



Det juridiske fakultet

**Adgangen til å lese opp et vitnes politiforklaring når det ikke møter til hovedforhandling, og når det møter, men nekter å forklare seg**

En analyse av nasjonal rettstilstand – er utviklingen i EMDs praksis reflektert i norsk rett?

Alexandra Sæther

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, våren 2024

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Metode.....	2
1.2.1	Særlig om menneskerettighetenes innvirkning på intern rett.....	2
1.2.2	Særlig om anvendelsen av underrettspraksis .....	3
1.3	Avgrensninger .....	4
1.4	Fremstillingen videre.....	4
2	Det rettslige grunnlaget .....	5
2.1	Grunnloven § 95.....	5
2.2	Opplesningadgangen etter straffeprosessloven .....	6
2.2.1	Straffeprosessloven § 296 .....	6
2.2.2	Straffeprosessloven § 297 .....	8
2.3	EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.....	9
3	Retten til krysseksaminasjon og kryssende hensyn.....	10
3.1	Materiell sannhet og domfellelse .....	10
3.2	Partslighet.....	11
3.3	Retten til kontradiksjon .....	12
3.4	Bevisumiddelbarhet og muntlighet .....	13
4	Opplesningsadgangen der vitnet ikke møter .....	14
4.1	Tidligere rettstilstand og paradigmeskiftet.....	14
4.1.1	Det hovedsakelige bevis .....	14
4.1.2	Det eneste eller avgjørende bevis.....	14
4.1.3	Helhetsvurdering bestående av tre momenter .....	15
4.2	Al-Khawaja-testen.....	17
4.2.1	«good reason for non-attendance» .....	17
4.2.2	«sole or decisive» .....	22

4.2.3	«sufficient counterbalancing factors» .....	23
4.2.4	«overall fairness» .....	28
4.3	Oppsummering .....	29
5	Opplesningsadgangen der vitnet møter, men nekter å forklare seg .....	30
5.1	Tilstrekkelig at det ble gitt adgang til å stille spørsmål til vitnet .....	30
5.2	Adgangen til å stille spørsmål til vitnet måtte være reell og adekvat .....	31
5.3	Anvendelse av Al-Khawaja-testen der vitnet møter, men nekter å forklare seg .....	32
5.4	Oppsummering .....	33
6	Analyse av nasjonal rettspraksis: Hvordan har norske domstoler anvendt Al-Khawaja-testen?.....	34
6.1	Anvendelsen der vitnet ikke møter.....	34
6.1.1	Har Høyesterett fulgt utviklingen i EMD?.....	34
6.1.2	Har underrettene fulgt utviklingen i EMD? .....	39
6.2	Anvendelsen der vitnet møter, men nekter å forklare seg.....	46
6.2.1	Har Høyesterett fulgt utviklingen i EMD?.....	46
6.2.2	Har underrettene fulgt utviklingen i EMD? .....	48
7	Analyseresultat og fremtidsutsikt.....	54
	Referanseliste .....	56

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Overordnet gjelder avhandlingen adgangen til å lese opp et vitnes politiforklaring når et vitne ikke møter til hovedforhandling, og når det møter, men nekter å forklare seg. Hovedregelen er at all bevisførsel for tingrettene og lagmannsrettene skal være umiddelbar, ved at vitner skal forklare seg muntlig for retten.<sup>1</sup> Opplesningsadgangen ble tidligere vurdert etter strpl. §§ 296 og 297. De siste tiårene har menneskerettighetenes inntog endret rettskildet bildet.<sup>2</sup>

Begrensningene følger av kravet om en rettferdig rettergang i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 6 nr. 1, og den tiltaltes rett til krysseksaminasjon av vitner som føres mot ham, jf. art. 6 nr. 3 bokstav d.<sup>3</sup>

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) behandler individklager mot medlemsstater i Europarådet om brudd på EMK.<sup>4</sup> EMD utvikler konvensjonens innhold ved bindende avgjørelser, og har utviklet en test bestående av tre momenter, med den hensikt å vurdere om opplesning av et vitnes politiforklaring er rettferdig.<sup>5</sup> Formålet med avhandlingen er å klarlegge om og i hvilken grad EMDs doktrine er fulgt opp i norsk rettspraksis, og klarlegge eventuelle avvik. Avhandlingen har påvist at i saker der testen ikke ble anvendt, ville opplesning sannsynligvis blitt nektet dersom testen hadde blitt anvendt, med mulig frifinnelse som utfall i flere saker.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) (strpl.) §§ 278 og 296 første ledd.

<sup>2</sup> Se kapittel 4.1 og kapittel 5

<sup>3</sup> Høyesterett har behandlet sammenhengen mellom regelsettene i Rt. 2004 s. 97 avsnitt 15 og 16. Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK)

<sup>4</sup> Norges institusjon for menneskerettigheter, *Den europeiske menneskerettsdomstolen*, <https://www.nhri.no/emd/>, sist sjekket 28.04.2024.

<sup>5</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, Judgment 15 December 2011 (Application nos. 26766/05 and 22228/06), Schatschaschwili v. Germany, Judgment 15 December 2015 (Application no. 9154/10) og Cabral mot Nederland, Judgment 28 August 2018 (Application no. 37617/10). Se kapittel 4.1.3 og 4.2.

<sup>6</sup> Se kapittel 6

## 1.2 Metode

### 1.2.1 Særlig om menneskerettighetenes innvirkning på intern rett

EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d og EMDs praksis er sentral i avhandlingen, som nødvendiggjør en redegjørelse for innvirkningen menneskerettighetene har på straffeprosessloven. Det følger av Grunnloven § 92 at staten «skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».<sup>7</sup> Ordlyden taler for en positiv plikt til å sikre at rettsanvendelsen i straffesaker etterlever menneskerettighetene på en effektiv måte. Bestemmelsen skal forstås slik at det som er inkorporert i norsk lov skal håndheves, og om nødvendig gå foran intern rett.<sup>8</sup> EMK tillegges slik betydelig vekt ved tolkningen av Grunnloven og alminnelig lovgivning, som også bekreftes av Høyesterett.<sup>9</sup>

EMK gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran intern rett, se menneskerettsloven §§ 2 og 3. Intern rett presumeres å være i tråd med internasjonale forpliktelser, samt at rettsanvendere plikter, så langt mulig, å tolke bestemmelser slik at det ikke oppstår motstrid.<sup>10</sup> Opplesningsadgangen må derfor vurderes i lys av begrensningene som følger av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Høyesterett har fastslått at domstolene skal foreta en «selvstendig tolkning av konvensjonen», og «benytte samme metode som EMD», ved å forholde seg til «konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser».<sup>11</sup> EMD har uttalt at deres tolkningsmetode følger av Wien-konvensjonen, hvor det fremgår av art. 31 nr. 1 at det skal tas utgangspunkt i konvensjonens ordlyd.<sup>12</sup> Av art. 32 følger at forarbeider til forskjell fra i norsk rett, etter Wien-prinsippene anses supplerende ved tolkningen, dersom

---

<sup>7</sup> Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

<sup>8</sup> HR-2016-2554-P avsnitt 70 og Skoghøy (2015) s. 196 som uttrykker at EMK som er inkorporert ved menneskerettsloven, vil gå foran annen lovgivning, men likevel har lovs nivå.

<sup>9</sup> HR-2016-2554-P avsnitt 81, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, HR-2022-981-A avsnitt 19 og HR-2022-1317-A avsnitt 28

<sup>10</sup> HR-2016-2591-A avsnitt 48 og 63, Rt. 2010 s. 1445 avsnitt 133, Rt. 2000 s. 1811 (s. 1830-1831)

<sup>11</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

<sup>12</sup> Se Saadi mot Storbritannia, Judgment 29 January 2008 (Application no. 13229/03), avsnitt 61, Wien-Konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. I HR-2023-491-P avsnitt 115 uttaler Høyesterett at ordlyden danner rammen for tolkningen «i den forstand at tolkningsresultatet må være forankret i denne».

art. 31 «ikke gir en klar løsning, eller dersom løsningen fremstår som urimelig eller absurd».<sup>13</sup> EMDs avgjørelser er dessuten en tungtveiende rettskilde i tolkningen av EMK, hvor EMD tolker EMK «dynamisk og rettsskapende».<sup>14</sup> Det skal derfor «undersøkes hvilken adgang de interne norske bestemmelser gir til opplesning», og «i den utstrekning» det foreligger motstrid, skal EMK gå foran norsk rett.<sup>15</sup>

## 1.2.2 Særlig om anvendelsen av underrettspraksis

Siden formålet med avhandlingen er å klarlegge om og i hvilken grad anvendelsen av EMDs praksis er fulgt opp i norsk rettspraksis, sees det hen til praksis fra både Høyesterett og underrettene. Etter Grunnloven § 88 er det Høyesterett som dømmer i siste instans. Høyesterett «har kompetanse til med endelig virkning å avgjøre hva som er gjeldende norsk rett», og deres avgjørelser er derfor autorative.<sup>16</sup>

Skoghøy mener at underrettenes avgjørelser ikke er «autorative uttrykk for gjeldende rett», men erkjenner at avgjørelsene kan være autorative dersom «de har dannet grunnlag for en konsistent praksis».<sup>17</sup> Skoghøy mener videre at avgjørelser fra lavere domstoler kan benyttes som illustrasjonsmateriale, men ikke «som argument for løsning av et rettsspørsmål».<sup>18</sup> Nygaard mener at underrettenes rettsanvendelse vil ha interesse på områder hvor det ikke enda finnes høyesterettspraksis.<sup>19</sup> Det finnes enkelte avgjørelser fra Høyesterett som behandler opplesningsadgangen, men langt flere avgjørelser fra lagmannsrettene. Praksis fra underrettene vil benyttes som illustrasjonsmateriale for å klarlegge hvilken forståelse lagmannsrettene har hatt av gjeldende rett.

---

<sup>13</sup> Prop. 86 L (2020-2021) om endringer i sameloven mv. s. 40. Uttalelsen gjaldt ILO-konvensjonen, men Wien-prinsippene gjelder generelt for alle konvensjoner.

<sup>14</sup> Rt. 2000 s. 996 (s. 1007) og Rt. 2002 s. 557 (s. 566), *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Judgment 11 July 2002 (Application no. 28957/95) avsnitt 74.

<sup>15</sup> Matningsdal (2007) s. 46, se også Rt. 2002 s. 557 (s. 565) og Rt. 2005 s. 833 avsnitt 42

<sup>16</sup> Skoghøy (2018) s. 40

<sup>17</sup> Skoghøy (2018) s. 40, Nygaard (2017) s. 210 mener også at avgjørelser fra de lavere domstoler kan uttrykke gjeldende rett, dersom det er dannet en konsistent praksis.

<sup>18</sup> Skoghøy (2018) s. 226-227

<sup>19</sup> Nygaard (2017) s. 210

### 1.3 Avgrensninger

Avhandlingen behandler adgangen til å lese opp et vitnes politiforklaring, og avgrenser mot opplesning av tiltaltes egne politiforklaringer,<sup>20</sup> og forutsetter at vitnet har forklart seg til politiet. Avhandlingen vil i tillegg behandle avspilling av bevisopptak av forklaringer som er gitt under tilrettelagt avhør eller på etterforskningsstadiet.<sup>21</sup> Avhandlingen avgrenser mot reglene om tilrettelagt avhør, fjernavhør og anonym vitneførsel, men disse situasjonene nevnes kort der de er relevant.<sup>22</sup> Avhandlingen vil ikke omfatte politiforklaringer innhentet i strid med prosessuelle regler.<sup>23</sup> De samme rettighetene som følger av EMK art. 6, følger også av FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 1 og nr. 3 bokstav e. Det avgrenses mot en fremstilling av SP art. 14, fordi uttalelser fra FNs menneskerettskomité ikke er rettslig bindende, i motsetning til EMDs formelt bindende avgjørelser.<sup>24</sup> Høyesterett vurderer dessuten kun om opplesning er i strid med EMK art. 6.<sup>25</sup>

### 1.4 Fremstillingen videre

Opplesningsadgangen følger av et sammensatt rettskildebilde, som det redegjøres for i kapittel 2. Deretter vurderes de hensyn som ligger bak retten til krysseksaminasjon og opplesningsadgangen. Det skilles mellom når et vitne møter og når det ikke møter til forhandling.<sup>26</sup> Kapittel 4 dreier seg derfor om adgangen til å lese opp en politiforklaring når vitnet ikke møter, og kapittel 5 omhandler opplesningsadgangen når vitnet møter, men nekter å forklare seg. I kapittel 6 foretas det en analyse av nasjonal praksis, for å fastlegge om EMDs kursendring er fulgt opp i norsk rett, før det i kapittel 7 gis en kort vurdering av NOU 2016: 24, hvor det er foreslått å gå tilbake til den tidligere rettstilstanden.

---

<sup>20</sup> Strpl. § 290

<sup>21</sup> Strpl. § 300

<sup>22</sup> Strpl. § 298 om tilrettelagte avhør, strpl. § 130a om anonym vitneførsel og strpl. § 109a om fjernavhør.

<sup>23</sup> HR-2016-2171-A avsnitt 47-52. I Rt. 1988 s. 663 (s. 664) ble vitnet forbeholdt sin rett til vitnefritak, men valgte å avgi forklaring, og forklaringen kunne da leses opp.

<sup>24</sup> Skoghøy (2018) s. 122-123

<sup>25</sup> HR-2018-694-U avsnitt 23, Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 13, 17 og 18

<sup>26</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom og Cabral v. The Netherlands er eksempler på dette. Se også Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 16 til 24 hvor vitnet møtte, og Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 13 hvor vitnet ikke møtte, samt Øyen (2022) s. 389 «når vitnet møter» og s. 393 «når den som har avgitt forklaringen ikke møter under hovedforhandling».

## 2 Det rettslige grunnlaget

EMK er den overordnede rettsnorm på straffeprosessens område, og gjenspeiles i stor grad i Grunnloven kapittel E, hvor de prosessuelle rettighetene utfylles av straffeprosessloven.

### 2.1 Grunnloven § 95

Det følger av Grunnloven § 95 at rettergangen skal være «rettferdig». Retten til en rettferdig rettergang har dermed et konstitusjonelt vern, og er en selvstendig rettsnorm, som det ligger til Høyesterett å fastlegge det nærmere innholdet av.<sup>27</sup> Retten til krysseksaminasjon anses å være innfortolket i bestemmelsen.<sup>28</sup> Høyesterett må fastlegge innholdet «i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området», «hovedsakelig praksis fra EMD».<sup>29</sup> EMK og EMD danner derfor et naturlig utgangspunkt for tolkningen av Grunnloven kapittel E.<sup>30</sup> Likevel skal etterfølgende praksis fra EMD ikke ha den samme «prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene», ettersom det er Høyesterett «som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».<sup>31</sup> Retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 «vil prege tolkningen av annen lovgivning».<sup>32</sup>

Uttalelsene trekker i retning av at Høyesterett har adgang til å gi Grunnloven § 95 et utvidet virkeområde enn det som følger av EMK art. 6. Menneskerettighetenes rettighetssubjekt er først og fremst privatpersoner, og staten har plikt til å sikre menneskerettighetene.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 121-122, HR-2018-1909-A avsnitt 28, Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21. Skoghøy (2015) s. 196 uttaler at «[h]vordan Grunnloven skal forstås, hører ... under norske domstoler, jf. Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2015 s. 155». Skoghøy (2018) s. 200 uttaler at bestemmelsen «ikke i særlig grad inviterer til politisk skjønn».

<sup>28</sup> Innst. 169 S (2012-2013) s. 11, «de sentrale elementene i en rettferdig rettergang kan i hovedtrekk ... sies å være ....: .... retten til å forsvare seg mot anklagene (kontradiksjon), ...., retten til å føre og eksaminere vitner ...».

<sup>29</sup> Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21, Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 122 og Skoghøy (2018) s. 200, som sier at bestemmelsen må «fastlegges på grunnlag av forarbeidene, allmenne rettsstatsidealer og praksis ved internasjonale domstoler – hovedsakelig praksis fra EMD».

<sup>30</sup> Rt. 2015 s. 155 avsnitt 40

<sup>31</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, samt Grunnloven § 88. Skoghøy (2015) s. 196 uttaler at «[n]år rettighetene er skrevet inn i Grunnloven, kan de derfor bli tolket uten støtte i praksis fra internasjonale håndhevingsorganer».

<sup>32</sup> HR-2018-1909-A avsnitt 29, se også Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 121 som sier at «prinsippet skal benyttes som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning».

<sup>33</sup> EMK art. 1 og Grunnloven § 92



Domstolene har derfor plikt til å tolke intern rett på en slik måte at det ikke kommer i konflikt med internasjonale folkerettslige forpliktelser.<sup>34</sup> Det taler for at Høyesterett kan tolke Grunnloven annerledes fra EMD, så lenge den tiltalte gis et bedre vern, slik at Grunnloven ikke kommer i konflikt med EMK art. 6.

Når domstolene behandler spørsmålet om et vitnes politiforklaring kan tillates lest opp, må det derfor foretas en helhetsvurdering av om rettergangen i sin helhet fremstår rettferdig.

## **2.2 Opplesningadgangen etter straffeprosessloven**

Adgangen til å lese opp et vitnes tidligere avgitte politiforklaringer følger av strpl. §§ 296 andre ledd og 297. Høyesterett har i flere avgjørelser uttalt at bestemmelsene må anvendes med de begrensninger som følger av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d og EMDs avgjørelser.<sup>35</sup> Domstolene anvender derfor straffeprosessloven i liten grad når de vurderer opplesningsspørsmålet, som begrunner at det gis en kort gjennomgang av bestemmelsene.

### **2.2.1 Straffeprosessloven § 296**

Det følger av strpl. § 296 første ledd at et vitne bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen, «såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det». Ordlyden «særegne forhold» gir anvisning om at retten må foreta en skjønnsmessig vurdering av om en vitneforklaring kan leses opp for retten, jf. også ordlyden «såfremt» sett i sammenheng med at hovedregelen er at vitner skal føres muntlig. Videre indikerer ordlyden «særegne» at det må foreligge en situasjon som gjør det nødvendig at forklaringen leses opp, eksempelvis at vitnet «ikke er i stand til å forklare seg».<sup>36</sup>

En ytterligere begrensning fremgår av annet ledd. En politiforklaring som vitnet tidligere har gitt «i saken», kan bare leses opp «såfremt» det foreligger «motstrid mellom vitnets forklaringer» eller når det gjelder «punkter» som vitnet «neker å uttale seg om eller erklærer at det ikke husker».

---

<sup>34</sup> Menneskerettsloven §§ 2 og 3 og presumpsjonsprinsippet

<sup>35</sup> Rt. 2010 s. 1414 avsnitt 22, Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 18, Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 13, Rt. 2013 s. 1060 avsnitt 12, HR-2018-694-U avsnitt 23, og HR-2020-2137-A avsnitt 53

<sup>36</sup> Rt. 1988 s. 314 (s. 323-324).

Ordlyden «i saken» tolkes dithen at forklaringen må være avgitt i forbindelse med den samme saken som er oppe for retten.<sup>37</sup> Ifølge forarbeidene er det adgang til å lese opp alle tidligere politiforklaringer.<sup>38</sup>

En naturlig språklig forståelse av «motstrid mellom vitnets forklaringer» er at vitnet har forklart seg usammenhengende eller avvikende ved flere anledninger, eller at forklaringen i retten har et annet innhold fra den som ble avgitt til politiet. Hensynet til å oppnå et materielt riktig resultat taler for at retten bør ha tilgang til vitnets tidligere forklaringer.<sup>39</sup>

Det vil være adgang til å lese opp politiforklaringen dersom vitnet sier at det ikke kan gjens fortelle en hendelse, jf. ordlyden «erklærer at det ikke husker». Videre er en naturlig språklig forståelse av «neker å uttale seg» at vitnet ikke ønsker å forklare seg, ofte under henvisning til et lovfestet vitnefritak.<sup>40</sup> Likevel vil forklaringen kunne leses opp dersom vitnet allerede har avgitt forklaring, så fremt vitnet ble informert om at det ikke hadde forklaringsplikt.<sup>41</sup>

Begrensningen i begge tilfeller ligger i ordlyden «punkter». Forklarer vitnet seg om enkelte segmenter, er det naturlig at opplesningen begrenser seg til de punkter vedkommende ikke forklarer seg om. Høyesterett har fastslått at opplesning ikke er begrenset til «punkter i forklaringen», og fremholdt at «hele politiforklaringen må kunne leses opp dersom vitnet helt eller i det alt vesentlige neker å forklare seg for retten», og «der vitnet overhodet ikke, eller bare i uvesentlig grad, husker et hendelsesforløp det tidligere har forklart seg om».<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> Finstad (2022) note (2277) uttaler at «i saken» ikke gjelder «forklaringer og erklæringer som er blitt til i forbindelse med en annen sak eller uten sammenheng med en bestemt sak». Uttalt i forbindelse med strpl. § 290, men vilkårene for opplesning etter strpl. § 296 annet ledd er de samme som etter strpl. § 290, se Finstad (2022) note (2313).

<sup>38</sup> Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) s. 80, «kan hele forklaringsrekken følges», uttalelsen gjaldt tiltaltes forklaringer etter strpl. § 290, men forarbeidene sier videre at forslaget for strpl. § 296 «har den samme begrunnelsen som forslaget til endring i § 290».

<sup>39</sup> Se kapittel 3.1

<sup>40</sup> Eksempelvis vernet mot selvinkriminering, jf. strpl. § 123 eller at vitnet er nærstående av tiltalte, jf. § 122.

<sup>41</sup> Rt. 1988 s. 663 (s. 664)

<sup>42</sup> Rt. 1998 s. 1182 (s. 1187)

### 2.2.2 Straffeprosessloven § 297

Det følger av strpl. § 297 første ledd at når et vitne «ikke er til stede under hovedforhandlingen», kan en politiforklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp «såfremt» muntlig avhør «ikke er mulig» «eller» «ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift». En politiforklaring kan leses opp dersom en av to situasjoner foreligger, jf. ordlyden «såfremt» og «eller».

En naturlig språklig forståelse av at muntlig avhør «ikke er mulig», er at det foreligger omstendigheter som gjør det utfordrende for vitnet å gi personlig forklaring. Dersom vitnet er død vil det være umulig å avhøre vitnet.<sup>43</sup> Tilsvarende vil sykehusinnleggelse kunne kvalifisere til at muntlig avhør «ikke er mulig», fordi vitnet ikke er i stand til å møte. Andre situasjoner kan være at vitnet bor i utlandet eller har ukjent identitet og oppholdssted, slik at det ikke er mulig for politiet å bringe det for retten.<sup>44</sup>

Ordlyden av at muntlig avhør vil medføre «uforholdsmessig» «ulempe eller utgift» taler om en forholdsmessighetsvurdering, som antyder at det er en lavere terskel for å tillate opplesning der kostnadene eller ulempene ved å bringe vitnet til hovedforhandlingen vil være for store. Vurderingen skal tas når spørsmålet aktualiserer seg, og er ifølge forarbeidene en avveining mellom opplesning eller utsettelse av hovedforhandlingen.<sup>45</sup> I forholdsmessighetsvurderingen må det ses hen til «sakens alvor og vitneprovets betydning».<sup>46</sup> Høyesterett har uttalt at «helt sentrale vitner» bør føres umiddelbart for retten, og at den tiltaltes rettssikkerhet må være viktigere enn utgiftene og ulempene ved å utsette saken til et tidspunkt vitnene kan møte.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Rt. 2013 s. 1060 avsnitt 15 «vitnet ... død da lagmannsretten behandlet saken, slik at muntlig avhør ikke var mulig».

<sup>44</sup> Øyen (2022) s. 395 fotnote 735, basert på HR-2020-2137-A avsnitt 58-62. Se også Rt. 2001 s. 689 (s. 692-693), hvor vitnet ble avhørt i Makedonia og forsvarer var til stede, og det var usikkert om hun ville møte fysisk til hovedforhandling fordi hun hadde uttrykt frykt for represalier. Hun ble ikke stevnet og politiforklaringen ble lest opp for retten. Høyesterett godtok opplesningen ettersom hun ikke hadde møteplikt pga. bosted i Makedonia.

<sup>45</sup> NUT 1969: 3 s. 305

<sup>46</sup> Rt. 2003 s. 1511 avsnitt 15 og 18, saken gjaldt et «meget alvorlig forhold», politiforklaringen ble derfor ikke tillatt spilt av. Se også Rt. 1992 s. 143 (s. 144) hvor saken var «av alvorlig karakter, og ulempen ved utsettelse av saken» ikke kunne «anses uforholdsmessig».

<sup>47</sup> Rt. 1990 s. 312 (s. 316) og Rt. 1992 s. 143 (s. 144)

Uttalelsene taler for at det er en høy terskel for opplesning der vitner ikke møter, når deres forklaring utgjør et viktig bevis.

### **2.3 EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d**

En overordnet norm for opplesning av en politiforklaring, er at rettergangen etter en totalvurdering fremstår rettferdig.<sup>48</sup> Straffeprosesslovens regler skal «alltid ... avstemmes med det overordnede kravet om at rettergangen skal være rettferdig».<sup>49</sup> Derfor må strpl. §§ 296 og 297 leses i lys av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.<sup>50</sup> Dersom bevisføringen i sin helhet ikke fremstår rettferdig, vil det være et brudd på konvensjonen.<sup>51</sup>

Domstolene skal ifølge EMD «evaluate the overall fairness of the criminal proceedings» og se på «the proceedings as a whole having regard to the rights of the defense but also the interests of the public and the victims that crime is properly prosecuted ... and, where necessary, to the rights of witnesses».<sup>52</sup> De fornærmede, vitnene og offentligheten skal derfor hensyntas i vurderingen av om saksbehandlingen har vært rettferdig.

Det følger av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d at den tiltalte har «minimum rights» «To examine or have examined witnesses against him». Ordlyden av «minimum rights» «To examine» vitnene som føres mot ham, taler for at den tiltalte har en minimumsrett til å krysseksaminere vitner. Tolkningen taler for at et vitnes politiforklaring ikke kan leses opp dersom den ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon. Det gjelder derimot ikke et absolutt forbud mot opplesning, så lenge det kan overensstemmes med kravet til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1.<sup>53</sup> Det nærmere innholdet i retten til krysseksaminasjon redegjøres for i kapittel 3.

---

<sup>48</sup> «everyone is entitled to a fair ... hearing», jf. EMK art. 1.

<sup>49</sup> HR-2018-1909-A avsnitt 29

<sup>50</sup> Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 18

<sup>51</sup> EMK art. 6 nr. 1 er «en overordnet skranke for bevisføring», se Øyen (2022) s. 398

<sup>52</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 118

<sup>53</sup> Rt. 1990 s. 1221 (s. 1225)

### 3 Retten til krysseksaminasjon og kryssende hensyn

Retten til krysseksaminasjon har sitt grunnlag i flere straffeprosessuelle hensyn, som utledes fra retten til en rettferdig rettergang nedfelt i GrL § 95 og EMK art. 6 nr. 1.<sup>54</sup> Prinsippene henger i stor grad sammen, fordi de er motstridende hensyn som må balanseres for å ivareta retten til en rettferdig rettergang.

#### 3.1 Materiell sannhet og domfellelse

Straffesaksbehandlingens hovedformål er å «avdekke og reagere mot straffbare forhold samtidig som den skal ivareta rettssikkerheten til den som får mistanke rettet mot seg», samt å realisere materiell strafferett.<sup>55</sup> En bærebjelke i straffeprosessen er at «uriktige domfellelser vurderes som verre enn uriktige frifinnelser: Ingen uskyldige skal dømmes».<sup>56</sup> I tillegg er etterforskning og iretteføring av straff nødvendig for å sikre samfunnets tillit til statsmaktene, og grunnleggende for samfunnsordenen. For at avgjørelsen skal bli rettferdig, forutsettes at domstolen har et bredt avgjørelsesgrunnlag,<sup>57</sup> som setter retten i stand til å treffe en materielt riktig avgjørelse,<sup>58</sup> «på grunnlag av ... sannheten».<sup>59</sup>

At retten skal ha tilgang til alle bevis som er innhentet, taler for at en politiforklaring bør leses opp der vitnet ikke forklarer seg direkte for retten. I denne retning trekker hensynet til en effektiv saksbehandling og prosessøkonomiske hensyn. Dersom det tar uforholdsmessig lang tid å lokalisere vitnet, eller det vil medføre store utgifter å få vitnet til å møte, kan det være aktuelt å lese opp en politiforklaring.<sup>60</sup> På den annen side vil manglende krysseksaminasjon gjøre det vanskeligere for forsvaret å utfordre vitnets «reliability or cast doubt on his

---

<sup>54</sup> Innst. 169 S (2012-2013) s. 11

<sup>55</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 145, Rui (2014) s. 394

<sup>56</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 147-148 og s. 281. Se også Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38, hvor Høyesterett uttaler at «[d]en materielle sannhets prinsipp er en bærebjelke i straffeprosessen, og påtalemyndigheten har en særlig plikt til å påse at ingen blir uskyldig straffet».

<sup>57</sup> Strpl. § 294 fastslår at straffesaken må være «fullstendig opplyst», det innebærer at retten kan beslutte at nye bevis må innhentes og saken derfor må utsettes, jf. Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 39.

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 66, Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38 og Rui (2014) s. 393 bruker betegnelsen «den materielle sannhets prinsipp» eller «den materielle sannhet».

<sup>59</sup> Rui (2014) s. 401

<sup>60</sup> Straffeprosessloven §§ 296 og 297 regulerer slike situasjoner.

credibility».<sup>61</sup> Det kan øke risikoen for uriktig domfellelse ved at sannheten ikke avdekkes.<sup>62</sup> På denne måten henger prinsippet om materiell sannhet sammen med prinsippene om kontradiksjon, likhet, bevisumiddelbarhet og muntlighet. Hensynet til et materielt riktig resultat taler derfor for en strengere adgang til å lese opp en forklaring som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon.

## 3.2 Partslighet

En rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1 forutsetter at den tiltalte i møte med staten gis effektive rettigheter, som bidrar til å jevne ut ubalansen mellom påtalemyndigheten og forsvaret.<sup>63</sup> Partslighet «er begrunnet både i hensynet til et materielt riktig resultat og hensynet til tillit til rettssystemet».<sup>64</sup> De prosessuelle rettighetene skal styrke den tiltaltes posisjon under straffeprosessen, og kommer til uttrykk i straffeprosessloven og i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Den tiltalte har rett til å føre egne vitner for retten på samme måte som påtalemyndigheten fører vitner mot ham, og til å avhøre vitner som føres mot ham.<sup>65</sup>

EMD omtaler prinsippet som «equality of arms between the prosecution and defence»,<sup>66</sup> som innebærer at partene skal gis «reasonable opportunity» til å presentere saken sin under forhold som ikke plasserer dem i «disadvantage vis-à-vis his opponent».<sup>67</sup> Et utslag av prinsippet er at påtalemyndigheten skal sende kopi av tiltalebeslutningen, sakens dokumenter og bevisoppgave til forsvareren når disse er meddelt retten,<sup>68</sup> slik at forsvaret kan forberede seg

---

<sup>61</sup> Kostovski v. The Netherlands, Judgment 20 November 1986 (Application no. 11454/85) avsnitt 42. Ble uttalt i forbindelse med anonyme vitner, og at det er spesielt utfordrende å imøtegå forklaringen når vitnets identitet ikke er kjent for den tiltalte. Det sentrale for opplesningsspørsmålet er å vurdere vitnets troverdighet.

<sup>62</sup> Rui (2014) s. 401

<sup>63</sup> I Walston v. Norway, Judgment 3 June 2003 (Application no. 37372/97) avsnitt 56 uttales at «equality of arms» er «one of the elements of the broader concept of fair trial». Rui (2014) s. 429 uttaler at det ikke er «tale om at partene skal stilles helt likt», og omtaler prinsippet som «balanseprinsippet».

<sup>64</sup> Rui (2014) s. 429

<sup>65</sup> EMK art. 6 nr. 3 bokstav d

<sup>66</sup> Rowe and Davis v. The United Kingdom, Judgment 16 February 2000 (Application no. 28901/95) avsnitt 60, Jasper v. The United Kingdom, Judgment 16 February 2000 (Application no. 27052/95) avsnitt 51 og Walston v. Norway avsnitt 56

<sup>67</sup> Bulut v. Austria, Judgment 22 February 1996 (Application no. 17358/90) avsnitt 47 og Walston v. Norway avsnitt 56.

<sup>68</sup> Straffeprosessloven § 264

på å imøtegå anklagen, og at påtalemyndigheten ikke gis en urimelig fordel.

Påtalemyndigheten har adgang til å bruke tvangsmidler overfor den siktede, som gjør at ubalansen ikke fullstendig jevnes ut.<sup>69</sup> Likhetsprinsippet taler derfor for en snever adgang til opplesning av en politiforklaring der den tiltalte ikke har fått adgang til å krysseksaminere vitnet.

### 3.3 Retten til kontradiksjon

Retten til krysseksaminasjon er et utslag av kontradiksjonsprinsippet, som er et grunnleggende prinsipp i norsk rett, herunder Grunnloven § 95, og i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.<sup>70</sup> Det følger av EMK art. 6 nr. 3 bokstav a til d, at mistenkte skal underrettes om saken i et språk han forstår, gis tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar og at han har rett til å krysseksaminere vitner. EMD uttalte i Rowe og Davis mot Storbritannia at kontradiksjon er en del av rettighetene etter EMK art. 6 nr. 1, og at både forsvaret og aktorstatet må gis mulighet til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter og imøtegå bevis som fremlegges av den andre part.<sup>71</sup> I straffeprosessloven kommer prinsippet til uttrykk gjennom at mistenkte har rett til å gjøre seg kjent med hva siktelsen gjelder, gis innsyn i sakens dokumenter og at tiltalebeslutningen og bevisoppgaven skal oversendes forsvareren.<sup>72</sup>

I Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia uttalte EMD at troverdigheten av en forklaring kan stille seg annerledes etter å ha vært undergitt krysseksaminasjon.<sup>73</sup> En rettferdig rettergang forutsetter derfor at den tiltalte gis adgang til å stille spørsmål til vitnet for å utfordre troverdigheten av forklaringen. Der retten har tilgang til bevis som forsvaret ikke har fått anledning til å imøtegå, «er det en nærliggende mulighet for at sannheten ikke kommer frem», «at avgjørelsen blir materielt uriktig», og fører til uriktig domfellelse.<sup>74</sup> Effektivitetshensyn kan derfor ikke begrunne innskrenkninger i den tiltaltes rett til kontradiksjon.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> Rui (2014) s. 430

<sup>70</sup> Rt. 2011 s. 93 avsnitt 30 hvor Høyesterett uttaler at retten til krysseksaminasjon «er etablert i et samspill mellom norsk og de internasjonale menneskerettigheter».

<sup>71</sup> Rowe and Davis v. The United Kingdom avsnitt 60

<sup>72</sup> Strpl. §§ 90, 242 og 264

<sup>73</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 142 “the reliability of evidence ... may look very different when subjected to a searching examination”.

<sup>74</sup> Rui (2014) s. 411 og NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 282

<sup>75</sup> Rui (2014) s. 411

Kontradiksjonsprinsippet taler for at en politiforklaring kun kan leses opp dersom den tiltalte er gitt anledning til å krysseksaminere vitnet.

### 3.4 Bevisumiddelbarhet og muntlighet

Forarbeidene fremholder i lys av juridisk teori at en «[m]untlig saksbehandling antas ... å være en forutsetning for gjennomført bevisumiddelbarhet». <sup>76</sup> Høyesterett illustrerer prinsippenes betydning slik:

«Det er et grunnprinsipp i vår straffeprosess at bevisførsel for herredsretten og lagmannsretten skal foregå *umiddelbart for den dømmende rett. Vitner skal forklare seg muntlig* for den rett som skal avgjøre saken, jf straffeprosessloven § 296 første ledd. Det er flere grunner til dette. Den dømmende rett vil få en helt annen mulighet til å vurdere *bevisverdien av en muntlig, umiddelbar, forklaring* enn av en skriftlig forklaring nedtegnet av andre. Retten, tiltalte ved sin forsvarer og aktor vil kunne få avklart nærmere eventuelle uklare punkter i forklaringen, avdekket svakheter i den m.v. For tiltalte og hans forsvarer vil dette være særlig viktig hvor de ikke har vært til stede ved politiets opptak av forklaringene.» <sup>77</sup>

Bevisumiddelbarhet og muntlighet skal bidra til «bedre beviskvalitet». <sup>78</sup> Blant annet ved at «tilføyelser, endringer eller avklaringer som skjer ved eksaminasjon i retten» gir «et langt bedre grunnlag for å vurdere troverdigheten og holdbarheten av forklaringene enn det som kan oppnås ved lesing av de dokumentene hvor forklaringene er nedtegnet». <sup>79</sup> Prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlighet taler for at en politiforklaring ikke bør tillates lest opp, dersom den tiltalte ikke har fått mulighet til å utfordre forklaringens troverdighet eller avdekke dens svakheter.

---

<sup>76</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 139, basert på Haugerup (1904) s. 78, hvor det uttales at det er nær sammenheng mellom muntlighet og bevisumiddelbarhet, fordi bevisumiddelbarhet «kan finde en fuld udvikling» under en «mundtlig rettergangsform».

<sup>77</sup> Rt. 1994 s. 1324 (s. 1326), *min kursivering*.

<sup>78</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 137

<sup>79</sup> Rt. 2003 s. 1389 avsnitt 102, se også Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 31, hvor det fremholdes at «direkte forklaring måtte forventes å ville gi retten et vesentlig mer avklart grunnlag for bevisbedømmelsen ...».



## 4 Opplesningsadgangen der vitnet ikke møter

### 4.1 Tidligere rettstilstand og paradigmeskiftet

#### 4.1.1 Det hovedsakelige bevis

Tidligere vurderte norske domstoler opplesning etter strpl. § 297, hvor det ble lagt vekt på betydningen av umiddelbar krysseksaminasjon.<sup>80</sup> I 1986 kom to avgjørelser fra EMD som innledet et paradigmeskifte. I *Unterpertinger mot Østerrike* ønsket ikke de fornærmede å vitne under henvisning til at de var nærstående av den tiltalte, og politiforklaringene ble lest opp for retten. Det ble konstatert krenkelse av EMK art. 6 fordi domfellelsen «mainly» bygde på forklaringene, og det ikke ble gitt adgang til krysseksaminasjon.<sup>81</sup> I *Kostovski mot Nederland* forklarte anonyme vitner seg til politiet og til en forhørsdommer, men unnløt å møte i retten.<sup>82</sup> EMD proklamerte at den tiltalte «as a rule» skal gis «adequate and proper» anledning til å krysseksaminere vitner, enten på tidspunktet forklaringen ble gitt, eller på et senere stadium av saken.<sup>83</sup> Avgjørelsene indikerer at en forklaring som utgjør «mainly» bevis i saken, uten at den tiltalte gis anledning til å stille spørsmål til vitnet, verken under etterforskningen eller for retten, fører til at staten har unnløst å oppfylle sin forpliktelse til å sikre en rettfærdig rettergang.

I etterkant vurderte Høyesterett om en politiforklaring ville være det «hovedsakelige bevis». I så måte ville forklaringen måtte avskjæres, med mindre det ble gitt adgang til å stille spørsmål til vitnet.<sup>84</sup> Dette er i teorien omtalt som hovedbevislæren.<sup>85</sup>

#### 4.1.2 Det eneste eller avgjørende bevis

I *Lucà mot Italia* i 2001 erklærte EMD at en domfellelse som «solely or to a decisive degree» baserer seg på en politiforklaring som ikke har blitt undergitt krysseksaminasjon, vil være uforenlig med den tiltaltes rett til en rettfærdig rettergang.<sup>86</sup> Høyesterett har tolket

---

<sup>80</sup> Se til eksempel Rt. 1986 s. 779 (s. 784-785), Rt. 1988 s. 78 (s. 80), Rt. 1990 s. 312 (s. 314).

<sup>81</sup> *Unterpertinger v. Austria*, Judgment 24 November 1986 (Application no. 9120/80) avsnitt 19 og 33

<sup>82</sup> *Kostovski v. The Netherlands*, Judgment 20 November 1986 (Application no. 11454/85) avsnitt 38

<sup>83</sup> *Kostovski v. The Netherlands* avsnitt 41

<sup>84</sup> Rt. 1990 s. 1221 (s. 1223-1225), Rt. 1991 s. 1096 (s. 1098), Rt. 1997 s. 1778 (s. 1783), Rt. 1999 s. 757 (s. 760)

<sup>85</sup> Øyen (2022) s. 397

<sup>86</sup> *Lucà v. Italy*, Judgment 27 February 2001 (Application no. 33354/96) avsnitt 40 og *Craxi v. Italy*, Judgment 5 December 2002 (Application no. 34896/97) avsnitt 86

formuleringen «solely or to a decisive degree» på flere måter, deriblant at politiforklaringen ikke kunne utgjøre det «eneste eller avgjørende bevis».<sup>87</sup> Dersom en forklaring var ansett å være det «eneste eller avgjørende bevis», måtte den tiltalte være gitt 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».<sup>88</sup> Forsvareren måtte være «gitt anledning til å være til stede» under avhøret og til å stille spørsmål til vitnet.<sup>89</sup> Så lenge det var lagt til rette for krysseksaminasjon, var det ubetydelig om forsvaret benyttet muligheten.<sup>90</sup>

### 4.1.3 Helhetsvurdering bestående av tre momenter

EMD stod tidligere overfor effektivitets- og kapasitetsvansker. Halvparten av sakene som ble silt inn til behandling var identiske med tidligere klager der samme stat ble dømt for brudd på EMK. Europarådet intenderte derfor å revidere kontrollsystemet, der EMD skulle utvise tilbakeholdenhet med å overprøve materielle spørsmål som allerede hadde vært gjenstand for vurdering i statene, og heller vurdere om prosessen i den enkelte sak var rettferdig etter EMK art. 6.<sup>91</sup> For å effektivisere saksbehandlingen avsa EMD i storkammer en avgjørelse inkludert en prosessuell oppskrift, som medlemsstatene av Europarådet må følge, hvor EMD undersøker om oppskriften er fulgt når den mottar individklager.<sup>92</sup> Flertallet kom til at hovedbevislæren skulle utvikles, idet en absolutt avskjæring av «sole or decisive» bevis ikke ville ivareta hensynet til de fornærmede, vitner og den offentliges interesse i å forfølge

---

<sup>87</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17. I Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 21 og Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 19 ble formuleringen «bare eller i avgjørende grad» benyttet. I Rt. 2004 s. 97 avsnitt 17 uttalte Høyesterett at det måtte være en «reell mulighet» for at forklaringen hadde hatt «utslagsgivende betydning i saken».

<sup>88</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17, slik som i *Kostovski v. The Netherlands* avsnitt 41, *Lucà v. Italy* avsnitt 40, *Craxi v. Italy* avsnitt 86, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 118.

<sup>89</sup> Rt. 2001 s. 689 (s. 694) og *Solakov v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, Judgment 31 October 2011 (Application no. 47023/99) avsnitt 63, som viser til *A.M v. Italy*, Judgment 14 December 1999 (Application no. 37019/97), hvor forsvareren “was not allowed to attend their examination”.

<sup>90</sup> Øyen (2022) s. 396

<sup>91</sup> Høring om EMD-reformen av Justis- og beredskapsdepartementet, 20.10.2011, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-emd-reformen-rapportering-om-n/id661114/?expand=horingsbrev> (sist lest 28.04.2024), High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights (2010) s. 5 pkt. 9, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 118 og 146

<sup>92</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 118-120, avsagt i storkammer og dermed en tungtveiende rettskilde, se EMK art. 30, 31 og 44 første ledd, i tillegg til menneskerettsloven §§ 2 og 3.

straffbare handlinger, som kunne føre til uheldige resultater.<sup>93</sup> Det ble derfor etablert en test bestående av tre momenter, og proklamert at det ikke vil være et automatisk brudd på EMK art. 6 å lese opp en «sole or decisive» politiforklaring.<sup>94</sup>

Det første momentet er om det foreligger en «*good reason*» for å lese opp vitnets politiforklaring.<sup>95</sup> De nasjonale myndighetene skal ha gjort «*every reasonable efforts*» for å bringe vitnet til retten.<sup>96</sup> Det neste momentet er om domfellelsen «*solely or to a decisive degree*» vil være basert på vitnets politiforklaring.<sup>97</sup> Dersom det er tilfellet, skal domstolene vurdere om det foreligger «*sufficient counterbalancing factors*» inkludert «*strong procedural safeguards*», for å sikre en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.<sup>98</sup>

I Rudnichenko mot Ukraina ble momentene anvendt absolutt, slik at mangel på «*good reason*» medførte krenkelse av EMK art. 6, mens i Salikhov mot Russland ble det foretatt en helhetsvurdering av alle tre momentene.<sup>99</sup> Den ulikeartede praksisen i medlemsstatene aktualiserte et behov for rettsavklaring av momentenes forhold til hverandre.<sup>100</sup> I Schatschaschwili mot Tyskland ble det klart at domstolene skal vurdere om det foreligger «*sufficient counterbalancing factors*» selv om politiforklaringen ikke er «*sole or decisive*», og erklært at jo viktigere beviset er, jo mer vekt må de kompenserende faktorene ha for at prosessen skal anses å være rettferdig.<sup>101</sup> Presiseringene indikerer at Al-Khawaja-testen er ment å utgjøre en helhetsvurdering av saksbehandlingens rettferdighet, der de tre momentene er alternative og må avveies mot hverandre.

---

<sup>93</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 146

<sup>94</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 120 og 154-155. Rui (2020) s. 93 omtaler testen som «Al-Khawaja-testen», som vil benyttes i den videre fremstillingen.

<sup>95</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 119, *min kursivering*.

<sup>96</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 120

<sup>97</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 119, *min kursivering*.

<sup>98</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 118, 147 og 152, *min kursivering*.

<sup>99</sup> Rudnichenko v. Ukraine, Judgment 11 July 2013 (Application no. 2775/07) avsnitt 109 og Salikhov v. Russia, Judgment 3 May 2012 (Application no. 23880/05) avsnitt 118

<sup>100</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 110 og 115-116

<sup>101</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 116

Momentet om at det må være en «good-reason for non-attendance» er ifølge EMD et «preliminary» spørsmål, som skal vurderes før det tas stilling til forklaringens betydning.<sup>102</sup> Dersom et av momentene viser seg å være avgjørende for om prosessen har vært rettferdig eller ikke, kan det i enkelte tilfeller være hensiktsmessig å undersøke momentene i en annen rekkefølge.<sup>103</sup>

I den videre fremstillingen vil de tre momentene vurderes nærmere, særlig i lys av EMDs bedømmelser i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland. Andre avgjørelser fra EMD vil berøres i den nærmere redegjørelsen av hvert moment.

## 4.2 Al-Khawaja-testen

### 4.2.1 «good reason for non-attendance»

Det må vurderes om det er “good reason for non-attendance of the witness and ... for the admission of the absent witness`s untested statements as evidence”.<sup>104</sup> Foreligger en god grunn til å lese opp vitnets politiforklaring, vil det tale for at opplesning er forenlig med EMK art. 6.<sup>105</sup> I tilfeller hvor den tiltalte ikke har fått krysseksaminere vitnet, må opplesning være «measure of last resort», som taler for at «good reason» må tolkes strengt.<sup>106</sup> Dersom «vitnet ikke har en fraværsgrunn som etter sin art utgjør «a good reason» for ikke å møte, må nasjonale myndigheter normalt gjøre «every reasonable effort» for å få vitnet til å møte» til hovedforhandlingen.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 120 og Schatschaschwili v. Germany avsnitt 117

<sup>103</sup> Schatschaschwili v. Germany, avsnitt 118. Vist til Nechto v. Russia, Judgment 24 January 2012 (Application no. 24893/05) avsnitt 119-127 og Mitkus v. Latvia, Judgment 2 October 2012 (Application no. 7259/03) avsnitt 101-102, hvor EMD vurderte om forklaringene var “sole or decisive” først.

<sup>104</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 107, basert på Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 119 og 120, Štefančič v. Slovenia avsnitt 37

<sup>105</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 113, Seton v. The United Kingdom, Judgment 31 March 2016 (Application no. 55287/10), hvor EMD uttalte at “absence of a “good reason” ... for the non-attendance ... is not the end of the matter ... it constitutes a very important factor to be weighed in the overall balance ...”.

<sup>106</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 125

<sup>107</sup> Øyen (2022) s. 393, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 120, Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 18

#### 4.2.1.1 Hva utgjør en «good reason» for ikke å møte?

EMD har i flere avgjørelser redegjort for omstendigheter som kan berettigg «good reason for non-attendance». I *Al-Khawaja mot Storbritannia* var klageren en britisk lege som ble dømt for seksuelle overgrep mot to pasienter, ST og VU. Politiforklaringen til ST ble lest opp for retten fordi hun tok sitt eget liv i forkant av hovedforhandlingen.<sup>108</sup> Det var nødvendig å lese opp forklaringen, idet den ellers ikke ville blitt gjort kjent for retten.<sup>109</sup> Bevisavskjæring der vitnet er dødt vil svekke avgjørelsesgrunnlaget, som medfører at vitnets bortgang utgjør en god grunn til å lese opp en politiforklaring.

I *Vronchenko mot Estland* ble en ung jente seksuelt misbrukt av sin stefar.<sup>110</sup> De sakkyndige uttalte at det ikke var trygt for barnet å forklare seg flere ganger, da det kunne forårsake «considerable psychological trauma».<sup>111</sup> EMD mente derfor at det forelå en god grunn til å spille av forklaringen. Avgjørelsen peker mot en lavere terskel for avspilling av forklaringer avgitt av sårbare barn under tilrettelagte avhør.<sup>112</sup> I *Chukayev mot Russland* var vitnet «gravely ill and unable to speak». EMD uttalte at hans «confirmed poor physical condition» kvalifiserte til å være en god grunn for ikke å møte.<sup>113</sup> I *Bobeş mot Romania* frafalt vitnet som følge av sin helsetilstand, og EMD erklærte at det er tilstrekkelig å levere legeerklæring ved sykdom.<sup>114</sup> Situasjoner hvor vitnet ikke er i stand til å forklare seg, og kan dokumentere tilstanden, vil derfor kvalifisere for å være en god grunn til opplesning.

I *Tahery mot Storbritannia* nektet vitnet å møte av frykt for represalier. EMD erklærte at det må differensieres mellom «threats or other actions» som stammer fra den tiltalte, eller «those acting on his or her behalf» eller «with his knowledge and approval», og «general fear of

---

<sup>108</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 10, 11 og 14

<sup>109</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 121 og 153, «evidence to be taken into account, it will be necessary to adduce his or her witness statement».

<sup>110</sup> Tilrettelagt avhør gjennomføres i saker om overgrep og vold som involverer barn eller funksjonshemmede. Videoopptak trer i stedet for personlig forklaring, se strpl. § 298 første og annet ledd, jf. § 239.

<sup>111</sup> *Vronchenko v. Estonia*, Judgment 18 July 2013 (Application no. 59632/09) avsnitt 58 og 63

<sup>112</sup> *Rosin v. Estonia* avsnitt 53 og *Vronchenko v. Estonia* avsnitt 56, NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 762.

<sup>113</sup> *Chukayev v. Russia*, Judgment 5 November 2015, (Application no. 36814/06) avsnitt 125

<sup>114</sup> *Bobeş v. Romania*, Judgment 9 July 2013 (Application no. 29752/05) avsnitt 39, hvor EMD erklærte at “medical certificate provided” der “state of health of the witness” er “sufficient justification for his absence”, oversatt fra offisielt språk fransk til engelsk.

what will happen if the witness gives evidence at trial». <sup>115</sup> Øyen mener at det kreves «klar eller sterk sannsynlighet for at tiltalte eller noen som har handlet på hans vegne, har forårsaket vitnets manglende oppmøte». <sup>116</sup> I så måte vil han miste retten til krysseksaminasjon. <sup>117</sup>

Bevisavskjæring vil i slike tilfeller være i strid med hensynet til et materielt riktig resultat, og vil ikke være rettferdig overfor den fornærmede eller vitnet. <sup>118</sup>

Dersom vitnet har en «general fear» for å vitne, må det vurderes om frykten baseres på «objective grounds» som støttes av bevis. <sup>119</sup> I tillegg må «available alternatives, such as witness anonymity» vurderes før retten kan tillate opplesning. <sup>120</sup> Øyen mener at den tiltalte må bære risikoen for vitnets generelle frykt, dersom han identifiseres med «voldelig opptreden i tilknytning til organisert kriminalitet», eller «der vitnet har mottatt trusler eller er utsatt for påfallende oppmerksomhet fra ukjente personer». Vitnet hadde blitt ufrivillig besøkt og oppringt, men det antas «at aktiviteten ikke var tilskyndet av klageren». <sup>121</sup> Selv om det ble lagt til rette for skjerming, ønsket ikke vitnet å møte. Opplesning ble tillat, selv om forklaringen var det eneste beviset mot den tiltalte. <sup>122</sup> Uttalelsene peker mot en lavere terskel for opplesning under henvisning til generell frykt basert på objektive holdepunkter, enn der det må bevises at frykten direkte skyldes den tiltalte.

Ser en disse avgjørelsene i sammenheng, taler de for at det vil være en god grunn til å lese opp en politiforklaring, dersom det foreligger omstendigheter som gjør det vanskelig for vitnet å gi personlig forklaring. Dersom det ikke kan konstateres at vitnet har en god grunn for sitt fravær, må myndighetene ha gjort «all reasonable efforts» for å få vitnet til å møte. <sup>123</sup>

---

<sup>115</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 122-123

<sup>116</sup> Øyen (2012) s. 179

<sup>117</sup> Øyen (2012) s. 177, jf. Rt. 2004 s. 1425 avsnitt 16 og Al-Khawaja and Tahery v. The UK avsnitt 123

<sup>118</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 123 hvor EMD uttalte at «to benefit from the fear he has engendered in witnesses would be incompatible with the rights of victims and witnesses», og Øyen (2012) s. 168 uttaler at «tilliten til strafferettspleien lett [vil] kunne svekkes betydelig hvis tiltalte gjennom sin opptreden kan skape et bevisforbud til egen fordel» ved å forårsake at vitnet unnlater å møte.

<sup>119</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 124

<sup>120</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 125

<sup>121</sup> Øyen (2012) s. 170

<sup>122</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 159, 34 og 35

<sup>123</sup> Øyen (2022) s. 393

#### 4.2.1.2 Har myndighetene gjort «all reasonable efforts» for å få vitnet til å møte?

Det må være iverksatt rimelige tiltak for å sikre vitnets tilstedeværelse.<sup>124</sup> EMD har proklamert at nasjonale domstoler må ta positive skritt for å sikre krysseksaminasjon, og at de derfor aktivt må søke etter vitnet ved hjelp av myndighetene og politiet, og «as a rule» henvende seg til internasjonale myndigheter om vitnet befinner seg utenlands.<sup>125</sup> Det vil dermed ikke være en god grunn for fravær, dersom myndighetene ikke har anstrengt seg for å få vitnet til å møte for retten.

I Schatschaschwili mot Tyskland var de fornærmede latviske statsborgere. De fortalte politiet at de ville reise hjem i nær fremtid, og ble i den forbindelse avhørt av en forhørsdommer.<sup>126</sup> Før hovedforhandlingen ble kvinnene stevnet, men unnlot å møte under henvisning til dårlig psykisk helse.<sup>127</sup> Domstolen forsøkte å sikre fjernavhør ved hjelp av latviske myndigheter, men høringen ble avlyst, og de mottok senere ingen respons.<sup>128</sup> Politiforklaringene ble deretter lest opp for retten uten at den tiltalte fikk stille spørsmål til vitnene.<sup>129</sup> EMD fastslo at det forelå en god grunn til å lese opp forklaringene, ettersom domstolen hadde tatt betydelige positive skritt for å sikre krysseksaminasjon, i tillegg til at det ikke ville være hensiktsmessig å innlede politiske forhandlinger med Latvia.<sup>130</sup>

I Gabrielyan mot Armenia møtte ikke vitnene som følge av «alleged absence from Armenia». EMD uttalte at «absence from the country» ikke i seg selv er tilstrekkelig.<sup>131</sup> Politiet bistod retten når vitnene ikke møtte, og høringene ble utsatt, men etter det kom til rettens kunnskap at vitnene ikke oppholdt seg i landet, ble det ikke gjort ytterligere tiltak for å lokalisere dem eller for å klarlegge detaljene rundt fraværet.<sup>132</sup> EMD mente derfor at tiltakene ikke var

---

<sup>124</sup> Seton v. The United Kingdom avsnitt 61. Opplesning skal være «measure of last resort», se Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 125

<sup>125</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 121

<sup>126</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 14, 20 og 22

<sup>127</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 23 og 134

<sup>128</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 134 og 138

<sup>129</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 29

<sup>130</sup> Schatschaschwili v. Germany, avsnitt 139-140

<sup>131</sup> Gabrielyan v. Armenia, Judgment 10 April 2012 (Application no. 8088/05) avsnitt 81

<sup>132</sup> Gabrielyan v. Armenia, avsnitt 82 og 83

tilstrekkelige og at det ikke forelå en god grunn til å lese opp politiforklaringene.<sup>133</sup> I Ürek og Ürek mot Tyrkia ble politiforklaringene til åtte politibetjenter lest opp, fordi de var på tjenesteoppdrag og ikke hadde anledning til å møte til høringen.<sup>134</sup> EMD uttalte at tjenesteoppdrag i seg selv, ikke var tilstrekkelig til å begrunne fravær fra en straffesak hvor politiet var involvert som vitner, og mente retten kunne utsatt høringen.<sup>135</sup> Det forelå derfor ikke en god grunn til å lese opp politibetjentenes forklaringer.<sup>136</sup> I Seton mot Storbritannia satt vitnet fengslet og møtte ikke til høringen. Ifølge EMD var det mulig for vitnet å møte, idet myndighetene kunne tvunget ham, som medførte at «all reasonable efforts» ikke var iverksatt, og at det derfor ikke forelå en god grunn til opplesning.<sup>137</sup>

I Štefančič mot Slovenia sonet vitnet i utlandet.<sup>138</sup> EMD erklærte at vanskeligheter med å bringe et vitne fra Storbritannia til Slovenia kvalifiserte for en god grunn til å lese opp vitnets politiforklaring, og bemerket at fangeoverføring mellom stater som ligger langt fra hverandre medfører en kompleks prosedyre. Dersom det er mulig å krysseksaminere vitnet der det soner, forventes det ikke at en slik prosedyre gjennomføres. EMD konkluderte derfor med at det var en god grunn til å lese opp forklaringen.<sup>139</sup>

Disse fem avgjørelsene demonstrerer statenes strenge aktivitetsplikt for å fremstille vitnet for retten.<sup>140</sup> Det må derfor være en høy terskel for at det foreligger en berettiget grunn til å lese opp en politiforklaring. Samtidig er det tydelig at nasjonale domstoler ikke forventes å gå utover det som er rimelig i lys av sakens omstendigheter, spesielt når vitnet befinner seg i utlandet.<sup>141</sup> Imidlertid forventes det at vitnet blir lokalisert, og at det gjøres et anstrengt forsøk på samarbeid med vedkommende myndigheter.

---

<sup>133</sup> Gabrielyan v. Armenia avsnitt 84

<sup>134</sup> Ürek and Ürek v. Turkey, Judgment 30 July 2019 (Application no. 74845/12) avsnitt 52

<sup>135</sup> Ürek and Ürek v. Turkey avsnitt 54, “constraints of professional life”

<sup>136</sup> Ürek and Ürek v. Turkey avsnitt 55

<sup>137</sup> Seton v. The United Kingdom avsnitt 62

<sup>138</sup> Štefančič v. Slovenia, Judgment 25 October 2012 (Application no. 18027/05) avsnitt 7, 14-15 og 38

<sup>139</sup> Štefančič v. Slovenia avsnitt 39

<sup>140</sup> Øyen (2022) s. 395 sier at det normalt «gjelder ... en aktivitetsplikt».

<sup>141</sup> «Passivitet kan forsvares hvis vitnet er mindre sentralt, bor i utlandet, helt eller delvis har ukjent identitet og oppholdssted, og tiltalte ikke har krevd at vitnet skal innkalles», se Øyen (2022) s. 395 fotnote 735, basert på HR-2020-2137-A avsnitt 58-62.



#### 4.2.2 «sole or decisive»

Begrepet «sole» skal forstås som det eneste beviset i saken mot den tiltalte.<sup>142</sup> Det nærmere innholdet av «decisive» byr derimot på tolkningstvil. Ifølge EMD betyr «decisive» mer enn «probative», som oversatt betyr beviselig, og mer enn at sjansen for frifinnelse øker uten forklaringen. Videre skal «decisive» forstås snevert, dithen at forklaringen *antas* å være utslagsgivende for sakens utfall, ettersom forklaringens innhold enda ikke er kjent for retten når den tar stilling til opplesningsspørsmålet.<sup>143</sup> Bevisets «significance» må vurderes ut fra «the strength of the additional incriminating evidence available».<sup>144</sup>

I Seton og Štefančič var de øvrige bevis «overwhelming» og «particularly strong», og politiforklaringene kunne ikke alene føre til domfellelse.<sup>145</sup> I Al-Khawaja hadde den avdøde fortalt to venninner om overgrepet, som sammen med den andre fornærmede forklarte seg direkte for retten.<sup>146</sup> Politiforklaringen ble ansett å være avgjørende for domfellelsen, idet venninnes forklaringer ikke var selvstendige bevis, men bekreftet innholdet i den avdødes forklaring.<sup>147</sup> I Tahery var vitnets politiforklaring det eneste beviset mot den tiltalte.<sup>148</sup> I Schatschaschwili fortalte de fornærmede en nabo og en venn om hendelsen, som avga personlig forklaring for retten om det de ble fortalt. Det forelå i tillegg andre bevis som alene ikke var tilstrekkelig til domfellelse, som medførte at politiforklaringene var avgjørende.<sup>149</sup> Avgjørelsene viser at politiforklaringens betydning avhenger av styrken til de øvrige bevis i saken. Foreligger det andre selvstendige bevis, som eksisterer uavhengig av vitnets politiforklaring, taler det for at forklaringen ikke er avgjørende for domfellelse.<sup>150</sup>

---

<sup>142</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 131

<sup>143</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 131. Bevisførselen må ellers være gjennomført, før retten vil ha grunnlag for å vurdere forklaringens betydning, se blant annet Rt. 2006 s. 120 avsnitt 21. Aall (2007) s. 59 sier at det «det dreier seg om en forhåndsvurdering – en antagelse om hvor vesentlig dette beviset er sammenlignet med andre. Problemet kan reduseres ved først å føre andre bevis».

<sup>144</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 143 og Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 131

<sup>145</sup> Štefančič v. Slovenia avsnitt 43, jf. 41-42 og Seton v. The United Kingdom avsnitt 63 og 68

<sup>146</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 14

<sup>147</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 154 og 156

<sup>148</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 29, 34-35 og 160

<sup>149</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 144

<sup>150</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 131 siste setning. «tungtveiende selvstendige bevis», jf. Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 23, er ikke «avledet fra den som har avgitt forklaringen», jf. Øyen (2022) s. 398.

### 4.2.3 «sufficient counterbalancing factors»

Det må foreligge «sufficient counterbalancing factors», herunder eksistens av «procedural safeguards» i den nasjonale lovgivningen, slik at retten blir i stand til å foreta en rettferdig og grundig vurdering av forklaringens troverdighet, når den ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon.<sup>151</sup> Momentet må vurderes uavhengig av forklaringens bevisverdi,<sup>152</sup> og bevisverdien vil bestemme hvor sterke kompenserende tiltak som er nødvendig for å ivareta retten til en rettferdig rettergang.<sup>153</sup> På dette trinnet inngår en vurdering av den nasjonale domstolens tilnærming til politiforklaringen sett i lys av det øvrige bevisbildet, og av de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene som er iverksatt for å kompensere for at krysseksaminasjon har utgått.<sup>154</sup> Fremstillingen er ikke uttømmende av hensyn til oppgaverammen, men det av særskilt betydning blir behandlet.

#### 4.2.3.1 Prosessuelle rettssikkerhetsgarantier

Lovgivningen i medlemsstatene må ivareta den tiltaltes rettigheter på en effektiv måte, som innebærer at EMD undersøker *hvordan statenes prosessregler har blitt anvendt* i sakene som klages inn.<sup>155</sup> I *Hümmer mot Tyskland* ble vitnet avhørt av en forhørsdommer, hvor den tiltalte ikke hadde fått oppnevnt forsvarer i forkant av avhøret, som var i strid med tysk lov. Siden forklaringen var avgjørende for domfellelsen, mente EMD at det var et brudd på EMK art. 6.<sup>156</sup> Videre anser EMD *adgangen til å utsette høringer eller nekte bevis ført* når et vitne ikke møter, som en tilstrekkelig rettssikkerhetsgaranti.<sup>157</sup>

---

<sup>151</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 147, *Schatschaschwili v. Germany* avsnitt 125

<sup>152</sup> *Schatschaschwili v. Germany* avsnitt 115-116. Høyesterett bruker terminologien «bevisverdien», se Rt. 1994 s. 1324 (s. 1326)

<sup>153</sup> *Schatschaschwili v. Germany* avsnitt 116, *Seton v. The United Kingdom* avsnitt 68, hvor de øvrige bevis var «overwhelming» og «in itself sufficient to enable certainty as to the safety of his conviction», det kunne derfor stilles mindre strenge krav til krysseksaminasjon.

<sup>154</sup> *Schatschaschwili v. Germany* avsnitt 145 og 146-151, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 156

<sup>155</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 148-151, *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy*, Judgment 28 June 2018 (Application no. 1828/06) avsnitt 216, hvor EMD uttaler at EMK skal tolkes og anvendes på en praktisk og effektiv måte.

<sup>156</sup> *Hümmer v. Germany*, Judgment 19 July 2012 (Application no. 26171/07) avsnitt 44 og 48

<sup>157</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 149 og 150. Domstolene i Norge har adgang til å utsette forhandlingene og pålegge partene å innhente nye bevis etter strpl. § 294.

*Veiledning av juryen om å legge mindre vekt på en forklaring som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon*, trekkes frem av EMD som en prosessuell rettssikkerhetsgaranti.<sup>158</sup> I Al-Khawaja ble politiforklaringen til den avdøde tillagt mindre vekt og sett i lys av de øvrige vitnebevis. EMD mente derfor at juryen hadde foretatt en grundig og rettferdig vurdering av forklaringen.<sup>159</sup> I Tahery var derimot veiledning av juryen ikke strekkelig, fordi politiforklaringen var det eneste beviset mot den tiltalte.<sup>160</sup> I Seton ble juryen informert om vitnets tidligere domfellelser, i tillegg til at de øvrige bevis ble ansett «overwhelming». EMD konkluderte derfor med at det forelå tilstrekkelige kompensierende faktorer.<sup>161</sup> I Štefančič ble det lagt vekt på at forsvareren ikke hadde bedt juryen om å tillegge politiforklaringen mindre vekt.<sup>162</sup> Om medlemsstaten ikke har juryordning, må dommeren behandle politiforklaringen med varsomhet, og tillegge den redusert vekt.<sup>163</sup> I Hümmer mot Tyskland ble vitnets politiforklaring tillagt mindre vekt, men det var likevel ikke tilstrekkelig, idet den tiltalte ikke hadde fått oppnevnt forsvarer før vitnet ble avhørt, i tillegg til at det forelå få bevis mot den tiltalte.<sup>164</sup>

Videre trekkes *bevisopptak av vitnets politiforklaring* frem som en prosessuell rettssikkerhetsgaranti, idet retten ved avspilling vil kunne observere vitnets oppførsel, og til en viss grad vurdere forklaringens troverdighet.<sup>165</sup> I Vronchenko mot Estland og Rosin mot Estland, som begge gjaldt seksuelt misbruk av barn, ble videoavspilling alene ikke ansett tilstrekkelig, da det skulle være gitt adgang til krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet.<sup>166</sup>

---

<sup>158</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 126, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 157, 161 og 164, Seton v. The United Kingdom avsnitt 67 og 63

<sup>159</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, avsnitt 18 og 156-158

<sup>160</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 161 og 164

<sup>161</sup> Seton v. The United Kingdom avsnitt 69 og 70

<sup>162</sup> Štefančič v. Slovenia avsnitt 46

<sup>163</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 126

<sup>164</sup> Hümmer v. Germany avsnitt 48-53

<sup>165</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 127 og Rosin v. Estland, Judgment 19 December 2013 (Application no. 26540/08) avsnitt 62.

<sup>166</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 127, Vronchenko v. Estonia avsnitt 63 og Rosin v. Estonia avsnitt 60. Etter strpl. §§ 97 første og tredje ledd og 239 c skal den siktede ha forsvarer når det gjøres bevisopptak, samt rett til supplerende avhør. I tillegg hjemler strpl. § 270 øvrige situasjoner det kan tas bevisopptak av en forklaring, hvor forsvarer skal varsles og gis adgang til avhøret.

En annen prosessuell rettssikkerhetsgaranti er å gi forsvaret *adgang til å stille spørsmål til vitnet på etterforsningsstadiet*.<sup>167</sup> I Schatschaschwili var påtalemyndigheten redd for at beviset ville gå tapt når de fornærmede reiste hjem til Latvia. De fornærmede ble derfor avhørt av en forhørsdommer. EMD mente at politiet tok en «forseeable risk» ved å unnlate å gi forsvaren adgang til å stille spørsmål til vitnene under avhøret, idet politiet ble ansett å ha holdt det mulig at vitnene ikke ville møte til hovedforhandlingen.<sup>168</sup> I Štefančič fikk forsvaren mulighet til å delta på avhør av vitnet som sonet i London, sammen med aktor og de medtiltaltes forsvarere, men unnlot å dra, «thus missing an opportunity to test the truthfulness and reliability» av vitnets forklaring.<sup>169</sup> Unnlatelsen av å delta ble behandlet som et avkall på retten til krysseksaminasjon, som ledet til at opplesningen ikke var i strid med EMK art. 6.<sup>170</sup> Avgjørelsene taler for at myndighetene pålegges en strengere plikt til å tilrettelegge for krysseksaminasjon på etterforsningsstadiet, om det er påregnelig at et vitne ikke vil møte. Samtidig utledes at forsvaret må benytte muligheten til å stille spørsmål, hvis ikke vil det være en lavere terskel for opplesning.

Om det ikke er mulig å krysseksaminere vitnet direkte, anser EMD muligheten for forsvaret til å *stille vitnet skriftlige spørsmål*, slik at vitnets svar blir rapportert tilbake, som en tilstrekkelig rettssikkerhetsgaranti.<sup>171</sup> Retten til krysseksaminasjon vil på denne måten ivaretas på en bedre måte, enn hvis det ikke er mulig å stille spørsmål i det hele tatt.

Ved å sammenligne avgjørelsene, ser vi at dersom det foreligger øvrige bevis som peker i samme retning som politiforklaringen, vil det være mindre krav til kompenserende faktorer og en videre adgang til å tillate opplesning, slik som i Al-Khawaja og Seton. I Tahery forelå det ingen andre bevis enn vitnets politiforklaring, som medførte at det var umulig å vurdere forklaringens troverdighet. Avgjørelsen viser at en avgjørende politiforklaring krever sterke kompenserende tiltak for å kunne leses opp, som gir en snever adgang til opplesning.

---

<sup>167</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 130

<sup>168</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 160, jf. avsnitt 130 og 157

<sup>169</sup> Štefančič v. Slovenia avsnitt 44

<sup>170</sup> Štefančič v. Slovenia avsnitt 15, 44-47

<sup>171</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 129 og Scholer v. Germany, Judgment 18 December 2014 (Application no. 14212/10) avsnitt 60 hvor EMD uttalte at adgangen til å stille skriftlige spørsmål var «the main counterbalancing factor».

#### 4.2.3.2 Vurdering av forklaringens troverdighet i lys av øvrige bevis

*Sterkt samsvar mellom forklaringer fra vitner som møter og de som ikke møter*, hvor det gis adgang til å krysseksaminere møtende vitner, anses å være en tilstrekkelig kompenserende faktor.<sup>172</sup> I Al-Khawaja fortalte den avdøde om overgrepet til to venninner før hun tok sitt liv. Venninnene forklarte seg for retten om det de ble fortalt, og det var sterke likheter mellom begge de fornærmedes forklaringer. EMD mistenkte derfor ikke samarbeid mellom vitnene.<sup>173</sup> I Schatschaschwili forklarte to vitner seg for retten om det de fornærmede hadde fortalt dem. De øvrige bevis i saken pekte i samme retning som vitneforklaringene, men de fornærmede var de eneste øyevitnene i saken.<sup>174</sup> At bevisene pekte i samme retning var imidlertid ikke nok til å kompensere for at den tiltalte burde fått adgang til å stille spørsmål til de fornærmede på etterforskningsstadiet, selv om retten foretok en grundig vurdering av forklaringene.<sup>175</sup> I Tahery avga vitnet to ulike forklaringer om hvem han mente var gjerningspersonen, og ingen andre hevdet å ha sett hendelsen. Domstolen var derfor ikke i stand til å foreta en rettferdig vurdering av politiforklaringenes troverdighet.<sup>176</sup>

Den tiltalte må gis anledning til å *gi egen forklaring og føre egne bevis*, som kan bidra til å nyansere innholdet i vitnets politiforklaring.<sup>177</sup> I Hümmer mot Tyskland led den tiltalte av et epileptisk anfall i gjerningsøyeblikket, og var ikke i stand til å gi egen forklaring om hendelsen. EMD uttalte at den tiltalte ikke skal plasseres i en posisjon der han blir «effectively deprived of a real chance of defending himself».<sup>178</sup> Vitnets politiforklaring var avgjørende for domfellelsen, og i lys av at det ikke forelå tilstrekkelige kompenserende tiltak ble det konstatert brudd på EMK art. 6.<sup>179</sup> Det utledes at det må stilles strengere krav til kompenserende tiltak der den tiltalte ikke har mulighet til å gi egen forklaring. I Gani mot Spania forklarte den tiltalte seg for retten, som ble vurdert mot vitnets forklaring og de øvrige

---

<sup>172</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 128, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 156

<sup>173</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 156 og 158, ikke brudd på EMK art. 6.

<sup>174</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 151 og 162

<sup>175</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 162-163

<sup>176</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 165 og 160

<sup>177</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 131 og 163, Gani v. Spain avsnitt 48, Horncastle and Others v. The United Kingdom avsnitt 142, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 162.

Kontradiksjonsprinsippet og likhetsprinsippet er også uttrykk for dette, se kap 3.2 og 3.3.

<sup>178</sup> Hümmer v. Germany avsnitt 12 og 52

<sup>179</sup> Hümmer v. Germany avsnitt 53

bevis, og medførte at opplesning ikke var i strid med EMK art. 6.<sup>180</sup> Konklusjonen må imidlertid ses i lys av at forsvaret ble ansett for å ha gitt avkall på retten til krysseksaminasjon, idet de ikke stilte spørsmål til vitnet når det ble gitt adgang til det.<sup>181</sup> I Tahery var vitnets politiforklaring det eneste beviset i saken. Den tiltalte kunne ikke imøtegå anklagen ved kun å gi egen forklaring.<sup>182</sup> Juryen ble derfor ikke ansett å kunne foreta en rettferdig og grundig vurdering av vitnets troverdighet.<sup>183</sup> Fra Gani og Tahery utledes det at det ikke er tilstrekkelig å gi den tiltalte mulighet til å gi egen forklaring, dersom det ikke i tillegg iverksettes andre tiltak.

*Sakkyndig- og realbevis* vil kunne styrke politiforklaringens troverdighet.<sup>184</sup> I Gani mot Spania ble den fornærmede bortført fra sin leilighet i egne klær, og returnert i den tiltaltes klær, i tillegg til at den sakkyndige erklærte at hennes fysiske og psykiske skader kunne knyttes til den kriminelle handlingen hun mente å ha blitt utsatt for.<sup>185</sup> I Horncastle mot Storbritannia ble vitnets forklaring styrket av andre sterke bevis i saken, som tekniske bevis, slik at juryen ble i stand til å foreta en rettferdig og grundig vurdering av forklaringens troverdighet.<sup>186</sup> I Hümmer mot Tyskland påstod den fornærmede at den tiltalte hadde angrepet ham med øks. Den sakkyndige mente derimot at den fornærmede hadde falt ut av et vindu, som ble styrket av at den fornærmede først flere måneder senere mente han ble angrepet. Selv om politiet hadde innhentet den tiltaltes fingeravtrykk på en øks og den fornærmede hadde skader på kroppen, måtte politiforklaringen tillegges mindre vekt.<sup>187</sup>

---

<sup>180</sup> Gani v. Spain, Judgment 19 February 2013 (Application no. 61800/08) avsnitt 48

<sup>181</sup> Gani v. Spain avsnitt 48

<sup>182</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 162

<sup>183</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 165

<sup>184</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 128 og 151, Øyen (2022) s. 398 og 400

<sup>185</sup> Gani v. Spain avsnitt 48

<sup>186</sup> Horncastle and Others v. The United Kingdom, Judgment 16 December 2014 (Application no. 4184/10) avsnitt 142 og 143

<sup>187</sup> Hümmer v. Germany avsnitt 50 og 51

Ut fra EMDs føringer om vurderingen av troverdighet, utledes det at selvstendige bevis, som er uavhengige av vitnets politiforklaring, bør tillegges betydelig vekt i bevisbedømmelsen, når forklaringen ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon.<sup>188</sup> Jo mer avgjørende en politiforklaring er for domfellelsen, desto større er nødvendigheten av kompenserende faktorer som kan bidra til en tilfredsstillende vurdering av forklaringens troverdighet.<sup>189</sup> Dersom det eksisterer andre støttende bevis som kan belyse forklaringens troverdighet, vil det være et mindre strengt krav til krysseksaminasjon og lavere terskel for opplesning.

Det er likevel en svakhet at det ikke kommer frem hvor sterke tiltak som kreves for å veie opp for at den tiltalte ikke har fått krysseksaminere vitnet. Den eneste veiledningen EMD gir er at tiltakene må være «sufficient». Avgjørelsene sett i sammenheng taler for at det kreves flere tiltak i kombinasjon for å være tilstrekkelig, spesielt i tilfeller der forklaringen vil være avgjørende for domfellelse.<sup>190</sup> EMD har erklært at EMK skal tolkes og anvendes på en måte som gjør rettighetene praktiske og effektive, og ikke teoretiske og illusoriske.<sup>191</sup> Det taler for at det bør stilles strenge krav til kompenserende tiltak.

#### **4.2.4 «overall fairness»**

EMDs oppgave er å vurdere «the overall fairness» av saksbehandlingen. Vurderingen utgjør selve kjernen i Al-Khawaja-testen, og er ikke et fjerde vilkår. Ved vurderingen må det tas hensyn til tiltaltes rettigheter etter EMK art. 6, men også til offentligheten og de fornærmedes interesse i at straffbare handlinger forfølges og straffes, og om nødvendig til vitnene.<sup>192</sup> Det omfatter ikke bare en vurdering av om tiltaltes rett til en rettferdig rettergang ivaretas ved opplesning, men også en avveining av om opplesning likevel vil være rettferdig med hensyn

---

<sup>188</sup> EMD bruker formuleringen «independent evidence in the case», se *Horncastle and Others v. The United Kingdom* avsnitt 142. I Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 23 taler Høyesterett om «tungtveiende selvstendige bevis», hvor Øyen (2022) s. 398 utdyper at dette er bevis som ikke er «avledet fra den som har avgitt forklaringen. I tillegg må de øvrige bevis samlet sett være tungtveiende».

<sup>189</sup> *Schatschaschwili v. Germany* avsnitt 116

<sup>190</sup> I *Tahery* uttalte EMD at «neither of these factors, whether taken alone or in combination, could be a sufficient counterbalance», som støtter denne forståelsen av EMDs praksis, se *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 162.

<sup>191</sup> *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* avsnitt 216

<sup>192</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* avsnitt 118, *Schatschaschwili v. Germany* avsnitt 101 og *Štefančič v. Slovenia* avsnitt 36

til offentligheten, fornærmede og vitner. EMD vurderer «the overall fairness» ut fra de tilgjengelige kompenserende faktorer, i lys av forklaringens bevisverdi og tyngde i domfellelsen.<sup>193</sup> Hvor det ikke er iverksatt tilstrekkelige tiltak for å kompensere for manglende krysseksaminasjon, slik at forklaringens troverdighet ikke har blitt utfordret, vil forklaringens bevisverdi være utslagsgivende for hvorvidt prosessen i sin helhet har vært rettferdig.<sup>194</sup>

### **4.3 Oppsummering**

Rettsstilstanden har utviklet seg fra at opplesning av en avgjørende politiforklaring medførte et automatisk brudd på EMK art. 6, til en test for å vurdere rettferdigheten av prosessen. Det må vurderes om det foreligger en god grunn til å lese opp politiforklaringen, og om domstolen i lys av sakens omstendigheter har gjort rimelige tiltak for å sørge for vitnets oppmøte, som fører til en skjerpet aktivitetsplikt for statene. Videre må forklaringens bevisverdi vurderes. I den grad det foreligger øvrige selvstendige bevis, som eksisterer uavhengig av vitnets forklaring og peker i samme retning, vil det tale for at forklaringen ikke er avgjørende.

Jo viktigere politiforklaringen er, desto mer nødvendig er det med tiltak som sikrer en rettferdig vurdering av forklaringens troverdighet. Om nødvendig må det kreves flere tiltak i kombinasjon, særlig tilrettelegging for krysseksaminasjon under etterforskningen og å vurdere politiforklaringen mot øvrige vitnebevis. Manglende tiltak kan føre til at forklaringen ikke blir vurdert på en rettferdig måte, som kan hindre at retten kommer til et materielt riktig resultat når de vurderer skyldspørsmålet.

---

<sup>193</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 161 og Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 158 og 165

<sup>194</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 162-165



## 5 Opplesningsadgangen der vitnet møter, men nekter å forklare seg

### 5.1 Tilstrekkelig at det ble gitt adgang til å stille spørsmål til vitnet

I Rt. 1988 s. 1182 vurderte Høyesterett opplesningsadgangen etter strpl. § 296 annet ledd, i lys av EMK art. 6. Den fornærmede erklærte at hun ikke husket hendelsen når hun ble avhørt under hovedforhandlingen, som medførte at politiforklaringen ble lest opp. Høyesterett uttalte at «[d]et avgjørende må være at vitnet er til stede i retten, og at det blir gitt adgang til å stille spørsmål».<sup>195</sup>

I Rt. 2003 s. 1808 forklarte vitnet seg under hovedforhandlingen, men nektet å forklare seg under ankeforhandlingen, som ledet til at den tiltalte ble mildere dømt enn i tingretten.<sup>196</sup> Høyesterett uttalte at en avgjørende forklaring kan leses opp dersom forsvaret «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».<sup>197</sup> Den tiltalte ble gitt fem anledninger til å stille spørsmål til vitnet, som ble ansett tilstrekkelig.<sup>198</sup> Dersom vitnet påberopte «en gyldig grunn for å nekte å forklare seg», kunne forklaringen leses opp, så fremt det var lagt til rette for krysseksaminasjon.<sup>199</sup> Forutsetningen var at vitnet ble gjort kjent med sin rett til å nekte å avgi forklaring, men forklarte seg likevel.<sup>200</sup> Lagmannsrettens avskjæring av vitnes forklaring var derfor en saksbehandlingsfeil. Avgjørelsen indikerer at utsikten til svar fra vitnet, tidligere var uten betydning for opplesningsadgangen.<sup>201</sup>

---

<sup>195</sup> Rt. 1998 s. 1182 på s. 1187-1188, vises til Rt. 1992 s. 1500 og strpl. § 123 første ledd.

<sup>196</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 1, 10 og 16

<sup>197</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17 med videre henvisninger til EMD. I Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 12 og Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 22, var domfellelsene ikke i avgjørende grad basert på politiforklaringene, som medførte at det ikke var saksbehandlingsfeil å lese dem opp, til tross for at det ikke ble gitt adgang til krysseksaminasjon.

<sup>198</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 18 med videre henvisninger til EMD.

<sup>199</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 18 og 19, vist til Peltonen v. Finland, Judgment 11 May 1999 (Application no. 30409/96) hvor vitnet nektet å forklare seg under henvisning til vernet mot selvinkriminering, og til Lucà v. Italy avsnitt 43 og Craxi v. Italy avsnitt 88, «neither the applicant nor his lawyer was given an opportunity at any stage of the proceedings to question him».

<sup>200</sup> Rt. 1988 s. 1182 (s. 1187), Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 25-28 og Rt. 2008 s. 657 avsnitt 38-39. Se i tillegg LB-2023-11344 hvor tingrettens dom ble opphevet pga. saksbehandlingsfeil.

<sup>201</sup> Fulgt opp i Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 13-14, 20 og 22-23

I Rt. 2004 s. 97 ble en avgjørende politiforklaring lest opp under ankeforhandlingen, uten at de tiltalte fikk mulighet til å stille spørsmål til vitnet, som var medtiltalt og ikke ønsket å bidra til egen domfellelse.<sup>202</sup> Det var ifølge Høyesterett en «reell mulighet» for at vitnets forklaring hadde hatt «utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse».<sup>203</sup> Opplesning ble tillatt fordi det var mulig å stille spørsmål til vitnet, selv om han nektet å svare.<sup>204</sup> Prosessøkonomi og hensynet til de tiltalte talte for at det ikke var hensiktsmessig å utsette høringen til den medtiltalte ble dømt, slik at han ville hatt forklaringsplikt.<sup>205</sup> Høyesterett konkluderte derfor med at opplesningen ikke medførte brudd på EMK art. 6, og saken ble deretter klaget inn for EMD.<sup>206</sup>

## **5.2 Adgangen til å stille spørsmål til vitnet måtte være reell og adekvat**

EMD erklærte at det må være en «proper and adequate opportunity» til å stille spørsmål til vitnet.<sup>207</sup> Lagmannsretten hadde ifølge EMD oppført seg som et «intermediary filter» mellom forsvaret og vitnet. Vitnet påberopte sin rett til å forholde seg taus da han ble spurt om han ønsket å avgi forklaring. Forsvaret ble deretter nektet å stille spørsmål til vitnet.<sup>208</sup> EMD proklamerte at det ikke er tilstrekkelig å spørre vitnet om det vil avgi forklaring. Den tiltalte var i lys av dette ikke gitt tilstrekkelig og adekvat mulighet til å krysseksaminere vitnet, og det ble derfor konstatert brudd på EMK art. 6.<sup>209</sup> Uavhengig av hvordan vitnet har stilt seg til krysseksaminasjon tidligere, bør forsvaret gis adgang til å stille spørsmål, slik at vitnet på det tidspunktet kan bestemme om det skal forholde seg taus eller svare på enkelte spørsmål.<sup>210</sup> På den måten vil ikke domstolene være et «intermediary filter» som hindrer krysseksaminasjon. De spørsmålene som ikke besvares vil ifølge Aall «kunne være påfallende og kaste bedre lys

---

<sup>202</sup> Rt. 2004 s. 97 avsnitt 1

<sup>203</sup> Rt. 2004 s. 97 avsnitt 24

<sup>204</sup> Rt. 2004 s. 97 avsnitt 26-28, med henvisning til Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 18 og Peltonen v. Finland, Lucà v. Italy og Craxi v. Italy.

<sup>205</sup> Rt. 2004 s. 97 avsnitt 29-33

<sup>206</sup> Rt. 2004 s. 97 avsnitt 9 og 34, Kaste and Mathisen v. Norway, Judgment 9 November 2006 (Application nos. 18885/04 and 21166/04)

<sup>207</sup> Kaste and Mathisen v. Norway avsnitt 47

<sup>208</sup> Kaste and Mathisen v. Norway avsnitt 50-52 og 55

<sup>209</sup> Kaste and Mathisen v. Norway avsnitt 56

<sup>210</sup> Øyen (2022) s. 392-393, Aall (2007) s. 57

over saken, enn om adgangen til å spørre helt avskjæres». <sup>211</sup> Vitnet bør derfor innta vitneboksen selv om det ikke har plikt til å forklare seg, slik at spørsmålene stilles direkte til vitnet. <sup>212</sup> Avgjørelsen taler for at forsvaret må gis en reell og adekvat mulighet til å stille spørsmål til vitnet, selv om det har erklært at det ikke ønsker å svare. <sup>213</sup> EMD skjerpet derfor statenes plikt til å sikre krysseksaminasjon, da det faktisk må være mulig å stille spørsmål.

### **5.3 Anvendelse av Al-Khawaja-testen der vitnet møter, men nekter å forklare seg**

EMD forsøkte å anvende Al-Khawaja-testen i Vidgen mot Nederland og Sievert mot Tyskland, hvor vitnene møtte, men nektet å forklare seg, men avgjørelsene fikk ingen oppmerksomhet i norsk rettspraksis. <sup>214</sup> I begge sakene ble vernet mot selvinkriminering ansett å være en god grunn til å nekte å forklare seg. <sup>215</sup>

I Cabral mot Nederland ble klageren dømt for fire ran. Tre ran ble begått med en medtiltalt, mens det fjerde ranet ifølge den medtiltalte kun ble utført av klageren. For tingretten endret han sin forklaring til at klageren ikke hadde utført det fjerde ranet, og ble tiltalt for å ha begått mened. <sup>216</sup> Under ankeforhandlingen nektet den medtiltalte å forklare seg, fordi han ikke ønsket å bidra til egen domfellelse. Politiforklaringen hans ble lest opp, uten at klageren fikk krysseksaminere vitnet. <sup>217</sup> Klagesaken for EMD gjaldt det fjerde ranet, hvor vitnets politiforklaring var det eneste beviset mot Cabral. <sup>218</sup> EMD proklamerte at Al-Khawaja-testen skal anvendes analogisk i «cases of this nature», <sup>219</sup> og erklærte at en lovfestet rett til å forholde seg taus under henvisning til vernet mot selvinkriminering, var en god grunn til å

---

<sup>211</sup> Aall (2007) s. 57

<sup>212</sup> Øyen (2022) s. 392 og Aall (2007) s. 57 viser til Kaste and Mathisen v. Norway og at det må gis adgang til å stille konkrete spørsmål.

<sup>213</sup> Øyen (2022) s. 392-393, basert på EMDs dom i Kaste and Mathisen v. Norway

<sup>214</sup> Vidgen v. The Netherlands, Judgment 10 July 2012 (Application no. 29353/06) og Sievert v. Germany, Judgment 19 July 2012 (Application no. 29881/07)

<sup>215</sup> Vidgen v. The Netherlands avsnitt 16, 42 og 47 og Sievert v. Germany avsnitt 61

<sup>216</sup> Cabral v. The Netherlands, Judgment 28 August 2018 (Application no. 37617/10) avsnitt 6-10

<sup>217</sup> Cabral v. The Netherlands avsnitt 16-18

<sup>218</sup> Cabral v. The Netherlands avsnitt 23 og 36

<sup>219</sup> Cabral v. The Netherlands avsnitt 31

nekte å forklare seg.<sup>220</sup> Rui mener at «det er vanskelig å se at det forhold at et vitne har en annen lovbestemt grunn til å nekte å forklare seg, skal stå i en annen stilling enn når vitnet kan nekte å forklare seg på grunn av retten til å forholde seg taus».<sup>221</sup> Al-Khawaja-testen bør derfor kunne anvendes analogisk hvor vitnet nekter å forklare seg under henvisning til en lovbestemt vitnefritaksregel.<sup>222</sup> Der det ikke foreligger en lovbestemt rett til å nekte å forklare seg, vil vitnet derfor ikke ha en god grunn til å nekte å forklare seg.<sup>223</sup>

Siden vitnets politiforklaring var det eneste beviset mot Cabral, vurderte EMD om det forelå tilstrekkelige kompenserende faktorer, som kunne rettferdiggjøre at det eneste beviset mot den tiltalte ble lest opp uten forutgående krysseksaminasjon.<sup>224</sup> Forsvaret ble gitt adgang til å stille spørsmål til vitnet, som nektet å svare. I lys av at det ikke fantes andre bevis, var det umulig å vurdere forklaringens troverdighet, som ledet til brudd på EMK art. 6.<sup>225</sup>

## 5.4 Oppsummering

EMD har fastslått at Al-Khawaja-testen skal anvendes der hvor vitnet møter, men nekter å forklare seg med hjemmel i et lovbestemt vitnefritak. Det skal vurderes om det er en god grunn til at vitnet ikke ønsker å forklare seg, hvilken bevisverdi forklaringen har, og hvilke tiltak som har blitt satt i verk for å kompensere for at forklaringen ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon. Cabral mot Nederland viser at rettstilstanden har utviklet seg. Det er ikke lenger nok at det gis en reell og adekvat mulighet til å stille spørsmål dersom vitnet ikke svarer, når forklaringen har avgjørende betydning. Rui mener derfor at «[d]ersom beviset er det eneste eller avgjørende, er det nærliggende at det må legges ned påstand om frifinnelse» når vitnet påberoper «seg sin lovbestemte rett til ikke å avgi forklaring».<sup>226</sup>

---

<sup>220</sup> Cabral v. The Netherlands avsnitt 34, “invoking his privilege against self-incrimination ... [myndighetene] cannot be criticized for allowing [vitnet] to make use of rights which, as a criminal suspect, he enjoyed under Article 6”.

<sup>221</sup> Rui (2020) s. 96

<sup>222</sup> Rui (2020) s. 96, f. eks strpl. § 122 der vitnet er den tiltaltes nærstående.

<sup>223</sup> Strpl. § 108 og Øyen (2022) s. 391 uttaler at «[d]et hender også at et vitne urettmessig nekter å forklare seg», og viser til at de som kan vise til et lovbestemt vitnefritak, ikke vil ha forklaringsplikt.

<sup>224</sup> Cabral v. The Netherlands avsnitt 37

<sup>225</sup> Cabral v. The Netherlands avsnitt 37 og 38

<sup>226</sup> Rui (2020) s. 96

## **6 Analyse av nasjonal rettspraksis: Hvordan har norske domstoler anvendt Al-Khawaja-testen?**

Den videre fremstillingen er en analyse av hvorvidt og i hvilken grad EMDs doktrine er fulgt opp i norsk rettspraksis, med den hensikt å klarlegge eventuelle avvik. Det er begrenset med tilgjengelige avgjørelser hvor opplesningsadgangen vurderes særskilt, som indikerer at partene som regel oppnår enighet uten rettens involvering.

### **6.1 Anvendelsen der vitnet ikke møter**

#### **6.1.1 Har Høyesterett fulgt utviklingen i EMD?**

##### **6.1.1.1 Rt. 2012 s. 1171**

Fire vitner ble ført ved bevisopptak under ankeforhandlingen, hvor forsvareren fikk adgang til å stille spørsmål til vitnene under avhøret.<sup>227</sup> Ankeutvalget viste til at det er tilstrekkelig at den tiltalte gis anledning til å stille spørsmål til vitnet, enten da forklaringen ble avgitt eller på et senere stadium av saken, og viste til hovedbevislæren.<sup>228</sup> Forklaringene var ikke hovedsakelige bevis i saken. Avspillingen av bevisopptakene var derfor ikke i strid med strpl. § 297 eller EMK art. 6.<sup>229</sup> Al-Khawaja-testen ble proklamert av EMD den 15. desember 2011, mens ankeutvalgets avgjørelse ble avsagt den 12. juli 2012. Avgjørelsen tok imidlertid utgangspunkt i hovedbevislæren, og vurderte derfor ikke hvorvidt det var en god grunn til at vitnene ikke møtte til høringen.<sup>230</sup> Høyesterett la betydelig vekt på at forsvaret fikk adgang til å stille spørsmål til vitnene på etterforskningsstadiet, som var avgjørende etter hovedbevislæren, men også fremhevet som et viktig kompenserende tiltak etter Al-Khawaja-testen. Avspilling ville derfor ikke usannsynlig blitt tillatt også etter Al-Khawaja-testen.

##### **6.1.1.2 Rt. 2013 s. 1060**

Et av vitnene som forklarte seg for tingretten, døde i forkant av ankeforhandlingen, og politiforklaringen ble derfor lest opp. Ankeutvalget tok utgangspunkt i strpl. § 297, «i lys av EMK artikkel 6», og uttalte at en politiforklaring som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon, kun kan leses opp dersom domfellelsen ikke bare eller i avgjørende grad

---

<sup>227</sup> Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 20

<sup>228</sup> Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 18 og 19 med videre henvisninger.

<sup>229</sup> Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 20 og 21

<sup>230</sup> Se kapittel 4.1.1 og 4.1.2 om hovedbevislæren

vil bygge på forklaringen.<sup>231</sup> Opplesningen ble ikke ansett å være i strid med strpl. § 297 eller EMK art. 6, idet vitnets politiforklaring ikke var det eneste beviset i saken.<sup>232</sup> Heller ikke her ble det tatt utgangspunkt i Al-Khawaja-testen. Ankeutvalget la avgjørende vekt på vitnets død og at forklaringen ikke var det eneste beviset i saken. Sett i sammenheng med Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, var det riktig ikke å vurdere om det forelå tilstrekkelige kompensereende tiltak som kunne veie opp for manglende krysseksaminasjon.

### **6.1.1.3 Rt. 2013 s. 1412**

Den fornærmedes politiforklaring ble nektet lest opp under ankeforhandlingen, etter den hadde bidratt til domfellelse i tingretten.<sup>233</sup> Høyesterett tok utgangspunkt i Al-Khawaja-testen, og uttalte at lagmannsretten hadde lagt feil vurderingstema til grunn.<sup>234</sup> De sakkyndige mente at den fornærmede ikke var i stand til å vitne under henvisning til alvorlige psykiske problemer, og det ble ikke ansett hensiktsmessig å forsøke å få vitnet til å møte. Det forelå derfor en god grunn til å lese opp forklaringen, som er i tråd med EMDs føringer om ikke å være i stand til å forklare seg.<sup>235</sup> De øvrige vitneforklaringene var knyttet til den fornærmedes forklaring, og dermed ikke selvstendige bidrag til bevisbildet, som medførte at domfellelsen «i avgjørende grad» baserte seg på politiforklaringen.<sup>236</sup> Av samme årsak, var det ikke mulig å vurdere forklaringens troverdighet, og det var derfor heller ikke tilstrekkelig å veilede juryen til å legge mindre vekt på forklaringen.<sup>237</sup> Lagmannsrettens frifinnelse ble derfor opprettholdt.<sup>238</sup> Høyesterett anvendte Al-Khawaja-testen riktig, idet beviset var avgjørende for domfellelsen og det ikke forelå kompensereende tiltak. I lys av at opplesningen for tingretten ledet til domfellelse, var det rettferdig å nekte opplesning når forklaringen ikke

---

<sup>231</sup> Rt. 2013 s. 1060 avsnitt 12 og 13

<sup>232</sup> Rt. 2013 s. 1060 avsnitt 15

<sup>233</sup> Se underinstansenes avgjørelser i BERG-2012-3808 og LG-2012-188340

<sup>234</sup> Høyesterett viste til at strpl. § 297 måtte anvendes med begrensningene som følger av EMK art. 6, og viste til Štefančič v. Slovenia som oppsummerer Al-Khawaja-testen, se Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 14, 15 og 17 med videre henvisninger.

<sup>235</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 18-20, se kapittel 4.2.1.1.

<sup>236</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 21-23

<sup>237</sup> Slik som i Taherys sak, motsetningsvis var det tilstrekkelig i Al-Khawajas sak, se kapittel 4.2.3.1

<sup>238</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 24-25

kunne undergis kryssseksaminasjon eller en grundig vurdering av troverdigheten, for å hindre et uriktig materielt resultat.<sup>239</sup>

#### **6.1.1.4 HR-2018-694-U**

Vitnets politiforklaring ble nektet lest opp under hovedforhandlingen, som førte til frifinnelse. For lagmannsretten ble politiforklaringen imidlertid lest opp, som ledet til domfellelse. Høyesterett viste til Rt. 2013 s. 1412 og Al-Khawaja-testen, men uttalte videre at opplesning måtte nektes dersom domfellelsen «bare eller i avgjørende grad» ville være basert på politiforklaringen.<sup>240</sup> Etter Schatschaschwili ble det klart at alle tre momentene i Al-Khawaja-testen skal vurderes uavhengig av forklaringens bevisverdi. Det medfører at det ikke vil være et automatisk brudd på EMK art. 6 å lese opp en avgjørende politiforklaring, slik Høyesterett ga uttrykk for her.<sup>241</sup> Vitnet ble stevnet og aktor forsikret vitnet om at han hadde møteplikt, «all reasonable efforts» ble derfor ansett å være innfridd.<sup>242</sup> Det forelå andre selvstendige bevis i saken, herunder forklaringer fra vitner som faktisk var til stede under hendelsen, idet vitnet ikke var et øyevitne. Lagmannsretten hadde ikke lagt vekt på vitnets politiforklaring, og det var derfor «klart» at domfellelsen ikke «i avgjørende grad» var basert på forklaringen, som ledet til at det var adgang til å lese den opp.<sup>243</sup>

Høyesterett vurderte ikke kompenserende faktorer, selv om det skal vurderes uavhengig av forklaringens betydning.<sup>244</sup> Al-Khawaja-testen ble anvendt slik Høyesterett gjorde i Rt. 2013 s. 1412, men EMDs presiseringer i Schatschaschwili mot Tyskland ble oversett. Det skyldes sannsynligvis at det var en god grunn til å lese opp forklaringen, og at det ikke ble lagt vekt på vitnets politiforklaring i lagmannsrettens bevisbedømmelse.

---

<sup>239</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 147-148, se kapittel 3.1, bedre å frifinne den skyldige, enn å domfelle den uskyldige.

<sup>240</sup> HR-2018-694-U avsnitt 22-26

<sup>241</sup> Se kapittel 4.1.3

<sup>242</sup> HR-2018-694-U avsnitt 27-29

<sup>243</sup> HR-2018-694-U avsnitt 30-33

<sup>244</sup> Se kapittel 4.1.3

#### **6.1.1.5 HR-2020-2137-A**

Bevismaterialet i saken besto av chatlogger mellom den tiltalte og hans utenlandske kontakter, og mellom politiet og kontaktene som stammet fra lovlig bevisprovokasjon. Høyesterett vurderte om de fremprovoserte loggene kunne føres i tråd med EMK art. 6, og viste til Al-Khawaja-testen.<sup>245</sup> Vitnene hadde delvis ukjent identitet og oppholdssted, som ville være ressurskrevende å bringe på det rene, og derfor ble ansett å være en god grunn til å lese opp chatloggene. Loggene var «av langt mindre betydning i det samlede bevisbildet», og derfor ikke de eneste eller avgjørende bevis.<sup>246</sup> Det var ikke tvil om loggenes legitimitet og pålitelighet, og innholdet ble ikke bestridt av den tiltalte.<sup>247</sup> Høyesterett kom derfor til at chatloggene mellom politiet og kontaktene kunne føres.<sup>248</sup> Idet loggenes innhold var ansett å være tilstrekkelig troverdig og den tiltalte ikke hadde innsigelser, var det et mindre behov for å imøtegå beviset, og det måtte derfor være en lavere terskel for opplesning. Høyesterett vurderte om det forelå tilstrekkelige kompenserende faktorer, selv om loggene ikke var avgjørende for domfellelsen, i tråd med EMDs modifikasjon i Schatschaschwili.

#### **6.1.1.6 HR-2022-976-U**

Under etterforskingen ble vitneavhør på Filipinene sikret ved bevisopptak og spilt av for tingretten, som ledet til domfellelse.<sup>249</sup> Lagmannsretten besluttet at det på tidspunktet for kjennelsen ikke var grunnlag for å avskjære bevisopptakene, og at det først under ankeforhandlingen ville være mulig å ta stilling til opplesningsspørsmålet. Ankeutvalget uttalte at kravene i strpl. § 297 og EMK art. 6 måtte være oppfylt for å tillate avspilling.<sup>250</sup> Avspilling forutsatte at det ble gitt anledning til å stille vitnene tilleggsspørsmål over videolink, og Høyesterett uttrykte derfor at det var viktig at forsvaret faktisk ble gitt muligheten.<sup>251</sup> Lagmannsretten hadde gått riktig frem når den ikke nektet bevisopptakene avspilt «under enhver omstendighet», og at retten ville ha «tilstrekkelig grunnlag for å ta endelig standpunkt til spørsmålet om avskjæring» under ankeforhandlingen.<sup>252</sup> Avgjørelsen

---

<sup>245</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 3, 25-46, 53 og 56-57

<sup>246</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 60

<sup>247</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 59 og 61

<sup>248</sup> HR-2020-2137-A avsnitt 62

<sup>249</sup> HR-2022-976-U avsnitt 2

<sup>250</sup> HR-2018-976-U avsnitt 15

<sup>251</sup> HR-2022-976-U avsnitt 12, 16 og 18

<sup>252</sup> HR-2022-976-U avsnitt 18



taler for at en politiforklaring ikke kan avskjæres før retten har tatt stilling til Al-Khawaja-testen. Retten må ha et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere forklaringens bevisverdi i lys av kompenserende tiltak, for å sikre et materielt riktig resultat.

#### **6.1.1.7 HR-2022-955-A**

Under etterforskingen ble det gjennomført et tilrettelagt avhør med bevisopptak og et supplerende avhør av et lite barn, uten at den tiltalte ble gitt informasjon eller fikk se bevisopptaket.<sup>253</sup> Forsvareren var til stede under avhøret, men ble underlagt taushetsplikt overfor sin klient. Den tiltalte fikk dermed ikke en reell mulighet til å stille spørsmål til den fornærmede på etterforskningsstadiet.<sup>254</sup> Bevisopptaket ble spilt av for tingretten, og var avgjørende for domfellelsen.<sup>255</sup> Saken gjaldt seksuelle overgrep, hvor den fornærmede måtte skånes.<sup>256</sup> Det var derfor en god grunn til å spille av bevisopptaket. Idet den tiltalte ikke fikk adgang til å stille spørsmål til den fornærmede under det supplerende avhøret, forelå det ingen kompenserende tiltak, som medførte brudd på EMK art. 6.<sup>257</sup> Siden avspilling trer i stedet for personlig forklaring, var det sannsynlig at barnet ikke ville møte, og det burde vært tilrettelagt for krysseksaminasjon under avhøret.<sup>258</sup> Forklaringens betydning for utfallet av saken ble vurdert før det ble tatt stilling til hvorvidt det var en god grunn til å spille av forklaringen. Det utslagsgivende var at forklaringen var et avgjørende bevis, og at det ikke forelå tilstrekkelige kompenserende tiltak. Slik sett er det rimelig at momentet om bevisets betydning ble behandlet først.<sup>259</sup>

#### **6.1.1.8 Oppsummering**

Avgjørelsene viser at Høyesterett ikke anvendte Al-Khawaja-testen i deres to første avgjørelser etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia. Etter 2013 har Høyesterett imidlertid gått over til en helhetsvurdering av Al-Khawaja-testen. Modifikasjonene fra Schatschaschwili i 2015 om at momentene ikke er kumulative, og at kompenserende faktorer må vurderes uavhengig av forklaringens bevisverdi, ble ikke nevnt i Høyesteretts

---

<sup>253</sup> HR-2022-955-A avsnitt 24 og 27

<sup>254</sup> HR-2022-955-A avsnitt 10, 11, 22 og 55, samt 37, 48, 49, 50 og 56

<sup>255</sup> I tråd med strpl. § 239 b fjerde ledd, HR-2022-955-A avsnitt 51-52

<sup>256</sup> HR-2022-955-A avsnitt 53, jf. strpl. § 298 første ledd, og avsnitt 54, jf. Rosin v. Estonia avsnitt 53

<sup>257</sup> HR-2022-955-A avsnitt 57 og Schatschaschwili v. Tyskland avsnitt 162

<sup>258</sup> HR-2022-955-A avsnitt 56, se strpl. § 298 første ledd

<sup>259</sup> Se kapittel 4.1.3 om presiseringene i Schatschaschwili mot Tyskland om momentenes rekkefølge.

etterfølgende avgjørelse i HR-2018-694-U. Avgjørelsene fra 2020 til 2022 tar imidlertid utgangspunkt i modifikasjonene.

Høyesterett har fastslått krenkelse av EMK art. 6 i saker hvor det ikke har foreligget kompensere tiltak i det hele tatt, spesielt der den tiltalte burde fått mulighet til å stille spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet. Videre har det blitt lagt stor vekt på tilgjengeligheten av øvrige selvstendige bevis i vurderingen av forklaringens troverdighet, og for hvorvidt forklaringen var det eneste eller avgjørende bevis. I saker hvor det ble ansett å foreligge tilstrekkelige kompensere tiltak, ble det lagt vekt på at forklaringen i lys av øvrige bevis var tilstrekkelig troverdig. Høyesterett har derfor innrettet seg etter EMDs utvikling av Al-Khawaja-testen, og forlatt en absolutt anvendelse av hovedbevislæren. På denne bakgrunn er det gjeldende rett i Høyesterett at opplesningsadgangen, når et vitne ikke møter til hovedforhandlingen, skal vurderes etter Al-Khawaja-testen.

## **6.1.2 Har underrettene fulgt utviklingen i EMD?**

### **6.1.2.1 TSOST-2014-135185-1**

I forkant av hovedforhandlingen tok en av de fornærmede sitt eget liv, som aktualiserte et spørsmål om det var adgang til å lese opp politiforklaringen.<sup>260</sup> Tingretten viste til Al-Khawaja-testen og Rt. 2013 s. 1412 hvor testen først ble anvendt.<sup>261</sup> Det var en god grunn til å lese opp forklaringen, fordi vitnet var dødt, slik som i Al-Khawaja. Det forelå flere vitneforklaringer og dokumentbevis, hvor vitnene møtte for retten og ble krysseksaminert av forsvaret. To vitner forklarte seg om det den avdøde hadde fortalt dem, mens de øvrige forklaringene var egnet til å belyse den fornærmedes opplevelser fra andre sider, herunder barnevern og skole. Ingen av forklaringene ga selvstendige bidrag til bevisbildet, som medførte at retten under tvil mente forklaringen var «egnet til å være avgjørende ved en eventuell domfellelse», og det ble derfor vurdert om det forelå kompensere faktorer.<sup>262</sup>

Den avdøde hadde avgitt to politiforklaringer, hvor den ene ble avgitt i forbindelse med en annen straffesak, hvor forsvaret fikk mulighet til å stille spørsmål til vitnet om de samme faktiske forhold, men unnlot å gjøre det. Vitneforklaringene fra personer som kjente den

---

<sup>260</sup> TSOST-2014-135185-1. Dom i TSOST-135185-2

<sup>261</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 22-23, jf. Štefančič v. Slovenia avsnitt 37 som gjengir EMD-premissene

<sup>262</sup> Vist til Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 23

avdøde godt, gjorde retten i stand til å vurdere forklaringenes troverdighet.<sup>263</sup> I tillegg var det sterkt samsvar mellom vitneforklaringene og den avdødes politiforklaring, slik som i Al-Khawaja og Schatschaschwili, som ledet til at politiforklaringene kunne leses opp.<sup>264</sup> I lys av at de øvrige vitnene møtte for retten og ble krysseksaminert, samt at forsvaret fikk mulighet til å imøtegå forklaringene på et tidligere tidspunkt, synes opplesningen å ha vært rettfærdig. Idet de øvrige bevis bidro til å styrke politiforklaringenes troverdighet, måtte det være en lavere terskel for opplesning. Tingretten henviste i stor grad til Høyesteretts forståelse av EMDs praksis, som er i tråd med alminnelig juridisk metode.<sup>265</sup>

### 6.1.2.2 LB-2017-16453-1

Den fornærmede møtte ikke til ankeforhandlingen, som aktualiserte opplesningsspørsmålet.<sup>266</sup> Lagmannsretten tok utgangspunkt i strpl. § 297, som måtte anvendes med de begrensninger som følger av EMK art. 6, og viste til høyesterettspraksis. Videre uttalte retten at det var en utvidet adgang til å lese opp forklaringen til et avdødt vitne, men det forutsatte at forklaringen ikke var det eneste beviset i saken.<sup>267</sup> Retten kunne ikke se bort fra at politiforklaringen potensielt kunne være avgjørende for domfellelse, men den utgjorde ikke det eneste beviset i saken.<sup>268</sup> Det ble ikke gjort lydopptak eller nedtegning av vitnets forklaring for tingretten, og det forelå ingen øvrige kompenserende tiltak for at krysseksaminasjon utgikk under ankeforhandlingen, som ledet til at politiforklaringen ble nektet lest opp.

Det er grunn til å rette kritikk mot lagmannsrettens bruk av metode i avgjørelsen. Al-Khawaja-testen ville være det naturlige utgangspunkt, tatt i betraktning at retten i stor grad henviste til Rt. 2013 s. 1412, hvor Høyesterett anvendte testen. Det ble vist til Høyesteretts forståelse av bevisverdi og kompenserende tiltak. Hvorvidt det var en god grunn til

---

<sup>263</sup> I Gani v. Spain avsnitt 48 vurderte retten forklaringene opp mot hverandre og så de i sammenheng med øvrige bevis i saken.

<sup>264</sup> Vist til Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 24

<sup>265</sup> Grunnloven § 88 som fastslår at Høyesterett dømmer i siste instans og er prejudikatsdomstol. Vist til Rt. 2013 s. 1412, hvor Høyesterett første gang tok i bruk testen.

<sup>266</sup> Den tiltalte ble dømt i tingretten for forsøk på seksuell omgang ved vold mot en 17 år gammel jente, se TSARP-2008-107274

<sup>267</sup> Rt. 2013 s. 1060 avsnitt 14 og 15 og Rt. 2009 s. 567 avsnitt 24

<sup>268</sup> Lagmannsretten viste til Rt. 2013 s. 1412 og Štefančič v. Slovenia og Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom

opplesning ble ikke oppstilt uttrykkelig, som sannsynligvis skyldes at ordlyden i strpl. § 297 langt på vei faller sammen med EMDs praksis om hva som kvalifiserer til å være en god grunn, samt at et vitnes død utvilsomt kvalifiserer til dette. Det ser ut til at lagmannsretten foretok en rettferdig vurdering selv om testen ikke ble anvendt direkte, idet opplesning ble nektet når det ikke forelå tilstrekkelige kompenserende tiltak.

### **6.1.2.3 HR-2017-1070-U basert på LA-2016-164678**

Politiforklaringene til to vitner som ikke møtte til ankeforhandlingen ble lest opp. Det ene vitnet hadde ikke latt seg oppspore av politiet, mens det andre oppholdt seg i Tyskland, uten at hans advokat eller ambassaden klarte å få kontakt med ham.<sup>269</sup> Utvalget mente politiet hadde gjort de anstrengelser som kreves for å få et vitne til å møte, og kom til at det ikke var noe å utsette på lagmannsrettens saksbehandling.<sup>270</sup> Politiforklaringene var ikke de eneste bevis, og politiforklaringen til det ene vitnet var kjent gjennom øvrige bevis i saken. Forklaringene kunne derfor leses opp, og lagmannsrettens dom ble stående.<sup>271</sup>

Al-Khawaja-testen ble ikke anvendt som utgangspunkt for vurderingen, men ankeutvalget vurderte indirekte om det var en god grunn til opplesning. Siden politiet hadde forsøkt å spore opp vitnene og kontaktet utenlandske myndigheter, taler det for at EMDs krav til positive skritt var innfridd.<sup>272</sup> Det ble ikke vurdert om forklaringene var avgjørende for domfellelsen, kun om de utgjorde de eneste bevisene. Ankeutvalget la vekt på at det ene vitnets forklaring var støttet av andre bevis og at vitnet ønsket å forklare seg over telefon, men vurderte ikke den andre forklaringen.<sup>273</sup> Holdt opp mot EMDs praksis var det rettferdig å lese opp den ene forklaringen fordi det forelå tilstrekkelige kompenserende faktorer, men opplesningen av den andre var sannsynligvis i strid med EMK art. 6. Dersom opplesning hadde blitt nektet, kunne det ført til frifinnelse, idet politiforklaringene knyttet seg til ulike tiltaleposter. Ankeutvalget vurderte derfor Al-Khawaja-testen indirekte for det ene vitnets politiforklaring.

---

<sup>269</sup> HR-2017-1070-U avsnitt 37, 38 og 41

<sup>270</sup> HR-2017-1070-U avsnitt 40

<sup>271</sup> HR-2017-1070-U avsnitt 40 og 41

<sup>272</sup> Se kapittel 4.2.1.2

<sup>273</sup> HR-2017-1070-U avsnitt 39

#### **6.1.2.4 LB-2018-74783-1**

Under ankeforhandlingen ønsket påtalemyndigheten å spille av bevisopptak av forklaringen til et vitne som var blitt utvist til Polen.<sup>274</sup> Den tiltalte fikk adgang til å krysseksaminere vitnet under hovedforhandlingen og i forbindelse med bevisopptaket. Lagmannsretten uttalte at en «sentral[t] eller utslagsgivende» politiforklaring, ikke kunne tillates lest opp med mindre det forelå rettssikkerhetsgarantier som kunne veie opp for at krysseksaminasjon hadde utgått. Al-Khawaja-testen ble imidlertid ikke uttrykkelig oppstilt. Vitnet hadde ikke møteplikt, og det var ikke mulig å få ham til å møte frivillig.<sup>275</sup> Forklaringen var sentral, men ikke det eneste beviset i saken.

Selv om Al-Khawaja-testen ikke ble oppstilt uttrykkelig som et overordnet vurderingstema, foretok retten likevel en indirekte vurdering av om det var en god grunn til å lese opp politiforklaringen. I tillegg ble det foretatt en vurdering av forklaringens betydning og hvorvidt det forelå tilstrekkelige kompensierende faktorer som kunne veie opp for at krysseksaminasjon under ankeforhandlingen utgikk. Det ble lagt avgjørende vekt på at den tiltalte fikk krysseksaminere vitnet på et tidligere stadium av saken, og at vitnet ikke kunne innhentes ved tvang, som er i tråd med føringene fra EMD.<sup>276</sup>

#### **6.1.2.5 LG-2019-134901-1<sup>277</sup>**

Påtalemyndigheten ønsket å lese opp chatlogger mellom politiet og den tiltaltes kontakter som stammet fra lovlig bevisprovokasjon. Lagmannsretten viste til hovedbevislæren, Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Rt. 2013 s. 1412, hvor Høyesterett nektet opplesning fordi de øvrige bevis ikke var «tungtveiende og selvstendige bevis». Chatloggene den tiltalte erkjente at han selv hadde skrevet, var selvstendige bevis, mens de fremprovoserte loggene var støttebevis, og ikke avgjørende for domfellelsen. Deretter ble det vurdert om politiet hadde gjort «tilstrekkelige anstrengelser for å føre vitnet» og uttalt at det måtte ses hen til «forholdsmessigheten av ulempene og utgiftene ved å bringe vitnet til retten», jf. strpl. § 297. Retten uttalte at vitnene kunne nekte å forklare seg under henvisning til strpl. § 123 og at det

---

<sup>274</sup> Lagmannsretten slo fast at adgangen til å føre bevisopptak omfattes av strpl. § 297 når et vitne ikke møter.

<sup>275</sup> Seton mot Storbritannia avsnitt 61 og 62

<sup>276</sup> Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 19 og Lucà v. Italy avsnitt 40, Schatschaschwili v. Germany avsnitt 134, 138 og 140, Gabrielyan v. Armenia avsnitt 81, se nærmere kapittel 4.2.1.2.

<sup>277</sup> Anket til Høyesterett, HR-2020-2137-A

var kostnads- og ressurskrevende å bringe vitnene fra utlandet. Retten la vekt på at sakstypen gjorde det nødvendig å legge frem elektronisk informasjon, da den tiltalte hadde instruert overgrep over internett, og mottatt videoer av overgrepene. Loggene ble derfor tillatt lest opp.

Det er betenkelig at lagmannsretten benyttet hovedbevislæren, og deretter vurderte forholdsmessigheten etter strpl. § 297, idet de også viste til Rt. 2013 s. 1412, hvor Høyesterett anvendte Al-Khawaja-testen. Det ble foretatt en indirekte vurdering av om det var god grunn til opplesning idet det ble vurdert hvorvidt det var forholdsmessig å hente vitnene etter strpl. § 297. Retten vurderte indirekte om det forelå kompenserende faktorer, fordi de viste til at innholdet i loggene var erkjent av den tiltalte og at hensynet til offentligheten og de fornærmede talte for at det kunne stilles mindre krav til krysseksaminasjon. I lys av EMDs praksis var det riktig å legge vekt på at det forelå andre selvstendige bevis i saken, og å vurdere kompenserende tiltak, selv om loggene ikke var avgjørende. Lagmannsretten synes derfor å ha foretatt en rettfærdig vurdering, selv om Al-Khawaja-testen ikke ble oppstilt.

#### **6.1.2.6 LB-2021-83719-3**

Påtalemyndigheten ønsket å spille av bevisopptak av tilrettelagte avhør fra Filipinene under ankeforhandlingen.<sup>278</sup> Lagmannsretten viste til Al-Khawaja-testen. Vitnene hadde ikke møteplikt og det ville være svært belastende for barna å forklare seg igjen, som måtte være en god grunn til å spille av forklaringene. Forklaringene var samlet sett egnet til å være avgjørende for domfellelse, og var viktige bevis isolert sett. Forsvareren fikk anledning til å stille spørsmål til vitnene under bevisopptaket, hvor han hadde kontakt med den tiltalte over telefon. Tre av fire vitner var villige til å forklare seg på nytt over videolenke. Avhørene kunne derfor spilles av med forbehold om at det kunne stilles tilleggsspørsmål. I lys av sakstypen måtte det tas hensyn til de fornærmede og vitnene, slik at avhørene først ble avspilt, og det deretter kunne stilles spørsmål gjennom videolenke.<sup>279</sup> Dersom det ikke ville bli gitt adgang til å stille spørsmål under ankeforhandlingen, tok retten forbehold om at opplesningsspørsmålet i så fall måtte vurderes på nytt.

---

<sup>278</sup> Den tiltalte ble dømt i tingretten for medvirkning til seksuelle overgrep streamet over internett, se TOSLO-2020-123945.

<sup>279</sup> Henvist til Rosin v. Estonia og Vronchenko v. Estonia som gjaldt seksuelle overgrep mot barn.

Siden det ble tilrettelagt for krysseksaminasjon på etterforskningsstadiet, og det skulle gis adgang til å stille tilleggsspørsmål, må retten til krysseksaminasjon anses å være ivaretatt.<sup>280</sup> Retten kunne vurdere vitnets opptreden da avhørene ble tatt opp på video, i tillegg til at det forelå vitneforklaringer og dokumentbevis som støttet forklaringene som var ønsket avspilt.<sup>281</sup> I et slikt tilfelle vil det være nok at enkelte vitner blir krysseksaminert.<sup>282</sup> Retten vektla dessuten hensynet til offentligheten, de fornærmede og vitnene, og balanserte de mot den tiltaltes rett til krysseksaminasjon. Vurderingen ser derfor ut til å ha ivaretatt alle partene i prosessen.

#### **6.1.2.7 LB-2023-16569**

Vitnet ble ikke innkalt til hovedforhandlingen, som ledet til at en politibetjent gjenga hennes politiforklaring, uten at den hadde vært gjenstand for krysseksaminasjon.<sup>283</sup> Lagmannsretten viste til strpl. § 297 og Al-Khawaja-testen, og opphevet tingrettens dom under henvisning til at det var en saksbehandlingsfeil ikke å vurdere testen, i tillegg til at vitnet ikke ble innkalt. Opphevelsen indikerer at lagmannsretten anerkjenner at Al-Khawaja-testen skal vurderes når det er tale om å lese opp politiforklaringen til et vitne som ikke møter.

#### **6.1.2.8 LE-2023-63192**

Påtalemyndigheten ønsket å føre en av de domfelte som vitne under ankeforhandlingen, men klarte ikke å stevne ham. De ønsket derfor å spille av vitnets forklaring fra tingretten. Lagmannsretten tok utgangspunkt i strpl. §§ 297 og 300 og LB-2021-83719-3, hvor Al-Khawaja-testen ble anvendt, i stedet for å vise til Høyesterett og EMD. Politiet oppsøkte vitnet flere ganger, og kontaktet familie og venner, men klarte ikke å spore ham opp. Det var ikke rimelig utsikt til at vitnet ville møte om høringen ble utsatt. Myndighetene må anses å ha gjort «all reasonable efforts», idet politiet søkte etter vitnet. Det var derfor en god grunn til å spille av forklaringen. Hadde det vært holdepunkter for at vitnet hadde reist ut av landet, ville

---

<sup>280</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17, Lucà v. Italy avsnitt 40 og Craxi v. Italy avsnitt 85 og 88

<sup>281</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 162, i Tahery var det kun en forklaring, som det ikke var mulig å vurdere troverdigheten til.

<sup>282</sup> Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 156 og 160 og Schatschaschwili v. Germany avsnitt 128, 130, 146-151 og 157-162

<sup>283</sup> Den tiltalte ble dømt for overtredelse av vtrl. og mistet retten til å føre motorvogn i seks måneder, se TRAB-2022-140961

det medført en strengere aktivitetsplikt.<sup>284</sup> Det forelå andre bevis, som medførte at forklaringen ikke var den «eneste eller avgjørende», og det kunne derfor stilles mindre krav til krysseksaminasjon.<sup>285</sup> Retten la vekt på at vitnet hadde forklart seg om de tiltaltes rolle for tingretten, og at det da ble gitt adgang til å stille spørsmål.<sup>286</sup> Videre ble det lagt vekt på at politiforklaringen og forklaringen for tingretten var tilnærmet like. Lagmannsretten tillot derfor avspilling.

Det kan rettes kritikk mot denne fremgangsmåten. Isolert sett er det tilstrekkelig at de tiltalte ble gitt adgang til krysseksaminasjon på et tidligere stadium av saken, men vitnet hadde ikke forklaringsplikt under hovedforhandlingen i rollen som tiltalt. Dersom vitnet hadde møtt til ankeforhandlingen, ville han hatt plikt til å forklare seg sannferdig.<sup>287</sup> Det kunne forandret forklaringen hans, og skapt et behov for å stille nye spørsmål. Hensynet til bevisumiddelbarhet taler derfor for at vitnet skulle avgitt ny personlig forklaring, fordi forklaringen kunne forandret seg fra den som ble spilt inn. På denne bakgrunn knyttes det tvil til hvorvidt det var rettferdig å tillate avspilling av forklaringen. Retten kunne likevel observere vitnets opptreden under krysseksaminasjonen for tingretten, og dermed vurdere troverdigheten av forklaringen han da avga.<sup>288</sup>

### **6.1.2.9 Oppsummering**

Lagmannsretten begynte ikke å anvende testen før i 2021, selv om Høyesterett anvendte den i 2013.<sup>289</sup> En tingrett anvendte testen allerede i 2014.<sup>290</sup> Flere avgjørelser fra lagmannsrettene før 2021 vurderte kun strpl. § 297 og hovedbevislæren, men momentene i testen ble indirekte vurdert i enkelte avgjørelser.<sup>291</sup> Vitnets død eller at det ikke var mulig å spore opp vitnet var

---

<sup>284</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 120 og 121 og Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 120, se kapittel 4.2.1.2.

<sup>285</sup> Se kapittel 4.2.3 siste to avsnitt

<sup>286</sup> Tidligere krysseksaminasjon må være dokumentert på en betryggende måte, helst ved lyd- og bildeopptak, se Øyen (2022) s. 396, Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 22 og Rt. 2004 s. 943 avsnitt 15, Rt. 2012 s. 1171.

<sup>287</sup> LE-2023-63192

<sup>288</sup> Schatschaschwili v. Germany avsnitt 127 og Rosin v. Estonia avsnitt 62 – sakene gjaldt videoopptak av forklaring under politiavhør, men samme resonnement må gjelde her.

<sup>289</sup> LB-2021-83719-3, LB-2023-16569 og LF-2023-63192

<sup>290</sup> TSOST-2014-135185-1

<sup>291</sup> LB-2017-16453-1, HR-2017-1070-U, jf. LA-2016-164678, LB-2018-74783-1, LG-2019-134901-1



en gjentakende årsak til at vitnet ikke møtte for retten, som er en god grunn til opplesning i henhold til EMDs føringer.<sup>292</sup> Kompenserende tiltak ble vurdert i lys av forklaringenes bevisverdi, og det ble særlig lagt vekt på at de tiltalte hadde fått mulighet til å stille spørsmål til vitnet på et tidligere stadium av saken, eller at forklaringens troverdighet kunne vurderes på en trygg måte ut fra øvrige bevis. I disse tilfellene ble det tillatt opplesning, som er i tråd med EMDs praksis.<sup>293</sup> Der forklaringens bevisverdi var uklar eller avgjørende, og det ikke forelå kompenserende tiltak, ble forklaringene nektet lest opp.<sup>294</sup> I en sak ble det ikke vurdert om det forelå kompenserende tiltak for opplesning av det ene vitnets forklaring, som ikke usannsynlig kan ha vært i strid med EMK art. 6.<sup>295</sup>

I avgjørelsene etter 2021 har det blitt tatt utgangspunkt i Al-Khawaja-testen, og anvendelsen har vært tilfredsstillende.<sup>296</sup> Avgjørelsene retter seg i stor grad etter Høyesterett. På lik linje som der testen ble indirekte vurdert, var det tale om døde vitner, eller vitner som ble forsøkt sporet opp, som kvalifiserer for en god grunn til opplesning. I alle tre avgjørelsene ble det lagt vekt på at forsvaret var gitt adgang til krysseksaminasjon på et tidligere stadium, at vitnets forklaringer hadde ligget fast, og at det var mulig å avhøre vitner som forklarte seg om det de ble fortalt. Vurderingene av om det forelå tilstrekkelige kompenserende faktorer var derfor rettferdige.<sup>297</sup> Etter 2021 har Al-Khawaja-testen vært gjeldende rett også hos lagmannsrettene, hvor lagmannsretten i LB-2023-16569 opphevet tingrettens dom fordi testen ikke ble anvendt.

## **6.2 Anvendelsen der vitnet møter, men nekter å forklare seg**

### **6.2.1 Har Høyesterett fulgt utviklingen i EMD?**

Høyesterett har kun avsagt to avgjørelser som gjelder opplesningsadgangen når et vitne møter, men nekter å forklare seg.

---

<sup>292</sup> Se kapittel 4.2.1.1

<sup>293</sup> LB-2018-74783-1

<sup>294</sup> LB-2017-16453-1 og LG-2019-134901-1

<sup>295</sup> HR-2017-1070-U, jf. LA-2016-164678

<sup>296</sup> LB-2021-83719-3, LB-2023-16569, LB-2023-63192 og TSOST-2014-135185-1

<sup>297</sup> Se kapittel 4.2.3

### **6.2.1.1 HR-2018-1948-U**

Den fornærmede nektet å forklare seg under ankeforhandlingen fordi det var belastende, og fordi hun opplevde ikke å bli trodd i tingretten.<sup>298</sup> Forklaringen ble lest opp for lagmannsretten, hvoretter den fornærmede bekreftet sine tidligere forklaringer og tingrettens gjengivelse.<sup>299</sup> Siden forsvaret fikk mulighet til å stille vitnet spørsmål, mente ankeutvalget at opplesningen ikke var i strid med EMK art. 6, selv om hun nektet å svare.<sup>300</sup> Ankeutvalget tok utgangspunkt i den tidligere rettstilstanden, hvor det var tilstrekkelig at forsvaret fikk mulighet til å stille spørsmål til vitnet, uten hensyn til utsikten for svar.<sup>301</sup> Cabral mot Nederland ble avsagt i august 2018, mens ankeutvalgets avgjørelse kom i oktober 2018, som vitner om at Høyesterett ikke hadde innrettet seg etter de nye føringene fra EMD. Dersom opplesningsadgangen hadde blitt vurdert etter Al-Khawaja-testen, ville sannsynligvis utfallet av bevisbedømmelsen blitt annerledes. Det ville være av stor betydning at forklaringen var avgjørende for domfellelsen, og at vitnet reserverte seg mot å svare på forsvarets spørsmål. I tillegg har det betydning at vitnets grunn til å forholde seg taus, ikke var under henvisning til en lovbestemt vitnefritaksregel, som medfører at det ikke var en god grunn til at vitnet nektet å forklare seg. Holdt opp mot EMDs praksis, er det risiko for at denne tilnærmingen ville medført krenkelse av EMK art. 6.

### **6.2.1.2 HR-2022-1703-A basert på LH-2021-135265**

De fornærmede forklarte seg til politiet, selv om de ikke hadde forklaringsplikt, men nektet senere å forklare seg under hovedforhandlingen.<sup>302</sup> Tingretten fritok vitnene fra møteplikten, og besluttet at deres politiforklaringer ikke skulle leses opp, som ledet til frifinnelse.<sup>303</sup> Lagmannsretten uttalte at vitner må møte når de blir stevnet, selv om de ikke har forklaringsplikt.<sup>304</sup> Det ble uttalt at Al-Khawaja-testen skal anvendes analogisk der vitnet møter, men nekter å forklare seg, men bemerket at Høyesterett ikke enda hadde fått anledning til å uttale seg om EMDs kursendring. Lagmannsretten mente tingrettens begrunnelse for å

---

<sup>298</sup> LB-2017-181403

<sup>299</sup> HR-2018-1948-U avsnitt 14

<sup>300</sup> HR-2018-1948-U avsnitt 15, vist til Rt. 2004 s. 1974 og Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 15

<sup>301</sup> Se kapittel 5.1 og 5.2

<sup>302</sup> HR-2022-1703-A avsnitt 37 og 38

<sup>303</sup> TNTS-2020-149950

<sup>304</sup> LH-2021-135265

frita vitnene for møteplikt var uholdbar, og at det var nærliggende at feilen hadde virket inn på tingrettens dom, som ledet til at dommen ble opphevet. Siden dommen uansett måtte oppheves, ble det ikke tatt stilling til politiforklaringene. Lagmannsretten benyttet anledningen til å uttale at spørsmålet må vurderes når den øvrige bevisførselen er avsluttet, slik at en kan se hvilken bevisverdi forklaringene vil ha for utfallet av saken.<sup>305</sup>

Høyesterett uttalte i lys av EMDs praksis at det er viktig at vitnet møter, slik at retten kan vurdere vitnets opptreden og gi forsvaret mulighet til å stille spørsmål. Det er derfor ikke en plikt til å frita vitner fra møteplikten når det har en lovbestemt rett til å nekte å forklare seg, men det kan gis fritak etter en nærmere vurdering, hvor det må tas stilling til om fremmøte vil bidra til å styrke bevisbildet.<sup>306</sup> Ifølge Høyesterett var det nødvendig for sakens opplysning at vitnene møtte, da det var mulig at fremmøtet ville påvirke domsresultatet, som ledet til at lagmannsrettens avgjørelse ble opprettholdt.<sup>307</sup>

Høyesterett viste til Cabral mot Nederland, og anerkjente at Al-Khawaja-testen skal anvendes der hvor vitnet møter, men nekter å forklare seg.<sup>308</sup> Momentene ble ikke vurdert, idet spørsmålet om opplesning ble aktualisert fordi vitnene ble fritatt fra møteplikten. De fornærmede skulle inntatt vitneboksen, og deretter nektet å forklare seg. Opplesningsadgangen skulle da blitt vurdert etter Al-Khawaja-testen. Det er sannsynlig at de fornærmedes politiforklaringer var egnet til å være avgjørende for domfellelse, da den tiltalte ble frifunnet i tingretten uten beviset. Det forelå heller ikke kompensierende tiltak som kunne veie opp for manglende krysseksaminasjon, som ikke usannsynlig ville ført til at forklaringene måtte avskjæres, slik som i tingretten.

## **6.2.2 Har underrettene fulgt utviklingen i EMD?**

### **6.2.2.1 LE-2019-157471**

Politiforklaringen til den fornærmede ble lest opp under ankeforhandlingen, som følge av at hun nektet å forklare seg under henvisning til strpl. § 122. Den fornærmede hadde gitt avvikende forklaringer om graden av vold hun mente å ha blitt utsatt for. Lagmannsretten tilla

---

<sup>305</sup> Henvist til blant annet Rt. 2009 s. 567 avsnitt 26

<sup>306</sup> HR-2022-1703-A avsnitt 27-33

<sup>307</sup> HR-2022-1703-A avsnitt 35 og 38-41

<sup>308</sup> HR-2022-1703-A avsnitt 26 og 27

forklaringene mindre vekt og kunne ikke legge til grunn at det dreide seg om en omfattende voldsutøvelse. Politiforklaringene og den tiltaltes egen forklaring var de eneste bevisene. Lagmannsretten la vekt på at det ble gitt adgang til å stille den fornærmede spørsmål, selv om hun nektet å svare, som var tilfredsstillende etter den tidligere rettstilstanden. Retten overså EMDs kursendring om at Al-Khawaja-testen skal anvendes der et vitne møter, men nekter å forklare seg, til tross for at Cabral mot Nederland ble avsagt året før. Det skyldes sannsynligvis at Høyesterett ikke innrettet seg etter EMDs utvikling i HR-2018-1948-U, og at lagmannsretten som regel ser hen til Høyesteretts løsninger. Vi ser likevel at retten ikke kunne vurdere forklaringenes troverdighet, og derfor valgte å tillegge dem mindre vekt.

#### **6.2.2.2 LB-2020-126171-1**

Bevisopptak av tilrettelagte avhør av to barn og deres mors politiforklaring ble spilt av og lest opp for tingretten, som ledet til domfellelse.<sup>309</sup> Forsvaret anførte at det var saksbehandlingsfeil å tillate opplesningen. Lagmannsretten uttalte at strpl. § 296 annet ledd måtte anvendes i lys av Al-Khawaja-testen, og bemerket at Høyesterett ikke enda hadde uttalt seg om kursendringen i EMD. Det var altså første gangen en norsk domstol anvendte Al-Khawaja-testen der et vitne møtte, men nektet å forklare seg. Den fornærmede hadde nektet å forklare seg under henvisning til strpl. § 122, og politiforklaringen ble derfor lest opp, som er i tråd med EMDs praksis.<sup>310</sup> Når det gjaldt de tilrettelagte avhørene, er det klart at bevisopptak trer i stedet for personlig forklaring, og er en god grunn til å spille av forklaringene.<sup>311</sup> Alle tre forklaringene var avgjørende for domfellelsen,<sup>312</sup> men retten valgte å legge mindre vekt på barnas forklaringer på grunn av deres unge alder.

Det ble lagt vekt på at adgangen til å stille spørsmål var «nytteløs», fordi ingen spørsmål ble besvart, samt at det ikke var gitt adgang til krysseksaminasjon på et tidligere stadium. Lagmannsrettens vurdering og EMDs vurdering i Cabral var her overensstemmende, da vitnet nektet å svare på spørsmål, og krysseksaminasjon og vurdering av troverdigheten følgelig ble umulig.<sup>313</sup> Forsvareren var ikke til stede da det tilrettelagte avhøret ble gjennomført, og fikk

---

<sup>309</sup> Den tiltalte ble dømt for vold i nære relasjoner og drapstrusler i TSARP-2020-37102

<sup>310</sup> Se kapittel 5.3

<sup>311</sup> Strpl. § 298 første ledd

<sup>312</sup> Retten viste til EMDs redegjørelse av kriteriet om bevisverdien i Schatschaschwili mot Tyskland

<sup>313</sup> Se kapittel 5.3

derfor ikke kommet med innspill til spørsmål som burde blitt stilt til barna. Det ble videre lagt vekt på at den tiltalte kunne imøtegå forklaringene ved å avgi forklaring selv, men at det ikke ville oppveie «ulempene ved at forsvaret ikke på noe tidspunkt» hadde hatt en effektiv mulighet til å stille spørsmål, som er i tråd med EMDs føringer hvor det utledes at tiltaket ikke er tilstrekkelig alene.<sup>314</sup> Forklaringene ble nektet under ankeforhandlingen, men det ser ut til at barnas mor forklarte seg likevel. Den tiltalte ble frifunnet, da retten ikke fant det bevist utover enhver rimelig tvil at den tiltalte var skyldig etter tiltalen.<sup>315</sup>

### **6.2.2.3 LB-2021-78417-1**

En av de fornærmede nektet å forklare seg under ankeforhandlingen under henvisning til strpl. § 122.<sup>316</sup> Lagmannsretten tok utgangspunkt i Al-Khawaja-testen, som anvendes der et vitne møter, men nekter å forklare seg. Siden den fornærmede kunne vise til et lovbestemt vitnefritak, var det en god grunn til at hun nektet å forklare seg.<sup>317</sup> Saken gjaldt to tiltaleposter for hver av de fornærmede. For tiltalepost I var politiforklaringen ikke det eneste beviset i saken, da søsteren avga personlig forklaring for retten om fryktregimet de begge var underlagt, samt om det hun var blitt fortalt, var øyevitne til eller i umiddelbar nærhet av. Det forelå øvrige vitneforklaringer og dokumentbevis, men politiforklaringen var likevel egnet til å være avgjørende for domfellelse. For tiltalepost II var søsterens personlige forklaring det avgjørende beviset, mens politiforklaringen var et sentralt støttebevis.

Lagmannsretten la vekt på at saken var annerledes fra Cabral, og etter mitt syn Tahery. Vitnenes politiforklaringer var de eneste bevisene i sakene, og troverdigheten var svekket som følge av at det ble avgitt ulike forklaringer. Her forelå det derimot flere bevis, og den fornærmedes forklaringer lå fast. Søsteren hadde bekreftet og underbygget politiforklaringen, og forsvaret ble gitt mulighet til å krysseksaminere henne under ankeforhandlingen.<sup>318</sup> I Al-Khawaja og Schatschaschwili var politiforklaringenes overensstemmelse med øvrige bevis, i kombinasjon med at møtende vitner ble krysseksaminert, ansett å være tilstrekkelig. Videre

---

<sup>314</sup> Se kapittel 4.2.3, jf. Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 161-162, Gani v. Spain avsnitt 48 og Horncastle and Others v. The United Kingdom avsnitt 142.

<sup>315</sup> LB-2020-126171-2

<sup>316</sup> TOSL-2020-132911

<sup>317</sup> Se kapittel 5.3 og Rui (2020) s. 95-96

<sup>318</sup> Vist til Schatschaschwili v. Germany avsnitt 128, «corroborative evidence supporting the unested witness statement».

brukte de tiltalte store deler av egne forklaringer til å imøtegå de fornærmedes troverdighet, som er tilstrekkelig om det foreligger andre tiltak.<sup>319</sup> Den fornærmede hadde gitt en innledende forklaring for lagmannsretten som varte i tre timer, og bekreftet sine tidligere forklaringer. I sakene for EMD hadde vitnene helt avstått fra å forklare seg, som taler for at faktoren må tillegges betydelig vekt, idet retten kunne vurdere hennes troverdighet på en bedre måte, enn dersom forklaringen ble lest opp uten videre. Det ble lagt stor vekt på at de tiltalte fikk stille spørsmål til den fornærmede da hun forklarte seg under hovedforhandlingen, og retten kunne ikke se at EMD «krever at det har vært adgang til krysseksaminasjon både for førsteinstans og ankeinstans», og opplesning ble tillatt. Det var avgjørende at det ble gitt adgang til krysseksaminasjon på et tidligere stadium av saken.<sup>320</sup> EMD krever sterkere kompenserende tiltak der hvor en politiforklaring er egnet til å være avgjørende for domfellelse, hvor flere tiltak må anvendes i kombinasjon for å være tilstrekkelig. Lagmannsretten foretok en rettfærdig vurdering, og anvendelsen av testen var tilfredsstillende.

#### **6.2.2.4 LG-2021-9446**

Politiforklaringen til den fornærmede ble lest opp under hovedforhandlingen, fordi hun nektet å forklare seg under henvisning til strpl. § 122. Opplesningen ledet til at den tiltalte ble dømt for voldtekt.<sup>321</sup> Den fornærmede forklarte seg kun om omstendigheter som ikke direkte gjaldt tiltalen, som ifølge retten var en klar svakhet. Forklaringen ble tillagt «reduisert vekt» fordi den ikke kunne legges til grunn med «nødvendig sikkerhet». Den tiltalte ble frifunnet, fordi det ikke var tilstrekkelig bevist at samleiet var gjennomført ved bruk av vold eller trusler. Det ble ikke tatt utgangspunkt i Al-Khawaja-testen til tross for at lagmannsretten i to forutgående avgjørelser anvendte testen der vitnet møtte, men nektet å forklare seg. Vurderingen er derimot lik bevisverdivurderingen, idet politiforklaringen var det eneste beviset mot den tiltalte, hvor den ble tillagt mindre vekt når den fornærmede nektet å forklare seg. I tillegg kunne vitnet vise til et lovbestemt vitnefritak, som kreves for å være en god grunn til å nekte å forklare seg. Det er likevel en svakhet at forklaringen ble lest opp uten at retten direkte vurderte Al-Khawaja-testen.

---

<sup>319</sup> Vist til Schatschaschwili v. Germany avsnitt 131. Se kapittel 4.2.3, jf. Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom avsnitt 161-162, Gani v. Spain avsnitt 48 og Horncastle v. The United Kingdom avsnitt 142.

<sup>320</sup> Rt. 2012 s. 1171, Lucà v. Italy avsnitt 40 mv.

<sup>321</sup> THAUG-2020-87025

### **6.2.2.5 LB-2022-16537**

Ti vitner og de tiltalte forklarte seg under ankeforhandlingen, i tillegg til at det ble ført dokumentbevis.<sup>322</sup> Enkelte deler av de tiltaltes og noen av vitnenes politiforklaringer ble lest opp, jf. strpl. §§ 290, 296 og 297. Det var samsvar mellom den ene tiltaltes forklaring, vitnenes forklaringer og dokumentbevisene. Al-Khawaja-testen ble ikke vurdert, og lagmannsretten la uten videre til grunn at politiforklaringene kunne leses opp. Det er usannsynlig at anvendelse av Al-Khawaja-testen ville hatt betydning for skyldspørsmålet, da det forelå flere vitneforklaringer og dokumentbevis.

### **6.2.2.6 LB-2023-11344**

Den fornærmede nektet å forklare seg under henvisning til strpl. § 122.<sup>323</sup> Lagmannsretten utalte at et vitne må gjøres oppmerksom på at det ikke har plikt til å forklare seg, i tilfeller hvor det foreligger grunnlag for vitnefritak. Videre fastslo de at konsekvensen av at slik informasjon ikke er gitt og at vitnet deretter nekter å forklare seg i retten, er at opplesning må nektes. Den fornærmede ble ikke gjort oppmerksom på at hun ikke hadde forklaringsplikt. Under hovedforhandlingen ble kun enkelte spørsmål besvart, som ledet til at politiforklaringen hennes ble lest opp. Lagmannsretten kom til at det var en saksbehandlingsfeil ved innhenting av politiforklaringen, og at tingrettens dom måtte oppheves. Den fornærmedes forklaring synes å ha vært betydelig for domfellelsen i tingretten.

Det må differensieres mellom situasjonene hvor et bevis er innhentet på ulovlig måte, og hvor et lovlig bevis kan føres. Forutsetningen for at et bevis kan føres er at det er innhentet i tråd med prosessuelle regler. Dersom den fornærmede hadde avgitt forklaring og svart på spørsmål, kunne den prosessuelle feilen blitt avhjulpet. For det tilfellet at beviset var innhentet riktig, måtte retten vurdert om det var adgang til å lese opp forklaringen med grunnlag i Al-Khawaja-testen, om vitnet skulle nekte å forklare seg under hovedforhandlingen. Siden forklaringen var egnet til å være avgjørende for domfellelse og det ikke forelå kompensierende tiltak, er det mulig at opplesning ville blitt nektet.

---

<sup>322</sup> De tiltalte ble dømt for grov korrupsjon i tingretten, se TFNO-2021-76618.

<sup>323</sup> Den tiltalte ble dømt for vold i nære relasjoner i tingretten, se TOSL-2021-138798.

### 6.2.2.7 Oppsummering

Høyesterett har kun avsagt to avgjørelser etter EMD behandlet Cabral mot Nederland. Først i den andre avgjørelsen anerkjente Høyesterett at Al-Khawaja-testen skal anvendes også der hvor et vitne møter i retten, men nekter å forklare seg.<sup>324</sup> Testen ble derimot ikke brukt, da tvisten gjaldt forskjellen mellom møteplikt og forklaringsplikt, hvor det ble klart at et vitne må møte, selv om det ikke har forklaringsplikt. Den første avgjørelsen fra Høyesterett tok utgangspunkt i den tidligere rettstilstanden, hvor det var nok at forsvaret ble gitt adgang til å stille spørsmål til vitnet, uten hensyn til om vitnet svarte.<sup>325</sup> I sakene var politiforklaringene avgjørende bevis, vitnene hadde nektet å svare på spørsmål og det var fravær av kompensierende tiltak, som ikke usannsynlig kunne medført krenkelse av EMK art. 6. I den første avgjørelsen hadde vitnet ikke påberopt seg et lovbestemt vitnefritak, som kreves for at det skal være en god grunn til å nekte å forklare seg. Holdt opp mot EMDs doktrine, er det risiko for at denne tilnærmingen ville medført krenkelse av EMK art. 6.

I de to første avgjørelsene fra lagmannsretten etter Cabral, ble ikke Al-Khawaja-testen anvendt,<sup>326</sup> deretter anvendte Borgarting lagmannsrett testen i to avgjørelser,<sup>327</sup> før den ikke ble anvendt igjen.<sup>328</sup> Det skyldes sannsynligvis at Høyesterett ikke uttalte seg om den analogiske anvendelsen av testen før i HR-2022-1703-A. I avgjørelsene hvor testen ikke ble anvendt, vitnet nektet å forklare seg og det ikke var mulig å vurdere politiforklaringens troverdighet, ble det lagt mindre vekt på forklaringen under bevisbedømmelsen, som likevel er i tråd med føringene fra EMD.<sup>329</sup> I andre avgjørelser ville anvendelse av testen sannsynligvis stengt for opplesning, men ikke nødvendigvis fått betydning for sakens utfall, idet forklaringen ikke var avgjørende.<sup>330</sup> I avgjørelsene hvor forklaringen var det eneste eller avgjørende bevis, kunne testen potensielt ledet til at opplesning måtte nektes, med frifinnelse som mulig konsekvens.

---

<sup>324</sup> HR-2022-1703-A avsnitt 26-27

<sup>325</sup> HR-2018-1948-U

<sup>326</sup> LE-2019-157471 og LB-2020-186579-1

<sup>327</sup> LB-2020-126171-1 og LB-2021-78417-1

<sup>328</sup> Ikke anvendt i LB-2022-16537, men i LB-2023-11344 ble det uttalt at en forklaring må nektes dersom et vitne ikke har fått informasjon om at det ikke har plikt til å forklare seg.

<sup>329</sup> LE-2019-157471 og LG-2021-9446

<sup>330</sup> LB-2022-16537



I LB-2020-126171 anvendte lagmannsretten Al-Khawaja-testen, til tross for at Høyesterett enda ikke hadde uttalt seg om EMDs kursendring, som er svært positivt. I avgjørelsene hvor testen ble vurdert, har det vært en tilfredsstillende anvendelse.<sup>331</sup> Vitnene hadde nektet å forklare seg under henvisning til en lovbestemt vitnefritaksregel, som er ansett å være den eneste legitime grunnen til å nekte å forklare seg.<sup>332</sup> Forklaringenes bevisverdi ble klarlagt ut fra det øvrige bevisbildet i sakene, og bevisverdien bestemte hvor sterke kompenserende faktorer som måtte kreves for å tillate opplesning, som er i tråd med føringene fra EMD.<sup>333</sup> Lagmannsretten la avgjørende vekt på at det var tilrettelagt for krysseksaminasjon på et tidligere stadium, at det i lys av øvrige bevis var mulig å vurdere forklaringenes troverdighet, og at det var mulig å krysseksaminere møtende vitner med overensstemmende forklaringer, som indikerer at vurderingene av kompenserende faktorer var tilfredsstillende i lys av EMDs praksis.<sup>334</sup>

## 7 Analyseresultat og fremtidsutsikt

EMD har utviklet en test som skal vurderes når det tas stilling til opplesning av politiforklaringer, uavhengig av om vitnet møter eller ikke. Hovedbevislæren er forlatt til fordel for en helhetsvurdering av om opplesning likevel er rettferdig. Når avhandlingens problemstilling er i hvilken grad utviklingen i EMDs praksis er reflektert i norsk rett, har analysen vist at norske domstoler over tid har tilpasset seg paradigmeskiftet. Der Al-Khawaja-testen ikke har blitt brukt, er det mulig at opplesning ville blitt nektet. Holdt opp mot EMDs praksis, er det derfor risiko for at opplesningene ville medført krenkelse av EMK art. 6. De siste årene har imidlertid domstolene anvendt testen mer konsekvent, enten direkte eller indirekte, og opplesningsspørsmålet har i stor grad blitt vurdert på en tilfredsstillende og rettferdig måte i tråd med EMDs praksis. I dag må Al-Khawaja-testen derfor anses å være gjeldende rett.

Det er foreslått å oppstille et absolutt forbud mot opplesning av sentrale politiforklaringer som ikke har vært undergitt krysseksaminasjon, idet utvalget legger betydelig vekt på at forslaget

---

<sup>331</sup> LB-2020-126171-1, LB-2021-78417-1

<sup>332</sup> Se kapittel 5.3

<sup>333</sup> Se kapittel 4.2.2 og 4.2.3

<sup>334</sup> Se kapittel 4.2.3.2

vil «gi mindre risiko for brudd på EMK».<sup>335</sup> Videre legges det vekt på at «en fast regel med et klart innhold» vil være enklere å anvende, idet Al-Khawaja-testen ifølge utvalget er utformet med sikte på etterkontroll, og gjør testen mer egnet for EMD enn de nasjonale domstolene.<sup>336</sup> Utvalget har imidlertid tatt utgangspunkt i rettstilstanden da forslaget ble utarbeidet. I dag er det ikke lenger rettferdig at den tiltalte gis adgang til å stille spørsmål til et vitne som nekter å svare. Utviklingen har styrket den tiltaltes posisjon, og bør hensyntas.<sup>337</sup>

Adgangen til å imøtegå bevis er en viktig rettssikkerhetsgaranti for å hindre uriktige domfellelser. Hovedbevislæren vil bidra til å styrke den tiltaltes rettigheter, men vil ikke ivareta den fornærmede og den offentliges interesse i å forfølge straffbare handlinger, som er en av årsakene til at EMD avviklet hovedbevislæren til fordel for en helhetsvurdering, for å unngå uheldige resultater.<sup>338</sup> Det gjelder spesielt der den tiltaltes atferd mot vitnet, gjør at vitnet ikke ønsker å forklare seg, slik at retten nekter opplesning til fordel for den tiltalte.<sup>339</sup> Samtidig har analysen av nasjonal rettspraksis vist at domstolene i stor grad har anvendt Al-Khawaja-testen i tråd med EMD-praksis, som taler for at det er praktikabelt å anvende testen. Jeg stiller meg derfor kritisk til å gå tilbake til hovedbevislæren.

Begrunnet i det avhandlingen har utledet fra EMD og nasjonal rettspraksis, bør opplesning tillates der forklaringens troverdighet kan bevises ut fra andre selvstendige bevis i saken. Om retten ikke kan vurdere troverdigheten av forklaringen og den ellers ikke er imøtegått, vil det øke risikoen for at sannheten ikke avdekkes og at det treffes feil avgjørelse, som taler for at opplesning bør nektes. For opplesningsadgangen hvor vitnet møter, men nekter å forklare seg, kreves antagelig en rettsavklaring fra Høyesterett for å sikre nasjonal likeartet praksis. Høyesterett har anerkjent at Al-Khawaja-testen skal anvendes også i disse tilfellene, men ikke anvendt momentene i en konkret tvist.<sup>340</sup> Samtidig burde underrettene kunne innrette seg etter høyesterettspraksisen som allerede eksisterer, idet Al-Khawaja-testen skal anvendes likt uavhengig av om vitnet møter eller ikke.

---

<sup>335</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 287 og 286, se forslaget § 10-9 fjerde ledd

<sup>336</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 286

<sup>337</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 283

<sup>338</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 143-146

<sup>339</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, s. 285, Øyen (2012) s. 168-179, se nærmere om frykt i pkt. 4.2.1.1

<sup>340</sup> HR-2022-1703-A avsnitt 26 og 27

## **Referanseliste**

### **Lover:**

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven - strpl.)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)

### **Konvensjoner:**

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK)

FNs konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP)

### **Lovforarbeider:**

Nut 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)

Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v (to-instancesbehandling, anke og juryordning)

Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

Innst. 169 S (2012-2013) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Prop.86 L (2020-2021) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner)

## **Norsk rettspraksis:**

### Høyesterett

Rt. 1988 s. 314

Rt. 1988 s. 663

Rt. 1988 s. 1182

Rt. 1990 s. 312

Rt. 1990 s. 1221

Rt. 1992 s. 143

Rt. 1994 s. 1324

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2001 s. 689

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 1389

Rt. 2003 s. 1511

Rt. 2004 s. 97

Rt. 2007 s. 1435

Rt. 2010 s. 1414

Rt. 2010 s. 1445

Rt. 2011 s. 93

Rt. 2012 s. 1171

Rt. 2013 s. 1060

Rt. 2013 s. 1412

Rt. 2014 s. 1292

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 155

HR-2016-2171-A

HR-2016-2554-P

HR-2016-2591-A

HR-2017-1070-U

HR-2018-694-U

HR-2018-1909-A

HR-2018-1948-U

HR-2020-2137-A

HR-2022-955-A

HR-2022-976-U

HR-2022-981-A

HR-2022-1703-A

HR-2022-1317-A

HR-2023-491-P

Lagmannsrett

LA-2016-164678

LB-2017-181403

LB-2017-16453-1

LB-2018-74783-1

LG-2019-134901-1

LE-2019-157471

LB-2020-126171-1

LB-2020-126171-2

LB-2021-83719-3

LH-2021-135265

LB-2021-78417-1

LG-2021-9446

LB-2022-16537

LB-2023-11344

LB-2023-16569

LE-2023-63192

Tingrett

TSARP-2008-107274

TSOST-2014-135185-1

TSARP-2020-37102

THAUG-2020-87025

TOSLO-2020-123945

TOSL-2020-132911

TFNO-2021-76618

TOSL-2021-138798

**EMD-praksis:**

A.M. v. Italy, Judgment 14 December 1999, Application no. 37019/97

Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Judgment 15 December 2011, Application nos. 26766/05 and 22228/06

Bulut v. Austria, Judgment 22 February 1996, Application no. 17358/90

Bobeş v. Romania, Judgment 9 July 2013, Application no. 29752/05

Christine Goodwin v. The United Kingdom, Judgment 11 July 2002, Application no. 28957/95

Craxi v. Italy, Judgment 5 December 2002, Application no. 34896/97

Chukayev v. Russia, Judgment 5 November 2015, Application no. 36814/06

Cabral v. The Netherlands, Judgment 28 August 2018, Application no. 37617/10

Gabrielyan v. Armenia, Judgment 10 April 2012, Application no. 8088/05

Gani v. Spain, Judgment 19 February 2013, Application no. 61800/08

G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy, Judgment 28 June 2018, Application no. 1828/06

Hümmer v. Germany, Judgment 19 July 2012, Application no. 26171/07

Horncastle and others v. The United Kingdom, Judgment 16 December 2014, Application no. 4184/10

Jasper v. The United Kingdom, Judgment 16 February 2000, Application no. 27052/95

Kaste and Mathisen v. Norway, Judgment 9 November 2006, Application nos. 18885/04 and 21166/04

Kostovski v. The Netherlands, Judgment 20 November 1989, Application no. 11454/85

Lucà v. Italy, Judgment 27 February 2001, Application no. 33354/96

Mitkus v. Latvia, Judgment 2 October 2012, Application no. 7259/03

Nechto v. Russia, Judgment 24 January 2012, Application no. 24893/05

Peltonen v. Finland, Judgment 11 May 1999, Application no. 30409/96

Rowe and Davis v. The United Kingdom, Judgment 16 February 2000, Application no. 28901/95

Rosin v. Estonia, Judgment 19 December 2013, Application no. 26540/08

Rudnichenko v. Ukraine, Judgment 11 July 2013, Application no. 2775/07

Salikhov v. Russia, Judgment 3 May 2012, Application no. 23880/05

Solakov v. The former Yugoslav Republic of Macedonia, Judgment 31 October 2011, Application no. 47023/99

Sievert v. Germany, Judgment 19 July 2012, (Application no. 29881/07)

Štefančič v. Slovenia, Judgment 25 October 2012, Application no. 18027/05

Scholer v. Germany, Judgment 18 December 2014, Application no. 14212/10

Schatschaschwili v. Germany, Judgment 15 December 2015, Application no. 9154/10

Seton v. The United Kingdom, Judgment 31 March 2016, Application no. 55287/10

Unterpertinger v. Austria, Judgment 24 November 1986, Application no. 9120/80

Ürek and Ürek v. Turkey, Judgment 30 July 2019, Application no. 74845/12

Vidgen v. The Netherlands, Judgment 10 July 2012, Application no. 29353/06

Vronchenko v. Estonia, Judgment 18 July 2013, Application no. 59632/09

Walston v. Norway, Judgment 3 June 2003, Application no. 37372/97

#### **Nettadresser:**

Norges institusjon for menneskerettigheter, *Den europeiske menneskerettsdomstolen*, sist oppdatert 09.11.2023, <https://www.nhri.no/emd/> [sist lest 28.04.2024]

Regjeringen, *Høring om EMD-reformen av Justis- og beredskapsdepartementet*, sist oppdatert 20.10.2011, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-emd-reformen-rapportering-om-n/id661114/?expand=horingsbrev> [sist lest 28.04.2024]

#### **Nettdokumenter:**

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, 19. February 2010, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010\\_interlaken\\_finaldeclaration\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_interlaken_finaldeclaration_eng) [sist lest 28. April 2024]



## Litteraturliste

- Aall (2007) Aall, 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*, 2007-01, Vol.46 (1), s. 55-59
- Finstad (2022) Finstad, Fredrik Bøckman, Norsk *lovkommentar: Straffeprosessloven*, Rettsdata.no (revidert 05.10.2022)
- Matningsdal (2007) Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner: opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn*, Fagbokforlaget 2007
- Nygaard (2017) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2017
- Rui (2014) Rui, Jon Petter, «Straffeprosessen i perspektiv» *Jussens venner*, 2014-11, Vol.49 (6), s. 382-443
- Rui (2020) Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen: Unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet ved opplesning av vitneforklaring under hovedforhandling avgitt av vitne som møter, men ikke vil forklare seg. Cabral mot Nederland, søkenummer 37617/10, dom 28. august 2018» *Tidsskrift for strafferett*, 2020-04, Vol.20 (1), s. 92-99
- Skoghøy (2015) Skoghøy, Jens Edvin A., «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven» *Lov og rett*, 2015-05, Vol.54 (4), s. 195-196
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018
- Øyen (2012) 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*, 2012-05, Vol.12 (2), s. 166-184
- Øyen (2022) Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 3. utg., Fagbokforlaget 2022

