



Opplesning av politiforklaringer

Adgangen til å lese opp tiltaltes politiforklaring i straffesaker, med særlig fokus på situasjoner med flere tiltalte i samme sakskompleks

Av Silje Maria Hansen

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2011*

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling	4
1.2 Hvordan foregår opplesningen av en politiforklaring?	5
1.3 Avgrensning	6
1.4 Forholdet til EMK	6
1.5 Betydningen av separate/forente saker	7
1.6 Videre framstilling	8
2. Saker med én tiltalt	8
2.1 Innledning	8
2.2 Bakgrunnen for opplesningsadgangen	9
2.2.1 Regler om politiforklaringens tilblivelse	9
2.2.2 Vernet mot selvinkriminering	10
2.3 Hovedregelen - straffeprosessloven § 290	11
2.4 Tilblivelsesmangler	13
2.5 Statusendringer	15
3. Saker med to eller flere tiltalte	17
3.1 Innledning	17
3.2 Det autonome vitnebegrepet	17
3.3 Utgangspunktet – straffeprosessloven og EMK	18
3.3.1 Generelt om opplesningsadgangen	18
3.3.2 Straffeprosessloven § 296	20
3.3.3 Straffeprosessloven § 297	21
3.3.4 EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d	23
3.3.5 Oppsummering	24
3.4 Utviklingen mot dagens regel	24
3.4.1 Høyesteretts utvikling	24
3.4.2 EMDs utvikling	25
3.5 Dagens regel om adgang til å lese opp politiforklaringer	27
3.5.1 Hovedbevislæren	27
3.5.2 Retten til kontradiksjon	30
3.5.3 Tiltalte B møter	32
3.5.4 Tiltalte B møter ikke	33
3.5.5 Oppsummering	35

3.6	Særlige spørsmål	36
3.6.1	Tiltalte A har ikke benyttet seg av muligheten til å stille spørsmål	36
3.6.2	Muligheten for å skille ut deler av forklaringen	37
3.6.3	Statusendringer	38
	Litteraturliste	40

1. Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

I denne oppgaven skal jeg presentere og gi en analyse av reglene som regulerer adgangen til å lese opp tiltaltes politiforklaring under hovedforhandlingen i en straffesak. Jeg skal spesielt rette fokus mot situasjoner hvor det er to eller flere medtiltalte i samme sakskompleks, ettersom de medtiltaltes forklaring utgjør en vitneforklaring i forhold til hverandre. I denne situasjonen oppstår det noen særegne spørsmål angående opplesning som ikke vil være aktuell i tilfeller hvor det kun er en tiltalt.

Under en hovedforhandling i en straffesak får retten vanligvis høre tiltalte avgi en muntlig forklaring. Likevel kan det forekomme at tiltalte av forskjellige grunner ikke avgir forklaring under selve hovedforhandlingen. Tiltalte kan ha glemt hva som hadde hendte, eller han kan benytte seg av sin rett til å nekte å avgi forklaring i henhold til straffeprosessloven¹ § 232, jfr. § 90.

I tillegg kan tiltalte la være å møte til selve forhandlingen, slik at det ikke er mulig for han å avgi forklaring direkte for retten. Det er i disse situasjonene det vil være aktuelt å lese opp en av hans tidligere avgitte politiforklaringer, slik at en opplesning trer i stedet for en muntlig forklaring.

Et av grunnprinsippene i norsk rett er bevisumiddelbarhet, hvilket vil si at bevisene så langt det er mulig skal føres direkte for den dømmende rett.² Retten skal selv ha mulighet til å iakttå og observere bevisene. Prinsippet er ikke lovfestet i straffeprosessen, men kommer til uttrykk i flere bestemmelser og Høyesterettsdommer.

Videre gjelder også et muntlighetsprinsipp, hvilket innebærer at hovedforhandlingene skal være muntlige, jfr. straffeprosessloven § 278, 1. ledd, 1. punktum og at vitner skal forklare seg muntlig, jfr. straffeprosessloven § 133.

Begrunnelsen for prinsippene er blant annet rettsikkerhetshensyn. En umiddelbar bevisførsel gir et riktigere bilde av sakens faktum ettersom retten vil kunne se eventuelle tegn til nøling

¹ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, heretter vist til som straffeprosessloven eller strpl.

² Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Oslo 2009 s. 393

hos vitner, vil se deres kroppsspråk og vil ha mulighet til å kunne stille spørsmål til vitnene. Retten vil med andre ord kunne danne seg et bedre inntrykk av det som foregår i saken.

Når en tiltalts forklaring leses opp under hovedforhandlingen er dette således et unntak fra disse hovedreglene. Årsaken til at lovgiver likevel åpner for at politiforklaringen til en tiltalt kan leses opp er hensynet til sakens opplysning, effektivitet og prosessøkonomi. Rettssystemet ville ikke kunne fungert effektivt og økonomisk dersom en tiltalt hadde hatt muligheten til å stoppe en sak ved å nekte avgi forklaring under en hovedforhandling.

Noen særegne spørsmål oppstilles i situasjoner hvor det er flere enn kun en tiltalt, hvilket betyr at man har valgt å forene saker mot to eller flere tiltalte til en hovedforhandling, eller at det er tatt ut en felles tiltalebeslutning.

1.2 Hvordan foregår opplesningen av en politiforklaring?

For at en opplesning skal være aktuelt forutsettes det at den tiltalte nekter å forklare seg, eller at han ikke har møtt til hovedforhandlingen.

Dersom man kommer fram til at det er adgang til å lese opp en politiforklaring, så vil opplesningen skje på følgende måte: Etter aktors innledningsforedrag, på det stedet i prosessrekkefølgen hvor tiltalte normalt ville ha forklart seg, vil aktor lese opp alt som står i politiforklaringen. Dersom det er slik at tiltalte ikke husker hva han har forklart seg om tidligere, eventuelt dersom det er motstrid med det han sier til retten og det som har vært sagt tidligere, så vil en opplesning skje ved at aktor leser opp kun den aktuelle delen som tiltalte ikke husker. I praksis skjer dette ved at den tiltalte får opplest enkeltavsnitt i sin politiforklaring vedrørende punkter hvor det ikke er samsvar mellom forklaringen og det han forklarte i retten. I disse situasjonene vil en fullstendig opplesning av hele politiforklaringen ikke finne sted. Dersom den tiltalte ikke møter til hovedforhandlingen vil det derimot kunne leses opp hele forklaringen i sin helhet. Opplesningen kan med andre ord skje helt eller delvis.

Adgangen til å lese opp politiforklaringer er ikke absolutt. Det foreligger flere regler som begrenser opplesningsadgangen. Jeg skal foreta en analyse av disse vilkårene, og herunder vise at vilkårene er satt for å beskytte forskjellige interesser. Særegent for situasjonen hvor det

er to eller flere tiltalte er at det ikke bare er hensynet til den tiltalte, som har avgitt politiforklaringen, som begrenser opplesningsadgangen. Idet den ene tiltalte kan være å anse som vitne i saken til den andre tiltalte, vil også hensynet til hans medtiltatte kunne begrense opplesningsadgangen. Dette vil dermed kunne aktualisere andre regler enn de som gjelder der hvor det kun er én tiltalt i saken.

1.3 Avgrensning

Jeg har valgt å avgrense oppgaven i forhold til straffeprosessloven § 281, hvilket vil si at i situasjoner hvor tiltalte ikke møter til hovedforhandlingen forutsetter jeg at saken kan fremmes. Jeg kommer ikke til å gå nærmere inn på vilkårene i strpl. § 281.

Norges folkerettslige forpliktelser og gjennomføringen av menneskerettsloven,³ innebærer at også de konvensjonene som er ratifisert vil få betydning for drøftelsen. I forhold til opplesningsadgangen betyr dette at Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen⁴ vil være av særlig interesse, men også FNs internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter⁵ har tilsvarende bestemmelser. Dog er rettspraksis betraktelig mer omfattende i forhold til bestemmelsene i EMK enn vi finner om SPs bestemmelser. Jeg vil derfor kun ta utgangspunkt i de begrensningene som foreligger etter EMK og fokusere på praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen,⁶ og jeg avgrenser således mot bestemmelsene i SP.

1.4 Forholdet til EMK

Straffeprosessloven § 4 bestemmer at loven er begrenset av folkeretten. Med andre ord gir bestemmelsen forrang til de folkerettslige forbindelsene som Norge er bundet av. Ved en eventuell motstrid mellom straffeprosessloven og annen folkerettslige bestemmelser, så medfører § 4 at folkeretten skal gå først uten at denne må særskilt gjennomføres i nasjonal lovgivning.

³ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, heretter vist til som menneskerettsloven eller mnskrl.

⁴ Den Europeiske menneskerettskonvensjon av 4. nov. 1950, heretter vist til som EMK.

⁵ Den Internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 ("International Covenant on Civil and Political rights"), heretter vist til som SP. Ratifisert av Norge 1972.

⁶ Heretter vist til som EMD.

Ved menneskerettsloven ble EMK med gjeldende protokoller i 1999 inkorporert i norsk rett. Ved menneskerettsloven §§ 2 og 3 ble EMK gitt forrang ved motstrid mellom nasjonale regler og EMK. Dette betyr at dersom EMK går lengre enn den nasjonale retten i å nekte opplesning av politiforklaringer vil forklaringen således ikke kunne leses opp, selv om opplesningen vil være tillatt etter nasjonal rett.

En konsekvens av dette er at selv om vilkårene for opplesning av politiforklaringer er oppfylt etter straffeprosessloven, så er det EMK og EMDs praksis som er avgjørende for om en opplesning skal tillates.

Videre skal Høyesterett ved anvendelsen og tolkning av EMK, benytte seg av de samme tolkningsmomentene som EMD.⁷ Høyesterett er ikke like dynamisk i sin tolkning av EMK, det er EMD som skal utvikle konvensjonen.⁸ Norske domstolers oppgave er med andre ord å tolke EMK i lys av de tolkningsprinsippene som EMD utvikler, og ikke selv å videreutvikle konvensjonen.

1.5 Betydningen av separate/forente saker

Som nevnt under punk 1.1 har en tiltalts forklaring i en straffesak med flere medtiltalte rent faktisk status som vitneforklaring i forhold til en medtiltalt.

Spørsmålet om adgangen til opplesning kan oppstå i to tilfeller: Der hvor det er opprettet separate saker mot hver av de tiltalte, og en tiltalt føres som vitne i en sak mot en annen tiltalt i samme sakskompleks, eller hvor sakene er forent, altså hvor tiltalespørsmålet skal behandles i samme hovedforhandling.

Dersom sakene er separate vil de tiltalte ha status som vitner når de møter i saken til en annen tiltalt. Adgangen til å lese opp deres forklaring er således regulert av straffeprosessloven §§ 296 og 297, og vitnene kan nekte forklare seg dersom forklaringen kan utsette dem selv for straff, jfr. strpl. § 123.

⁷ Se Andenæs (2009) s. 10

⁸ Se blant annet Rt. 2000 s. 996

De spørsmål som oppstår i forhold til vitneforklaringer og den begrensede forklaringsplikten vil ikke være gjenstand for drøftelse i denne oppgaven.

Jeg forstår begrepet medtiltalt dit hen at tiltalebeslutningene er forente, og at tiltalespørsmålet skal avgjøres i en og samme hovedforhandling. I den videre framstillingen vil jeg derfor forutsette at sakene mot de medtiltale personene er forente.

1.6 Videre framstilling

Videre i denne oppgaven skal jeg presentere og analysere reglene som gir adgang til opplesning av tiltaltes forklaring. Jeg skal først behandle situasjoner hvor det kun er en tiltalt, før jeg deretter skal behandle situasjoner med to eller flere tiltalte. Bakgrunnen for denne oppdelingen er for først å illustrere hva som er hovedregelen, og hvordan det deretter åpnes for videre problemstillinger i forhold til det at de medtiltaltes forklaringer er vitneforklaringer i forhold til hverandre, selv om de ikke har formell status som vitne i saken.

De aktuelle reglene i denne framstillingen er straffeprosessloven § 290 om adgangen til å lese opp tiltaltes politiforklaring. Reglene om adgangen til å lese opp vitneforklaring etter strpl. §§ 296 og 297 er også aktuelle, og til slutt er EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d relevant. EMDs fortolkning av EMK vil i dette tilfellet være retningsgivende i forhold til adgangen til opplesning etter EMK.

2. Saker med én tiltalt

2.1 Innledning

Under selve hovedforhandlingen har den tiltalte mulighet til å forklare seg, men utgangspunktet i norsk strafferett er at en tiltalt ikke har plikt til å avgi forklaring for retten, jfr. straffeprosessloven § 90. Dette skal han gjøres kjent med første gang han møter for retten.

Det er ikke utenkelig at den tiltalte i en straffesak gir en annen forklaring i retten enn den han gav til politiet. Det kan for eksempel tenkes at han tilstod sin uskyld til politiet, men at han så nekter for dette under hovedforhandlingen. I slike tilfeller vil det være avgjørende for

påtalemyndighetene å kunne føre bevis for hans tidligere forklaring, for eksempel i form av opplesning av hans politiforklaring.

I norsk straffeprosess er det et ulovfestet prinsipp om fri bevisførsel. I dette ligger det at partene har stor adgang til selv å bestemme hvilke bevis de ønsker fremlegge under hovedforhandlingen. Likevel er ikke denne retten ubegrenset. Det foreligger en rekke begrensninger, både lovfestede og ulovfestede. Dette betyr at påtalemyndighetene ikke fritt kan føre enhver politiforklaring som bevis, adgangen til å føre forklaringene er begrenset. Disse begrensningene skal jeg se nærmere på i det følgende, men først skal jeg se på hvordan en politiforklaring blir til.

Straffeprosessloven § 281 regulerer adgangen til å fremme hovedforhandlingen selv om tiltalte ikke er til stedet. Jeg forutsetter at disse vilkårene er oppfylte, hvilket betyr at jeg ikke kommer til å drøfte disse vilkårene nærmere.

2.2 Bakgrunnen for opplesningsadgangen

2.2.1 Regler om politiforklaringens tilblivelse

En straffesak innledes gjerne med en etterforskning. Under denne etterforskningen vil det bli tatt opp en rekke forklaringer fra vitner og mulige mistenkte i saken.

Før tiltalen blir tatt ut mot en person vil denne personen ha status som mistenkt eller siktet i saken. Dette medfører forskjellige prosessuelle rettigheter, som jeg ikke vil gå nærmere inn på. En mistenkt i en straffesak vil deretter bli innkalt til avhør, hvor politiet plikter å opplyse han om ”hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg” jfr. straffeprosessloven § 232 første ledd og påtaleinstruksen § 8-1.⁹ Disse opplysningene skal den mistenkte få før avhøret foretas.

Når etterforskningen er ferdig vil det, dersom det er grunnlagt for dette, bli tatt ut tiltale mot den mistenkte personen og han vil da få status som tiltalt i saken. Det er under hovedforhandlingen at det vil være aktuelt å lese opp den tidligere avgitte forklaringen.

⁹ Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

2.2.2 Vernet mot selvinkriminering

Begrunnelsen bak regelen i strpl. § 232 om at tiltalte ikke plikter å forklare seg til politet, er forbudet mot selvinkriminering.

Videre kommer det fram i straffeprosesslovens § 90 at ”første gang siktede møter for retten, skal han spørres om navn, fødselsår og – dag, stilling og bopel, og gjøres kjent med at han **ikke har plikt til å forklare seg.**” (min uthevelse). Politiets og rettens opplysningsplikt er viktig, da den gjør selvinkrimineringsvernet effektivt.

Begge bestemmelsene gir uttrykk for et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess. Kjernen i prinsippet er at tiltalte ikke plikter å medvirke til egen domfellelse, og dette vernet gjør seg særlig gjeldende i tilfeller hvor det er aktuelt med en opplesning av tiltaltes tidligere avgitte forklaring.

Prinsippet har kommet til uttrykk i en rekke avgjørelser, se blant annet Rt. 1999 s. 1269 hvor Høyesterett uttaler følgende: ” Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen domfellelse.”¹⁰

Begrunnelsen for at siktede ikke har forklaringsplikt, er at han eller hun skal spares for samvittighetskonflikten ved å velge mellom å lyve og å bidra til egen domfellelse

Prinsippet kommer også til uttrykk i SP artikkel 14 nr. 3 g, hvor det finnes et eksplisitt forbud mot at tiltalte skal tvinges til å vitne mot seg selv eller innrømme skyld. En lignende regel kan ikke leses direkte ut av bestemmelsene i EMK. EMD har likevel fortolket inn dette i artikkel 6 nr. 1 om retten til en rettferdig rettergang (ordene ”fair trial”).¹¹ Også etter EMK er det sentrale i vernet at den siktede ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse, og at han således kan forholde seg taus.

I begrepet selvinkriminering ligger det to rettigheter: retten til å forholde seg taus og retten til ikke å bidra til sin egen domfellelse, men det kan synes å være slik at når man taler om ”vernet mot selvinkriminering” så er det begge rettighetene det siktes til.¹²

¹⁰ Rt. 1999 s. 1269 på side 1271

¹¹ Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004. Se også Jon Petter Rui Johansen ”Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009 s. 47 på side 48 med videre henvisninger.

¹² Rui Johansen (2009) s. 48

Hensyn som begrunner vernet mot selvinkriminering er ikke bare hensynet til å oppnå et materielt riktig resultat, men også hensynet til den tiltaltes personlige integritet.

2.3 Hovedregelen - straffeprosessloven § 290

For at en politiforklaring skal kunne leses opp etter straffeprosessloven § 290 forutsettes det at den tiltalte på et tidligere stadium har forklart seg for politiet, og at han i den anledning har blitt gjort oppmerksom på sine rettigheter, altså at det ikke foreligger noen tilblivelsesmangler ved forklaringen.

Etter at en politiforklaring har blitt til og en tiltale er tatt ut, vil saken etter en viss periode komme opp til behandling for retten. Den tiltalte skal der bli gitt beskjed om hans rett til å nekte avgi forklaring, jfr. strpl. § 90. Dersom den tiltalte nekter å forklare seg reiser det spørsmål om hvorvidt det er adgang til å lese opp tiltaltes tidligere avgitte politiforklaring, og jeg skal i det følgende se nærmere på reglene som regulerer denne adgangen.

Etter straffeprosesslovens § 290 kan tiltaltes tidligere forklaringer i saken, i enten rettsboken eller politiforklaringer, leses opp i retten ” såfremt det foreligger **motstrid** mellom hans forklaringer, eller når det gjelder punkter som han **nekter å uttale seg** om eller erklærer at han **ikke husker**, eller såfremt han **ikke møter**” (min uthevelse).

Opplesningen kan med andre ord skje i fire tilfeller, og etter ordlyden kan man lese at det ikke er tillatt å lese opp forklaringen dersom den er i samsvar med den tiltaltes rettslige forklaring. Det ble i forarbeidene foreslått at det skulle gis en enda videre adgang til opplesning, men Departementet anså dette som betenkelig under henvisning til at det kunne ”undergrave hovedregelen om bevisumiddelbarhet”¹³.

Dersom den tiltalte møter til hovedforhandlingen vil der være anledning til å lese opp hans forklaring gitt at han ikke husker hva han tidligere har forklart, dersom han nekter å uttale seg overhodet eller dersom det er motstrid mellom det han har sagt tidligere og det som sies under forhandlingen. Dersom den tiltalte ikke møter til forhandlingen, så er det ingen begrensninger i adgangen til å lese opp hans forklaring.

¹³ Ot.prp.nr.35 (1978-79) side 213

Høyesterett har også uttalt at dersom den tiltalte ikke klarer påkjenningen med å gi forklaringen, så er det likestilt med at han ikke møter til hovedforhandlingen, jfr. førstevoterendes uttalelse i Rt. 1988 s. 314: ” Retten finner at den omstendighet at en tiltalt møter, men av medisinske grunner ikke er i stand til å forklare seg, må sidestilles med at vedkommende ikke har kunnet møte.”¹⁴

Ordlyden åpner også for at dersom det under en ankebehandling i lagmannsretten er samsvar med en tidligere avgitt forklaring, for eksempel en rettslig forklaring avgitt til tingretten, men ikke med politiforklaringen, så er det likevel adgang til å lese opp samtlige forklaringer.¹⁵

Reglene i § 290 gjelder kun forklaringer og skriftlige erklæringer som tiltalte har avgitt i ”anledning saken”. Bestemmelsen skiller dermed ikke mellom politiforklaringer som er avgitt under etterforskningen og forklaringer avgitt i retten. Adgangen til opplesning gjelder kun de deler av forklaringen som oppfyller vilkårene i bestemmelsen, slik at det derved er anledning til å lese opp deler av forklaringen. Dette er normalt det som gjøres i saker hvor den tiltalte ikke husker hva han har forklart seg om tidligere. Aktor vil her lese opp den delen som tiltalte erklærer at han ikke husker, eller den delen hvor det er motstrid.

I følge ordlyden er det også anledning til å lese opp alle erklæringer som ikke er avgitt i anledning saken. I dette ligger det at adgangen til å lese opp forklaringer og erklæringer som er blitt til i forbindelse med en annen sak, eller uten sammenheng med noen sak, ikke er begrenset.

Etter ordlyden i strpl. § 290 er det ingen begrensninger i adgangen til å lese opp tiltaltes forklaring såfremt han ikke møter til hovedforhandlingen. Det synes også å være vid adgang til opplesning der hvor tiltalte møter. Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylte kan forklaringen leses opp.

¹⁴ Rt. 1988 s. 314 på side 324

¹⁵ Se også Magnus Matningsdal, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, Oslo 2007 s. 43

2.4 Tilblivelsesmangler

Et spørsmål som straffeprosessloven § 290 ikke regulerer, er adgangen til å lese opp en forklaring dersom det foreligger prosessuelle feil ved avhøret. Mulige tilblivelsesfeil er at den tiltalte ikke har blitt gjort kjent med at han ikke har plikt til å forklare seg, jfr. strpl. §§ 90 og 232. Det kan også tenkes at han har blitt opplyst om at han må forklare seg for politiet, selv om dette ikke er tilfellet, eller at han har fått uriktige opplysninger i strid med strpl. § 92 andre ledd. I regelen framkommer det visse rettigheter den mistenkte har under avhøret: ”Løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes. Det samme gjelder midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse. Avhøringen må ikke ta sikte på å trette ut siktede. Han skal gis anledning til å få sedvanlige måltider og nødvendig hvile.”

Vernet mot selvinkriminering blir satt på spissen i disse situasjonene, ved at tiltalte avgir en forklaring han kanskje ikke ville ha avgitt dersom han på forhånd hadde fått de opplysningene han har rett til å motta. Tiltalte har på mange måter blitt forledet til å avgi en forklaring, hvilket betyr at forklaringen kan anses som et bevis ervervet på en ulovlig eller en utilbørlig måte. Etter alminnelig språklig forståelse er et bevis ulovlig ervervet når det er innhentet i strid med bestemmelsene i loven.

Dette reiser et spørsmål om hvorvidt politiforklaringen, på tross av at den er et ulovlig ervervet bevis, likevel kan leses opp under en hovedforhandling.

Ettersom en av hovedreglene i norsk rett er fri bevisførsel vil man kunne anta at forklaringen kan oppleses på tross av feilen. I utgangspunktet er det ingen begrensninger for hvilke bevis partene i en straffesak kan påberope seg. Likevel kan ikke dette prinsippet gjelde ubetinget.

På den ene siden har vi et prinsipp om fri bevisførsel, og selv om en forklaring er innhentet ved bruk av ulovlige metoder, så kan det argumenteres for at forklaringen likevel skal tillates opplest, men at selve ulovligheten ved innhenting kan få innvirkning på rettens vurdering av bevisverdien.

På den andre siden er det anledning til å stille spørsmålstegn ved hvor stor sannhetsverdi en forklaring som er innhentet ved hjelp av falske løfter og trusler egentlig har. Det er et hensyn som må vektlegges ved vurderingen av hvorvidt forklaringen kan leses opp.

Et annet moment er hensynet til den tiltaltes personlige integritet. De prosessuelle reglene skal sikre den tiltalte et tilstrekkelig vern, og en krenkelse av de rettighetene kan virke støtende for både den tiltalte og for publikums tillit til rettsvesenet. Dette synspunktet ga Høyesterett uttrykk for i Rt. 1994 s. 1139, hvor en tiltalt hadde forklart seg med bakgrunn i et løfte om at det ikke ville bli reagert strafferettslig på enkelte forhold han forklarte seg om. Disse løftene var i strid med strpl. § 92 andre ledd, og førstevoterende uttalte at det ”kan det fremstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede”.¹⁶

Adgangen til å avskjære ulovlig ervervede bevis er ikke lovregulert. I forarbeidene til straffeprosessloven forutsettes det ikke at ethvert ulovlig ervervet bevis skal avskjæres, men at avgjørelsen i forhold til hvorvidt beviset skal tillates ført må bedømmes konkret i hvert tilfelle,¹⁷ det samme synspunktet ga Høyesterett uttrykk for i Rt. 1991 s. 616 på side 623.

Senere rettspraksis viderefører og presiserer denne praksisen. I Rt. 1999 s. 1269 vurderer Høyesterett betydningen av EMK og gjennomgår praksis fra EMD. Høyesterett viser til både *Saunders mot Storbritannia*¹⁸ og storkammerdommen *Jalloh mot Tyskland*¹⁹, og konkluderer med at selv om EMK ikke inneholder et eksplisitt forbud mot selvinkriminering, så er det sikker praksis at et slikt forbud ligger innebygget i kravet om rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1.

Videre uttaler førstevoterende at det:

”Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset.”²⁰

Høyesterett konkluderer videre med at dersom en eventuell føring av beviset vil føre til en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, så vil føringen være avskåret. Dette betyr at en opplesning ikke kan skje i slike tilfeller. Høyesterett fortsetter med å presisere at i andre tilfeller vil vurderingen bero på en interesseavveining, hvor det ”blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med

¹⁶ Se Rt. 1994 s. 1139 på side 1141

¹⁷ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen, avgitt i juni 1969 på side 197 og Ot.prp.nr.35 (1978-79) s. 139

¹⁸ *Saunders mot Storbritannia* (application no. 19187/91), 17. desember 1991.

¹⁹ *Jalloh mot Tyskland* (application no. 54810/00), 11. juli 2006

²⁰ Rt. 1999 s.1269 på side 1272

beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset.”²¹

På bakgrunn av drøftelsene foretatt av Høyesterett ser vi at en forklaring ikke kan leses opp dersom opplesningen vil føre til en videre krenkelse av det lovbruddet som ble begått da tiltalte avga forklaringen. For det tilfelle at den tiltalte ikke ble gjort oppmerksom på hans rett til å nekte avgi forklaring, så vil det være en fortsatt krenkelse av hans rettigheter å tillate en opplesning av hans politiforklaring.

2.5 Statusendringer

En spesiell situasjon som kan oppstå er at en person først er et vitne i en sak. I starten av etterforskningen blir denne personen avhørt som vitne. Etter hvert som etterforskningen framskrider finner politiet ut at det er grunnlag for å sikte og videre tiltale dette vitnet i saken, og vitnet går da fra å være et vitne til å være en tiltalt.

Et særlig spørsmål i denne anledningen er hvorvidt forklaringen som ble avgitt som vitne kan leses opp under en hovedforhandling når personen er tiltalt. Den tiltalte har under hovedforhandlingen blitt opplyst om sin rett til å nekte å forklare seg i medhold av å være tiltalt, men det forutsettes at han ikke hadde blitt opplyst om dette da han ble avhørt av politiet. Problemstillingen er nok lite praktisk, da et vitne gjerne blir innkalt til nytt avhør når det oppdages at det er grunnlag for å ta ut tiltalte, men i denne situasjonen forutsettes det at dette ikke har skjedd.

Straffeprosessloven § 290 skiller ikke mellom forklaringer avgitt som vitne og forklaringer avgitt som siktet, jfr. ordlyden i bestemmelsen, hvilket gjør det logisk å anta at opplesningsadgangen er tilsvarende som under punkt 2.3 ovenfor uavhengig av hvorvidt den tiltalte var vitne eller siktet da forklaringen ble avgitt.

Det kan også hevdes at det i denne situasjonen vil være en prosessuell feil ved avhøret, på tross av at den tiltalte var å regne som et vitne da avhøret ble foretatt. Den tiltalte plikter ikke å medvirke til egen domfellelse, og hensynet til den tiltalte kan tale for at det vil være

²¹ Rt. 1999 s. 1269 på side 1272

urimelig å tillate opplesningen av en forklaring hvor den tiltalte ikke har blitt opplyst om hans rett til å nekte forklare seg, selv om han på daværende tidspunkt ikke var å regne for siktet eller tiltalt i saken.

I Rt. 2010 s. 67 var saksforholdet noe annerledes enn situasjonen jeg har beskrevet. Den tiltalte hadde under politiavhøret ikke blitt gjort kjent med at han var fritatt for forklaringsplikt i medhold av å være siktet, jf. straffeprosessloven § 232 første ledd. Han var heller ikke gjort kjent med at han ikke hadde forklaringsplikt i egenskap av å være bror av to andre siktede i saken, jf. straffeprosessloven § 122.

De manglende opplysningene ble ansett å være prosessuelle feil ved avhøret, og Høyesterett uttale at ”Dersom det hefter prosessuelle feil ved et politiavhør som kan antas å virke inn på rettens avgjørelse, kan forklaringen ikke leses opp etter straffeprosessloven § 290, se Bjerke/Keiserud Straffeprosessloven med kommentarer, 3. utgave, Bind II, side 1014.”²²

Når han ikke var opplyst om en eneste en av fritaksgrunnene var det helt klart at hans forklaring ikke kunne leses opp, jfr. strpl. § 290.

Likhetslinjer kan trekkes til den overnevnte skisserte situasjonen. Den tiltalte ble avhørt som vitne, og det kan således hevdes at det ikke foreligger noen prosessuelle feil ved avhøret da han på det tidspunktet ikke var siktet i saken. Det kan likevel stilles spørsmål ved om hvorvidt han skulle ha vært kalt inn til nytt avhør og deretter ha blitt opplyst om sin rett til å nekte forklare seg i medhold av å være siktet i saken. Når dette ikke ble gjort kan det sies å være en prosessuell feil ved avhøret, som igjen vil føre til at opplesningen av politiforklaringen må avskjæres.

²² Rt. 2010 s. 67 avsnitt 28

3. Saker med to eller flere tiltalte

3.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis er det særegne spørsmål som oppstår i situasjoner hvor det er to eller flere tiltalte. En medtiltalts forklaring kan være en vitneforklaring i forhold til den andre tiltalte, hvilket betyr at et regelsett som tiltalte selv normalt ikke utløser vil få anvendelse.

At en medtiltalts forklaring i noen tilfeller må betraktes som en vitneforklaring er uttrykkelig fastslått av EMD, som jeg skal vise til i det følgende avsnitt.

For å klarere illustrere forholdet mellom de medtiltalte i dette kapitlet, så har jeg valgt å kalle dem for tiltalt A og tiltalt B.

3.2 Det autonome vitnebegrepet

Etter EMK artikkel 6 nr. 3 d gis tiltalte rett til å eksaminere vitner. I dette ligger det at personene som eksamineres må falle inn under begrepet ”witness”, som nevnt i artikkel 6 nr. 3 d.

Under en hovedforhandling med flere medtiltalte vil de forskjellige medtiltalte være vitner i forhold til hverandre. Rekkevidden av tiltaltes rettigheter avhenger derfor av hvilken forståelse av vitnebegrepet som legges til grunn. Det er av den grunn behov for en nærmere redegjørelse av begrepet vitner.

EMDs praksis²³ legger til grunn at vitnebegrepet skal forstås autonomt. En autonom fortolkning av begrepet betyr at innholdet av vitnebegrepet skal fastlegges uavhengig av forståelsen konvensjonsstatene legger til grunn, hvilket betyr at det ikke er av betydning hvorvidt personen har status som vitne eller ei etter nasjonal rett.

²³ Se blant annet Delta mot Frankrike (application no. 11444/85) 19. desember 1990 og Lucà mot Italia (application no. 33354/96) 27. februar 2001.

At vitnebegrepet er autonomt kommer til uttrykk i flere dommer fra EMD. I Delta mot Frankrike²⁴ uttales det i avsnitt 34 at vitnebegrepet er autonomt, og dette gjentas også i Lucà mot Italia²⁵, hvor det i avsnitt 40 uttales at ” In that connection, the Court reiterates that the term “witness” has an “autonomous” meaning in the Convention system”.

Videre sier EMD i Lucà-dommen at “In that regard, the fact that the depositions were, as here, made by a co-accused rather than by a witness is of no relevance.”²⁶ Det avgjørende i Lucà-dommen synes ikke å være hvem som avga forklaringen, men hvorvidt forklaringen utgjorde et vitnebevis i materielt henseende.

I Rt. 2004 s. 97 vurderte Høyesterett hvorvidt opplesningsadgangen til en medtiltalt i en forent sak var underlagt de samme begrensningene som for vitneforklaringer. Høyesterett tar opp EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d og viser til de vurderinger som er gjort av EMD om at vitnebegrepet er autonomt. Høyesterett slutter seg til EMDs vurdering, og legger til grunn at ”Også når det er tale om medtiltaltes forklaring, må nemlig opplesningsadgangen i forhold til bestemmelsene i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d bero på tilsvarende betraktninger som for vitner.”²⁷ Dette synspunktet er videreført i flere andre dommer, blant annet Rt. 2004 s. 1974 og Rt. 2006 s. 120.²⁸

Dette medfører at det ved vurderingen av adgangen til opplesning av medtiltaltes tidligere avgitte forklaring må tas hensyn til reglene som gjelder for opplesning av vitneforklaringer. Rettssikkerhetsgarantiene i EMK kommer derfor til anvendelse, og de skal jeg i det følgende gjøre nærmere rede for. Jeg vil imidlertid starte med å redegjøre for reglene i straffeprosessloven.

3.3 Utgangspunktet – straffeprosessloven og EMK

3.3.1 Generelt om opplesningsadgangen

Vi forutsetter at tiltalte A og tiltalte B begge er tiltalte, og at tiltalespørsmålet skal avgjøres i samme hovedforhandling. Når det er aktuelt å lese opp forklaringen fra den tiltalte A, så vil

²⁴ Delta mot Frankrike (application no. 11444/85) 19. desember 1990

²⁵ Lucà mot Italia (application no. 33354/96) 27. februar 2001

²⁶ Se dommens avsnitt 41

²⁷ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 18

²⁸ Henholdsvis avsnitt 12 i Rt. 2004 s. 1974 og avsnitt 19 i Rt. 2006 s. 120.

situasjonen være slik at denne forklaringen også er en vitneforklaring i forhold til den tiltalte B.

Når vi har to tiltalte er det flere hensyn som ligger bak reglene for opplesning, enn dersom det kun er en tiltalt. Tiltalt A er beskyttet av reglene om selvinkriminering, men ved opplesningen av As forklaring er også tiltalt B beskyttet, blant annet av reglene om adgangen til å lese opp vitneforklaringer. Det er forskjellige hensyn som regulerer adgangen til å lese opp en tidligere avgitt forklaring. Det kan derfor tenkes situasjoner hvor hensynet til den andre tiltalte tilsier at forklaringen ikke kan leses opp.

Ved vurderingen av hvorvidt As forklaring kan leses opp er det straffeprosessloven § 290 som får anvendelse da A er en tiltalt. Opplesningsadgangen etter strpl. § 290 er vid, som allerede nevnt i punkt 2.3, og det vil således være tillatt å lese opp forklaringen til A etter denne bestemmelsen, gitt at det heller ikke eksisterer noen tilblivelsesmangler, jfr. oppgavens punkt 2.4.

Reglene for opplesning av vitneforklaringer kommer til anvendelse, jfr. det autonome vitnebegrepet.

Det generelle utgangspunktet for opplesning av vitneforklaringer finner vi i straffeprosessloven § 296 første ledd. Her framkommer det at vitnet ”bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen”. Bestemmelsen gir ikke kun uttrykk for muntlighetsprinsippet, men også for at det ikke er grunnlag for å godta at en forklaring refereres av en tredjemann. Et eksempel er at det føres en politimann som skal forklare seg om innholdet av en forklaring gitt av et vitne han avhørte framfor å føre det aktuelle vitnet, eller at man framfor å kalle inn vitnet personlig heller velger å lese opp politiforklaringen.

For at denne regelen skal kunne fravikes må det være et ”særegent forhold”

Hva som er et særegent forhold er det opp til rettens skjønn å vurdere²⁹.

Prinsippbestemmelsen i første ledd utfylles likevel av reglene i straffeprosessloven § 296 andre ledd, § 297 og av EMK.

²⁹ Se Andenæs (2009) s. 401 og videre henvisning til Rt. 1992 s. 569

3.3.2 Straffeprosessloven § 296

Etter straffeprosessloven § 296 andre ledd kan politiforklaringer leses opp ”såfremt det foreligger **motstrid** mellom vitnets forklaringer, eller når det gjelder punkter som vitnet **nekter å uttale** seg om eller erklærer at det **ikke husker**” (min utheving). Dette er det generelle utgangspunktet for opplesning av politiforklaringer, og etter lovens ordlyd er det få begrensninger i opplesningsadgangen ettersom ordlyden tilsier at en opplesning uten videre kan skje såfremt vilkårene er oppfylte. Det er med andre ord tre situasjoner hvor en tidligere avgitt forklaring kan leses opp, og bestemmelsen får kun anvendelse i tilfeller hvor vitnet (og dermed også den medtiltalte) rent faktisk møter til hovedforhandlingen.

I Rt. 1998 s. 1182 synes førstevoterende at ordlyden gir uttrykk for at det kun er deler av forklaringen som kan leses opp, og presiserer derfor at: ”Det kan likevel ikke være tvilsomt at hele politiforklaringen må kunne leses opp dersom vitnet helt eller i det alt vesentlige nekter å forklare seg for retten. Det samme må gjelde der vitnet overhodet ikke, eller bare i uvesentlig grad, husker et hendelsesforløp som det tidligere har forklart seg om.”³⁰

Det framkommer også av Høyesterettspraksis³¹ at det må tolkes inn en begrensning for adgangen til opplesning ut fra forsvarlighets- og hensiktsmessighetsbetraktninger.

I Rt. 1994 s. 1324 uttaler førstevoterende: ”En så vidtgående opplesningsadgang harmonerer ikke med det lovgivningspolitisk sterkt forankrede utgangspunkt om umiddelbar og muntlig bevisførsel eller med det alminnelige og grunnleggende krav til forsvarlig saksbehandling. Dette tilsier at også opplesningsadgangen etter straffeprosessloven § 296 annet ledd 1. punktum må begrenses av et vilkår om forsvarlighet og forholdsmessighet.”³²

Retten utdyper ikke hva den legger i et krav til forsvarlighet og forholdsmessighet, men viser til at det ved forholdsmessighetsvurderingen må være sentralt å se på hvor betydningsfull forklaringen antas å være. Retten begrunner disse kravene med at en for vidtgående adgang til opplesning ikke harmonerer ”med det lovgivningspolitisk sterkt forankrede utgangspunkt om

³⁰ Rt. 1998 s. 1182 på side 1187

³¹ Rt. 1994 s. 1324, og Rt. 1999 s. 757, se side 760-761.

³² Rt. 1994 s. 1324 på side 1327

umiddelbar og muntlig bevisførsel eller med det alminnelige og grunnleggende krav til forsvarlig saksbehandling”.³³

Det er vanskelig å trekke en generell regel ut av denne dommen, annet enn at Høyesterett mener det skal være begrensninger i adgangen til å lese opp forklaringer etter strpl. § 296 andre ledd.

3.3.3 Straffeprosessloven § 297

I strpl. § 297 framkommer det at når et vitne (og således også en medtiltalt) ikke møter til hovedforhandlingen kan en tidligere avgitt forklaring kun leses opp i tilfeller hvor ”muntlig avhør **ikke er mulig** eller vil medføre en **uforholdsmessig ulempe eller utgift**” (min uthevelse), jfr. straffeprosessloven § 297, 1. ledd, 1. punktum. Etter ordlyden er det ikke skilt mellom hvorvidt vitnet ikke møter på grunn av lovlig gitt varsel, eller hvorvidt vitnet uteblir uten gyldig forfall.

Bestemmelsen gir adgang til opplesning i to tilfeller, og i situasjoner hvor muntlig avhør ikke er mulig kan det tenkes at et vitne er død eller oppholder seg i utlandet. Ettersom det i denne oppgaven er tale om en tiltalt og ikke et vitne, må det forutsettes at saken kan føres for retten selv om den tiltalte ikke møter.

Lovens ordlyd gir lite veiledning i hva som er en ”uforholdsmessig ulempe eller utgift”, og Straffeprosesslovkomiteens uttaler i sin innstilling at ”Om muntlig avhør vil medføre uforholdsmessig ulempe eller omkostning, må avgjøres ut fra situasjonen når spørsmålet blir aktuelt. Selv om det ikke ville ha vært berettiget å unnlate å innkalle vitnet til hovedforhandlingen, kan det være berettiget å tillate opplesning for å unngå utsettelse og nytt rettsmøte”³⁴

I dette ligger at momenter i vurderingen er alvoret i saken, hvor sentralt vitnet er og hvor store utgifter det vil bety å bringe vitnet til hovedforhandlingen.³⁵ I forholdsmessighetsvurderingen

³³ Rt. 1994 s. 1324 på side 1327

³⁴ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (1969) side 305

³⁵ Se Matningsdal (2007) s. 42

ligger det også at dersom vitnet (og dermed den medtiltalte) blir syk, må det vurderes om det er mest hensiktsmessig å utsette saken, eller om forklaringen heller kan leses opp.

Videre sier Høyesterett i Rt. 1990 s. 312 at ”Etter straffeprosessloven § 297 kan opplesning av politiforklaring bare skje dersom muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift. I saker hvor muntlig avhør er mulig, vil avgjørelsen således bero på en vurdering. Her må det blant annet legges vekt på betydningen av at det kan stilles spørsmål til et vitne, jf Rt-1988-78.”³⁶

I samme sak konkluderer Høyesterett med at ”Hvis det dreier seg om helt sentrale vitner, som det er mulig å føre for den dømmende rett, må hensynet til tiltaltes rettssikkerhet regelmessig slå igjennom i forhold til utgifter og ulemper ved en utsettelse av saken.”³⁷

En opplesning av en forklaring etter strpl. § 297 er mer omfattende enn etter strpl. § 296.³⁸ Grunnen til dette er at en opplesning etter strpl. § 296 langt på vei kun vil være et supplement til tiltalte As egen forklaring, ettersom tiltalte B er til stede i retten. Opplesningen skjer ved at den delen av forklaringen som medtiltalte erklærer at han ikke husker noe om, leses opp. Det samme gjelder dersom det er motstrid mellom politiforklaringen og den muntlige forklaringen. I slike tilfeller vil kun den enkelte delen der det er motstrid bli lest opp, og ikke forklaringen i sin helhet. Kun dersom tiltalte B nekter å forklare seg i det hele tatt vil det være aktuelt å lese opp hele forklaringen.

En opplesning etter strpl. § 297 vil langt på vei erstatte det muntlige avhøret fullstendig, hvilket er naturlig ettersom opplesning etter denne bestemmelsen betyr at medtiltalte ikke er tilstedet under hovedforhandlingen. Her vil forklaringen bli lest opp i sin helhet.

Lovtekstens ordlyd tilsier at man kan lese opp forklaringen dersom vilkårene i straffeprosessloven §§ 296 andre ledd og 297 er oppfylt. Vilråene virker ikke å være omfattende, slik at man dermed kan anta at opplesningsadgangen etter disse bestemmelsene er vid. Dersom bestemmelsen tolkes isolert etter ordlyden, vil den komme i konflikt med EMD artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d. Gjennom rettspraksis har bestemmelsene blitt modifisert og endret over en lengre tidsperiode. Det er ikke kun vilråene etter straffeprosessloven som må

³⁶ Se dommen side 314

³⁷ Rt. 1990 s. 312 på side 316

³⁸ Jebens (2004) s. 543

vurderes. EMK begrenser opplesningsadgangen ytterligere, og må således være med i vurderingsgrunnlaget.

3.3.4 EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d

EMK artikkel 6 nr. 1 gir enhver person rett til en rettferdig rettergang. Dette er en prinsippbestemmelse, og kravene i bestemmelsen er rettet mot det organet som skal ta en avgjørelse. I dette tilfellet vil det organet være domstolene, som skal avgjøre hvorvidt en forklaring kan leses opp under hovedforhandlingen. Retten til en rettferdig rettergang er et overordnet prinsipp som vil ha betydning i forhold til den tiltaltes minimumsrettigheter og hans rett til blant annet kontradiksjon. Konsekvensen av dette er at artikkel 6 nr. 3 d må tolkes i lys av dette prinsippet.

EMK artikkel 6 nr. 1 inneholder altså hovedregelen om at en straffesiktet (jfr. ordet ”charged” har rett til en ”rettferdig og offentlig rettergang”, mens artikkel 6 nr. 3 stiller særlige minstekrav til en slik rettergang.

Etter EMK artikkel 6 nr. 3 d har den tiltalte i en straffesak to rettigheter. Det er for det første retten til krysseksaminasjon av vitner som føres mot han, og for det andre retten til å selv føre vitner, jfr. ordene ”to examine or have examined witnesses against him”. Bestemmelsen sikrer her den tiltaltes rett til å eksaminere vitner som føres i mot han. Denne retten til eksaminasjon er relevant i forhold til den tiltalte A og den tiltalte B, ettersom den tiltalte A har rett til å avhøre vitner som føres i mot han. I og med at den tiltalte Bs forklaring vil være en vitneforklaring i forhold til A, så har den tiltalte A dermed rett til å avhøre B. Retten til å eksaminere vitner settes særlig på spissen i tilfeller hvor vitnene ikke møter til hovedforhandlingen, eller nekter å avgi forklaring.

Tiltalte har ikke bare en rett til å foreta ”motavhør” av vitner som føres av påtalemyndighetene, men han har også en selvstendig rett til egen vitneførsel.

Selv om det ikke direkte framgår av ordlyden i EMK artikkel 6 nr 3 d, viser praksis fra EMD³⁹ at utgangspunktet etter konvensjonen er at vitneforklaringer skal avgis direkte for den

³⁹ Se blant annet *Asch v. Østerrike* (application no. 12398/8626) 26. april 1991, avsnitt 27

dømmende rett, og bestemmelsen av dermed sammenheng med prinsippet om bevisumiddelbarhet.

3.3.5 Oppsummering

Opplesningsadgangen etter EMK og etter straffeprosessloven er ikke lik. Adgangen etter straffeprosessloven §§ 296 og 297 synes å være vid ettersom ordlyden åpner for at en eventuell opplesning kan tillates dersom vilkårene i bestemmelsene er oppfylte.

Bestemmelsene krever ikke uttrykkelig at tiltalte har fått adgang til kontradiksjon. EMK artikkel 6 forbyr ikke uttrykkelig opplesning av forklaringer, men gir en adgang til å lese de opp dersom retten til kontradiksjon er oppfylt. Retten til kontradiksjon er således det som skiller disse to regelsettene mest fra hverandre.

I og med at opplesningsadgangen etter EMK er snevrere enn ordlyden i strpl. § 296 og § 297, så er det reglene i EMK som får anvendelse, jfr. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Reglene i EMK er satt for å beskytte menneskerettighetene, og det er således andre hensyn som begrunner disse reglene enn reglene i straffeprosessloven.

Adgangen til å lese opp forklaringer kommer ikke eksplisitt fram i EMK, men EMD har fortolket inn denne adgangen i bestemmelsene i EMK, og EMDs fortolkning er således avgjørende for hvordan konvensjonen skal forstås.

Høyesterett har samtidig fortolket EMD, men synes å være noe uklar i sin tolkning i en periode. Uklarheten hos Høyesterett synes nå å være ryddet av vei, og i de siste årene har deres tolkning av EMD vært konsistent. Reglene om adgang til å lese opp politiforklaringer er nå klarlagt og jeg skal redegjøre nærmere for disse etter først å ha presentert utviklingen opp mot dagens regelsett.

3.4 Utviklingen mot dagens regel

3.4.1 Høyesteretts utvikling

I de første dommene fra Høyesterett, som omhandlet temaet opplesning av politiforklaring, ble spørsmålet avgjort uten at EMK eller EMDs praksis ble vurdert. Før 1990 tok Høyesterett kun utgangspunkt i straffeprosessloven når adgangen til å lese opp forklaringen skulle

vurderes. Som en følge av at EMK ikke ble trukket inn i vurderingene var adgangen til opplesning omfattende.

Etter 1990 ble EMK i større grad trukket inn i vurderingene gjort av Høyesterett, og det ble særlig vist til EMDs praksis.

EMD avsa en rekke dommer om opplesning av politiforklaringer, og oppstilte således regler for hvordan opplesningsadgangen i EMK skulle tolkes. Denne praksisen ble deretter fortolket av Høyesterett, men det var noe usikkerhet i forhold til hvordan bestemmelsen skulle formuleres i norsk rett.

Utviklingen Høyesterett gikk gjennom er for omfattende til at jeg kan redegjøre for den grundig. I all hovedsak var opplesningsadgangen før 1990 begrenset av reglene i straffeprosessloven, hvilke betyr at adgangen var vid da det ikke var andre begrensninger i opplesningsadgangen enn de §§ 290, 296 og 297 oppstiller. Først etter 1990 ble EMK trukket inn i vurderingen, og Høyesterett så hen til EMDs fortolkninger av konvensjonen. Høyesterett forsøkte deretter å oppstille en regel basert på en tolkning av EMDs praksis, men det synes å være noe usikkerhet i forhold til hvordan denne regelen skulle formuleres. Dette medførte at Høyesterett la til grunn en strengere begrensning i opplesningsadgangen enn EMD.

For en nærmere redegjørelse av utviklingen viser jeg til Jebens (2004) side 545 og Matningsdal (2007) side 53 og 99.

3.4.2 EMDs utvikling

En av de tidligste dommene i EMD som behandlet spørsmålet om opplesning av vitneforklaring var i saken *Unterpertinger mot Østerrike*⁴⁰. *Unterpertinger* var siktet for vold mot sin (fraseparete) kone og hennes datter. Konen var informert om at hun ikke behøvde avgi forklaring for politiet, men hun valgte å avgi forklaringen likevel. Da saken kom opp for retten ønsket verken konen eller *Unterpertingers* stedatter å avgi forklaring, og deres politiforklaringer ble opplest under hovedforhandlingen. *Unterpertinger* ble dømt, hovedsakelig på bakgrunn av de forklaringer som var opplest og ført mot han.

⁴⁰ *Unterpertinger mot Østerrike* (application no. 9120/80) 24. nov. 1986

Saken kom opp for EMD, og Unterpertinger anførte brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d. EMD uttalte på prinsipielt grunnlag at selve opplesningen av forklaringene i seg selv ikke var en krenkelse mot artikkel 6⁴¹, men at den siktede likevel må ha anledning til å eksaminere vitner som er ført mot han.

Når EMD kom fram til at en krenkelse var skjedd, baserte de seg på det faktum at Unterpertinger ikke på noe stadium av saken hadde fått anledning til å stille spørsmål til de vitnene hvis politiforklaringer ble opplest. Likevel var dette ikke hovedbegrunnelsen for at EMD fant at en krenkelse hadde funnet sted. EMD viser til at den nasjonale retten. Den nasjonale retten baserte i all hovedsak sin avgjørelse på de to oppleste vitneforklaringene, selv om de ikke var de eneste bevisene i saken. Vitneforklaringene hadde blitt behandlet som fakta og ikke kun som informasjon.⁴²

Noen få år etter Unterpertinger-dommen kom Asch mot Østerrike⁴³ i 1991 opp for EMD. Faktum i saken var tilnærmet likt det i Unterpertinger-saken: En politiforklaring hadde blitt opplest uten at tiltalte på noe stadium i saken hadde fått anledning til å stille spørsmål til vitnet. I motsetning til Unterpertinger kom derimot EMD, under dissens 7-2, fram til at en krenkelse ikke hadde funnet sted. Dette begrunnet retten med at vitneforklaringen ikke var et vesentlig bevis i saken:

”Above all it is clear from the file that Mrs J.L.’s statements, as related by Officer B., id not constitute the only item of evidence on which the first-instance court based its decision.”⁴⁴

Domfellelsen var basert på en samlet vurdering av alle bevis i saken, hvor selve vitneforklaringen var ett av flere dokumentert bevis.

Her skiller med andre ord EMD mellom bevis som er vesentlig i saken, og bevis som ikke er vesentlige. Det er forklaringens vekt som er vurderingstemaet i forhold til hvorvidt en eventuell opplesning skal tillates. EMD la til grunn at Unterpertinger ikke hadde fått en rettfærdig rettergang ettersom den oppleste forklaringen var det avgjørende beviset, i motsetning til i Asch-saken, hvor forklaringen ble støttet av flere andre bevis.

⁴¹ Se dommen avsnitt 31.

⁴² Se dommen avsnitt 33 og ordene ”based the applicant’s conviction **mainly** on the statements” (min uthevelse).

⁴³ Asch v. Østerrike (application no. 12398/8626), 26. april 1991

⁴⁴ Se dommens avsnitt 31

EMD fulgte opp dette synspunktet i en rekke andre avgjørelser, men det kan synes som at vesentlighetskriteriet etter hvert ble noe tonet ned, og at det i nyere tider vektlegges i større grad at tiltalte har vært gitt anledning til å eksaminere vitnene ved et stadium i rettergangen.

Dette kommer blant annet fram i avvisningsavgjørelsen i saken Peltonen mot Finland⁴⁵.

Peltonen var siktet for narkotikaovertrедelser og våpenbesittelse, og det var flere medsiktede i samme sak. En av de medsiktede ble ført som vitne mot Peltonen, og han nektet å forklare seg for retten. Hans politiforklaring ble dermed lest opp, og Peltonen ble dømt i henhold til tiltalen. Det kommer fram at domfellelsen skjedde hovedsakelig på bakgrunn av de vitneforklaringene som ble lest opp. Peltonen klaget saken inn til EMD med henvisning til at verken han eller hans forsvarer hadde fått være til stedet da selve avhørene av vitnene ble foretatt, og at det ikke var nok at vitnet hadde vært til stedet i retten slik at eventuelle spørsmål kunne ha blitt stilt da.

Dette var ikke EMD enig i, og klagen ble avvist som ”manifestly ill-founded” etter EMD hadde presisert at Peltonen hadde vært tilstedet sammen med vitnet under flere rettsmøter samt hovedforhandlingen, og han hadde hatt flere anledning til å stille spørsmål til vitnet. Selv om vitnet ikke ønsket å svare på spørsmålene, så betød ikke dette at Peltonen ikke hadde fått tilstrekkelig anledning til å stille spørsmål til henne. Det kommer også fram at dersom forsvarer/tiltalte får anledning til å stille spørsmål til vitnet, men ikke benytter denne muligheten, så er retten til eksaminasjon likevel oppfylt. Det avgjørende er hvorvidt det har blitt gitt en anledning til å stille spørsmål, og ikke hvorvidt spørsmålene rent faktisk ble stilt eller besvart.

3.5 Dagens regel om adgangen til å lese opp politiforklaringer

3.5.1 Hovedbevislæren

Rt. 2004 s. 1789 var en narkotikasak med ni opprinnelige tiltalte. Fire av disse anket saken til lagmannsretten, hvor to tidligere tiltalte i samme sak var innkalt som vitner. Begge to møtte under ankebehandlingen i lagmannsretten, men ønsket ikke å forklare seg for retten. De to kvinnene ble deretter permittert, og deres politiforklaringer ble tillatt opplest.

⁴⁵ Peltonen mot Finland (application no. 30409/96) 11. mai 1999.

Saken ble deretter anket videre til Høyesterett, under henvisning til at det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten å tillate opplesning av politiforklaringen.

Høyesterett viser til at de to vitnene møtte til hovedforhandlingen, og at det rettslige utgangspunktet av den grunn må være strpl. § 296, og ikke strpl. § 297. Videre henviser Høyesterett til at det ved tolkningen av opplesningsadgangen etter denne bestemmelsen må ses hen til EMK artikkel 6 nr. 1 om rettferdig rettergang sammenholdt med artikkel 6 nr. 3 d om retten til krysseksaminasjon.

Under behandling av anken viser førstevoterende til EMDs tolkning av EMK i forhold til rekkevidden av bestemmelsene i EMK.

Høyesterett henviser spesielt til dommen *Lucà mot Italia*,⁴⁶ hvor den tiltalte ble dømt på bakgrunn av opplesning av politiforklaringene til hans medtiltalte. Saken gjaldt en narkotikaforbrytelse med flere tiltalte, og etter EMDs vurdering var dette i strid med EMK ettersom bevisene i saken var avgjørende, jfr. deres uttalelse i avsnitt 40: ”The corollary of that, however, is that where a conviction is based **solely or to a decisive** degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined” (min uthevelse).

Den tiltalte hadde ikke blitt gitt anledning til å stille spørsmål til vitnene, og Høyesterett kom fram til at EMDs vurderingstema var hvorvidt dommen bare eller i avgjørende grad var basert på de vitneforklaringene.⁴⁷

Høyesterett viser til at samme vurderingstema går igjen i EMDs dom *Craxi mot Italia*,⁴⁸ hvor det ble tillatt opplesning av forklaringen til et vitne som var død. Her henviser EMD på ny til at en domfellelse basert utelukkende eller i avgjørende grad på uttalelser fra en person som den tiltalte ikke har fått stilt spørsmål til, må anses å være i strid med rettsikkerhetsgarantiene i artikkel 6.⁴⁹

⁴⁶ *Lucà mot Italia* (application no. 33354/96) 27. februar 2001

⁴⁷ Rt. 2004 s. 1789 i avsnitt 16.

⁴⁸ *Craxi mot Italia* (application no. 34896/97) 5. desember 2002.

⁴⁹ Se dommens avsnitt 86, jfr. ordene ”se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante”.

Etter en undersøkelse av hva EMDs praksis er ser Høyesterett an til tidligere norsk rettspraksis⁵⁰, og viser til at Høyesterett ikke ”har ment å legge til grunn strengere krav enn EMD har stilt opp.”⁵¹

På bakgrunn av de manglede begrensningene i opplesningsadgangen i strpl. § 296, og på bakgrunn av de begrensninger som EMD har forstått ligger i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d, så kommer førstevoterende fram til at hovedproblemstillingen må være hvorvidt en eventuell domfellelse ”bare eller i avgjørende grad” har blitt basert på de oppleste vitneforklaringene.

I denne saken var det ikke tilfellet ettersom de øvrige bevis var omfattende.

Vitneforklaringene utgjorde ikke de hovedsaklige bevis i saken, og anken ble dermed forkastet da det ikke var en saksbehandlingsfeil å tillate vitneforklaringene opplest.

Kriteriet om at beviset må være hovedsakelig eller avgjørende har senere blitt gjentatt i flere avgjørelser fra Høyesterett, blant annet i Rt. 2004 s. 1974 og i Rt. 2006 s. 120.⁵²

På bakgrunn av Høyesteretts fortolkning av EMDs praksis kan man oppstille en regel om at adgangen til å lese opp en forklaring avhenger av hvorvidt forklaringen, sett i sammenheng med de øvrige bevis i saken, kan sies å være det ”hovedsaklige” eller ”vesentlige” beviset. Denne læren refereres ofte til som hovedbevislæren, og formuleringen kan sies å bygge på en oversettelse fra Unterpertinger-saken, hvor EMD uttalte at de nasjonale domstolene ”mainly” hadde bygget sin avgjørelse på de oppleste politiforklaringene.⁵³

På bakgrunn av Høyesteretts praksis er det klart at det er anledning til å lese opp bevis som ikke er de avgjørende eller de hovedsaklige bevis i saken.

I en forlengelse av dette kan vi tenke oss en situasjon hvor beviset (i dette tilfellet forklaringen fra den ene av de medtaltale i saken) rent faktisk er det vesentlige eller hovedsaklige beviset i saken. Spørsmålet vil dermed være hvordan adgangen til opplesningen av en slik forklaring stiller seg, og hvorvidt det er noen begrensninger i adgangen til å lese opp en forklaring som er et vesentlig bevis i saken.

⁵⁰ Rt. 2004 s. 943 og Rt. 2004 s. 897

⁵¹ Rt. 2004 s. 1789 i avsnitt 20.

⁵² Se avsnitt 19 og 20 i Rt. 2004 s. 1976 og avsnitt 19 i Rt. 2006 s. 120.

⁵³ Matningsdal (2007) s. 55

Hovedbevislæren kan sies å beskytte den som beviset (i dette tilfellet en politiforklaring) føres i mot. I vår situasjon er det den tiltalte A som blir beskyttet mot et bevis som vil være avgjørende i hans sak. Et annet relevant spørsmål er hvorvidt en opplesningsadgang kan nektes med henvisning til hensyn som beskytter den tiltalte B.

3.5.2 Retten til kontradiksjon

Høyesterett kom med en prinsipiell avgjørelse i forhold til opplesning av politiforklaringer i Rt. 2003 s. 1808. Saken gjaldt smugling av narkotika. Et sentralt vitne møtte til hovedforhandlingen, men nektet å forklare seg med henvisning til at ved å svare ville han selv risikere straff, jfr. strpl. § 123. Lagmannsretten godtok dette og tillot ikke opplesning av politiforklaringen. Saken ble anket, og kom opp for Høyesterett. Førstevoterende presiserte aller først at straffeprosessloven ikke inneholdt noen begrensninger i adgangen til å lese opp forklaringen, og gikk deretter gjennom relevant praksis fra EMD for å se hva slags begrensninger de har fortolket inn i EMK artikkel 6 nr. 3 d. Førstevoterende nevner blant annet *Asch mot Østerrike*, *Lucà mot Italia* og *Craxi mot Italia*. *Peltonen mot Finland* blir også sett nærmere på, og etter en gjennomgang av EMDs praksis konkluderer førstevoterende med at det framkommer av EMDs praksis at selv om en forklaring er det eneste eller det avgjørende beviset i saken, så kan den likevel leses opp dersom den tiltalte har fått en anledning til å stille spørsmål til den som avga forklaringen.⁵⁴

Høyesterett vektlegger praksis fra EMD, og framhever videre at det blant annet i både *Lucà-saken* og i *Craxi-saken* ble det konstatert krenkelse ettersom tiltalte på forhånd ikke ved et eneste steg i prosessen hadde blitt gitt anledning til å stille spørsmål til de medsiktede. Det neste spørsmålet som deretter reises av førstevoterende er hvorvidt det i denne saken kan kreves at vitnet svarer på de spørsmål som blir stilt, eller hvorvidt det er tilstrekkelig at anledningen til å stille spørsmål blir gitt. I denne aktuelle saken var forsvareren gitt anledning til å stille spørsmål til vitnet, men vitnet ønsket likevel ikke å svare. Førstevoterende henviser igjen til *Lucà-saken* og *Craxi-saken*, og viser også til *Peltonen mot Finland*. Felles for disse dommene er at vitnene ikke forklarte seg, av forskjellige årsaker. Førstevoterende kommer fram til at det ikke er et vilkår at vitnet svarer på spørsmålene som blir stilt, det er tilstrekkelig at det blir gitt anledning til å stille spørsmål til vitnet. Dette

⁵⁴ Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17.

begrunner Høyesterett med at hensynet bak EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d er prinsippet om partslikhet ("equality of arms"). Så lenge adgangen til å stille spørsmål har blitt gitt, har partene fått partslikhet. Prinsippet er ikke avhengig av at spørsmålene blir besvart.⁵⁵

I denne saken var det gitt anledning til å stille spørsmål, og Høyesterett konkluderte med at det ikke var i strid med EMK artikkel 6 nr. 3 d å lese opp vitnets politiforklaring. Retten støttet seg til EMDs praksis og forståelse av artikkelen, og viste til at norsk praksis er i samsvar med konvensjonen. Påtalemyndighetene fikk dermed medhold i at det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten å nekte opplesning av forklaringene.

Etter Rt. 2003 s. 1808 behandlet EMD i 2006 saken Kaste og Mathiesen mot Norge.⁵⁶

Saken omhandlet narkotikaforbrytelser, og var tatt opp til ankebehandling i lagmannsretten. Her ble politiforklaringen til en medtalt i saken lest opp da han nektet å forklare seg. Forsvarer ønsket så å stille spørsmål til den medtalt, men fikk beskjed av rettsformannen om at den medtalt hadde benyttet seg av sin rett til ikke å forklare seg, og at det dermed ikke var adgang til å stille spørsmål til han.⁵⁷

Under EMDs behandling av saken kom EMD fram til at det ikke var korrekt av retten å unnlate å gi en anledning til å stille spørsmål til den medtalt. De øvrige tiltalte i saken skulle ha fått anledning til å eksaminere den medtalt, ettersom denne eksaminasjonen ikke ville kommet i konflikt med den medtaltets rett til å nekte besvare disse spørsmålene.

Etter denne dommen kan man trekke den konklusjonen at tiltalte og forsvareren må få en reell adgang til å stille spørsmål, selv om det aktuelle vitnet har benyttet seg av sin rett til å nekte avgi forklaring.

Høyesterett oppstilte i Rt. 2003 s. 1808, i tråd med praksis fra EMD, at dersom en politiforklaring skulle kunne leses opp selv om vitnet påberoper seg en gyldig grunn til å nekte å forklare seg, så må den tiltalte ha fått anledning til å stille spørsmål til vitnet. I denne dommen ble spørsmålet om opplesningsadgangen regulert av strpl. § 296 andre ledd, ettersom vitnet var tilstedet under forhandlingen. Dette reiser spørsmål om hvorvidt det er andre bestemmelser som er avgjørende dersom vitnet (i denne oppgaven således også den medtalt) ikke møter til hovedforhandlingen.

⁵⁵ Se dommen avsnitt 18

⁵⁶ Kaste og Mathiesen mot Norge (application no. 18885/04 og 21166/04) 9. november 2006.

⁵⁷ Høyesteretts kjennelse i saken finnes i Rt. 2004 s. 97

3.5.3 Tiltalte B møter

I en tenkt situasjon møter både den tiltalte A og den tiltalte B til hovedforhandlingen. Under selve forhandlingen nekter B å forklare seg, under henvisning til straffeprosessloven § 232, jfr. § 90.

Aktor ønsker å lese opp Bs forklaring, og henviser til at det ikke foreligger noen tilblivelsesmangler ved forklaringen og at strpl. § 290 heller ikke er i veien for en eventuell opplesning.

Dette motsetter As forsvarer seg, og viser til at hensynet til hans klient må tale mot at opplesningen kan tillates, og at straffeprosessloven § 296 andre ledd setter skranker for opplesningen ettersom den er et vitneutsagn mot hans klient.

Spørsmålet som i den anledning oppstår er hvorvidt det er anledning til å lese opp Bs forklaring.

I Rt. 1999 s. 757 uttaler Høyesterett at ”Sentralt i vurderingen av om opplesning må anses forsvarlig og forholdsmessig står tiltaltes rett til å stille spørsmål til vitner mot ham.”⁵⁸

Videre presiserer Høyesterett at adgangen til å lese opp forklaringen begrenses av EMK, og at adgangen således må skje i samsvar med de rettigheter den tiltalte har etter konvensjonen.

Avgjørende etter konvensjonen må være at ” tiltalte på et eller annet stadium i saken har fått anledning til å utspørre et vitne mot ham”⁵⁹

I denne dommen synes Høyesterett å bygge på det syn at hovedbevislæren også gjelder når de medtiltalte er tilstedet under hovedforhandlingen, jfr. ordene ” det eneste sentrale bevis”⁶⁰

På bakgrunn av denne dommen kan det trekkes den konklusjon at Høyesterett kun tillater opplesning av forklaringer som ikke er det sentrale beviset i saken, dersom det har vært gitt en anledning til å stille spørsmål til vitnet. I motsatt fall, dersom beviset er avgjørende eller dersom en mulighet til å stille spørsmål ikke har vært gitt, så vil adgangen til å føre beviset være utelukket.

⁵⁸ Rt. 1999 s. 757 side 760

⁵⁹ Rt. 1999 s. 757 side 760

⁶⁰ Rt. 1999 s. 757 side 761

Dette synet må likevel sies å være endret i nyere rettspraksis. Rt. 2003 s. 1808 bekrefter dette synet, se, se foregående punkt 3.5.2. Førstevoterende framhever i denne dommen at selv om forklaringen som er avgitt under etterforskningen er ”det eneste eller avgjørende bevis, kan forklaringen under denne forutsetningen tillates opplest, såfremt tiltalte eller hans forsvarer har fått passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere stadium av forfølgningen”.⁶¹

Dette må sies å være den gjeldende regelen i dagens rettspraksis, hvilket betyr at dersom den tiltalte B møter til hovedforhandlingen, nekter å forklare seg, så må det likevel være anledning til å lese opp hans tidligere avgitte politiforklaring. Det er uten betydning hvorvidt hans forklaring kan anses å være et avgjørende bevis i saken, så lenge den tiltalte A gis anledning til å stille spørsmål til den tiltalte B. Dersom dette er gjort anses begrensningene i opplesningsadgangen etter EMK å være oppfylte, og en opplesning kan således tillates.

3.5.4 Tiltalte B møter ikke

En annen tenkt situasjon er der den tiltalte A møter til hovedforhandlingen, men hvor den tiltalte B uteblir. Aktor ønsker her å lese opp Bs tidligere avgitte forklaring under henvisning til strpl. § 290, noe As forsvarer motsetter seg. Disse reglene er satt for å beskytte B selv, men i henhold til avsnitt 2.3 er de ikke i veien for at Bs forklaring likevel kan leses opp.

Som tidligere redegjort for er Bs forklaring et vitneforklaring i forhold til A, og det er således reglene for opplesning av vitneforklaringer som får anvendelse. Hensynet som skal beskytte den tiltalte A kan tale for at det ikke er anledning til å lese opp Bs forklaring.

Straffeprosessloven § 297 er anvendbar i situasjoner hvor medtiltalte (tiltalt B) ikke møter til hovedforhandlingen.

I Rt. 1990 s. 312 synes Høyesterett å gi uttrykk for at forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 297 medfører at opplesningsadgangen etter bestemmelsen er i samsvar med de begrensningene som er oppstilt etter EMK artikkel 6 nr. 3 d. Saken omhandlet en trafikkulykke, og et vitne møtte i den anledning ikke til hovedforhandlingen.

⁶¹ Se Rt. 2003 s. 1808 i avsnitt 17

Politiforklaringen til vitnet blir deretter tillatt opplest. Tiltalte anket saken under henvisning til at det var en saksbehandlingsfeil å tillate opplesning av forklaringen, under henvisning til EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d.

Som nevnt under avsnitt 3.3.3 gir Høyesterett anvisninger i forhold til hvordan forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 297 skal forstås, og påpeker at det blant annet må legges vekt på tiltaltes rett til å stille spørsmål til vitnet.

Høyesterett går deretter videre til å tolke bestemmelsene i EMK, og i den anledning henviser de til EMDs praksis idet EMD har fortolket reglene. Spesielt *Unterpertinger*⁶² og *Kostovski*⁶³ er av interesse, og Høyesterett viser til at i *Kostovski*-saken ble det vektlagt at den tiltalte må ha blitt gitt anledning til å stille spørsmål til vitnet ved et stadium i av saksgangen.

Høyesterett viser også til at det i *Unterpertinger*-saken framkommer, som nevnt under avsnitt 3.4.2 at hvor *Unterpertinger* ble dømt på bakgrunn av avgjørende bevis som han ikke fikk anledning til å eksaminere.

Rt. 2006 s. 120 omhandler narkotikaforbrytelser og det var flere tiltalte i saken. De hadde alle avgitt forklaring til politiet, men før saken kom opp til behandling for retten, så tok ene medtiltalte selvmord. Til politiet hadde han i hovedsak forklart seg om forhold som gjaldt de andre medtiltalte i saken, og de forklaringene han avga ble tillatt opplest i lagmannsretten. Saken ble deretter anket til Høyesterett, hvor Høyesterett tilkjenner at isolert sett gir ordlyden i strpl. § 297 adgang til å lese opp forklaringene, men at denne bestemmelsen anses å være begrenset av EMK artikkel 6 nr. 3 d.

Høyesterett uttaler så: ”I samsvar med avgjerdene i Rt-2004-1789 og Rt-2004-1974 legg eg til grunn at det er ein føresetnad etter artikkel 6 nr. 3 bokstav d for at ei domfelling kan byggjast berre eller i avgjerande grad på ei opplesen forklaring, at den straffskulda har hatt høve til å eksaminere vitnet.”⁶⁴

Førstevoterende henviser til at praksis fra EMD støtter dette synspunktet.

Høyesterett konkluderer med at opplesningen av forklaringene ikke var en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 eller nr. 3 d.

⁶² *Unterpertinger mot Østerrike* (application no. 9120/80) 24. nov. 1986

⁶³ *Kostovski mot Nederland* (application no. 11454/85) 20. november 1989

⁶⁴ Rt. 2006 s. 120 avsnitt 1

Etter disse dommene kan det trekkes den slutning at dersom politiforklaringen er et vesentlig bevis i saken, så er det ikke adgang til å lese den opp. Dersom det derimot er slik at forklaringen ikke er et vesentlig eller avgjørende bevis, så er opplesningsadgangen avhengig av hvorvidt den tiltalte A har fått anledning til å stille spørsmål til den tiltalte B. Ettersom den tiltalte B ikke møter under hovedforhandlingen må retten til å eksaminere han ha blitt utøvd på et tidligere stadium av rettergangen. For det tilfelle at den tiltalte A ikke har fått en slik mulighet, vil det således ikke være adgang til å lese opp forklaringen. Dersom en slik adgang derimot er gitt, så anses retten til kontradiksjon for å være oppfylt, og en opplesning kan tillates.

3.5.5 Oppsummering

På bakgrunn av de dommene jeg har vist til foran, kan regelen for opplesning av vitners (og dermed også den medtiltalte) politiforklaring formuleres slik: En opplesning av en politiforklaring er tillatt når vitnet møter i saken, og det har vært gitt en anledning til å stille spørsmål til vitnet. Opplesningsadgangen er ikke avhengig av om beviset er vesentlig eller ei.

Dersom vitnet derimot ikke møter i saken, vil adgangen til opplesning avhenge av hvorvidt forklaringen er et vesentlig eller avgjørende bevis i saken eller hvorvidt forklaringen ikke er vesentlig i saken.

I tilfeller hvor forklaringen ikke er vesentlig eller avgjørende kan opplesning tillates.

Dersom derimot forklaringen er avgjørende vil på ny spørsmålet om tiltalte har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet være sentralt i vurderingen. Dersom tiltalte eller hans forsvarer ikke har fått en slik anledning i løpet av rettergangen, så er adgangen til opplesningen avskåret.

Denne regelen er oppstilt på bakgrunn av EMDs fortolkning av EMK, og igjen av Høyesteretts fortolkning av EMDs praksis. Opplesningsadgangen etter norsk rett må sies å være i samsvar med den som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d.

3.6 Særlige spørsmål

3.6.1 Tiltalte A har ikke benyttet seg av muligheten til å stille spørsmål

Et nytt spørsmål som dukker opp i forbindelse med tiltaltes rett til å eksaminere vitner er hva som skjer i situasjoner hvor tiltalte A har blitt gitt anledning til å eksaminere vitnet ved et tidligere stadium av rettergangen (i dette tilfellet er vitnet den tiltalte B), men velger ikke å benytte seg av denne anledningen?

Dette er ikke en ukjent situasjon, og spørsmålet reguleres ikke eksplisitt i loven. EMK artikkel 6 nr. 3 d gir siktede rett til å avhøre vitner som blir ført mot han, men bestemmelsen pålegger ikke den siktede å benytte seg av denne retten. Dersom en siktet har latt være å benytte seg av denne retten, vil det være naturlig å anta at han heller ikke kan anføre at et brudd på hans rett til å avhøre vitner ført mot han er i strid med EMK.

I saken Kostovski mot Nederland⁶⁵ ble det i avsnitt 41 uttalt at:

”as a rule, these rights require that an accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, *either at the time the witness was making his statement or at some later stage of the proceedings*” (min uthevelse).

Som sitatet viser er det ikke noe vilkår at retten til krysseksaminasjon blir utøvd under selve hovedforhandlingen. Riktignok handlet Kostovski-saken om anonyme vitner, men det samme synspunktet uttrykkes også i flere andre dommer. En av disse er Isgro mot Italia⁶⁶ som omhandler en kidnappings sak. I denne saken møtte Isegro og et aktuelt vitne for en forhørsdommer. Der forklarte de seg, og gjensatte beskyldninger mot hverandre. Begge forklaringene ble protokollert, og Isegro ble deretter domfelt av den nasjonale retten. EMD framhevet det faktum at Isegro hadde flere ganger blitt stilt spørsmål av forhørsdommeren, og at Isegro hadde fått anledning til å stille alle spørsmål direkte til vitnet under møtet med forhørsdommeren. Ingen av de to hadde advokatene sine tilstedet uten møtet, men EMD kommenterer at dette ikke kan være av noen betydning ettersom Isegro selv fikk anledning til å stille spørsmål og kommentere det som kom fram.

⁶⁵ Kostovski mot Nederland (application no. 11454/85) 20. november 1989.

⁶⁶ Isgro mot Italia (application no. 11339/85) 19. februar 1991

Ut i fra disse dommene synes det å være slik at for at retten til krysseksaminasjon skal være oppfylt, er det ikke et krav om at den må skje under selve hovedforhandlingen. Tiltalte har fått anledning til eksaminasjon, og det er tilstrekkelig for at retten etter EMK artikkel 6 nr. 3 d skal være oppfylt.

3.6.2 Muligheten for å skille ut deler av forklaringen

Et spørsmål som oppstår særlig i de situasjonene hvor vi har to eller flere medtiltalte er hvorvidt det er anledning til å skille ut deler av forklaringen. Forutsetningen er at forklaringen til A ikke kan leses opp da den er et vesentlig bevis i saken mot den tiltalte B.

Dersom situasjonen er slik at den tiltalte A nekter å forklare seg, er det da mulig å skille ut den delen av forklaringen som omfatter hans egen befatning med saken, og som ikke berører den tiltalte Bs befatning med saken?

Spørsmålet er ikke regulert i loven, og det berøres heller ikke i verken forarbeidene eller rettspraksis, også i teorien er spørsmålet ikke behandlet

Adgangen til å lese opp As forklaring om eget forhold er kun begrenset av strpl. § 290, og hans egen forklaring kan leses opp dersom han nekter å forklare seg. Politiforklaringen kan tre i stedet for eller som supplement til tiltaltes muntlige forklaring.

For den delen av forklaringen som gjelder Bs rolle eller befatning med saken må reglene for opplesning av vitneforklaringen få anvendelse. Dette medfører at samme forklaring må vurderes i lys av to regelsett, noe som framstår som en noe kunstig sontring.

Det framstår som nokså upraktisk å skille ut deler av en forklaring, men i den grad det er mulig å gjøre dette på en slik måte som ivaretar hensynet til tiltalt B, kan jeg ikke se at det er noen hensyn som taler for at en slik adgang ikke skal eksistere.

3.6.3 Statusendringer

En problemstilling som særpreger saker med to eller flere tiltalte er hvor A og B er brødre. Etter definisjonen i straffeprosessloven § 122 første ledd er de nærstående, og har således ikke plikt til å vitne mot hverandre.

Den tenkte situasjonen er som følgende: B er mistenkt i saken, og har i den forbindelse blitt gjort kjent med at han ikke behøver å forklare seg. Han velger likevel å forklare seg til politiet, og blir tiltalt i saken. I etterkant av hans avhør blir også hans bror A tiltalt, og saken kommer opp for retten. B har på dette tidspunkt blitt gjort kjent med sin rett etter strpl. § 232 jf. § 90, men han er ikke gjort kjent med sin rett til å nekte avgi forklaring etter strpl. § 122. Spørsmålet blir så om hans forklaring likevel kan leses opp.

Spørsmålet reguleres ikke i loven, men Høyesterett tok stilling til denne problemstillingen for første gang i 1988. I Rt. 1988 s. 314 var det flere tiltalte i en sak som omhandlet narkotikaforbrytelser. De hadde alle blitt gjort oppmerksom på sin rett til å nekte avgi forklaring i medhold av å være tiltalte, men tre av de tiltalte var brødre og de hadde ikke blitt gjort oppmerksom på sin rett etter strpl. § 122. Dette avviste Høyesterett under henvisning til at den tiltalte var en tiltalt, og at det var nok at han var gjort kjent med sin rett etter strpl. § 232.

Den samme problemstillingen kom på ny opp i Rt. 2010 s. 456. Saksforholdet stiller seg i all hovedsak likt med saksforholdet i dommen fra 1988. Førstevoterende uttaler at ”mitt syn er altså at hensynene bak reglene om fritak fra vitneplikt om nærstående, jfr. § 122 og § 123, er tilstrekkelig ivaretatt gjennom den generelle orienteringen siktede får om at han eller hun ikke har plikt til å forklare seg”.⁶⁷

Høyesterett begrunner dette ved å henvise til de forskjellige hensynene som ligger bak de to reglene. Der hvor § 290 skal frita den tiltalte for samvittighetskonflikten mellom å bidra til egen domfellelse eller å lyve, skal § 122 beskytte den tiltalte fra å måtte bidra til en nærståendes domfellelse eller lyve i retten. Høyesterett uttaler til slutt: ”Dersom forklaringen

⁶⁷ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 33

fra en siktet om familiemedlemmers forhold skal nektes opplest fordi det ikke også er opplyst om straffeprosessloven § 122 og § 123, vil det skape et unødig hinder for opplysningen av straffesaker.”⁶⁸

Situasjonen kan sammenlignes med en tilblivelsesfeil, ettersom den tiltalte ikke har blitt gjort oppmerksom på alle hans rettigheter. Likevel har den tiltalte blitt opplyst om hans rett til å nekte avgi forklaring, og hans rettigheter er således ivaretatt. Dersom han likevel velger å forklare seg, så kan det antas at han ville gjort det uansett, selv om han kunne nekte å forklare seg i forhold til sine nærstående på bakgrunn av § 122.

På bakgrunn av disse dommene synes rettstilstanden å være klar. Konklusjonen fra Høyesterett er at forklaringen kan leses opp, selv om den tiltalte ikke er gjort kjent med alle fritakelsesgrunnene.

⁶⁸ Rt. 2010 s. 456 i avsnitt 33

Litteraturliste

Lover:

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Traktater:

1950 Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene (Den Europeiske menneskerettskonvensjon) av 4. nov. 1950

1966 De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966

Forarbeid:

Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen, avgitt i juni 1969.

Ot.prp.nr.35 (1978-79) (om lov om rettergangsmåten i straffesaker)

Litteratur

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgave (Oslo 2009)

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

Haugen, Finn, *Strafferett – håndbok*, 3. utgave (Oslo 2004)

Matningsdal Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, (Oslo 2007)

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave (Bergen 2007)

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1988 s. 314

Rt. 1990 s. 312

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1994 s. 1139

Rt. 1994 s. 1324

Rt. 1998 s. 1182

Rt. 1999 s. 757

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 996
Rt. 2003 s. 1808
Rt. 2004 s. 97
Rt. 2004 s. 897
Rt. 2004 s. 943
Rt. 2004 s. 1789
Rt. 2004 s. 1974
Rt. 2006 s. 120
Rt. 2010 s. 67
Rt. 2010 s. 456

Forskrifter

Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

Artikler

Johansen, Jon Petter Rui, ”Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009 s. 47

Kjelby, Gert Johan. *Opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra en medskyldig. I: Nybrott og Odling: Festskrift til Nils Nygård*. 2002 s. 547

Skoghøy, Jens Edwin og medansvarlig Tonje Vang ”I hvilken utstrekning kan vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen, leses opp under hovedforhandlingen i straffesaker?” I: *Lov og rett*. Årg. 44 nr. 5/6 (2005), s. 283

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Unterpertinger mot Østerrike (application no. 9120/80) 24. nov. 1986
Kostovski mot Nederland (application no. 11454/85) 20. november 1989
Delta mot Frankrike (application no. 11444/85) 19. desember 1990
Isgro mot Italia (application no. 11339/85) dom 19. februar 1991
Saunders mot Storbritannia (application no. 19187/91), 17. desember 1991.
Asch v. Østerrike (application no. 12398/8626), 26. april 1991
Peltonen mot Finland (application no. 30409/96) 11. mai 1999.
Lucà mot Italia (application no. 33354/96) 27. februar 2001

Craxi mot Italia (application no. 34896/97) 5. desember 2002

Jalloh mot Tyskland (application no. 54810/00), 11. juli 2006

Kaste og Mathiesen mot Norge (application no. 18885/04 og 21166/04) 9. november 2006

Antall ord i besvarelsen: 12.361