmel til, at retten kunne pålægge gennemførelsen af det ønskede indgreb på politiets anmodning. Herved ville legemsundersøgelse som efterforskningskridt rettelig holdes inden for Retsplejeloven, hvor det naturlig hører hjemme. En sådan adgang for retten til at meddele pålæg ville ganske tilsvare, hvad man har inden for en lang række andre indgreb.

Barnets medinddragelse i gennemførelsen af lægeundersøgelse lever i øjeblikket, i lighed med ofrets rolle under straffeprocessen generelt, en stille tilværelse. Det har flere gange været diskuteret, hvorvidt det var hensigtsmæssigt at tilvejebringe hjemmel, for at ”større børn” skulle samtykke til legemsundersøgelsen. Hidtil har man forladt sig på, at dette nok blev indhentet i praksis. Respekten for barnets personlige integritet og mulige interessekonflikt ville tilsige, at man klart fastslog ved lov, at samtykke også inden for strafferetsplejen burde indhentes fra børn over 15 år. Således ville man bringe sig på linje med praksis og de to andre love på området, Serviceloven og Sundhedsloven.

Domstolene synes generelt at tillægge selve lægeundersøgelsen stor vægt. Dels er det ofte eneste tekniske bevis, og dels besidder de ikke selv sagkundskaben til at kunne konkludere væsentlig anderledes på undersøgelsen, end hvad erklæringen er nået frem til. Som det er blevet belyst med perspektivering til EMD's praksis, tilsiger iagttagelse af principperne “equality of arms” og “fair trial”, at forsvaret i vidt omfang, og nok også i større end det er tilfældet i dag, gives adgang til at føre modbevis mod disse ensidigt indhentede erklæringer.

Det er mit håb, at denne fremstilling har kunne bidrage til belysning af områdets mange problemstillinger, og forhåbentlig også redegjort for mulige løsninger på nogle af

¹⁶¹ Eksempelvis Retssikkerhedsloven (om tvangsindgreb og oplysningspligter) § 9 stk. 2.

disse.

FORKORTELSER:

| | |
|-------------------|---|
| Børnekonventionen | FN-konventionen af 20. November 1989 om Barnets Rettigheder |
| FAL | Forældreansvarsloven Lov nr. 499 af 6. juni 2007 |
| KSL | Kommunestyrelsesloven Lbk. 1060 af 24. oktober 2006 |
| Linkis-udvalget | Justitsministeriets arbejdsgruppe om gennemførelse af straffesager om seksuelt misbrug af børn (Bet. Nr. 1420/2002) |
| RM | Rigsadvokatens meddelelser |
| RPL | Retsplejeloven Lbk. nr. 1261 af 23. oktober 2007 |
| RSL | Lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter Lov nr. 442 9. juni 2004 |
| SL | Sundhedsloven Lbk. nr. 95 7. februar 2008 |
| SM | Sociale meddelelser (i dag ankestyrelsens principafgørelser) |
| SRL | Socialretssikkerhedsloven Lbk. nr. 1047 af 27. august 2007 |
| SSL | Lov om social service Lbk. nr. 1117 af 26. september 2007 |
| VML | Værgemålsloven Lbk. nr. 1015 af 20. august 2007 |

BIBLIOGRAFI

Bøger

Bernhard Gomard, Kommenteret Retsplejelov 5. udg.

Beth Grothe Nielsen, Straffesystemet i børneperspektiv - seksuelle overgreb mod børn i familien 2. udg.

Beth Grothe Nielsen, Så græd jeg lidt for mig selv : hvad børn kan berette om overgreb - en udfordring til systemerne 1. udg.

Beth Grothe Nielsen, Seksuelle overgreb mod børn i familien : et offerperspektiv på straffesystemet, 1. udg.

Eva Smith: "Behandling af sager om seksuelle overgreb mod børn", Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen 2004

Eva Smith mfl., Straffeprocessen 1. udg.

Eva Smith, Straffeprocessen - grundlæggende regler og principper 6. udg.

Gorm Toftegaard-Nielsen, Straffesagens gang 4. udg.

Helle Bødker Madsen, Patientbehandling og forvaltningsret 1. udg.

Helle Bødker Madsen, Sundhedsret 1. udg.

Johs. Andenæs, Norsk Straffeprocess bind. 1-2 3. udg.

Jørgen Lange Thomsen, Retsmedicin Nordisk Lærebog, FADL 2004

Marianne Holdgaard Bukh, Modafhøring af vidner - menneskeretlige krav i straffeprocessen 1. udg

Ole Hasselgaard m.fl., Retssikkerhedsloven med kommentarer 1. udg.

Peer Lorenzen, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer 2. udg.

Ulla Hybel, Sundhedsret - for sygeplejersker 1. udg.

Betænkninger

Straffelovsbetænkningen (U 1) af 1912 "Et gennemsyn af den almindelige borgerlige Straffelovgivning"

Straffelovsbetænkningen (U 2) af 1917 Udkast til Love vedrørende den borgerlige Straffelovgivning med motiver / Carl Torp

Betænkning nr. 1104/1987 om legemsindgreb under efterforskning

Betænkning nr. 1420/2002 om gennemførelse af straffesager om seksuelt misbrug af børn

Betænkning nr. 1431/2003 om strafprocessuelle tvangsindgreb over for børn under den kriminelle lavalder

Betænkning nr. 1428/2003 Retssikkerhedskommissionens betænkning

Betænkning nr. 1475/2006 Barnet Perspektiv

Artikler

Birgit Sommer, "Mulighederne i lovgivningen for at beskytte børn"
Optrykt i "Overgreb mod børn" 5. Udg. /Det Kriminalpræventive Råd 2005

Beth Grothe Nielsen, "Barnet i retssystemet før og nu"
tilgængelig på www.siso-boern.dk. Videncentret for sociale indsatser ved seksuelle overgreb mod børn.

Steffen Brunés, "Præsters Tavshedspligt" /Optrykt Præsteforeningens blad s. 329
1994

Professor Annie Vesterby Charles "Retslægelige undersøgelser af børn udsat for seksuelt overgreb" /Optrykt ugeskrift for læger 2006 s. 3511

Diverse artikler optryk i ugeskrift for retsvæsen er angivet med deres sidenummer i teksten.

Handleplaner og vejledninger

Regeringens handlingsplan om bekæmpelse af seksuelt misbrug af børn
August 2003

Vejledning om lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter. Nr. 9686 december 2004

Vejledning nr. 3 til Serviceloven. Vejledning om særlig støtte til børn og unge og deres familie af 5. december 2006 / Socialministeriet

Overgreb mod børn -ser du det? Gør du noget 5 udg.
/Det Kriminalpræventive Råd 2005

“Dialoghåndbogen” -håndbog til hjælp af børn og unge gennem dialog og samarbejde med forældrene/Socialministeriet 2004

Underretninger om børnemishandling -seksuelt misbrug, vold og anden mishandling /Århus kommune 2005 (interne regler ej offentlig tilgængelig)

Videregivelse af oplysninger (om børn og familier) FRA det sociale område efter reglerne i forvaltningsloven og persondataloven /Århus Kommune 2005 (interne regler ej offentligt tilgængelig)

Socialcentrets opgaver ved modtagelse af § 153-underretning /Århus kommune 2006 tilgængelig på www.aarhuskommune.dk

Samarbejde & underretning - når børn, unge og deres familie har brug for hjælp /Århus kommune 1999