



UiT Norges arktiske universitet

Det Juridiske Fakultet

## **Betydningen av EMDs praksis på straffeprosessens område**

Med fokus på opplesning av tidligere avgitt vitneforklaring under hovedforhandling

Kjærstin Marthine Müller

Masteroppgave i Rettsvitenskap JUR-3902 Høst 2019

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Bakgrunn .....	2
1.3	Avgrensninger .....	3
1.4	Metodiske betraktninger.....	3
1.5	Straffeprosessuelle grunnprinsipper.....	7
1.6	Den videre fremstilling.....	9
2	Tiltaltes rett til krysseksaminasjon.....	10
2.1	Innledning.....	10
2.2	Opplesningsadgang etter straffeprosessloven .....	11
2.3	Opplesningsadgang etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d .....	13
3	Rettsutvikling av eksaminasjonsretten i EMD og høyesterettspraksis frem til 2011.....	15
3.1	Innledning.....	15
3.2	Utvikling i EMDs praksis før kursendring i 2011 .....	16
3.3	Høyesteretts bruk av EMDs praksis før kursendring .....	20
3.4	EMDs behandling av saken inntatt i Rt. 2004 s. 97 .....	27
4	Tiltaltes rett til krysseksaminasjon som en skranke for bevisføringen etter 2011 .....	31
4.1	Innledning.....	31
4.2	Situasjoner hvor tiltalte ikke har fått krysseksaminert vitnet før hovedforhandling	32
4.2.1	Faktum i storkammerdommene Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatchaswili mot Tyskland.....	32
4.2.2	Relativisering av rettstilstanden etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland .....	33
4.3	Hvilken betydning har kursendringen i EMD hatt for Høyesterett? .....	39
4.4	Situasjoner hvor siktede har fått anledning til å krysseksaminere vitnet før hovedforhandling.....	42
5	Forholdet til nasjonal suverenitet .....	44

5.1	Innledning.....	44
5.2	Hvilke utfordringer skaper dynamisk tolkning?.....	44
5.3	Forholdet til statssuverenitetsprinsippet og subsidiaritetsprinsippet.....	47
5.4	Rettspolitiske grunner til å legge EMDs tolkning av EMK til grunn.....	49
6	Kildeliste .....	52
6.1	Bøker .....	52
6.2	Artikler .....	52
6.3	Lover .....	53
6.3.1	Norske lover .....	53
6.3.2	Konvensjoner.....	54
6.3.3	Utenlandske lover.....	54
6.4	Lovforarbeid.....	54
6.5	Rettspraksis .....	55
6.5.1	Høyesterettsavgjørelser .....	55
6.5.2	Avgjørelser fra EMD.....	55
6.6	Andre kilder.....	56

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) innvirkning på norsk straffeprosessrett. Problemstillingen er hvilken betydning EMDs praksis har, for adgang til opplesning av tidligere avgitte vitneforklaringer under hovedforhandling. Problemstillingen vil omfatte praksis fra EMD og Høyesterett. Praksisen tar for seg situasjoner hvor vitnet møter til hovedforhandling, men nekter å forklare seg, og situasjoner hvor vitnet ikke møter. Oppmerksomheten vil rettes mot tiltaltes rett til krysseksaminasjon av vitner som føres mot vedkommende. I de ulike situasjonene er det avgjørende hvor langt eksaminasjonsretten rekker for om en forklaring kan leses opp, eller ikke. Både lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåter i straffesaker straffeprosessloven (heretter strpl.) §§ 296 og 297, og konvensjon av 4. november 1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d, er av sentral betydning for temaet i avhandlingen.

I norsk rett er straff definert som et onde staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.<sup>1</sup> Med hensyn til at straff er en reaksjon som skal føles som et onde, stilles det strenge krav til hvordan en straffesak gjennomføres fra begynnelse til slutt. Det stilles krav fra både nasjonale og internasjonale menneskerettigheter, og straffeprosessloven. Straffeprosessens funksjon innenfor rammen av strafferettspleien er å sikre at straffbare handlinger avdekkes, og at skyldige personer straffes og uskyldige frifinnes.<sup>2</sup> Systemet må utformes slik at det gir en svært høy grad av sikkerhet.<sup>3</sup>

Flere internasjonale konvensjoner har betydning for innholdet av straffeprosesslovens regler, om opplesningsadgang av tidligere avgitt vitneforklaring. Av særlig betydning er EMK artikkel 6. nr. 3 bokstav d.<sup>4</sup> EMD har i et stort antall saker avsagt avgjørelser som har presisert og utviklet krav som stilles til behandling av straffesaker etter EMK artikkel 6. Disse presiseringene må norske domstoler forholde seg til, da konvensjonen er inkorporert.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Rt. 2017 s. 1207. Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 20 Om lov om straff (straffeloven).

<sup>2</sup> NOU 2016: 24 side 119 Ny straffeprosesslov.

<sup>3</sup> Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2019 s. 27.

<sup>4</sup> Se også FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 3 bokstav e.

<sup>5</sup> Jon Petter Rui, «Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017», *Jussens venner*, 2017 s. 123-184 (s. 3).

I dag har EMD en større rolle i norsk rett enn hva den hadde for noen år tilbake. I tråd med utvikling av lover, nye Grunnlovsbestemmelser om menneskerettigheter, og rettspraksis har EMDs utvikling skutt fart i norske domstoler.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen tolker konvensjoner i samsvar med samfunnsoppfatninger. EMD fremhevet i *Tyrer mot Storbritannia* (1978) at EMK er et «living instrument». <sup>6</sup> Det betyr at EMD må sørge for at rettighetene i EMK tilpasses endrede samfunnsforhold, og nye problemområder. Konvensjonen er ment som et effektivt instrument for håndhevelse av grunnleggende rettigheter med en dynamisk tolkningsstil. Som et resultat av at konvensjonen er et levende instrument er rekkevidden av EMKs rettighetskatalog i stadig endring. På samme tid som konvensjonen kan skape visse utfordringer på nasjonalt nivå, er det viktig å huske på at konvensjonen er ment som et effektivt instrument for håndhevelse av grunnleggende rettigheter og friheter.<sup>7</sup>

## 1.2 Bakgrunn

Hvilken betydning EMDs praksis har for straffeprosessretten er et veldig omfattende spørsmål, som rommer en rekke ulike problemstillinger. Problemstillingen i denne avhandlingen som omfatter opplesningsadgang av vitneforklaringer, er interessant av flere grunner. Blant annet er det interessant hvordan internasjonal rett påvirker nasjonal rett gjennom tankeprosesser, inspirasjon, motivasjon og konfrontasjon.

En sentral rettsikkerhetsgaranti i straffesaker er at siktedes forsvarer har rett til å krysseksaminere vitner.<sup>8</sup> Retten til krysseksaminasjon sammenholdt med retten til rettferdig rettergang etter EMK er påberopt i flere høyesterettsavgjørelser, og er dermed et sentralt rettsspørsmål. Balansen mellom de vernede interessene i EMK er ikke alltid konstant. Det er likevel aktuelt å se hvordan internasjonal rett påvirker rettsanvendelsen i norsk rett, og hvordan EMDs praksis anvendes i nasjonale domstoler.

Det er mange dommer på området for opplesning av tidligere avgitt vitneforklaring. I tillegg har det vært en utvikling gjennom EMDs rettspraksis, samt praksis fra Høyesterett. Temaet

---

<sup>6</sup> *Tyrer mot Storbritannia*, søkenummer 5856/72, dom av 25. april 1978 avsnitt 31.

<sup>7</sup> Arnfinn Bårdsen, «Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK», *Ryssdal-seminaret*, Oslo 2017 s. 2.

<sup>8</sup> *Rui* 2017 s. 134.

for avhandlingen er følgelig komplekst, noe som gir behov for en grundig behandling. En slik grundig behandling kan bidra til å skape oversikt over utviklingen og innholdet i rettighetene.

### **1.3 Avgrensninger**

Avhandlingens formål er å redegjøre for hvilken betydning EMDs praksis har for opplesningsadgang av tidligere avgitte vitneforklaringer under hovedforhandling, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Det vil fremsettes noen merknader til EMK artikkel 6. nr. 1 om retten til rettferdig rettergang, men utover dette vil det ikke foretas en nærmere behandling.

Videre avgrenses avhandlingen mot opplesningsadgangen i ulike typetilfeller. Eksempelvis avgrenses oppgaven mot tilfeller hvor vitnet er anonym, psykisk utviklingshemmet, sakkyndig eller mindreårig. Avhandlingen avgrenses mot situasjoner der det har vært fremsatt trusler mot vitnet. Det vil avgrenses mot påtalemyndighetens anstrengelser for å sikre at vitnet møter i retten. Med hensyn til avhandlingens ordbegrensning, vil det heller ikke redegjøres for avkall på retten til krysseksaminasjon.

Avhandlingen retter seg mot tilfeller hvor tiltalte møter til hovedforhandling, men nekter og forklare seg, og tilfeller hvor vitne ikke møter. Dette medfører at det ikke vil bli redegjort for opplesningsadgangen i tilfeller hvor det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer. Det vil heller ikke redegjøres for opplesningsadgangen i de tilfellene vitne erklærer å ikke huske, jf. strpl. § 296 annet ledd.

EMD tilkjenner staten en viss grad av frihet til å tolke konvensjonen i samsvar med egne forutsetninger, altså statens skjønnsmargin. Skjønnsmargin blir imidlertid ikke behandlet inngående i avhandlingen, men nevnes kort.

### **1.4 Metodiske betraktninger**

Avhandlingen retter seg mot en internasjonal konvensjon og norsk straffeprosessrett. Norge bygger på et dualistisk system. Det vil si at norsk rett krever at folkerettslige rettigheter inkorporeres gjennom lov eller forskrift, for å få internrettslig virkning. Norge er et eksempel på et land som har gått langt med implementering av internasjonale menneskerettigheter i nasjonal lovgivning, sammenlignet med våre naboland.

Norges implementering av lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, menneskerettsloven (heretter mrl.) kommer til uttrykk i lovens § 2. Det fremgår av bestemmelsen at konvensjonene skal gjelde som norsk lov, i den utstrekning de er bindende for Norge. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «bindende for Norge» tilsier at Norge er forpliktet rettighetene som følger av konvensjonene, som er nedfelt i bestemmelsen. Det er med andre ord en inkorporasjonsbestemmelse. Ettersom EMK er en folkerettslig traktat, jf. Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 artikkel 31 nr. 1, er konvensjonen gjort til norsk lov, med samme trinnhøyde som formelle lover.

Konvensjonen gjelder dermed direkte ovenfor samfunnsmedlemmene. Men, slik det blir presisert i Rt. 2001 s. 1006: «Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter».<sup>9</sup>

Ved motstrid skal konvensjonene gå foran norsk lovgivning, jf. mrl. § 3. Hvorvidt det foreligger motstrid avhenger av norske tradisjonelle rettskildefaktorer, og hvilke krav som stilles av konvensjonene. Dette med særlig hensyn til innholdet i rettighetene slik de har utviklet seg gjennom praksis fra EMD. Det er det folkerettslige innholdet i rettighetene, som må klarlegges for å finne frem til om det foreligger motstrid.

Grunnloven og EMK har nær sammenheng med hverandre. Ved Grunnlovsreformen i 2014 vedtok Stortinget en rekke nye menneskerettighetsbestemmelser i Grunnlovens kapittel E, etter mønster av EMK. Menneskerettighetsbestemmelsene ble gjennomført som ledd i markeringen av Grunnlovens 200-årsjubileet.<sup>10</sup> Formålet med Grunnlovsreformen var å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett, ved å gi menneskerettigheter Grunnlovsrang.

Etter lov av 17 mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter Grl.) § 92 fremgår det: «Statens myndighet skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Slik formuleringen er utformet kan det se ut som at lovgiver har gitt traktater om menneskerettigheter Grunnlovsrang. Oppklaringen på dette fremkom i HR-2016-2554-P hvor det ble konstatert at Grl. § 92 ikke kunne tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse. Bestemmelsen måtte forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter, om å håndheve menneskerettighetene på det

---

<sup>9</sup> Rt. 2001 s. 1006 s. 1015.

<sup>10</sup> Kunngjøring av Stortingets vedtak 13. mai 2014 om endring i Grunnloven, Justis- og beredskapsdepartementet, 2014 hefte 6 s. 934.

nivå de var gjennomført i norsk rett med formell trinnhøyde.<sup>11</sup> Det vil altså si at EMK er likestilt med norsk lov, men likevel slik at ved motstrid med annen lov skal EMK ha forrang.

Straffeprosessloven § 4 første ledd er et eksempel på at folkeretten setter begrensninger på et rettsområde i nasjonal rett, altså sektormonisme. Slik det fremgår av strpl. § 4 skal lovens regler gjelde med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten, eller følger av overenskomst med fremmed stat. Dette viser at konvensjonene er ment å spille en stor rolle på nasjonalt nivå. Det avgjørende er konvensjonen slik den blir tolket av EMD.

I norsk rett er det klart at EMDs praksis er relevant for rettskildebildet. I forarbeidene til menneskerettsloven er det forutsatt at avgjørelsene i EMD er relevante rettskildefaktorer.<sup>12</sup> I Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia) fremgikk det følgende av Høyesterett: «Ved tolkningen må domstolene blant annet legge vekt på praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol» når innholdet i EMK skal fastslås.<sup>13</sup>

Spørsmålet om hvilken betydning EMDs avgjørelser har ved Høyesteretts fortolkning av EMK, er lagt til grunn i enstemmig plenumsavgjørelse inntatt i Rt. 2000 s. 996 (Bøhler). I dommen ble det presisert at domstolene ved tolkningen av EMK må vektlegge EMDs praksis.<sup>14</sup> Avgjørelsen etablerer de bærende metodiske utgangspunktene for å forholde seg til EMDs dynamiske metode. Dommen er fulgt opp i Rt. 2002 s. 557, Rt. 2003 s. 359 og Rt. 2005 s. 833. Slik fremgår det av Rt. 2005 s. 833:

«Anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning».<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> HR-2016-2554-P avsnitt 70.

<sup>12</sup> NOU 1993:18 s. 88-89. Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 68-70.

<sup>13</sup> Rt. 1999 s. 961s. 971.

<sup>14</sup> Rt. 2000 s. 996 s.1007-1008.

<sup>15</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.



Tilnærmingen til Høyesterett er for å sikre en effektiv gjennomføring av EMK på nasjonalt plan, som konvensjonen, menneskerettsloven og Grunnloven § 92 forutsetter. Slik dommen inntatt i Rt. 2005 s. 833 gir uttrykk for, er det EMD som er best egnet til å foreta en bredere analyse av europeisk rettsutvikling. Det er ikke den norske domstolens oppgave å utvikle internasjonale konvensjoner.

En av oppgavene til nasjonale domstoler, er å fylle det rom som ligger i den nasjonale skjønnsmargin, med verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning.<sup>16</sup> Statens skjønnsmargin handler om en ansvarfordeling mellom EMD og nasjonale myndigheter. Skjønnsmargin går ut på at EMD gir nasjonalstaten rom for å utøve politisk skjønn, med hensyn til hvordan rettighetene etter EMK på best mulig måte skal bli ivaretatt.<sup>17</sup>

Slik hoveddelen i avhandlingen vil gi uttrykk for, er praksis fra EMD en sentral rettskildefaktor når EMK skal tolkes av nasjonale domstoler.<sup>18</sup> Særlig betydning har EMDs avgjørelser som er avsagt i avdeling eller storkammer.<sup>19</sup> Høyesterett skal være lojal mot den tolking EMD til enhver tid foretar av konvensjonen, også i de tilfellene hvor EMD tolker konvensjonen dynamisk. I avhandlingen vil fokuset rette seg mot avgjørelser avsagt i Høyesterett, da det hovedsakelig er høyesterettsdommer som har prejudikatverdi.

Nygaard presiserer at EMD er prejudikatdomstol i norsk rett på sitt område.<sup>20</sup> Når Høyesterett anvender prejudikat fra EMD er parallelltolking rent praktisk den beste tolkingsmetoden. Med parallelltolking blir det lagt vekt på ulikheter og likheter mellom saksforholdene. Det går også på ulikheter mellom tradisjonelle norske verdiprioriteringer, sammenlignet med det som blir lagt til grunn ved internasjonale domstoler. Det elementære utgangspunktet i prejudikatlæren er at like tilfeller skal bedømmes likt, poenget er at likhet i faktum taler for likhet i domsresultatet.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> *Bårdsen* 2017 s. 6-8.

<sup>17</sup> Andenæs, Mads, Kravik, Andreas og Bjørge, Eirik, «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», *Lov og rett*, 2015 s. 261-278, (s. 264).

<sup>18</sup> En rettskildefaktor er en argumentbærer som gir stoff til å oppstille en eller flere generelle rettsregler.

<sup>19</sup> Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, 2. utgave, Bergen 2019 s. 51.

<sup>20</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 82.

<sup>21</sup> *Nygaard* 2004 s. 83.

## 1.5 Straffeprosessuelle grunnprinsipper

Straffeprosessretten skal ivareta visse rettssikkerhetsprinsipper. Disse prinsippene skal sikre at tiltalte og andre involverte i en straffesak, behandles på en trygg og rettferdig måte. Et viktig grunnprinsipp i straffeprosessen er retten til en rettferdig rettergang, jf. GrL. § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1. Skoghøy fremholder at ved utformingen av grunnprinsippene for vår rettergang, er de krav som EMK artikkel 6 nr. 1 stiller om en rettferdig rettergang av fundamental betydning.<sup>22</sup> De nevnte bestemmelsene i EMK og Grunnloven lister opp ulike elementer som en rettferdig rettergang består av. En av disse rettighetene er retten til krysseksaminasjon. Tiltalte skal ha mulighet til å kommentere anklagen fra påtalemyndigheten, og få eksaminere vitner som føres mot vedkommende. Målet er å klarlegge den materielle sannhet.

Det materielle sannhetsprinsipp begrunnes i at den materielle sannhet må bringes på det rene. Den materielle sannhet er en forutsetning for å kunne avgjøre om en person er straffskyldig og dermed skal ilegges straff, eller om vedkommende skal frifinnes.<sup>23</sup> Prinsippet om den materielle sannhet er et rettssikkerhetshensyn. Saksbehandlingsreglene for straffesaker må utformes slik at avgjørelser treffes på grunnlag av det som faktisk har skjedd.<sup>24</sup> Det materielle sannhetsprinsipp er ifølge Høyesterett en bærebjelke i straffeprosessen.<sup>25</sup>

Bevisumiddelbarhetsprinsippet er et eksempel på utslag av det materielle sannhetsprinsipp. Prinsippet er en rettsikkerhet individet har både etter intern rett og folkeretten. Bevisumiddelbarhetsprinsippet går ut på at bevisene skal produseres muntlig, og fremmes muntlig for den dømmende rett. Bevisumiddelbarhet er utgangspunktet under hovedforhandlingen. Hovedformålet med umiddelbar bevisføring er at det normalt gir retten et bedre grunnlag for å vurdere påliteligheten av et bevis, og troverdigheten til den som forklarer seg.<sup>26</sup> En spissformulering som ofte blir brukt er: «papir rødmer ikke».<sup>27</sup> Bevisumiddelbarhetsprinsippet er av sentral betydning for at andre prosessuelle grunnprinsipper skal være praktiske og effektive.

---

<sup>22</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014 s. 518.

<sup>23</sup> Jon Petter Rui, «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens Venner*, 2014 s. 382-444 (s. 394).

<sup>24</sup> *Rui* 2014 s. 401.

<sup>25</sup> Rt. 2997 s. 1435 avsnitt 38.

<sup>26</sup> *Øyen* Bergen 2017 s. 324.

<sup>27</sup> *Rui* 2014 s. 425.

Blant annet gir umiddelbar bevisførsel den beste mulighet for kontradiksjon.<sup>28</sup> Kontradiksjon er et grunnleggende prinsipp om at vitnet skal få komme med sin side av saken direkte for den dømmende rett. På den måten har også forsvarer og tiltalte anledning til å stille spørsmål til vitne. Kontradiksjon er et viktig virkemiddel for å sikre hensynet til et materielt riktig resultat. Straffeprosessloven oppstiller ingen generelle bestemmelser som fastslår det kontradiktoriske prinsipp, selv om enkelte bestemmelser forutsetter at siktede har rett til kontradiksjon.<sup>29</sup> Konvensjonskravet om rettferdig rettergang har imidlertid ført til at kontradiksjonsprinsippet har fått en større betydning i norsk rettspraksis enn tidligere. Det ledende syn er at det ikke kan treffes materielle avgjørelser i en straffesak, uten at siktede er gitt anledning til å kommentere påtalemyndighetens anførsler og bevis.<sup>30</sup>

Retten til kontradiksjon er videreutviklet av EMD, da prinsippet er å anse som svært viktig element i kravet til «fair trail», jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Prinsippet om kontradiksjon er ikke i sin generelle form fastslått som en rettighet i EMK, men EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d omhandler en viktig del av prinsippet. Bestemmelsen gir tiltalte rett til å krysseksaminere vitner som føres mot tiltalte.<sup>31</sup> Retten til krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d har ikke et videre virkeområde. Det vil si at bestemmelsen ikke kan påberopes når retten skal treffe en avgjørelse på etterforskningsstadiet. I litteraturen skriver Øyen følgende: «På bakgrunn av dette må det legges til grunn at retten til krysseksaminasjon bare tilkommer tiltalte personer, og at rettighetene bare gjelder når tiltalte skal realitetsbehandles i forbindelse med hovedforhandlingen».<sup>32</sup>

I avhandlingen vil begrepene «siktede» og «tiltalte» bli anvendt med hensyn til hvor i etterforskningen vedkommende befinner seg. I de tilfeller hvor påtalemyndigheten har tatt ut tiltalte, vil denne terminologien anvendes. I motsatte tilfeller hvor påtalemyndigheten har erklært vedkommende for siktet, eller foretatt etterforskningssteg, vil begrepet siktede anvendes. Retten til bevisumiddelbarhet og kontradiksjon vil bli presisert nærmere i avhandlingens hoveddel.

---

<sup>28</sup> *Rui* 2014 s. 410.

<sup>29</sup> For eksempel: Reglene i kap. 10 om vitneførsel, kap. 18 om etterforskningen og kap. 21 og 22 om forberedelse og gjennomføring av hovedforhandling.

<sup>30</sup> Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004 s. 326.

<sup>31</sup> *Jebens* 2004 s. 326.

<sup>32</sup> *Øyen* 2017 s. 393.

## 1.6 Den videre fremstilling

Avhandlingens videre fremstilling vil ta utgangspunkt i tiltaltes rett til krysseksaminasjon på generelt grunnlag i punkt 2. Det vil bli redegjort for opplesningsadgang etter straffeprosesslovens regler i punkt 2.2, og punkt 2.3 omhandler opplesningsadgang etter EMKs regler. Disse punktene fungerer som en innføring til avhandlingens punkt 3.

Etter en fremstilling av rettsreglene vil jeg i punkt 3 presentere rettsutviklingen av eksaminasjonsretten slik rettstilstanden var før 2011. Punktene 3.2 og 3.3 vil henholdsvis omhandle opplesningsadgang i tilfeller hvor vitnet møter under hovedforhandling, men nekter å forklare seg. Punktene vil også ta for seg tilfeller hvor vitnet ikke møter under hovedforhandling, og tiltaltes mulighet til krysseksaminasjon. I punkt 3.3 foretas en vurdering av om rettsutviklingen i EMD har hatt betydning for rettsutviklingen i Høyesterett. Det vil bli redegjort for hvordan Høyesterett har anvendt EMDs praksis i sin rettskildebruk. Denne fremstillingen blir foretatt for å belyse hvilken betydning EMDs praksis har for opplesningsadgang i norsk straffeprosessrett.

Forholdet mellom punkt 3 og punkt 4 er å avklare EMDs endringer i vilkårene for opplesningsadgangen, og dens betydning for nasjonal rettsanvendelse. I avhandlingens punkt 4 vil det redegjøres for tiltaltes rett til krysseksaminasjon for bevisføringen etter 2011. Bakgrunnen for inndeling i rettstilstand før og etter 2011, er for lettere å illustrere om utviklingen i EMD har påvirket rettstilstanden i norsk straffeprosessrett.

Punkt 4.2 omhandler situasjoner hvor siktede ikke har krysseksaminert vitnet før hovedforhandling. Det blir vist til endring i vilkårene for opplesningsadgang etter EMK og Høyesterett, og hva som må sies å være rettstilstanden i dag. Det vil også vises til situasjoner hvor siktede har fått anledning til å krysseksaminere vitne før hovedforhandling, jf. punkt 4.4.

I avhandlingens punkt 5 vil jeg se på forholdet til nasjonal suverenitet, og hvilken utfordring Høyesterett står ovenfor med EMDs dynamiske tolkningsstil. Det vil også redegjøres for rettspolitiske grunner for å legge EMDs tolkninger av EMK til grunn, da det finnes ulemper og fordeler med forpliktelsene til internasjonal rett.

## 2 Tiltaltes rett til krysseksaminasjon

### 2.1 Innledning

Retten til krysseksaminasjon skal ivareta tiltaltes rettssikkerhet. Dersom en forklaring føres som bevis uten at den som har forklart seg blir krysseksaminert, kan forklaringen til vedkommende fremstå som mer troverdig og pålitelig enn det er grunnlag for.<sup>33</sup> Det kan føre til at saken ikke blir så godt opplyst som den burde. Det problematiske er i hvilken grad en forklaring fra et vitne kan brukes som bevis mot tiltalte, uten at tiltalte har fått anledning til å imøtegå forklaringen gjennom krysseksaminasjon. Når formuleringen «tiltaltes rett til krysseksaminasjon» benyttes, er det normalt at rettigheten utøves via tiltaltes forsvarer, eller via rettens leder.<sup>34</sup> Retten til krysseksaminasjon skal bidra til å avhjelpe risikoen for at den tiltalte blir uskyldig dømt. Dermed tillegges hensynet til tiltalte betydelig vekt av EMD og Høyesterett, når det tas stilling til om en tidligere avgitt vitneforklaring kan leses opp.<sup>35</sup>

Det kan skilles mellom ulike situasjoner for tiltaltes rett til krysseksaminasjon. Hvis tiltalte fullt ut skal ha mulighet til krysseksaminasjon, må tiltaltes spørsmål rent faktisk besvares. For det andre må identiteten til vitnet være kjent, og vitneforklaringen må avgis i tiltaltes nærvær. Dersom en av disse tre forutsetningene mangler, har tiltalte kun en begrenset mulighet til krysseksaminasjon.<sup>36</sup>

Etter straffeprosessloven har ikke tiltalte en allmenn rett til å krysseksaminere vitner. Strpl. §§ 135, jf. 144 første punktum og § 149 første punktum, gir tiltalte rett til å krysseksaminere vitner som forklarer seg i rettsmøte der tiltalte er til stede. I noen tilfeller er situasjonen slik at vitne ikke møter under hovedforhandlingen. Retten til krysseksaminasjon avhenger dermed av hvor langt prinsippet om bevisumiddelbarhet rekker.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Øyen 2019 s. 763.

<sup>34</sup> Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptredens, omdømme eller miljøtilhørighet: - rettstilstanden etter storkammersaken Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia», *Tidsskrift for strafferett*, 2012 s. 1.

<sup>35</sup> Unterpertinger mot Østerrike, søkenummer 9120/80, dom av 24. november 1986. Lucà mot Italia, søkenummer: 33354, dom av 27. februar 2001, Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, søkenummer 26766/05 og 22228/06, storkammerdom av 15. desember 2011. Rt. 1991 s. 1096 og s. 1098.

<sup>36</sup> Øyen 2012 s. 1.

<sup>37</sup> Øyen 2017 s. 391.

Reglene om bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon i straffeprosessloven, og retten til krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d er ulike regelsett.<sup>38</sup>

Bevisumiddelbarhetsprinsippet står imidlertid på egne ben, idet det kan gjennomføres selv om tiltalte ikke gis rett til å avhøre vitner som føres mot han eller hun.<sup>39</sup> Problemstillingene bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon reiser er delvis overlappende, og blir behandlet deretter. Den videre fremstillingen deles inn i opplesningsadgang etter straffeprosessloven og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

## 2.2 Opplesningsadgang etter straffeprosessloven

Opplesning av tidligere avgitt vitneforklaring vil ofte være nødvendig i situasjoner hvor vitne ikke møter under hovedforhandling, eller hvor vitne møter men nekter å forklare seg. Ved opplesningsadgangen er det som nevnt relevant om tiltalte har fått mulighet til å stille spørsmål til vitnet, eller ikke.

Hovedregelen om muntlig vitneførsel fremgår av strpl. § 296 første ledd. Bestemmelsen gir uttrykk for bevisumiddelbarhetsprinsippet. Det fremgår av bestemmelsen: «Vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det.». En naturlig språklig forståelse av ordlyden «særegne forhold», tilsier forhold som sjeldent oppstår. Det kan være ved alvorlig sykdom, eller at vitnet ikke er å få tak i. Hvorvidt det foreligge «særegne forhold» er en skjønsmessig avgjørelse.

Forutsetningen for den mest effektive krysseksaminasjonen er naturligvis at vitnet møter under hovedforhandlingen. Dermed blir retten til effektiv krysseksaminasjon svekket når for eksempel vitner ikke møter.<sup>40</sup> Ved tilfeller hvor vitnet ikke møter under hovedforhandling, blir spørsmålet om en tidligere avgitt forklaring kan leses opp. Da er det av betydning om siktede på et tidligere stadium av saken har fått anledning til å krysseksaminere vitnet.

Adgangen til å fravike hovedregelen i strpl. § 296 første ledd om bevisumiddelbarhet, dersom vilkåret «særegne forhold» er oppfylt, suppleres av bestemmelsene i strpl. §§ 296 andre ledd

---

<sup>38</sup> Øyen 2017 s. 391.

<sup>39</sup> Jebens 2004 s. 530.

<sup>40</sup> Rui 2017 s. 134-135.

og 297 første ledd. Forholdet mellom bestemmelsene er at § 296 annet ledd regulerer forhold hvor vitnet møter under hovedforhandling, mens § 297 regulerer forhold der vitnet ikke møter under hovedforhandlingen.

Av strpl. § 296 annet ledd er det adgang til opplesning av vitneforklaringer i tre situasjoner. For det første kan en forklaring leses opp dersom det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer. For det andre kan opplesning skje for punkter som vitnet nekter å uttale seg om. For det tredje kan opplesning skje for punkter vitnet erklærer at det ikke husker. Spørsmålet om en forklaring kan leses opp, må i likhet med strpl. § 297, avgjøres ut fra en forsvarlighetsvurdering.

Etter strpl. § 297 første ledd fremgår det følgende:

«Når et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen, kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift. Opplesning kan alltid skje når tiltalte uteblir uten gyldig fravær i sak hvor forelegg er utferdiget eller som bare gjelder inndragning.».

En naturlig språklig forståelse av ordlyden såfremt «muntlig avhør ikke er mulig» gjelder ved for eksempel alvorlig sykdom, død, vitnet har forsvunnet, eller at vitnet befinner seg på ukjent oppholdssted. Et eksempel kan være når vitnet har forlatt Norge.<sup>41</sup> Ved ordlyden «uforholdsmessig ulempe eller utgift», må det foretas en skjønnsmessig vurdering. Momenter som må vektlegges i vurderingen er for eksempel hvor viktig vitnet er for saken, omfanget av sakens alvorlighet, og utgifter som vil påløpe ved å få vitnet til å møte.<sup>42</sup> I de tilfeller hvor saken er av svært alvorlig karakter, og beviset har stor betydning for utfallet av saken, kreves det større ulemper eller utgifter for at vilkåret skal være oppfylt.<sup>43</sup> Opplesningsadgangen etter strpl. § 297 er betinget av en forholdsmessighetsvurdering, der ulempene ved å innkalle vitnet blir veid mot hensynet til å fravike bevisumiddelbarhetsprinsippet.

Selv om utgangspunktet for opplesningsadgangen finnes i straffeprosesslovens regler, må bestemmelsene praktiseres i lys av folkerettslige forpliktelser som Norge er bundet av. Det vil

---

<sup>41</sup> Magnus Matningsdal, *Sikredes rett til å eksaminere vitner: opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn*, Bergen 2007, s. 41-42.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Se bla. Rt. 1990 s. 312 s. 316.

si at i tillegg til begrensningene som følger av strpl. §§ 296 annet ledd og 297 første ledd, gjelder også de begrensninger som følger av EMK artikkel 6. I det følgende redegjøres det for de begrensningene som følger av EMK artikkel 6 bokstav d.

### **2.3 Opplesningsadgang etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d**

EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d er et utslag av siktedes rett til å eksaminere vitner i hovedforhandling og ankeforhandling. Rettighetene i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d kommer på spissen dersom vitnet ikke er til stede under hovedforhandling, eller dersom vitnet nekter å avgi forklaring. I begge tilfeller oppstår spørsmålet om en forklaring som et vitnet tidligere har avgitt, kan leses opp eller dokumenteres på annen måte.<sup>44</sup>

Det fremgår av bestemmelsen at enhver som er tiltalt for en straffbar handling, har rett til å krysseksaminere vitner som føres mot vedkommende. Bestemmelsen lyder i sin helhet slik: «Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: ... d. To examine or have examined witnesses against him».

Ordlyden «witnesses» som på norsk oversettes til «vitner» er av EMD tolket autonomt, det vil si selvstendig.<sup>45</sup> Det avgjørende er det konvensjonsrettslige innhold i uttrykket «vitner», ikke hvilken betegnelse beviset er gitt i nasjonal rett. Ordlyden «vitner» sikter til forklaringen i saken.<sup>46</sup> Uttrykket omfatter også bevis som trer i stedet for en umiddelbar vitneforklaring.<sup>47</sup>

Ordlyden «examine witnesses against him» indikerer retten til krysseksaminasjon. Regelen er et utslag av prinsippet om «equality of arms», som på norsk kan oversettes til prinsippet om partslikhet. En viktig side av prinsippet er at begge partene skal ha tilgang til de faktaopplysninger og argumenter den andre fremmer for retten, og at partene skal ha lik mulighet til å imøtegå disse.<sup>48</sup>

Opplesning av en tidligere avgitt vitneforklaring i en straffesak er ikke i seg selv i strid med EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Det avgjørende er om rettergangen blir rettferdig, selv om

---

<sup>44</sup> *Jebens* 2004 s. 531.

<sup>45</sup> *Øyen* 2019 s. 430.

<sup>46</sup> *Jebens* 2004 s. 532.

<sup>47</sup> Dette følger blant annet av avgjørelsen i *Asch mot Østerrike* (1991).

<sup>48</sup> Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2 utgave, Oslo 2012 s. 194.



opplesning skjer.<sup>49</sup> Etter praksis fra EMD anses siktedes rett til krysseksaminasjon etter artikkel 6 nr. 3 bokstav d, som et utslag av det generelle krav om rettferdig rettergang i artikkel 6 nr. 1. Der artikkel 6 nr. 3 bokstav d gjelder, avhenger retten til krysseksaminasjon av hva som er mulig og forholdsmessig for å sikre rettigheten. Videre er det av betydning hvor langt rettigheten kan beskjæres.<sup>50</sup> Slik EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d blir tolket av EMD i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*, skal alle bevis mot tiltalte normalt fremvises i vedkommendes nærvær under en offentlig høring.<sup>51</sup> Unntak fra bevisumiddelbarhet er mulig, men må ikke krenke forsvarrets rettigheter.

I praksis forekommer det ofte at siktede ikke får anledning til å eksaminere et vitne. Som nevnt i punkt 2.2 er det flere grunner til det. Det problematiske er imidlertid hvor langt opplesningsadgangen rekker. Det kan være vanskelig å fastslå hva som er gjeldende rett på dette område. Det er flere innfallsvinkler som får betydning. Blant annet har EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d blitt tolket og forstått på ulike måter av EMD. Dette henger sammen med EMDs dynamiske metode. Det nærmere innhold av retten til krysseksaminasjon er fastlagt gjennom en lang rekke avgjørelser fra EMD.<sup>52</sup> Avgjørelser fra EMD om unntak fra hovedregelen om muntlig vitneførsel vil bli redegjort for i punkt 3 og punkt 4.

---

<sup>49</sup> *Jebens* 2004 s. 541.

<sup>50</sup> *Øyen* 2019 s. 430.

<sup>51</sup> *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 118.

<sup>52</sup> *Skoghøy og Vang* 2005 s. 288.

## 3 Rettsutvikling av eksaminasjonsretten i EMD og høyesterettspraksis frem til 2011

### 3.1 Innledning

For en bredere forståelse av rettsstilstanden slik den er i dag etter *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*, og etterfølgende EMD praksis, vil det gis en innføring i rettsstilstanden slik den var før kursendringen i 2011. Utgangspunktet for den historiske fremstillingen er fremveksten av «the sole or decisive rule», som på norsk kan oversettes til «hovedsaklige eller avgjørende bevis», altså hovedbevislæren.

Hovedbevislæren kan sies å bygge på oversettelsen av EMDs formulering i *Unterpertinger mot Østerrike*.<sup>53</sup> Med hovedbevislæren siktes det til at en forklaring normalt ikke kan leses opp eller spilles av, dersom forklaringen sett i sammenheng med sakens øvrige bevis, vil utgjøre det «hovedsakelige» eller «avgjørende bevis».<sup>54</sup>

I den videre fremstillingen vil det i punkt 3.2 redegjøres for hvordan EMD har utviklet sin praksis, på tilfeller der det gjøres unntak fra hovedregelen om muntlig vitneførsel. I enkelte situasjoner hender det at vitne møter under hovedforhandling, men nekter å avgi forklaring. Spørsmålet blir da hvor langt retten til krysseksaminasjon går før en vitneforklaring kan leses opp, eller spilles av.

I punkt 3.3 vil jeg ta for meg hvordan Høyesterett har vurdert lignende problemstillinger som har vært behandlet i EMD. Fokuset vil rette seg mot betydningen av EMDs avgjørelser som prejudikat, og hvordan Høyesterett anvender EMDs avgjørelser som bidrag til å løse rettsspørsmål.

---

<sup>53</sup> *Unterpertinger mot Østerrike* avsnitt 33. Se også *Matningsdal* 2007 s. 55.

<sup>54</sup> *Matningsdal* 2007 s. 55.

## 3.2 Utvikling i EMDs praksis før kursendring i 2011

Eksaminasjonsrettens betydning for adgangen til opplesning av tidligere avgitt vitneforklaring, er fastslått gjennom en lang rekke avgjørelser fra EMD. Den første avgjørelsen fra EMD som omhandlet siktedes rett til å krysseksaminere vitner, var saken *Unterpertinger mot Østerrike* (1986). I denne avgjørelsen var klageren tiltalt for legemskrenkelser mot sin kone og stedatter. De fornærmede som møtte under hovedforhandling benyttet seg av retten til å nekte å forklare seg, da de var familiemedlemmer av tiltalte. Domstolene i Østerrike tillot at forklaringene som var avgitt for politiet ble lest opp under hovedforhandlingen.<sup>55</sup> Forklaringene fremsatt mot *Unterpertinger* ble ikke bare brukt som utfyllende opplysninger, men var avgjørende for domfellelsen.<sup>56</sup>

EMD kom frem til at domfellelsen hovedsakelig var basert på de oppleste vitneforklaringene: «[t]he Court of Appeal based the applicant`s conviction mainly on the statements made by Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner to the police.»<sup>57</sup> Siden *Unterpertinger* ikke hadde fått anledning til å krysseksaminere vitnene verken under hovedforhandlingen, eller på et tidligere stadium av saken, forelå det krenkelse av artikkel 6 nr. 3 bokstav d. EMD slo fast at det var bare når domfellelsen i avgjørende grad var basert på forklaringen, at siktet hadde en ubetinget rett til krysseksaminasjon. I de tilfeller hvor forklaringer som leses opp er av mindre betydning for domfellelsen, vil det ikke foreligge brudd på EMK artikkel 6.

Etter avgjørelsen i *Unterpertinger*-saken gikk det noen år før en tilnærmet lik sak ble tatt opp i EMD. I *Asch mot Østerrike* (1991) ble det på nytt tatt stilling til opplesningsadgang av politiforklaring, og siktedes rett til å imøtegå vitneførselen.<sup>58</sup> Saksforholdet i *Asch*-saken var at klageren var blitt ilagt bot av østerrikske domstoler, for legemskrenkelser overfor sin samboer. Samboeren nektet å avgi forklaring under hovedforhandling, med hensyn til familieforholdet. EMDs flertall fremhevet at *Asch* ikke bare var dømt på den oppleste politiforklaringen. Det var blant annet dokumentert to legeerklæringer, politiets undersøkelser av fornærmedes kropp, og forklaring fra polititjenestemannen som hadde mottatt anmeldelsen fra vedkommende.

---

<sup>55</sup> *Skoghøy og Vang* 2005 s. 288.

<sup>56</sup> Se dommens punkt 33.

<sup>57</sup> *Unterpertinger mot Østerrike* avsnitt 31-33.

<sup>58</sup> *Asch mot Østerrike*, søkenummer 12398/86, dom av 26. april 1991.

I Asch-saken tok EMD utgangspunkt i prinsippene slik de fremgikk av Unterpertinger mot Østerrike. Verken Asch eller Unterpertinger, eller deres forsvarere, hadde fått anledning til å eksaminere samboeren i de ulike sakene. Forskjellen på de to dommene var imidlertid at vitneforklaringen i Asch-saken ikke utgjorde det fallende bevis. EMD kom frem til at domfellelsen i Asch-saken ikke var i strid med EMK artikkel 6. EMD uttalte følgende om forklaringens betydning for sakens utfall:

«Above all it is clear from the file that Mrs J.L.'s statements, as related by Officer B., did not constitute the only item of evidence on which the first-instance court based its decision. It also had regard to the personal assessment made by that officer as a result of his interviews with MRs J.L. and the applicant, to the two concurring medical certificates, to the police investigation and to the other evidence appearing in Mr Asch's file [...] In this respect, the present case is distinguishable from the Unterpertinger case».<sup>59</sup>

Slik det fremgår av EMDs uttalelse, var bevisene i Asch-saken sammensatt av flere bevis. Asch-saken var i overensstemmelse med Unterpertinger-sakens prinsipper, til tross for ulikt resultat i domsslutningene. EMD anvendte lik vurderingsmåte i begge avgjørelsene, og var på dette tidspunkt konsistent i sin metode og praksis.

Momentene som ble vektlagt i Unterpertinger-saken og Asch-saken, var for det første hvilken betydning opplesning av vitneforklaringen hadde for domfellelsen av tiltalte. Det andre momentet var om tiltalte hadde fått anledning til å krysseksaminere vitnet. Det som kan utledes fra dommene er om tiltalte, etter en samlet vurdering, hadde fått en rettferdig rettergang. Det syn Unterpertinger mot Østerrike, og Asch mot Østerrike bygger på, er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser fra EMD.<sup>60</sup>

Avvisningsavgjørelsen Peltonen mot Finland (1999) omhandlet et vitne som nektet å avgi forklaring med bakgrunn i nasjonal rett.<sup>61</sup> Peltonen var av nasjonale myndigheter tiltalt for grov narkotikaforbrytelse, og ulovlig besittelse av våpen. Under hovedforhandling nektet en medtiltalt å forklare seg. Påtalemyndigheten leste opp forklaringene vitnet hadde avgitt under etterforskningen, da retten tillot det. Peltonen ble dømt til fengsel i henhold til

---

<sup>59</sup> Asch mot Østerrike avsnitt 30.

<sup>60</sup> For eksempel: Lucà mot Italia avsnitt 39-41 og Craxi mot Italia avsnitt 85-86.

<sup>61</sup> Peltonen mot Finland, søkenummer 30409/96, dom av 11. mai 1999.

tiltalebeslutningen. Domfellelsen baserte seg hovedsakelig på de oppleste vitneforklaringene. Peltonen klaget saken inn for EMD, og hevdet at hans rett til krysseksaminasjon var krenket. Bakgrunnen for klagen var at verken Peltonen, eller hans forsvarer, var gitt anledning til å krysseksaminere vitne på noe stadium av saken.

EMD la til grunn at tiltalte og forsvareren hadde fått en tilstrekkelig og egnet mulighet til å imøtegå forklaringen, som ble ført mot Peltonen. EMD fant klagen dårlig begrunnet, og fattet derfor et enstemmig vedtak om å avvise saken istedet for å realitetsbehandle den. EMD avviste klagen som «manifestly ill-founded».<sup>62</sup> EMD konkluderte med at det ikke forelå en krenkelse av Peltonens rett til å krysseksaminere vitnet. Det hadde vært fem høringer hvor Peltonen, forsvareren, og vitnet hadde vært tilstede. Peltonens forsvarer hadde fått anledning til å stille spørsmål til vitnet ved alle møtene, men benyttet seg bare av eksaminasjonsretten et par ganger.

Det var imidlertid ikke kjent om spørsmålene fra forsvareren var besvart. Selv om vitnet ikke hadde svart på spørsmålene fra Peltonen, utelukket ikke dette at Peltonen hadde fått en «adequate and proper opportunity» til å eksaminere vitnet. I avvisningsavgjørelsen utdypet EMD hva som lå i kravet til «adequate and proper opportunity», som på norsk kan oversettes til «tilstrekkelig og passende anledning». Det ble i avgjørelsen uttalt følgende av EMD:

“In the present case there were five hearings at which the applicant and N. were both present. On 30 August 1994 the applicant`s counsel put to N. certain questions concerning the latter`s health. On 11 November 1994 the applicant`s counsel again put a question to N. but it is not known whether the question was answered. It appears that the applicant`s counsel did not put any further questions to N. even though she had the opportunity on several other occasions. While N.`s persistence to remain silent may have made further questioning futile, in the circumstances of the present case this neither discloses lack of equality of arms nor justifies the conclusion that the judicial authorities denied the applicant the possibility of examining witnesses in conformity with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention.”<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Peltonen mot Finland, The law: punkt 1.

<sup>63</sup> *Ibid.*, punkt 1 avsnitt 3.

Slik det fremgår av Peltonen-saken kan forklaringer leses opp, selv om vitnet ikke svarer på spørsmålene. Det avgjørende er om tiltalte har fått anledning til å imøtegå, eller stille spørsmål til vitnet. Det forutsettes altså at tiltalte i løpet av saken har fått en «adequat and proper opportunity», til å imøtegå forklaringen.

I *Lucà mot Italia* (2001) utdypet EMD nærmere hva som skulle til for at tiltalte kunne sies å ha fått anledning til å krysseksaminere vitne, som ble ført mot vedkommende. *Lucà*-saken gjaldt opplesning av en politiforklaring fra en medtiltalt i en narkotikasak. Den medtiltalte var tilstede under hovedforhandlingen, men nektet å gjenta forklaringen. Forklaringen ble lest opp. EMD kom til at det var skjedd en krenkelse av *Lucà*'s eksaminasjonsrett, og at han ikke hadde fått en rettferdig rettergang. I dommen uttalte domstolen på generelt grunnlag at tiltaltes rett til å eksaminere vitner innebar at tiltalte, eller forsvarer, måtte vært gitt en «adequate and proper opportunity to challenge the deposition».<sup>64</sup> Tiltalte måtte altså få en tilstrekkelig og forsvarlig anledning til å imøtegå forklaringen.

Domstolen uttalte at en domfellelse ikke «solely or to a decisive degree» måtte baseres på vitneforklaringer, som siktede ikke hadde fått mulighet til å krysseksaminere.<sup>65</sup> Dersom domfellelsen «utelukkende eller i avgjørende grad» var basert på vitneforklaringen, uten at tiltalte hadde krysseksaminert vitnet, ville det ikke være forenelig med garantiene i EMK artikkel 6. Denne formuleringen av «the sole or decisive rule», er fulgt opp i senere EMD avgjørelser. Blant annet i *Gossa mot Polen*, og *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*.<sup>66</sup>

I saken *Craxi mot Italia* var spørsmålet om det var adgang til å lese opp en tidligere avgitt forklaring, til et vitnet som var død.<sup>67</sup> Tiltalte hadde ikke fått anledning til å eksaminere vitnet på noe tidspunkt av saken. Det fremgikk av dommen at det var et vilkår at siktede hadde fått anledning til å krysseksaminere vitnet, enten da forklaringen ble gitt, eller på et senere stadium av saken. Vilkåret gjaldt dersom domfellelsen «utelukkende eller i avgjørende grad» var basert på forklaringen til vitnet.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> *Lucà mot Italia* avsnitt 40.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Gossa mot Polen*, søkenummer 47986/99, dom av 9. januar 2007 avsnitt 54, og *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 128.

<sup>67</sup> *Craxi mot Italia*, søkenummer 34896/97, dom av 5. desember 2002.

<sup>68</sup> Se *Craxi mot Italia* avsnitt 86, sitert etter *Skoghøy og Vang* 2005 s. 302 da dommen kun er tilgjengelig på fransk.

Det er flere avgjørelser fra EMD som bekrefter avgjørelsene som er gjennomgått over. Et eksempel er Gossa mot Polen (2007). Spørsmålet for EMD i denne saken, var om tiltaltes eksaminasjonsrett var krenket. EMD gjentok det generelle utgangspunktet at dersom domfellelsen «solely or to a decisive degree» var basert på vitneforklaringen, uten at tiltalte hadde krysseksaminere vitnet, kunne ikke forklaringen brukes som bevis.<sup>69</sup>

Etter en gjennomgang av en rekke avgjørelser fra EMD om opplesningsadgangen, kan det utledes at det ble stilt strenge krav til vitnets bevismessige vekt. Dersom beviset var det eneste bevis, og tiltalte ikke hadde eksaminert vitnet, kunne ikke forklaringen leses opp. EMD har fulgt en konsistent praksis. Avgjørelsene viser at EMD har tatt utgangspunkt i hovedbevislæren.

### **3.3 Høyesteretts bruk av EMDs praksis før kursendring**

Norge var et av de første landene som ratifiserte EMK, men var imidlertid lite aktive i å håndheve menneskerettighetene.<sup>70</sup> I Norsk rett frem til 1990-tallet vurderte Høyesterett adgangen til å lese opp tidligere avgitte vitneforklaringer, utelukkende etter strpl. §§ 296 og 297 og nasjonale rettskilder.<sup>71</sup> Dette medførte at opplesningsadgangen ble praktisert i vid utstrekning.

På begynnelsen av 1990-tallet ble norske forsvarere i større grad oppmerksom på at reglene for opplesning i straffeprosessloven, ikke var i overenstemmelse med siktedes eksaminasjonsrett etter EMK. EMKs regler om siktedes eksaminasjonsrett ble gitt mer oppmerksomhet, særlig på grunn av saken i Unterpertinger mot Østerrike (1986). I senere tid ble EMK artikkel 6 med tilknytning til EMDs praksis trukket aktivt inn. Rettskildebildet på dette området ble dermed utvidet.<sup>72</sup> Siktemålet med dette kapittelet er å gi en oversikt over EMDs betydning for avgjørelser avsagt i Høyesterett etter 1990.

Med hensyn til norske domstolars anvendelse av EMDs avgjørelser som prejudikat, er det viktig at norske domstoler holder seg oppdatert på utviklingen i EMDs praksis. For eksempel

---

<sup>69</sup> Gossa mot Polen avsnitt 54.

<sup>70</sup> Ratifiserte 15. januar 1952. Konvensjonen trådte i kraft 3. september 1953.

<sup>71</sup> Eksempler på praksis fra tiden er særlig Rt. 1988 s. 78 og Rt. 1990 s. 312.

<sup>72</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Bergen 2018 s. 507

kan en tidligere avgjørelse gi uttrykk for en rettsoppfatning som er foreldet.<sup>73</sup> Det standpunkt norske domstoler og EMD foretar, skal være i samsvar med gjeldende rett. Både internasjonale og nasjonale domstoler skal kunne stå som uttrykk for, eller som eksempel på hva som må regnes som gjeldende rett på dette området.<sup>74</sup>

I avgjørelsen inntatt i Rt. 1990 s. 312, ble spørsmålet om siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK for første gang fremlagt i Høyesterett. Spørsmålet i saken var om byretten hadde begått en saksbehandlingsfeil da de tillot opplesning av politiforklaringen til et vitne. Vitnet var stevnet til hovedforhandling, men møtte ikke. Det ble i saken vist til både EMK artikkel 6, og EMD avgjørelsene *Unterpertinger mot Østerrike*, og *Kostovski mot Nederland*.<sup>75</sup> Høyesterett redegjorde for innholdet i EMD avgjørelsene, og konkluderte følgende:

«De synspunkter dommene gir uttrykk for, harmonerer etter min mening godt med en rimelig forståelse av forholdsmessighetskriteriet i straffeprosessloven § 297 i lys av de prinsipper også vår straffeprosess bygger på. Hvis det dreier seg om *helt sentrale vitner*, som det er mulig å føre for den dømmende rett, må hensynet til tiltaltes rettssikkerhet regelmessig slå igjennom i forhold til utgifter og ulemper ved en utsettelse av saken.» (min kursivering).<sup>76</sup>

Det ble oppstilt som et vilkår for opplesningsadgang at det var tale om «helt sentrale vitner», bare da måtte tiltalte få en anledning til å krysseksaminere vitnet. Vitnet i denne saken var ikke et helt sentralt bevis. Av den grunn var det adgang til opplesning. Høyesterett tolket spørsmålet om adgangen til opplesning i lys av EMK artikkel 6, slik EMK ble tolket av EMD i *Unterpertinger*-saken, under henvisning til hovedbevislæren. Høyesteretts rettsanvendelse var her i overensstemmelse med forpliktelsene etter EMK.

Selv om Høyesterett kom frem til at opplesningen ikke utgjorde en saksbehandlingsfeil, markerer avgjørelsen et skille i norsk rett. Høyesterett fremholdt for første gang forholdet til EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, i vurderingen av om det hadde vært rettslig adgang til å lese opp forklaringen. Etter avgjørelsen ble det vist mer oppmerksomhet til kravene som fulgte av EMK og EMD.

---

<sup>73</sup> Nygaard 2004 s. 47.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Kostovski mot Nederland*, søkenummer 11454/85, dom av 20. november 1989.

<sup>76</sup> Rt. 1990 s. 312 s. 316.



Kravet til «the sole or decisive rule» fra EMDs praksis har norske domstoler gjennom tiden forstått, presisert, og formulert på forskjellige måter. I tidligere avgjørelser har formuleringen «hovedsakelig bevis» og «avgjørende bevis» blitt brukt. Dette er blant annet å se i avgjørelsen inntatt i Rt. 1991 s. 1096. Spørsmålet i saken gjaldt rekkevidden av straffeprosessens krav om at tiltale normalt skal gis anledning til å utspørre vitner. Et krav som springer ut av grunnprinsippet om å sikre tiltalte en betryggende rettergang.<sup>77</sup> Spørsmålet i saken var om en politiforklaring avgitt til nederlandsk politi kunne leses opp. Vitnets forklaring ble avgitt uten at tiltalte, eller hans forsvarer, var gitt anledning til å stille spørsmål til vitnet.

Høyesterett tok utgangspunkt i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d sammenholdt med artikkel 6 nr. 1. Videre presiserte Høyesterett at der «[d]omstolen etter en [...] totalvurdering til at en fellende dom hovedsakelig vil måtte bygge på denne forklaringen, tilsier normalt hensynet til en betryggende rettergang at forklaringen avskjæres.»<sup>78</sup> Her var Høyesteretts vurdering også i tråd med forpliktelsene etter EMK. Effekten av Høyesteretts anvendelse av prejudikatene fra EMD var, og er, at det nasjonale blir mer likt det felles europeiske. Betydningen er at samfunnsmedlemmene får et vern fra både nasjonalt hold, og fra europeisk hold.

På 1990-tallet og frem til avgjørelsen i Rt. 2001 s. 29, var praksis fra Høyesterett i samsvar med praksis fra EMD. Betydningen av EMDs praksis for opplesning av tidligere avgitte vitneforklaringer, var at Høyesterett fulgte den samme metode som EMD.

I Rt. 2001 s. 29 skjedde det en kursendring. Frem til denne dommen hadde norsk rettspraksis basert avgjørelsene på de kriteriene som var oppstilt av EMD. Høyesterett anvendte så en annen tilnærming, enn hva som fremgikk av de tidligere høyesterettsavgjørelsene. Spørsmålet i Rt. 2001 s. 29 var om det var adgang til å lese opp en politiforklaring fra et vitne som uteble fra hovedforhandling, jf. strpl. § 297 første ledd, og EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Det ble i saken uttalt følgende:

«På denne bakgrunn er det er en *reell mulighet* for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en *utslagsgivende betydning* i den samlede bevisbedømmelse,

---

<sup>77</sup> Rt. 1991 s. 1096 s. 1098.

<sup>78</sup> *Ibid.*

og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis. (min kursivering)».<sup>79</sup>

Her begrenset Høyesterett opplesningsadgangen, og anvendte et strengere kriterium sammenlignet med tidligere avgjørelser fra Høyesterett. Et eksempel er Rt. 1990 s. 312 hvor vurderingstemaet var «helt sentrale vitner». I Rt. 2001 s. 29 kom Høyesterett til at det var en saksbehandlingsfeil, da lagmannsretten hadde tillatt opplesning av politiforklaring. Ordlyden «reell mulighet» og «utslagsgivende betydning», tilsier at det stilles mindre krav til hvor stor betydning vitneforklaringen kan ha før opplesning må nektes. Høyesterett oppstilte da en mer omfattende begrensning enn hva som var nødvendig etter EMK, EMDs praksis, og tidligere prejudikat fra Høyesterett selv. Høyesterett gikk fra formuleringer som «hovedsakelig» og «avgjørende» bevis, til «reell mulighet for at forklaringen kunne ha utslagsgivende betydning» for domfellelsen. I litteraturen skrev blant annet Jebens følgende om Høyesteretts nye endring:

«En slik utvidelse av retten til motavhør, og en tilsvarende begrensning av adgangen til å lese opp forklaringer, er ønskelig av flere grunner. For det første styrker den retten til kontradiksjon, og gir domstolen et mer betryggende grunnlag for avgjørelsen. For det andre fører den til en retts teknisk forenkling som har en side til siktedes rettssikkerhet, idet det ofte er vanskelig å vite på forhånd hvilken betydning en vitneforklaring har.»<sup>80</sup>

Riktignok er kursendringen i høyesterettsavgjørelsen per dags dato fraveket, men etter mitt syn er jeg ikke helt enig med Jebens. Slik rettsstilstanden var før Høyesteretts kursendring, forelå det en relativ entydig praksis fra EMD for opplesningsadgangen. Det kan stilles spørsmål til hvorfor Høyesterett baserte avgjørelsen på en norm som ikke tidligere var benyttet av EMD, eller Høyesterett.

Et motstykke til Jebens fremgår av en artikkel skrevet av Kjelby. I artikkelen skriver Kjelby følgende: «Etter mitt syn gir ikke avgjørelsen og det foreliggende rettskildebildet for øvrig

---

<sup>79</sup> Rt. 2001 s. 29 s. 33.

<sup>80</sup> *Jebens* 2004 s. 551.

grunnlag for en slik konklusjon».<sup>81</sup> Synet til Kjelby omhandlet Rt. 2004 s. 29, som presiserte og brukte vurderingstemaet slik det fremgikk av Rt. 2001 s. 29.

Konsekvensen av kursendringen i Rt. 2001 s. 29 var avvik fra internasjonal rett. Høyesterett brukte en strengere norm enn hva som allerede fulgte av nasjonal og internasjonal rett. En slik begrensning i opplesningsadgangen kunne i verste fall bidra til svekkelse av rettssikkerheten, da man i en straffesak ønsker at saken blir så godt opplyst som mulig. For eksempel kunne en vitneforklaring av mindre betydning bli avskåret, på grunn av en enda strengere norm for opplesningsadgang. Som et eksempel kunne det redusert muligheten til å få skyldige personer straffet. For allmennheten er det viktig at en rettergang fremstår som rettferdig. I tillegg har samfunnet en interesse av å få straffbare forhold dømt.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2003 s. 1808 var den første avgjørelsen hvor Høyesterett inngående behandlet opplesningsadgangen i tilfeller hvor vitnene møtte under hovedforhandling, men nektet å avgi forklaring. Saken gjaldt en mann som var tiltalt for narkotikakriminalitet. I lagmannsretten nektet nøkkelvitne å forklare seg med hjemmel i strpl. § 123, da forklaring kunne utsette vedkommende selv for straff. Spørsmålet i saken var om lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil, da de nektet opplesning av forklaringen, som nøkkelvitnet hadde avgitt for politiet. Høyesterett kom til at opplesning av vitneforklaringene ikke ville være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3.

Det var i saken tvilsomt om vilkårene for opplesning etter strpl. § 296 var oppfylt. Spørsmålet var derfor om vilkårene i EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d var oppfylt.<sup>82</sup> I avgjørelsen brukte Høyesterett ulike dommer fra EMD. Rettsoppfatningen som blant annet ble lagt til grunn i *Asch mot Østerrike*, og videre anvendt i *Lucà mot Italia* ble fulgt opp slik i Rt. 2003 s. 1808:

«Etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) følger det av EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d at vitner som hovedregel må forklare seg i offentlige rettsmøte i tiltaltes nærvær («at a public hearing in the presence of the accused»).

Under forutsetning av at forfølgningen etter en totalbedømmelse fremstår som forsvarlig og rettferdig, kan det imidlertid gjøres enkelte unntak fra denne regelen.

---

<sup>81</sup> Gert Johan Kjelby, «Betydningen av Kaste og Mathisen mot Norge», *Lov og Rett*, 2007 s. 190-192.

<sup>82</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 16.

Selv om en forklaring som er avgitt under etterforskningen, er det eneste eller avgjørende bevis, kan forklaringen under denne forutsetning tillates opplest, såfremt tiltalte eller hans forsvarer har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere stadium av forfølgningen («adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings.»).<sup>83</sup>

Avgjørelsen er et godt eksempel på Høyesteretts aktive bruk av EMDs praksis. Høyesterett gikk gjennom en rekke ulike avgjørelser fra EMD. Etter gjennomgangen konkluderte Høyesterett med at det var tilstrekkelig for å tilfredsstille kravet til kontradiksjon, etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, at det var gitt anledning til å stille spørsmål til vitnet. Høyesterett kom frem til at opplesning av vitneforklaringen ikke ville vært i strid med tiltaltes eksaminasjonsrett.

Lagmannsrettens dom ble opphevet på grunn av saksbehandlingsfeil. Høyesterett presiserte at det ikke kunne være noe vilkår for å tillate opplesning, at vitnet svarte på spørsmålene som tiltalte stilte. Såfremt tiltalte, eller forsvareren, hadde fått anledning til å stille spørsmål til vitnet under hovedforhandling, måtte forklaringen gitt under etterforskning normalt kunne leses opp. Dette gjaldt selv om vitnet påberopte en gyldig grunn for å nekte å forklare seg, eller av andre grunner nektet å svare. Høyesterett henviste videre til avvisningsavgjørelsen fra EMD i saken Peltonen mot Finland.<sup>84</sup> Høyesteretts syn fra avgjørelsen i Rt. 2003 s. 1808 er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser. Et eksempel er Rt. 2004 s. 97.

I Rt. 2004 s. 1789 tok Høyesterett imidlertid et oppgjør med kursendringen som fremgikk av Rt. 2001 s. 29. Avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1798 gjaldt to kvinner som ble innstevnet som vitner under lagmannsrettens behandling av en amfetaminsak. Kvinnene nektet å forklare seg under hovedforhandlingen.

Vurderingstemaet i Rt. 2004 s. 1789 var om en: «domfellelse [...] bare eller i avgjørende grad er basert på de vitneforklaringer som ble lest opp».<sup>85</sup> Høyesterett gjennomgikk

---

<sup>83</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17: «se for eksempel EMDs dommer av 26 april 1991 i saken Asch mot Østerrike (EMD-1986-12398) avsnitt 27, 27. februar 2001 i saken Lucà mot Italie (EMD-1996-33354) avsnitt 40 og 5. desember 2002 i saken Craxi mot Italia (EMD-1997-34896) avsnitt 85».

<sup>84</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 18.

<sup>85</sup> Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 21.

vurderingstemaet som EMD oppstilte i saken Craxi mot Italia. Vurderingstemaet til Høyesterett var om en domfellelse «bare eller i avgjørende grad» ville basere seg på vitneforklaringene, avgitt av vitne som ikke var kryssseksaminert av tiltalte.<sup>86</sup> Videre viste Høyesterett til den rettslige normen som ble formulert i Rt. 2001 s. 29,<sup>87</sup> og presiserte:

«Jeg finner [...] ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke inn strengere begrensninger enn dem som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d, slik begrensningene er forstått av EMD. Og det er ikke noe i de nevnte avgjørelser som tyder på at Høyesterett har ment å legge til grunn strengere krav enn EMD har stilt opp.»<sup>88</sup>

Her tok Høyesterett standpunkt til hvordan gjeldende rett burde være. Kursendringen som forelå i Rt. 2001 s. 29 var ikke i samsvar med begrensningene etter EMK. Avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1789 tok dermed et oppgjør med kursendringen, og Høyesterett gikk tilbake til å anvende hovedbevislæren. Høyesterett kom frem til at domfellelsen i saken ikke i avgjørende grad var basert på de tidligere avgitte forklaringene fra vitnene. Høyesterett foretok nødvendige endringer for å være i overenstemmelse med EMK og EMDs praksis.

I Rt. 2004 s. 1974 var det spørsmål om det var begått en feil, da forklaring fra en medtiltalt ble tillatt opplest, når forklaringen fikk virkning som bevis mot de andre tiltalte i saken. I dommen viste Høyesterett til hvordan EMD hadde tolket EMK artikkel 6, og anvendte deretter samme metode som EMD. Høyesterett utalte blant annet at opplesningen ble avgjort ut fra vurderingstemaet: «utelukkende eller i avgjørende grad».<sup>89</sup> I dommen kom det tydelig frem at Høyesterett anvendte straffeprosesslovens bestemmelser i lys av EMDs tolkning av EMK. Formuleringen «utelukkende eller i avgjørende grad» er også anvendt i Rt. 2010 s.1414, som var en tolkning av Høyesterett på hvordan «solely or to a decisive degree» skulle bli forstått.<sup>90</sup>

Norske domstoler synes i sin praksis å følge de føringer som fremgår av EMD. I de tilfellene hvor Høyesteretts vurdering gikk lengere enn nødvendig, sammenholdt med EMD, ble dette fanget opp og korrigert, jf. Rt. 2001. s 29 og Rt. 2004 s. 1789. Dette er i tråd med

---

<sup>86</sup> Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 16.

<sup>87</sup> Rt. 2004 s. 897 avsnitt 17.

<sup>88</sup> Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 20.

<sup>89</sup> Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 20.

<sup>90</sup> Rt. 2010 s.1414 avsnitt 22.

forutsetningen om at norske domstoler skal følge samme metode som EMD.

### 3.4 EMDs behandling av saken inntatt i Rt. 2004 s. 97

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 97 ble klaget inn for EMD. Saken omtales som Kaste og Mathisen mot Norge (2006).<sup>91</sup> EMD konkluderte med at det var skjedd en krenkelse av tiltaltes rett til krysseksaminasjon, og dermed var tiltaltes rett til en rettferdig rettergang også krenket. EMD kom frem til et annet resultat enn Høyesterett.

I nasjonale domstoler var Kaste og Mathisen dømt for grov narkotikaforbrytelse, og saken bestod av flere tiltalte. Lagmannsretten hadde tillatt opplesning av en politiforklaring fra en medtiltalt, som hadde påberopt sin rett til å nekte å forklare seg. Under hovedforhandlingen for lagmannsretten ba forsvareren til den ene av klagerne, om å få stille spørsmål til den medtiltalte. Rettsformannen minnet om at den medtiltalte hadde påberopt seg sin rett til å forholde seg taus. Rettsformannen spurte likevel den medtiltalte om han ønsket å avgi forklaring, helt eller delvis. Den medtiltalte ønsket ikke å avgi forklaring, og rettsformannen mente forsvareren måtte respektere dette.<sup>92</sup>

Verken tiltalte, eller forsvareren, var gitt anledning til å stille spørsmål til den medtiltalte. Lagmannsretten mente at en forklaring fra en medtiltalt ikke ville ha karakter av vitneforklaring, da en medtiltalt ikke hadde status som «vitne». Dette var ikke i samsvar med den autonome betydningen av begrepet «vitne» etter EMDs praksis.<sup>93</sup> Etter EMDs praksis skulle forklaring fra en medtiltalt behandles på samme måte som forklaring fra et vitnet. Høyesterett kom frem til at denne sontringen imidlertid ikke var av særlig betydning for spørsmålet i saken.<sup>94</sup> Høyesterett konstaterte at det var en reell mulighet for at opplesning av vitneforklaringen hadde utslagsgivende betydning for den samlede bevisbedømmelsen. Etter en helhetsvurdering konkluderte likevel Høyesterett med at retten til rettferdig rettergang ikke var ansett krenket, jf. EMK artikkel 6.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> Kaste og Mathisen mot Norge, søkenummer 18885/04 og 21166/04, dom av 9. november 2006.

<sup>92</sup> Case of KASTE and MATHISEN v. NORWAY (Norsk sammendrag).

<sup>93</sup> Rt. 2004 s. 97 avsnitt 11 og 12. Kaste og Mathisen mot Norge avsnitt 53. Lucà mot Italia avsnitt 41.

<sup>94</sup> Rt. 2004 s. 97 avsnitt 18.

<sup>95</sup> *Ibid.*, avsnitt 34.

EMD kom frem til at lagmannsretten gjennom sin håndtering av saken hadde krenket tiltaltes rett til krysseksaminasjon. Bakgrunnen for at EMD konstaterte krenkelse av artikkel 6 nr. 3 bokstav d, jf. nr. 1, var at tiltalte ikke hadde fått tilstrekkelig anledning til å stille spørsmål til den medtiltalte, verken før eller etter at forklaringen ble lest opp. I EMD ble det presisert hva som var en «passende og tilstrekkelig anledning» til å eksaminere vitnet. Dette ble gjort ved å understreke at tiltalte, eller forsvareren, måtte ha fått anledning til å stille konkrete spørsmål til vitnet. Det var ikke tilstrekkelig at retten på generelt grunnlag spurte om vitnet ønsket å svare. EMD uttalte følgende i saken:

«[...] The President of the High Court responded that, since D had invoked his right of silence, it would not be permitted to question him directly. It is true that the President nevertheless asked D if he wished to give oral evidence in full or in part, and that D replied that he still did not wish to give oral evidence even in relation to the specific question put him by the second applicant's counsel [...] However, even at this stage, with the President of the High Court acting as an intermediary filter [...] it cannot be said that the second applicant was given a real opportunity to confront D [...].»<sup>96</sup>

Ved opplesningsadgangen av vitneforklaringer som utgjør det avgjørende bevis, er det et vilkår at tiltalte på et eller annet stadium av prosessen, har fått hensiktsmessig adgang til å stille spørsmål til vitnet. I en artikkel om opplesning av politiforklaringer, skrev Skoghøy følgende:

«Når lagmannen hadde nektet de tiltaltes forsvarere å stille spørsmål direkte til vitnet, skulle Høyesterett derfor ha opphevd lagmannsrettens dom. Jeg er her enig med EMD. Ved at lagmannen nektet forsvarerne å stille spørsmål direkte til vitnet, kunne de tiltalte og deres forsvarere ikke sies å ha fått en reell rett til å krysseksaminere vitnet. Selv om vitnet erklærte at det ikke ville gi forklaring, vil det ikke kunne utelukkes at vitnet kunne ha svart på spesifikke spørsmål fra forsvarerne.»<sup>97</sup>

Slik det fremgikk av sitatet til Skoghøy, kan det ikke utelukkes at vitnet kunne svart på spesifikke spørsmål. Aall presiserte at Kaste og Mathisen-saken var velbegrunnet, og mente

---

<sup>96</sup> Kaste og Mathisen mot Norge avsnitt 51.

<sup>97</sup> Jens Edvin Skoghøy, «Opplesning av politiforklaring», 2006.

på lik linje med Skoghøy at forsvareren burde vært gitt anledning til å stille de konkrete spørsmålene. Blant annet skrev Aall følgende:

«Det kan vise seg at vitnet vil foretrekke å besvare konkrete spørsmål, særlig hvor han kan besvare dem uten å inkriminere seg selv. Men selv om han skulle forholde seg taus, vil nettopp taushet i forhold til konkrete spørsmål kunne være påfallende og kaste bedre lys over saken enn om adgangen til å spørre avskjæres helt.»<sup>98</sup>

På bakgrunn av Kaste og Mathisen-saken ble det fremmet ulike synspunkter i juridisk litteratur. De ulike synspunktene omhandlet hvordan retten var angående begrensning i opplesningsadgang når vitnet møtte, men var fritatt fra å forklare seg. Diskusjonen gikk ut på om opplesningsadgangen var blitt strengere etter avgjørelsen i Kaste og Mathisen-saken.

I litteraturen argumenterte blant annet All og Elden for at Kaste og Mathisen-saken representerte en innstramming. I en artikkel skrev All følgende: «I Kaste og Mathisen synes EMD dermed å legge til grunn samme vurderingstema som Høyesterett i Rt-2001-29 og Rt-2004.<sup>97</sup>, der formuleringen «reell mulighet for at beviset har hatt utslagsgivende betydning», ble benyttet.»<sup>99</sup> Her presiserte Aall at opplesningsadgangen etter Kaste og Mathisen-saken var blitt innstrammet. Elden så ut til å dele samme syn som Aall. I en artikkel skrev Elden følgende: «Rettstilstanden i følge EMD er dermed slik som Høyesterett her har gitt uttrykk, for, jfr også de tidligere avgjørelser i bl.a. Rt-2001-29, der man strammet inn på opplesningsadgangen.»<sup>100</sup>

Et motstykke til Aall og Elden, var blant annet Kjelby og Matningsdal. De mente at Kaste og Mathisen-saken ikke representerte en innstramming i opplesningsadgangen, men ga uttrykk for tiltaltes rett til å krysseksaminere vitner. Kjelby skrev følgende i en artikkel: «Avgjørelsen sier imidlertid ingenting nytt om det man kan kalle *bevisvektsnorm*, dvs. Hvilken norm som skal anvendes på spørsmålet om forklaringens bevismessige betydning.»<sup>101</sup> På lik linje med Kjelby mener Matningsdal at EMD ikke uttalte seg om forklaringens bevismessige betydning, men om tiltaltes og deres forsvareres mangelfulle adgang til å stille spørsmål til vitnet.<sup>102</sup> Det

---

<sup>98</sup> Aall 2018 s. 510.

<sup>99</sup> Jørgen Aall, Reell anledning til å teste motpartens vitner – EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. En kommentar til Kaste og Mathisen-dommen mot Norge. *Lov og rett*, 2007 s. 55-59 (s. 59).

<sup>100</sup> John Christian Elden, «Opplesning av politiforklaringer etter Norges tap i EMD», *Juristkontakt*, 2006 s. 40.

<sup>101</sup> Kjelby 2007 s. 190.

<sup>102</sup> Matningsdal 2007 s. 114 flg.



kan imidlertid se ut til at Skoghøy deler samme oppfatning som Kjelby og Matningsdal. Skoghøy var opptatt av at tiltalte skulle ha krav på å stille spørsmål direkte til vitnet, uavhengig av om vitnet ønsker å svare, jf. tidligere drøftelse.

Etter en gjennomgang av avgjørelsene fra EMD i punkt 3 og punkt 4, var praksis fra EMD etter mitt syn nokså konsekvent. Slik jeg ser det, ville ikke Kaste og Mathisen-saken medført en innstramning av opplesningsadgangen, med hensyn til at EMD var sterkt prejudikatbundet på dette området. I tillegg uttalte EMD i Kaste og Mathisen-saken at de ville avgjøre saken i lys av prinsippene beskrevet i tidligere rettspraksis fra EMD.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Kaste og Mathisen mot Norge avsnitt 47.

## 4 Tiltaltes rett til krysseksaminasjon som en skranke for bevisføringen etter 2011

### 4.1 Innledning

Slik det fremgikk av avhandlingens punkt 3, har det lenge vært en oppfatning om at hovedbevislæren var absolutt. Hvis forklaringen var et avgjørende bevis kunne forklaringen ikke leses opp, eller spilles av, jf. punkt 3.2. Over tid har EMD utviklet en fremgangsmåte med ulike kriterier, som må være oppfylt for at en tidligere avgitt vitneforklaring skal kunne leses opp, eller spilles av under hovedforhandling.

I storkammerdommene Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, og Schatschaschwili mot Tyskland, tok EMD prinsipiell stilling til om hovedbevislæren var korrekt.<sup>104</sup> I punkt 4.2 vil jeg drøfte situasjoner hvor vitnet ikke møter under hovedforhandling, og hvor tiltalte ikke har fått krysseksaminert vitnet før hovedforhandling. Det vil bli redegjort for de nevnte storkammerdommenes faktum, og EMDs nye fremgangsmåte for når det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, jf. nr. 1.

I punkt 4.3 vil jeg drøfte hvilken betydning storkammerdommene har hatt for norsk straffeprosessrett. I drøftelsen vil jeg se på avgjørelser avsagt i Høyesterett, og hvordan Høyesterett løser situasjoner hvor tiltalte ikke har fått krysseksaminert vitnet før hovedforhandling. Utgangspunktet for drøftelsen vil være hvordan EMDs utvikling av rettstilstanden har påvirket avgjørelser avsagt i Høyesterett. Punkt 4.4 omhandler tilfeller hvor tiltalte ikke møter under hovedforhandling, men har fått krysseksaminert vitnet på et tidligere tidspunkt. Denne fremstillingen vil illustrere ulikheter mellom opplesningsadgangen, etter hvor langt eksaminasjonsretten rekker.

---

<sup>104</sup> Schatschaschwili mot Tyskland, søkenummer 9154/10, dom av 15. desember 2015. *Øyen* 2017 s. 405.

## **4.2 Situasjoner hvor tiltalte ikke har fått krysseksaminert vitnet før hovedforhandling**

### **4.2.1 Faktum i storkammerdommene Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatchaswili mot Tyskland**

I storkammerdommen Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, var den første klageren Al-Khawaja. Al-Khawaja var spesialist i medisinsk rehabilitering, og var tiltalt for å ha begått seksuelle overgrep ovenfor to kvinnelige pasienter. Overgrepene skulle ha skjedd mens pasientene var under hypnose. Før rettssaken ble behandlet hadde den ene kvinnen begått selvmord. Selvmordet hadde ikke tilknytning til saken. Før selvmordet hadde kvinnen avgitt politiforklaring. Aktor ønsket å lese opp politiforklaringen foran juryen, og dommeren tillot forklaringen opplest. Forklaringen ble lest opp etter en vurdering av forklaringens betydning, øvrige bevis, og klagerens mulighet til å imøtegå innholdet i forklaringen. Ovenfor juryen hadde dommeren påpekt at forklaringen ikke var gitt direkte i retten. Forklaringen var heller ikke imøtegått av tiltalte, slik at det ikke var foretatt krysseksaminasjon. Dommeren informerte om at tiltalte benektet innholdet, og at forklaringen måtte sammenholdes med øvrige vitneforklaringer. Al-Khawaja ble til slutt dømt for forholdet.<sup>105</sup> EMD konkluderte med at det ikke forelå brudd på EMK artikkel 6.

Den andre klageren var Tahery. Tahery var tiltalt for å ha knivstukket en kurdisk mann under et gjengopprør. Da politiet kom til åstedet var det ingen som hevdet å ha sett at Tahery hadde knivstukket mannen. To dager senere forklarte et av vitnene til politiet at klageren hadde utført knivstikkingen. Under rettssaken tillot dommeren vitnets politiforklaring lest opp, da vitnet ikke ønsket å møte i retten på grunn av frykt for represalier. Denne frykten skyltes imidlertid ikke tiltalte selv, men dommeren mente frykten var reell. Dommeren vurderte forklaringens innhold og betydning, samt forsvarets mulighet til kontradiksjon. Etter vurderingen mente dommeren at det var anledning til å tillate opplesning av politiforklaring. Resultatet i EMD var at det forelå krenkelse av rettighetene i EMK artikkel 6.

I Schatschaschwili mot Tyskland ble Schatschaschwili dømt for to tilfeller av grovt ran og utpressing. De fornærmede ved det første ranet avga forklaring under hovedforhandling. De fornærmede ved det andre ranet møtte ikke til hovedforhandling. Etter at den tyske domstolen mislyktes i å komme i kontrakt med vitnene, ble deres tidligere forklaring tillatt opplest.

---

<sup>105</sup> Case of AL- KHAWAJA and TAHERY v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag) 2011.

Schatschaschwili ble dømt i samsvar med vitnenes forklaringer.<sup>106</sup> Schatchaswili brakte saken inn for EMD, da han mente hans krav til rettferdig rettergang var krenket. Flertallet i EMD kom frem til at det forelå brudd på EMK artikkel 6.<sup>107</sup> Bruddet ble begrunnet med at tyske myndigheter på etterforskningsstadiet innså at det var en risiko for at vitnene ikke kom til å møte under hovedforhandlingen, og likevel unnlot å sikre Schatschaschwilis rettigheter.

I Schatschaschwili-saken anvendte EMD læren slik den fremgikk av Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia. Samtidig som læren ble klargjort og anvendt, ble den videreutviklet på enkelte punkter. Dette vil drøftes nærmere i avhandlingens punkt 4.2.2.

I det følgende punkt vil det redegjøres for innholdet i vurderingene, som ble utviklet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, og Schatschaschwili mot Tyskland. Spørsmålet i punkt 4.2.2 er i hvilke tilfeller det vil være anledning til å lese opp vitneforklaring etter relativisering av rettstilstanden.

#### **4.2.2 Relativisering av rettstilstanden etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland**

Etter en gjennomgang av praksis fra EMD og Høyesterett før 2011, var «the sole or decisive rule» gjeldende rett. Denne rettstilstanden ble revidert etter storkammeravgjørelsene Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, og Schatschaschwili mot Tyskland. Avgjørelsene førte til en relativisering av rettstilstanden, og skapte en ny standard for opplesningsadgangen.

Hvis det skal gjøres unntak til hovedregelen om bevisumiddelbarhet ved hovedforhandling, skal det gjøres etter en helhetsvurdering hvor tre kriterier inngår. Det første kriteriet som er oppstilt i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia er: «Whether there is a good reason for the non-attendance of a witness».<sup>108</sup> Her har domstolen en plikt til å undersøke om det er gode grunner for at vitnet ikke møter. Det fremgår videre av storkammeravgjørelsen: «there is a duty to enquire whether that absence is justified», det betyr at vitnets fravær må være berettiget. Det kan være flere årsaker til at et vitne ikke kan delta under en hovedforhandling.

---

<sup>106</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 30.

<sup>107</sup> Flertallet var 9 av 17 dommere.

<sup>108</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 120.

Det blir i avgjørelsen vist til at frykt, død, og alvorlig sykdom er eksempler på gode grunner til at et vitne ikke møter under hovedforhandling.<sup>109</sup>

I noen tilfeller kan det være tvil om vitnet har en god grunn til å møte. Det fremgår følgende av Al-Khawaja og Tahery-saken: «As a general rule, witnesses should give evidence during the trial and all reasonable efforts will be made to secure their attendance.»<sup>110</sup> Her blir det presisert at «all reasonable efforts» skal være gjort for å sikre bevisumiddelbarhet. Videre skal det bli forsøkt å kompensere for mangelen: «must be a measure of last resort».<sup>111</sup> Retten må ha vurdert alle mulige alternativer. Før et vitne kan unnskyldes fra å vitne på grunn av frykt, må retten være tilfreds med alle tilgjengelige alternativer. For eksempel må anonym vitneførsel, eller andre spesielle tiltak, ha blitt prøvd gjennomført.

I Schatschaschwili-saken blir det fremhevet at selv om det er svikt med hensyn til det første kriteriet, kan det hende at opplesning er greit hvis forklaringen ikke utgjør det eneste, eller hovedsakelige bevis:

«[t]he absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial. This being said, the lack of a good reason for a prosecution witness's absence is a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which may tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d).»<sup>112</sup>

Her presiserer EMD at mangelen på «god grunn» for at et vitne ikke er til stede, kan ikke i seg selv være avgjørende for urettferdigheten i en rettssak. Mangelen på «god grunn» for fraværet er en viktig faktor, som må vektlegges og balanseres i den generelle vurderingen av retten til en rettferdig rettergang.

Det andre kriteriet Al-Khawaja og Tahery-saken oppstiller, er om forklaringen er «de eneste eller hovedsakelige bevis», «sole or decisive».<sup>113</sup> Denne vurderingsformen har sine røtter i den tidligere nevnte Unterpertinger mot Østerrike. Hvis domfeltes avgjørelse er utelukkende

---

<sup>109</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 120-122.

<sup>110</sup> *Ibid.*, avsnitt 120.

<sup>111</sup> *Ibid.*, avsnitt 125.

<sup>112</sup> *Ibid.*, avsnitt 113.

<sup>113</sup> *Ibid.*, avsnitt 128.

eller hovedsakelig basert på bevis fra vitner, som den siktede ikke er i stand til å avhøre på noe trinn i saksgangen, er hans forsvarsrettigheter unødig begrenset.<sup>114</sup>

I Al-Khawaja og Tahery-saken blir betydningen av ordlyden «decisive» presisert. Slik det fremgår av storkammerdommen skal «decisive» forstås snevert: «[T]he word 'decisive' should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case.»<sup>115</sup> I følge EMD er det bare når vitneforklaringen er av så stor betydning at det sannsynligvis vil være avgjørende for utfallet av saken, at beviset regnes som «decisive». Dette tolkes slik at ikke alle bevis av betydning vil anses som «decisive».<sup>116</sup>

Slik Rui skriver i en artikkel om menneskerettighetsdomstolen, har det vært drøftet i juridisk litteratur om hovedbevislæren var absolutt. I Al-Khawaja og Tahery-saken er det klare holdepunkter for at EMD tidligere anså regelen som absolutt.<sup>117</sup> Flertallet i Al-Khawaja og Tahery-saken kom frem til at «the sole or decisive rule» måtte gjøres mer fleksibel. En absolutt anvendelse av «the sole or decisive rule» kunne føre til uheldige resultater.<sup>118</sup> Etter en lang redegjørelse i Al-Khawaja og Tahery-saken konkluderte domstolen slik:

«The Court is of the view that the sole or decisive rule should also be applied in a similar manner. It would not be correct, when reviewing questions of fairness, to apply this rule in an inflexible manner. Nor would it be correct for the Court to ignore entirely the specificities of the particular legal system concerned and, in particular its rules of evidence, notwithstanding judicial dicta that may have suggested otherwise (...) To do so would transform the rule into a blunt and indiscriminate instrument that runs counter to the traditional way in which the Court approaches the issue of the overall fairness of the proceedings, namely to weigh in the balance the competing interest of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice. [...] The Court therefore concludes that, where a

---

<sup>114</sup> Unterpertinger mot Østerrike avsnitt 128.

<sup>115</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 131.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Jon Petter Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for Strafferett*, 2012 s. 109-133 (s. 122).

<sup>118</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 146. Flertallet var 15 av 17 dommere.

hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1.”<sup>119</sup>

EMD konkluderte med at opplesning av en vitneforklaring, som utgjør det eneste eller hovedsakelige bevis, ikke lengere automatisk vil føre til en krenkelse av EMK artikkel 6. nr. 1. Den nye fremgangsmåten EMD oppstiller innebærer at det ble gitt en utvidet adgang til å lese opp tidligere avgitte forklaringer. Den absolutte regelen om det hovedsakelige bevis ble relativisert, da den er for lite fleksibel. I tillegg er en absolutt regel dårlig i samsvar med EMDs vanlige doktriner, som er å vurdere om rettergangen sett som et hele fremstår som rettfærdig. En absolutt regel griper i for stor grad inn i nasjonale bevisregler.<sup>120</sup>

I følge EMD skal vurderingen av om en vitneforklaring er «decisive» altså «avgjørende», avhenge av styrken av bevisene som støtter vitneforklaringen. Om beviset er det eneste eller hovedsakelige bevis, så må fremgangsmåten ved bruk av beviset underkastes «the most searching scrutiny». Som oversatt til norsk betyr «den mest søkende granskningen». EMD viser til at det er på grunn av farene ved innrømmelse av slike bevis, at det blir viktig å inkludere sterke prosessuelle rettsikkerhetsgarantier, som kompenserende faktorer. Jo mer avgjørende forklaring vil være for domfellelse, desto viktigere er det med kompenserende tiltak. Selv om «the sole or decisive rule» ikke lengere er absolutt, vil den fortsatt ha stor betydning. Det må altså fortsatt tas stilling til om forklaringen utgjør det hovedsakelige bevis.<sup>121</sup>

Det fremgår videre av Al-Khawaja og Tahery-saken at en tidligere avgitt forklaring unntaksvis kan leses opp eller spilles av, selv om forklaringen vil utgjøre et avgjørende bevis for en eventuell domfellelse. I Schatschaschwili mot Tyskland, kan ikke en forklaring uten videre leses opp, eller spilles av, der det er usikkerhet om forklaringen vil utgjøre et avgjørende bevis.<sup>122</sup> I den nevnte storkammerdommen blir det av flertallet listet opp tre momenter i vurderingen:

---

<sup>119</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 146 og 147.

<sup>120</sup> *Rui* 2012 s. 123.

<sup>121</sup> *Ibid.*, s. 124.

<sup>122</sup> *Øyen* 2019 s. 441.

«the trial court's approach to the untested evidence; the availability and strength of further incrimination evidence; and the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial».<sup>123</sup>

Det første momentet i vurderingen handler om eksistensen av de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene. Formuleringen «the trial court's approach» viser at det sentrale for EMD, er hvor grundig den nasjonale domstolen rent faktisk har vurdert vitnets troverdighet, og vitneprovets pålitelighet i den konkrete saken.<sup>124</sup> Det andre momentet handler om hvor sentral forklaringen er som bevis. Hvis forklaringen er det eneste bevis av avgjørende betydning, er det neppe under noen omstendigheter grunnlag for å lese opp, eller spille av forklaringen. Dette indikerer også flertallets vurdering i Al-Khawaja og Tahery-saken.

Det tredje kriteriet Al-Khawaja og Tahery-saken oppstiller, er om det har vært tilstrekkelige kompenserende faktorer, altså «counterbalancing factors».<sup>125</sup> De kompenserende faktorene skal veie opp for ulempene for forsvaret, ved at bevisumiddelbarhet og krysseksaminasjon ikke var mulig under hovedforhandling. Om det er nødvendig å vurdere det tredje kriteriet i testen, uttalte EMD i Schatschaschwili-saken følgende:

«Against that background, it will, as a rule, be pertinent to examine the three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test in the order defined in that judgement [...]. However, all three steps of the test are interrelated and, taken together, serve to establish whether the criminal proceedings issue have, as a whole, been fair. It may therefore be appropriate, in a given case, to examine the steps in a different order, in particular if one of the steps proves to be particularly conclusive as to either the fairness or the unfairness of the proceedings.».<sup>126</sup>

Det er som hovedregel relevant å undersøke alle tre trinnene som fremgår av Al-Khawaja og Tahery-saken, for å avgjøre om opplesning kan foretas. Trinnene i testen henger sammen og tjener sammen, for å avgjøre om straffesaken har vært gjennomført rettfærdig. Det fremgår videre at i noen tilfeller kan det være aktuelt å undersøke trinnene i en annen rekkefølge.

---

<sup>123</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 145.

<sup>124</sup> Øyen 2019 s. 441.

<sup>125</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 147.

<sup>126</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 118.



Spesielt hvis ett av trinnene viser seg å være særlig avgjørende når det gjelder saksbehandlingen, eller urettferdigheten i saksgangen.

I både Al-Khawaja og Tahery-saken konkluderte EMD med at det var god grunn for at vitenene ikke møtte. Politiforklaringene i begge sakene utgjorde det «eneste eller hovedsakelige bevis» mot de siktede.<sup>127</sup> Etter en helhetsvurdering konkluderte EMD i Al-Khawaja-saken at det var iverksatt tilstrekkelige kompenserende tiltak. EMK artikkel 6 var dermed ikke krenket. Motsatt tilfelle var Tahery-saken. EMD kom frem til at det ikke forelå kompenserende tiltak, og at dermed forelå det brudd på EMK artikkel 6.<sup>128</sup>

Schatschaschwili mot Tyskland fra 2015 videreutviklet læren slik den ble fremstilt i Al-Khawaja og Taher-saken. I Schatschaschwili-saken ble de tre kriteriene revidert fra å være absolutte kriterier, til momenter som skulle inngå i en helhetsvurdering. Dette taler for at opplesningsadgangen etter 2015 er noe utvidet. Den sammensatte helhetsvurderingen kan også tenkes at gir et større spillerom for nasjonale myndigheter, for hvordan konvensjonens rettigheter skal sikres.

Al-Khawaja og Tahery-saken, og Schatschaschwili-saken, er eksempler på praksis hvor EMD fraviker tidligere standpunkt der det er nødvendig. EMD fulgte delvis opp «the sole or decisive rule», på samme tid som EMD endret retningslinjene for når det var tillat å lese opp en tidligere avgitt vitneforklaring. På dette området viste EMD at de ønsket å opprettholde en balanse mellom effektivitet, og forutberegnelighet. EMD fulgte tidligere prejudikat, men endret praksisen i tråd med samfunnsutvikling. EMD beholdt altså den dynamiske tolkningsstilen, samtidig som storkammerdommene bar preg av å være prejudikatbundet på enkelte områder.

---

<sup>127</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 153, avsnitt 159, avsnitt 145 og avsnitt 160.

<sup>128</sup> *Ibid.*, avsnitt 165.

### 4.3 Hvilken betydning har kursendringen i EMD hatt for Høyesterett?

Slik Høyesterett selv har konkludert, skal norske domstoler følge den rettsutvikling EMD foretar, på de rettsområdene Norge er forpliktet. Høyesterett har i en rekke avgjørelser presisert hvordan EMDs praksis skal forstås, ved opplesning av tidligere avgitte forklaringer. I denne sammenheng vil det legges vekt på høyesterettsavgjørelser fra rettstilstanden etter 2011. I vurderingen vil jeg ha storkammerdommene Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, og Schatschaschwili mot Tyskland for øyet. Avgjørelsene fra Høyesterett blir brukt for å illustrere EMDs innflytelse.

Et godt eksempel på Høyesteretts anvendelse av EMDs egen tolkingsmetode er Rt. 2013 s. 1412. Spørsmålet i saken var om retten til krysseksaminasjon var til hinder for at fornærmedes politiforklaringer kunne leses opp. Lagmannsretten la til grunn at fornærmede hadde gyldig forfall, men tillot ikke opplesning av politiforklaring. Høyesterett mente lagmannsretten hadde lagt en for streng norm til grunn, men var etter en helhetsvurdering enig i at vilkårene for opplesning ikke forelå. Høyesterett konkluderte med at anken ikke førte frem.

Det første spørsmålet Høyesterett tok for seg, var om lagmannsretten hadde anvendt uriktig norm ved spørsmålet om politiforklaringen kunne leses opp under hovedforhandlingen. Høyesterett startet med å vise til strpl. § 297 som på visse vilkår tillater opplesning av politiforklaring til vitne, som ikke møter under hovedforhandling. I dommen fremgikk det: «Bestemmelsen må anvendes med de innskrenkninger som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonen, EMK, hvor artikkel 6 nr. 3 bokstav d slår fast at tiltalte har rett til å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham».<sup>129</sup> Høyesterett ga her rettsanvendere et pålegg om at konvensjonen skulle utgjøre en del av vurderingen. I dag utgjør EMK artikkel 6 en stor del av vurderingen av om en opplesning kan tillates.

Høyesterett kom frem til at lagmannsretten hadde anvendt en uriktig norm. Det ble vist til avgjørelser som ikke samsvarte med nyere praksis fra Høyesterett. Høyesterett prøvde så om det var adgang til å lese opp politiforklaringen fra en riktig norm. Rt. 2013 s. 1412 illustrerer hvor viktig det er for domstolene å være oppdatert på rettspraksis. Konsekvensen av at

---

<sup>129</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 13.

domstolene ikke er oppdatert på hva som fremkommer av praksis, kan i verste fall føre til feil i domsresultatet. Det er spesielt viktig at domstolen er oppdater på nyere praksis på rettsområder hvor EMDs tolkning av EMK er av avgjørende betydning. Slik at Norge ikke blir felt for brudd på konvensjonen. Viktigheten av EMDs tolkning av EMK henger sammen med at domstolen er et levende instrument. Retten kan som nevnt endres etter nye samfunnsoppfatninger, og nye utfordringer med tiden.

I Rt. 2013 s. 1412 anvendte Høyesterett flere avgjørelser fra EMD. Høyesterett redegjorde for hvordan EMD gjennom sin praksis hadde klargjort prinsippene for opplesningsadgang, når vitnet ikke møtte under hovedforhandling.<sup>130</sup> Blant annet viste Høyesterett til *Stefancic mot Slovenia*, hvor EMD oppsummerte prinsippene som ble lagt til grunn i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*.<sup>131</sup> Deretter gikk Høyesterett systematisk gjennom prinsippene fra EMD, og anvendte de ulike vurderingsmomentene på sitt faktum. Høyesterett tolket rettsspørsmålet ut fra samme metode som fremgikk av EMDs praksis.

Det første momentet Høyesterett tok for seg, var om det var god grunn for at vitnet ikke møtte, og om alle rimelige tiltak, «all reasonable efforts», var satt i verk for å få vitnet til å møte.<sup>132</sup> I saken fremgikk det at vitnet hadde gyldig forfall, da det ble fremlagt for retten av lege- og psykologerklæringene at det var fare for panikkangst eller psykose dersom vedkommende ble pålagt å vitne.

De neste spørsmålene Høyesterett vurderte, var om en eventuell domfellelse bare eller i avgjørende grad, ville være basert på politiforklaringen – «the sole or decisive rule». Videre ble det foretatt en vurdering av om det forelå faktorer, som i tilstrekkelig grad kompenserte for det faktum at det ikke var foretatt krysseksaminasjon.<sup>133</sup> Ved vurderingen av om domfellelsen «bare eller i avgjørende grad» ville baseres på politiforklaringen, presiserte Høyesterett ordlyden «decisive» slik den fremgikk av EMD i *Al-Khawaja og Tahery*-saken. Høyesterett uttalte følgende: «[...] «decisive» skal forstås slik at ikke alle bevis som øker muligheten for domfellelse, er omfattet. Uttrykket indikerer at det er tale om så betydningsfulle eller viktige bevis at de er egnet til å avgjøre sakens utfall».<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 17.

<sup>131</sup> *Stefancic mot Slovenia*, søkenummer 18027/05, dom av 25. oktober 2012.

<sup>132</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 18.

<sup>133</sup> *Ibid.*, avsnitt 21.

<sup>134</sup> *Ibid.*, avsnitt 22.

Ved vurderingen av kompenserende tiltakene, kom Høyesterett frem til at politiforklaringene var egnet til å være avgjørende for domfellelse. Det forelå ingen faktorer som veide opp for at det manglet kryssforhør. Etter en helhetsvurdering kom Høyesterett frem til at opplesning ikke kunne tillates.

Etter en gjennomgang av Rt. 2013 s. 1412 ser det ut til at Høyesterett har fulgt retningslinjene slik de fremgikk av Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia. Høyesterett gikk dermed bort fra den tidligere «sole or decisive rule», og anvendte vurderingskriteriene som ble utviklet av EMDs praksis. Høyesterett er rettsavklarende, og har på dette området relativisert rettstilstanden. Høyesteretts utvikling var i tråd med EMDs nye rettstilstand. Ved det nasjonale forholdet til EMD fremgår det av forarbeidene til menneskerettsloven: «det overordnede mål er at norsk rettspraksis i størst mulig grad samsvarer med den til enhver tid gjeldende internasjonale tolkingspraksis.»<sup>135</sup> I Rt. 2013 s. 1412 var Høyesterett i samsvar med EMDs dynamiske metode.

Et annet godt eksempel på at EMDs tolkning av EMK har hatt betydning for resultatet er HR-2018-694-U. Spørsmålet i saken var om det var adgang til å lese opp politiforklaring til et vitne som ikke møtte under ankeforhandling. Høyesterett viste til at strpl. § 297 første ledd første punktum måtte anvendes med de innskrenkninger som fulgte av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.<sup>136</sup> Ordlyden «innskrenkninger som følger av EMK» tolkes slik at i de tilfellene hvor EMK gir et bedre vern, skal EMKs regel anvendes.

Ved å inkorporere EMK så har hver enkelt konvensjonsstat i kraft av sin suverenitet, akseptert de grenser som konvensjonen setter. Som Bårdsen slår fast, har konvensjonstatene anerkjent EMDs kompetanse til å tolke konvensjonen, og til å anvende den i konkrete klagesaker.<sup>137</sup> Dette betyr at nasjonale domstoler må forholde seg til den utviklingen som blir foretatt av konvensjonen i EMD. Både i den foreliggende sak HR-2018-694-U og Rt. 2013 s. 1412 har Høyesterett forholdt seg til den dynamiske utviklingen som fremgikk av EMD.

Etter at hovedregelen i straffeprosessloven ble presisert i HR- 2018-694-U, gikk Høyesterett over til å se på praksis fra EMD. Det ble videre vist til Rt. 2013 s. 1412, som hadde anvendt

---

<sup>135</sup> Innst. O. Nr. 51 (1998-99) s. 6.

<sup>136</sup> HR-2018-694-U avsnitt 23.

<sup>137</sup> Bårdsen 2017 s. 14.

læren slik den fremgikk av Al-Khawaja og Tahery-saken.<sup>138</sup> Høyesterett utførte på lik linje med Rt. 2013 s. 1412, en vurdering av momentene listet opp av EMDs praksis. De nevnte høyesterettsavgjørelsene fulgte metodisk samme mønster som EMD i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, og Schatschaschwili mot Tyskland. Avgjørelsene fra Høyesterett er rettsavklarende på område for opplesningsadgang av tidligere avgitte forklaringer.

Utvikling av ny rettsstilstand i EMD har ført til nærmest tilsvarende utvikling i Høyesterett. Dette med hensyn til rettsstilstanden slik den var før og etter 2011, da Al-Khawaja og Tahery-saken etterfulgt av Schatschaschwili-saken ble avsagt. Det betyr at Høyesterett er oppdatert på endringene som skjer i internasjonal rett. Det er altså en nær sammenheng mellom den dynamiske metoden til EMD, og Høyesteretts anvendelse av EMDs praksis.

#### **4.4 Situasjoner hvor siktede har fått anledning til å krysseksaminere vitnet før hovedforhandling**

Forutsetningen for drøftelsen i dette punkt, er at siktede på et tidligere tidspunkt er gitt anledning til å stille spørsmål til vitnet. En tidligere forklaring kan leses opp, eller spilles av, hvis det foreligger en relevant fraværsgrunn, eksempelvis. Videre skal tiltalte, eller forsvarer, ha fått anledning til å krysseksaminere vitnet på etterforskningsstadiet, eller under hovedforhandlingen.

Slik det fremgår av Al-Khawaja og Tahery-saken, må tiltalte ha fått en: «adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings».<sup>139</sup> Det kreves at tiltalte har fått en passende mulighet til krysseksaminasjon. Hvorvidt tiltalte, eller forsvarer, rent faktisk benytter muligheten, er ikke avgjørende for opplesningsadgangen av vitneforklaringen. Det er den bevismessige betydningen av krysseksaminasjon som er av interesse.<sup>140</sup>

Et eksempel på en høyesterettsavgjørelse hvor EMDs praksis ble brukt som bidrag for løsningen av problemstillingen, er Rt. 2012 s. 1171. Spørsmålet i saken var om det forelå en saksbehandlingsfeil da lagmannsretten tillot opplesning av vitneforklaringene. Vitnene var

---

<sup>138</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 13.

<sup>139</sup> Al-Khawaja og Tahery avsnitt 118.

<sup>140</sup> Øyen 2017 s. 402.

tidligere blitt avhørt ved bevisopptak, hvor tiltaltes forsvarer hadde fått anledning til å stille spørsmål til vitnene. De oppleste forklaringene utgjorde ikke de hovedsakelige bevis. Høyesterett startet med å redegjøre for strpl. § 297. Det ble presisert at bestemmelsen måtte leses i lys av EMK artikkel 6 nr. 1, jf. artikkel 6 nr. 3 bokstav d, som fastsetter at siktede har rett til å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham, jf. blant annet Rt. 2010 s. 1414.<sup>141</sup> Videre foretok Høyesterett en drøftelse av hva som fremgikk av praksis fra EMD, og skrev følgende:

«Det følger av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) at det ikke er et vilkår at siktedes rett blir oppfylt under hovedforhandlingen. Det er tilstrekkelig at siktede enten da forklaringen ble avgitt eller på et senere stadium har fått en tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet, jf. blant annet EMDs dom 27. februar 2001 i saken *Lucà mot Italia* avsnitt 40 [...]. Dersom siktede ikke har hatt anledning til å avhøre vitnet, kan politiforklaringen bare leses opp dersom domfellelsen ikke bare eller i avgjørende grad er basert på vitneforklaringer som leses opp, jf. Rt. 2004-1789.»<sup>142</sup>

Slik det fremgikk av dommen var det enstemmig klart at opplesningen av vitneforklaringene for lagmannsretten, ikke var saksbehandlingsfeil etter strpl. § 297, jf. EMK artikkel 6. Høyesterett har slik vi kan se håndhevd avgjørelsene fra EMD som prejudikat. Høyesterett la til grunn at spørsmålet var om domfellelsen «bare eller i avgjørende grad» var basert på de vitneforklaringene som ble lest opp, jf. også *Craxi mot Italia*.<sup>143</sup>

Etter en gjennomgang av avgjørelser avsagt i Høyesterett er det tydelig at EMDs praksis, og forståelse av konvensjonsbestemmelsen, er både en relevant og tungtveiende rettskilde. Slik det fremgår av gjennomgangen har Høyesterett etter 2011, vært aktive med å anvende avgjørelser fra EMD. Høyesterett har forholdt seg til konvensjonsteksten slik den er utviklet av EMD. Høyesterettspraksis er dermed i overensstemmelse med den internasjonale domstolens praksis.

---

<sup>141</sup> Rt. 2010 s. 1414 avsnitt 22.

<sup>142</sup> Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 19.

<sup>143</sup> *Craxi mot Italia* avsnitt 86.

## 5 Forholdet til nasjonal suverenitet

### 5.1 Innledning

EMDs dynamiske metode henger sammen med at konvensjonen er ment som et effektivt instrument for håndhevelse av grunnleggende rettigheter og friheter, med prinsippet om en formålsorientert tolkning.<sup>144</sup> Den dynamiske og evolutive tolkingen av internasjonale konvensjoner skjer ikke uten utfordringer. I punkt 5.2 vil jeg drøfte hvilke utfordringer som kan oppstå med dynamisk tolkning. Videre i punkt 5.3 vil jeg se på forholdet til statsuverenitetsprinsippet og subsidiaritetsprinsippet. I punkt 5.4 vil jeg drøfte rettspolitiske grunner for å legge EMDs tolkninger av EMK til grunn. Bakgrunnen for denne fremstillingen er for å trekke frem fordeler og ulemper med EMDs dynamiske metode.

### 5.2 Hvilke utfordringer skaper dynamisk tolkning?

En utfordring dynamisk tolkning av internasjonale håndhevingsorganer skaper, er usikkerhet rundt rettsanvendelsen. En for dynamisk tolkning av EMD innebærer at praksis blir mindre konsistent. Gjennom en dynamisk utvikling i EMD har opplesningsadgangen for tidligere avgitte vitneforklaringer, blitt forstått på ulike måter fra 1980-tallet til 2011, og 2015.<sup>145</sup> Slik jeg ser rettsutviklingen av opplesningsadgangen i EMD er det ikke foretatt radikale endringer, men små justeringer der EMD ser det nødvendig.

Det som taler for en dynamisk utvikling i EMD er at domstolen oppdateres og tilpasses endringer i livs- og samfunnsforhold. Noe som taler mot en dynamisk metode er hvis praksis endres for ofte. Konsekvensen av en for dynamisk tolkningsstil kan være uforutsigbarhet rundt rettsanvendelsen. Når EMD benytter dynamisk tolkningsprinsipp i saker for domstolen, får bestemmelsens ordlyd mindre betydning enn ved tolkning av nasjonal lovgivning.<sup>146</sup>

Hvis for eksempel rettstilstanden for opplesning av tidligere avgitt vitneforklaring ble endret år etter år, ville EMDs praksis blitt vanskelig å anvende og forholde seg til.

---

<sup>144</sup> *Bårdsen* 2017 s. 2.

<sup>145</sup> *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) og *Schatschaschwili mot Tyskland* (2015).

<sup>146</sup> *Jebens* 2004 s. 63.

Forutberegneligheten ville blitt svekket. Konsekvensen av svekket forutberegnelighet har en pris ifølge Bårdsen: «Jo oftere EMD fraviker tidligere prejudikater, og jo større sprangene er, jo mindre autoritet får det enkelte prejudikat, jo mer usikker blir den nasjonale anvendelsen av EMK». <sup>147</sup> Dersom praksis fra EMD endres for ofte, kan det tenkes at medlemmene av de ulike nasjonalstatene ikke tar praksisen på alvor.

Videre kan det tenkes at rettskildebildet blir nokså komplisert dersom rettsanvendere må forholde seg til internasjonale håndhevingsorganers nye tankemåter. For eksempel så må dommere og advokater sette seg inn i store mengde data. Det holder ikke å undersøke lovforarbeider og domstolspraksis. Dommere og advokater må sette seg inn i EMDs praksis for å finne frem til gjeldende rett, slik at norske domstoler og EMD er i samsvar. <sup>148</sup>

Menneskerettsloven gjør EMK til en del av intern rett, dermed følger plikten til å tolke norsk rett i tråd med konvensjonene. Høyesteretts rolle vil i så måte være å sikre at internasjonale menneskerettskonvensjoner overholdes. Konsekvensen av at dommere og advokater ikke forholder seg til EMDs utvikling, blir at EMD konstaterer konvensjonskrenkelse i saker mot Norge. Slik som i *Kaste og Mathisen mot Norge*, se punkt 3.4.

I noen tilfeller kan det hende at nasjonale domstoler ikke tolker rettsstilstanden slik EMD gjør. Som nevnt i avhandlingen, skal Høyesterett følge den metode som utvikles av EMD. <sup>149</sup> Et eksempel på tolkning av uriktig norm fremgikk av Rt. 2013 s. 1412, da Høyesterett påpekte feil fra lagmannsrettens vurdering. <sup>150</sup> I høyesterettsavgjørelsen ble det tatt stilling til om lagmannsretten hadde anvendt feil vurderingsnorm, for opplesningsadgangen av tidligere avgitt vitneforklaring. Lagmannsretten hadde tolket opplesningsspørsmålet ut fra eldre høyesterettspraksis, og hadde lagt til grunn en for streng norm. Tolkningen var dermed ikke i samsvar med hva som var gjeldende rett etter Høyesterett og EMDs praksis.

I Rt. 2013 s. 1412 viste Høyesterett til en tidligere dom inntatt i Rt. 2004 s. 1789. Dommen presiserte at det ikke var rettskildemessig grunnlag for å tolke inn strengere begrensninger enn dem som fulgte av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, jf. nr. 1. Det var heller ikke noe som tydet på at Høyesterett hadde ment å legge til grunn strengere krav enn hva EMD hadde oppstilt i

---

<sup>147</sup> Bårdsen 2017 s. 15.

<sup>148</sup> Skoghøy 2011 s. 526.

<sup>149</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

<sup>150</sup> Dommen er også omtalt i avhandlingens punkt 4.3.



sin praksis.<sup>151</sup> I Rt. 2013 s. 1412 rettet imidlertid Høyesterett opp i lagmannsrettens uriktige norm, og tolket rettsstilstanden ut fra nyere EMD praksis.

Når EMD tolker EMK dynamisk, er det fordi rettighetsbeskyttelsen under EMK ikke bare skal være teoretisk eller illusorisk, men praktisk og effektiv.<sup>152</sup> Dersom internasjonale menneskerettskonvensjoner skulle blitt tolket statisk, ville det hindret reform og fremskritt.<sup>153</sup> Unterpertinger mot Østerrike, Asch mot Østerrike, Lucà mot Italia og Craxi mot Italia er eksempler på avgjørelser i EMD som var sterkt prejudikatbundet.

På den ene siden kan en rettsanvendelse som er sterkt prejudikatbundet være hensiktsmessig i den forstand at det skaper forutberegnelighet for medlemslandene. Når prejudikater får avgjørende betydning for etterfølgende saker, er det prosessbesparende økonomisk og tidsmessig. På den andre siden kan det tenkes at samfunnsutvikling medfører at man ikke tolker de samme situasjonene slik man opprinnelig gjorde. Jo Hov hevder at en sterkt prejudikatbundet rettsanvendelse kan få uheldige konsekvenser ved at blikket hele tiden vendes bakover, og at rettsanvendelsen da blir konservativ.<sup>154</sup> Ved å konstant vende blikket bakover på tidligere avgjørelser, vil ikke praksis være i tråd med samfunnsoppfatninger etter hvert som oppfatningene endres. Konsekvensen blir at den nødvendige utviklingen for en bredere samfunnsforståelse blir truet.

Som en konklusjon, kan det tenkes at det beste for EMD og medlemslandene, er å forholde seg til rettsspørsmål gjennom en balanse mellom forutberegnelighet og nødvendig samfunnsutvikling. Eksempelvis kan dette gjøres gjennom å forholde seg til tidligere prejudikater, og samtidig endre praksisen der det er nødvendig. Praksisen er dermed oppdatert med hensyn til samfunnsoppfatninger og samfunnsutvikling. Her vil Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia være et godt eksempel på avgjørelse fra EMD som bærer preg av å være prejudikatbundet, men også evolutiv og dynamisk. Det samme gjelder for øvrig Schatschaschwili mot Tyskland.

---

<sup>151</sup> Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 20.

<sup>152</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, «Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti», *Lov og rett*, 2011 s. 511-530 (s. 529).

<sup>153</sup> Skoghøy 2011 s. 530.

<sup>154</sup> Jo Hov, *Rettergang I sivil- og straffeprosess*, Oslo 2007 s. 510.

### 5.3 Forholdet til statssuverenitetsprinsippet og subsidiaritetsprinsippet

Som påpekt i litteraturen kan dynamisk tolking av internasjonale håndhevingsorganer reise spørsmål om forholdet til statssuverenitetsprinsippet i folkeretten.<sup>155</sup> Tanken bak statssuverenitetsprinsippet er at alle stater har rett til å styre seg selv, uten innblanding utenfra.<sup>156</sup> Dersom EMD gjennom dynamisk tolkning skal ha adgang til å påføre staten forpliktelser utover det som følger av konvensjonsteksten, representerer det et innhugg i statssuverenitetsprinsippet.<sup>157</sup>

Subsidiaritetsprinsippet går ut på at beslutningsmyndigheten fordeles mellom medlemsstatene og EMD, når rettighetene i EMK skal gjennomføres og håndheves. Kjernen i subsidiaritetsprinsippet er at det er medlemsstatene som i første rekke har ansvaret for å ivareta rettighetene i EMK. EMD skal ha en subsidiær rolle, hvor EMD kan gripe inn dersom det er nødvendig for å oppnå formålet med EMK rettighetene.<sup>158</sup>

Når det gjelder statens suverenitet har det størst betydning i forhold til lovgivende myndigheter. Derimot angår også domstolene statens suverenitet. Særlig de øverste nasjonale domstolene. EMDs avgjørelser er ofte basert på generelle utsagn, som blir lagt til grunn i andre sammenhenger. Domstolen gjør ofte dette ved å gjenta dem i nye avgjørelser.<sup>159</sup> For eksempel ble disse formuleringene anvendt av EMD: «at a public hearing in the presence of the accused.»<sup>160</sup> I tillegg til formuleringen: «adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings.»<sup>161</sup> Disse formuleringene ble anvendt i *Asch mot Østerrike*, *Lucà mot Italia*, *Craxi mot Italia* og *Gossa mot Polen*, og var gjentakende i EMDs praksis.

I Rt. 2003 s. 1808 tolket og anvendte Høyesterett de nevnte utsagnene fra EMD.<sup>162</sup> Dette er et eksempel på et prejudikatbundet område, for rettstilstanden slik den var da hovedbevislæren

---

<sup>155</sup> *Skoghøy* 2011 s. 527.

<sup>156</sup> Sentralt prinsipp i FN-pakten: Charter of the United Nations, San Francisco, 26. juni 1945, artikkel 2 punkt 7.

<sup>157</sup> *Skoghøy* 2011 s. 527.

<sup>158</sup> Ola Johan Settem, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønsmarginene i EMK – retten», *Jussens Venner*, 2016 s. 119-141 (s. 119).

<sup>159</sup> Inge Lorange Backer, «Den europeiske menneskerettsdomstol – Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2009 s. 278-283 (s. 282).

<sup>160</sup> *Asch mot Østerrike* avsnitt 27. *Lucà mot Italia* avsnitt 39 og 40. *Craxi mot Italia* avsnitt 85.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> Se også avhandlingens punkt 3.

var absolutt.<sup>163</sup> EMDs praksis kunne imidlertid ikke sies å representere et innhugg i statssuverenitetsprinsippet, med hensyn til praksisens forutberegnelighet da menneskerettsloven ble vedtatt. Dersom EMD hadde vært dynamisk i sin anvendelse av de nevnte generelle utsagnene, kunne de generert nye forpliktelser etter hvert som de ble anvendt. En vid forståelse av utsagnenes ordlyd kunne dannet ytre ramme for hvilke forpliktelser som kunne leses inn i dem. Det kunne da vært vanskelig for staten å overskue hva de hadde forpliktet seg til.<sup>164</sup>

Subsidiaritetsprinsippet må forstås i nær sammenheng med statens skjønnsmargin («margin of appreciation»). Statens skjønnsmargin som jeg har vært inne på i avhandlingens innledning, handler om at EMD gir statene en vis grad av frihet til å tolke og anvende konvensjonen. Subsidiaritetsprinsippetets rolle i EMK retten er å regulere forholdet mellom medlemsstatene og EMD, når det gjelder gjennomføring og håndheving av rettighetene i EMK.<sup>165</sup>

Et eksempel på EMDs subsidiære rolle, fremkom ved vurderingen av kompenserende tiltak i Al-Khawaja-saken. Det ble lagt vekt på de prosessuelle rettsikkerhetsgarantiene som var innebygd i britisk rett ved vurderingen. Blant annet ble det vist til at det i britisk rett var flere lovbestemmelser som hadde til formål å sikre en rettferdig rettergang. Dette gjaldt ved anvendelsen av forklaringer som ikke var gitt direkte for den dømmende rett.<sup>166</sup> EMD vurderte beskyttelsestiltakene som fulgte av lovene i britisk rett, og uttalte at bestemmelsene var «strong procedural safeguards», som kunne kompensere for ulempene ved en opplesning.<sup>167</sup>

Vedrørende opplesningsadgangen av tidligere avgitt forklaring, kan det etter mitt syn se ut til at EMD har gitt nasjonalstaten rom for å tolke EMK. For eksempel foretok Høyesterett en egen kursendring i Rt. 2001 s. 29. Høyesterett anvendte ikke den samme metode som fremgikk av EMD. Retten var dermed ikke i overenstemmelse med hva som var lagt til grunn av den internasjonale domstolen. Det må tilføyes at kursendringen gjaldt et sterkere vern enn hva som allerede forelå av nasjonal og internasjonal rett.

---

<sup>163</sup> Rettstilstanden slik den var før kursendring i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia i 2011.

<sup>164</sup> Skoghøy 2011 s. 527.

<sup>165</sup> Settem 2016 s. 121.

<sup>166</sup> The Criminal Justice Act 2003 Section 114 and section 116. The Police and Criminal Evidence Act 1984 Section 78. Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 150.

<sup>167</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 151.

På den andre siden finnes det eksempler hvor EMD griper inn i den nasjonale vurderingen av EMK. I 2004 ble imidlertid Norge felt i en sak for EMD. I Kaste og Mathisen kom EMD frem til at rettighetene til å krysseksaminere vitne ikke var innfridd etter EMDs forståelse av EMK. Målet om en effektiv beskyttelse av konvensjonsrettighetene tilsier at EMD kan og bør gå langt i å presisere innholdet i rettighetene etter EMK. Samtidig er det viktig at EMD utviser respekt for hvordan nasjonale domstoler tolker konvensjonen, og har respekt for staten skjønnsmargin.<sup>168</sup>

#### **5.4 Rettspolitiske grunner til å legge EMDs tolkning av EMK til grunn**

Etter en gjennomgang av praksis fra EMD og Høyesterett, om opplesningsadgang for tidligere avgitt vitneforklaring, kan det diskuteres hvordan retten burde være – de lege ferenda. Etter min mening er gjeldende rett slik den er i dag, godt fungerende.

Slik rettstilstanden har utviklet seg de siste ti årene, har Høyesterett vist en åpen holdning til EMDs tolkning av EMK. Høyesterett har lojalt implementert konvensjonens standarder for en rettferdig rettergang i norsk straffeprosess.<sup>169</sup> Det kan være nyttig å få våre nasjonale løsninger og tankemønstre konfrontert med oppfatninger internasjonalt.<sup>170</sup> Ved håndhevelse av de internasjonale forpliktelsene, gis det et sterkere og bredere vern for individet i medlemsstatene.

Menneskerettighetene er universelle, og gjelder for alle uavhengig av nasjonalitet og livssyn. EMK bygger på verdier som er felles for Europarådets medlemsstater. Formålet med konvensjonen er å styrke individvernet, ved å bygge på statens felles politiske og kulturelle arv, «common heritage». Det er ikke meningen å harmonisere statens rettsystemer i størst mulig grad. Det begrunnes i at EMK godtar at nasjonale rettsordninger er forskjellige innenfor områder som omfattes av konvensjonen.<sup>171</sup> Dette har rettskildemessig betydning, da statenes interne rett er et relevant moment, ved tolking av EMK i den grad nasjonal rett kan anses som

---

<sup>168</sup> Andenæs, Kravik, Bjørge 2015 s. 261-278.

<sup>169</sup> Rui 2017 s. 184.

<sup>170</sup> Johs. Andenæs, «Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk straffeprosess», *Lov og rett*, 1992 s. 375-387 (s. 387).

<sup>171</sup> *Jebens* 2004 s. 46.

uttrykk for «a common European standard».<sup>172</sup> Dette taler for å legge til grunn EMDs tolkning av EMK.

Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia representerte en relativisering av «the sole or decisive rule». Relativiseringen medførte en videre adgang for å tillate opplesning, og retten ble mer fleksibel. Nasjonale regler kunne lettere forenes med reglene i EMK. I den utstrekning nasjonale regler kan forenes med EMDs forståelse av EMK, vil det kunne føre til færre domfellelser av medlemsstatene i EMD. En mer fleksibel forståelse av EMK–retten, gjør det enklere for medlemsstatene å overholde sine forpliktelser.

En annen god grunn for å legge EMDs tolking av EMK til grunn, er at EMDs dommere er svært kompetente. Dessuten må EMD som tidligere nevnt, forholde seg til subsidiaritetsprinsippet og statenes skjønnsmargin. Det er i første rekke statene som skal sikre retten til en rettferdig rettergang. EMD er altså ikke en fjerdeinstansdomstol, men en folkerettsdomstol som overprøver nasjonalstaten. Domstolen kan også fungere som en siste sjanse for individet, om vedkommende følger seg urimelig behandlet i tidligere instanser. Nasjonal gjennomføring av EMK vil bidra til å unngå at personer innenfor norsk jurisdiksjon får sine konvensjonsrettigheter krenket. Det vil være prosess – og ressursbesparende å legge EMDs tolkning av EMK til grunn.

Høyesteretts aktive håndhevelse av EMDs metode, har medført at EMD avgjørelsene må være tungtveiende rettskildedefaktorer, ved bedømmelse av opplesningsadgangen. Det ble for eksempel uttalt i Rt. 2004 s. 134: «Ved tolking av konvensjonsbestemmelsene vil – foruten Høyesteretts egen praksis – særlig praksis fra EMD være tungtveiende».<sup>173</sup> EMDs praksis har stor egenvekt i nasjonal rett, noe som skinner gjennom på området for opplesning av tidligere avgitt vitneforklaring.

Det er statene som har primæransvaret for å sikre at EMK etterleves.<sup>174</sup> For å unngå at Norge blir felt for krenkelse av artikkel 6, er det viktig at domstolene til enhver tid er oppdatert på de føringer som legges til grunn av EMD. På denne bakgrunn er EMDs praksis relevant for norsk straffeprosessrett. Høyesterett har autoritativt anvendt EMDs praksis og rettslige metode til rettsavklaring og rettsutvikling i sin vurdering av opplesningsadgangen. Nasjonale

---

<sup>172</sup> *Jebens* 2004 s. 46.

<sup>173</sup> Rt. 2004 s. 134 avsnitt 32.

<sup>174</sup> *Andenæs, Kravik, Bjørge* 2015 s. 261.

myndigheter har vært aktive med å handle i samsvar med EMK. Dette henger blant annet sammen med at EMDs metode har mange fellestrekk med våre egne domstolars tradisjonelle tilnærming til rettsspørsmål.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> *Andenæs, Kravik, Bjørge* 2015 s. 278.

## 6 Kildeliste

### 6.1 Bøker

All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5 utgave (Bergen 2018).

Hov, Jo, *Rettergang I sivil- og straffeprosess*, (Oslo 2007).

Høstmølingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave (Oslo, 2012).

Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen* (Oslo 2004).

Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner: opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn*, (Oslo 2007).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2 utgave (Oslo 2004).

Skoghøy, Jens Edvin, *Tvisteløsning*, 2. utgave (Oslo 2014).

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess* (Bergen 2017).

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2. utgave (Bergen 2019).

### 6.2 Artikler

All, Jørgen, «Reell anledning til å teste motpartens vitner – EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. En kommentar til Kaste og Mathisen-dommen mot Norge», *Lov og rett*, 2007 s. 55-59.

Andenæs, Johs, «Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk straffeprosess», *Lov og rett*, 1992 s. 275-387.

Andenæs, Mads og Kravik, Andreas og Bjørge, Eirik, «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», *Lov og rett*, 2015 s. 261-278.

Backer, Inge Lorange, «Den europeiske menneskerettsdomstol – Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet», *Nytt norsk tidsskrift*, 2009 s. 9-10.

Bårdsen, Arnfinn, «Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK», *Ryssdal-seminaret*, 2017.

- Elden, John Christian, «Opplesning av politiforklaringer etter Norges tap i EMD», *Juristkontakt*, 2006 s. 40.
- Kjelby, Gert Johan, «Betydningen av Kaste og Mathisen mot Norge», *Lov og rett*, 2007 s. 190-192.
- Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for Strafferett*, 2012 s. 109-133.
- Rui, Jon Petter, «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens Venner vol. 49*, 2014 s. 382-444.
- Rui, Jon Petter, «Retten til en rettferdig rettergang i straffesaker anno 2017», *Jussens venner*, 2017 s. 123-184.
- Settem, Ola Johan, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginene i EMK – retten», *Jussens venner*, 2016 s. 119-141.
- Skoghøy, Jens Edvin og Vang, Tonje, «I hvilken utstrekning kan vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen, leses opp under hovedforhandlingen i straffesaker?», *Lov og Rett*, 2005 s. 283-307.
- Skoghøy, Jens Edvin, «Opplesning av politiforklaring», 2006.
- Skoghøy, Jens Edvin, «Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivtetsgaranti», *Lov og rett*, 2011 s. 511-530.
- Øyen, Ørnulf, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet: - rettstilstanden etter storkammersaken Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia», *Tidsskrift for strafferett*, 2012.

## **6.3 Lover**

### **6.3.1 Norske lover**

Lov av 17. Mai 1814. Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov av 22. Mai 1981 nr. 25. Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).



Lov av 21. Mai 1999 nr. 30. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).

### **6.3.2 Konvensjoner**

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms av 04. November 1950. (De europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)).

International Covenant on Civil and Political Rights av 16. Desember 1966 (ikrafttredelsesdato 23 mars 1976). (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)).

Vienna Convention on the law of treaties av 23. Mai 1969. (Wien-konvensjonen om traktatretten).

### **6.3.3 Utenlandske lover**

The Police and Criminal Evidence Act 1984 (Storbritannia).

The Criminal Justice Act 2002 (Storbritannia).

## **6.4 Lovforarbeid**

NOU 1993:18 s. 88-89.

Innst. O Nr. 51 (1998-99).

Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 68-70.

Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 20 Om lov om straff (straffeloven).

NOU 2016:24 side 119 Ny straffeprosesslov.

## **6.5 Rettspraksis**

### **6.5.1 Høyesterettsavgjørelser**

Rt. 1988 s. 78.

Rt. 1991 s. 1096.

Rt. 1990 s. 312.

Rt. 1999 s. 961.

Rt. 2000 s. 996.

Rt. 2001 s. 1006.

Rt. 2001 s. 33.

Rt. 2003 s. 1808.

Rt. 2004 s. 1789.

Rt. 2004 s. 897.

Rt. 2004 s. 1974.

Rt. 2004 s. 97.

Rt. 2005 s. 833.

Rt. 2007 s. 1435.

Rt. 2010 s. 1414.

Rt. 2012 s. 1171.

Rt. 2013 s. 1412.

HR-2016-2554-P.

Rt. 2017 s. 1207.

HR-2018-694-U.

### **6.5.2 Avgjørelser fra EMD**

Tyrer mot Storbritannia, søkenummer 5856/72, dom av 25. april 1978.

Unterpertinger mot Østerrike, søkenummer 9120/80, dom av 24. november 1986.

Asch mot Østerrike, søkenummer 12398/86, dom av 26. april 1991.

Peltonen mot Finland, søkenummer 30409/96, som av 11. mai 1999.

Lucà mot Italia, søkenummer 33354, dom av 27. februar 2001.

Craxi mot Italia, søkenummer 34896/97, dom av 5. desember 2002.

Kaste og Mathisen mot Norge, søkenummer 18885/04, dom av 9. november 2006.

Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, søkenummer 26766/05 og 22228/06, storkammerdom av 15. desember 2011.

Stefancic mot Slovenia, søkenummer 1802/05, dom av 25. oktober 2012.

Schatschaschwili mot Tyskland, søkenummer 915/10, dom av 15. desember 2015.

## **6.6 Andre kilder**

Kunngjøring av Stortingets vedtak 13. mai 2014 om endring i Grunnloven, Justis og beredskapsdepartementet, 2014 hefte 6 s. 934.

Case of Kaste and Mathisen v. Norway (Norsk sammendrag).

Charter of the United Nations, San Francisco, 26. juni 1945 (ikrafttredelsesdato Norge 27. november 1945). (De Forente Nasjoners Pakt).

