



Det juridiske fakultet

## **Adgangen til å lese opp vitneforklaringer under hovedforhandling i straffesaker**

Hvilke begrensninger legger siktedes rett til krysseksaminasjon på opplesningsadgangen dersom vitnet ikke møter eller nekter å forklare seg?

Lars Petter Wassås Kveinå

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2019

# Innholdsfortegnelse

|       |  |    |
|-------|--|----|
| 1     | Innledning.....  | 1  |
| 1.1   | Tema for avhandlingen.....   | 1  |
| 1.2   | Begrepsbruk .....  | 3  |
| 1.3   | Avgrensninger .....  | 4  |
| 1.4   | Særlige metodespørsmål .....   | 5  |
| 1.4.1 | Grunnloven og forholdet til EMK.....   | 6  |
| 1.4.2 | EMK og praksis fra EMD som rettskilde.....   | 7  |
| 1.5   | Fremstillingen videre.....   | 8  |
| 2     | Rettslige utgangspunkter .....   | 9  |
| 2.1   | Straffeprosessloven § 296 .....  | 9  |
| 2.2   | Straffeprosessloven § 297 .....  | 10 |
| 2.3   | EMK artikkel 6 - generelt.....   | 11 |
| 2.3.1 | Særlig om EMK art. 6 nr. 3 bokstav d .....   | 12 |
| 3     | Retten til krysseksaminasjon i straffesaker – grunnprinsipper og reelle hensyn ..... | 13 |
| 3.1   | Straffeprosessuelle hensyn .....   | 13 |
| 3.2   | Grunnprinsippene bak retten til krysseksaminasjon.....                               | 14 |
| 3.2.1 | Partslikhetsprinsippet .....   | 14 |
| 3.2.2 | Opplesning i lys av den materielle sannhets prinsipp .....                           | 15 |
| 3.2.3 | Kontradiksjonsprinsippet .....   | 16 |
| 3.2.4 | Bevisumiddelbarhetsprinsippet .....  | 17 |
| 3.2.5 | Muntlighetsprinsippet.....   | 18 |
| 4     | Retten til krysseksaminasjon når vitnet ikke møter .....                             | 19 |
| 4.1   | Generelt .....   | 19 |
| 4.2   | Opplesningsadgangen i et historisk perspektiv .....                                  | 19 |
| 4.2.1 | Utgangspunktet: hovedbevislæren .....  | 20 |
| 4.2.2 | Fremveksten av «the sole or decisive rule» .....                                     | 20 |

|       |  |    |
|-------|--|----|
| 4.3   | Kursendringen i storkammeravgjørelsene Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland ..... | 22 |
| 4.3.1 | Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia .....   | 23 |
| 4.3.2 | Schatschaschwili mot Tyskland .....  | 25 |
| 4.4   | Vilkåret om «good reason» .....  | 26 |
| 4.4.1 | Hvilke typetilfeller kvalifiserer til en god grunn for å ikke møte?.....   | 27 |
| 4.4.2 | Schatschaschwili-sakens modifisering av «good reason»-kriteriet.....   | 28 |
| 4.4.3 | Kravet til «good reason» oppsummert .....  | 30 |
| 4.5   | Vilkåret om «the sole or decisive rule».....   | 31 |
| 4.5.1 | Hvordan skal «the sole or decisive rule» anvendes i tretrinns-testen? .....  | 31 |
| 4.6   | Vilkåret om «sufficient counterbalancing factors» .....  | 32 |
| 4.7   | Tretrinns-testen i lys av «the overall fairness» .....   | 36 |
| 4.8   | Sammenfatning av rettstilstanden .....   | 37 |
| 5     | Retten til krysseksaminasjon når vitnet møter .....  | 38 |
| 5.1   | Generelt .....   | 38 |
| 5.2   | Lovhjemmel .....   | 39 |
| 5.3   | Rettspraksis – opplesningsadgangen i utvikling .....   | 40 |
| 5.3.1 | Cabral mot Nederland – EMD med nok en kursendring? .....   | 43 |
| 5.4   | Sammenfatning av rettstilstanden .....   | 46 |
| 6     | Betydningen av EMDs praksis for norsk rett .....   | 47 |
| 6.1   | Hvordan har norsk rettspraksis innrettet seg etter EMDs etablering av tretrinns-testen? .....                        | 47 |
| 6.1.1 | Anvendelsen av tretrinns-testen i opplesningsspørsmål der vitnet ikke møter .  | 47 |
| 6.1.2 | Anvendelsen av tretrinns-testen i opplesningsspørsmål der vitnet nekter å forklare seg .....                         | 49 |
| 6.2   | Hvordan har lovgiver innrettet seg etter tretrinns-testen? .....   | 50 |
| 6.2.1 | NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov – et tilbakeblikk? .....   | 51 |
|       | Kildeliste .....   | 56 |

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| Lover .....                      | 56 |
| Internasjonale konvensjoner..... | 56 |
| Forarbeider .....                | 56 |
| Rettspraksis .....               | 57 |
| Litteratur.....                  | 61 |
| Nettsider .....                  | 62 |

# 1 Innledning

## 1.1 Tema for avhandlingen

Temaet for denne avhandlingen er i hvilken utstrekning det er adgang til å lese opp et vitne sin tidligere avgitte politiforklaring under hovedforhandlingen i straffesaker. Temaet tar sikte på to typetilfeller hvor spørsmålet om opplesning av en tidligere avgitt forklaring kommer på spissen. Det ene er situasjonen hvor et vitne ikke er tilstede under hovedforhandlingen. Det andre er situasjonen hvor et vitne møter til hovedforhandling, men nekter å forklare seg for retten.

Felles for begge typetilfellene er at det aktualiserer en grunnleggende rettighet siktede har i straffesaker, nærmere bestemt retten til krysseksaminasjon. Etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)<sup>1</sup> artikkel 6 nr. 3 bokstav d, har siktede en rett «to examine or have examined witnesses against him». Bestemmelsen er et utslag av siktedes rett til en rettferdig rettergang («fair [...] hearing») etter EMK art. 6 nr. 1. Retten til krysseksaminasjon fremgår også av straffeprosessloven (strpl.)<sup>2</sup> § 135. Spørsmålet om en forklaring skal tillates opplest, må derfor vurderes i lys av siktedes rett til krysseksaminasjon.

Et vitne i en straffesak utgjør gjerne ett av flere bevis. Opplesning av politiforklaringer under hovedforhandling faller derfor inn under prosessrettens regler om bevisføring. Utgangspunktet i straffeprosessen er prinsippet om fri bevisføring.<sup>3</sup> Prinsippet innebærer at partene fritt kan føre de bevis de finner relevante for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.<sup>4</sup> Prinsippet fremgår ikke direkte av straffeprosessloven, men er forankret i langvarig og sikker rettspraksis.<sup>5</sup>

Sidestilt med prinsippet om fri bevisføring står prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlig bevisførsel, som innebærer at all bevisføring som utgangspunkt skal skje direkte og muntlig for den dømmende rett. Hovedregelen er derfor at vitner skal avgi sin forklaring direkte og muntlig for domstolen under hovedforhandling, jf. strpl. § 296. Prinsippene har en nær sammenheng med siktedes rett til krysseksaminasjon, da en reell adgang til kontradiksjon under vitneførselen i utgangspunktet forutsetter at vitnet møter og forklarer seg umiddelbart for domstolen.

---

<sup>1</sup> Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994

<sup>2</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

<sup>3</sup> Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, 2. utgave, Bergen 2019 s. 379

<sup>4</sup> Øyen (2019), s. 379

<sup>5</sup> Se eksempelvis Rt. 1990 s. 1008 på side 1010, Rt. 1994 s. 610 på side 614 og Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13. I utredningen til den nye straffeprosessloven er prinsippet foreslått lovfestet, se NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, lovutkast 7-2 (1).

Når et vitne imidlertid unnlater å møte til hovedforhandling, eller vitnet møter, men nekter å forklare seg, reises en felles problemstilling om det er adgang til å lese opp forklaringer vitnet har avgitt på et tidligere trinn i saken. Et eksempel på en slik forklaring er forklaringer vitnet har avgitt i politiavhør under etterforskningen. Spørsmålet er med andre ord i hvilken utstrekning det kan gjøres unntak fra utgangspunktet om direkte og muntlig vitneførsel, og om dette er forenlig med siktedes rett til krysseksaminasjon.

Rettsstilstanden rundt dette spørsmålet har vært i stadig utvikling siden straffeprosessloven trådte i kraft i 1981. Særlig har EMK og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) hatt betydning for utviklingen av den norske rettsstilstanden. En kursendring for adgangen til å lese opp vitneforklaringer kom i EMDs storkammeravgjørelse *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*.<sup>6</sup> Dommen etablerte en test bestående av tre trinn for å avgjøre om en opplesning er forenlig med retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6. Testen ble deretter modifisert i storkammeravgjørelsen *Schatschaschwili mot Tyskland*.<sup>7</sup> Felles for sakene er at de gjaldt spørsmål om opplesning for det tilfellet *vitnet ikke møter til hovedforhandling*.

Nyere praksis fra EMD, og særlig saken *Cabral mot Nederland*,<sup>8</sup> tyder på en rettsutvikling ved at den samme testen skal anvendes også for det tilfellet *vitnet møter, men nekter å forklare seg*. Dette er en endring av tradisjonell lære for dette typetilfellet.

I lovforslaget til en ny straffeprosesslov, jf. NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, er det foreslått vesentlige endringer i reglene om opplesning av vitneforklaringer avgitt av vitner tidligere i saken. Utredningen tar spesielt for seg innholdet i tretrinns-testen, og behandler spørsmålet om dens betydning for norsk rett.

Denne avhandlingen vil foreta en vurdering og analyse av rettsstilstanden rundt opplesning av en tidligere avgitt vitneforklaring når et vitne ikke møter til hovedforhandling, og når et vitne møter, men nekter å forklare seg. Opplesningsadgangen vil gjennomgående vurderes i lys av siktedes rett til krysseksaminasjon. Fremstillingen av rettsstilstanden gjøres med et særlig henblikk på tretrinns-testen som kom i sakene *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* og *Schatschaschwili mot Tyskland*, samt dens betydning for norsk rett. Det vil også rettes fokus mot betydningen av EMDs premisser i saken *Cabral mot Nederland*.

---

<sup>6</sup> 15. desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (application no. 26766/05 og 22228/06)

<sup>7</sup> 15. desember 2015 *Schatschaschwili mot Tyskland* (application no. 9154/10)

<sup>8</sup> 28. november 2018 *Cabral mot Nederland* (application no. 37617/10)

## 1.2 Begrepsbruk

Avhandlingen omhandler et tema hvor praksis og juridisk teori benytter varierende terminologi. For en enklere fremstilling er det nødvendig med en kort redegjørelse for noen av begrepene.

En hensiktsmessig avklaring er forskjellen mellom begrepene «politiforklaring» og «vitneforklaring». En politiforklaring er en forklaring avgitt til politiet i avhørs form, enten gjennom formelt politiavhør eller i politirapport som er godkjent av vitnet. En vitneforklaring er en fellesbetegnelse for forklaringer vitnet har avgitt i saken, slik at for eksempel også rettslige avhør eller tilrettelagte avhør er omfattet, i tillegg til politiforklaringer. For en bedre flyt i oppgaven vil det ikke gjøres noe konsekvent skille mellom begrepene.

Retten til krysseksaminasjon gjelder etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d overfor personer med status som «witness». Etter praksis fra EMD skal dette begrepet ikke tolkes til kun å gjelde lovlig innkalte vitner, slik ordlyden umiddelbart tar sikte på. Begrepet skal tolkes autonomt, slik at det omfatter alle personer som avgir en forklaring i saken, og som retten kan bygge den materielle avgjørelsen på.<sup>9</sup> Forklaringer fra ordinære vitner, fornærmede i saken, medsiktede og sakkyndige kan derfor falle inn under begrepet «witness» etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Denne forståelsen av begrepet legges til grunn for avhandlingen.

Begrepet «krysseksaminasjon» betyr at motparten i en sak kan stille spørsmål til et innstevnet vitne. I straffesaker er det normalt tale om *siktedes* rett til å krysseksaminere et vitne som er innkalt av aktoratet. Denne forståelsen vil legges til grunn i det følgende. Begrepet skiller seg fra «hovedeksaminasjon», som sikter til situasjonen hvor den som har innstevnet vitnet selv kan stille spørsmål til vitnet.<sup>10</sup>

Ved gjengivelse av en forklaring under hovedforhandling, er det normalt tale om *opplesning* av en skriftlig nedtegnet forklaring. En annen måte å gjengi forklaringen på, er å *spille av* forklaringen for retten, se strpl. § 300. Denne typen gjengivelse er særlig relevant der en forklaring er tatt opp på lydopptak. For en mer ryddig fremstilling av oppgaven, vil det med begrepet «opplesning» av politiforklaring også siktes til en eventuell avspilling av forklaringen.

Gjeldende oppfatning i praksis og teori er at det er rettens *anvendelse* av en opplest vitneforklaring *ved bevisvurderingen* som kan lede til krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3

---

<sup>9</sup> Se eksempelvis EMDs dom 27. februar 2001 *Lucà mot Italia*, application no. 33354/96 avsnitt 41. Se også dom 9. november *Kaste og Mathisen mot Norge*, application no. 33354/96 avsnitt 53.

<sup>10</sup> Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Oslo 2009 s. 180

bokstav d, dersom siktede ikke har fått tilstrekkelig kontradiksjon.<sup>11</sup> Det er med andre ord ikke selve *opplesningen* under hovedforhandling som eventuelt utgjør et konvensjonsbrudd. Dersom retten ser fullstendig bort fra en opplest vitneforklaring, som siktede mener krenker hans rettigheter etter EMK, vil ikke siktede ha klagerett til EMD.<sup>12</sup> En forutsetning for spørsmålet om en opplesning av en vitneforklaring harmonerer med EMK, må derfor være at domfellelsen faktisk bygger på forklaringen. Denne forutsetningen vil legges til grunn i det følgende.

### 1.3 Avgrensninger

Avhandlingen avgrensner for det første mot reglene om *bevisavskjæring* som følge av prosessuelle feil ved innhenting av vitnebeviset. En slik feil kan for eksempel være at vitnet ikke er gjort oppmerksom på at det ikke har forklaringsplikt etter strpl. § 232 første ledd.<sup>13</sup> Reglene for avskjæring bygger til dels på andre hensyn enn de regler som gjelder for opplesning av politiforklaringer. Spørsmålet faller derfor utenfor temaet for denne avhandlingen.

For det andre avgrenses avhandlingen til kun å omfatte forklaringer avgitt i politiavhør eller rettslig avhør. Andre typer forklaringer, som forklaringer avgitt til private personer, offentlige myndigheter, kontroll- og undersøkelsesorganer eller media, vil ikke behandles, da de sjeldent er avgitt «i saken», jf. strpl. §§ 296 og 297.<sup>14</sup> Rettere sagt regnes ofte ikke slike forklaringer å være vitnebevis, men dokumentbevis.<sup>15</sup> Forskjellen ligger i at det er andre regler for føring av dokumentbevis enn vitnebevis.<sup>16</sup>

For det tredje vil det avgrenses mot reglene om bruk av anonym vitneførsel, tilrettelagte avhør av barn og fjernavhør. Selv om dette er avhørsmetoder som reduserer siktedes rett til full bevisumiddelbarhet med mulighet for krysseksaminasjon, vil det av hensyn til oppgaverammen ikke behandles nærmere i denne avhandlingen. Begrunnelsen er at det er andre prosessuelle

---

<sup>11</sup> EMD inntar et slikt standpunkt i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 147. Se også Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettigheds konvention - for praktikere*, 4. utgave, 1. oplag, København 2017 s. 699 og Jens Edvin Skoghøy, Tonje Vang, «I hvilken utstrekning kan vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen, leses opp under hovedforhandlingen i straffesaker?», *Lov og rett nr. 5-6*, 2005 s. 300-301. Matningsdal problematiserer hvorvidt denne forståelsen er riktig, men konkluderer likt som Skoghøy/Vang, se Magnus Matningsdal, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, Bergen 2007 s. 137.

<sup>12</sup> Matningsdal (2007) s. 136 med videre henvisninger.

<sup>13</sup> Rt. 2010 s. 67.

<sup>14</sup> Merk imidlertid at spørsmålet om hvorvidt en forklaring er avgitt «i saken», beror på en konkret vurdering, se eksempelvis Rt. 1994 s. 610 (s. 619 flg.) og Rt. 2007 s. 932 avsnitt 24 og 37. Dermed kan forklaringer avgitt til private personer, offentlige myndigheter, kontroll- og undersøkelsesorganer og media i visse tilfeller være avgitt «i saken».

<sup>15</sup> Hans-Petter Jahre, «Bruk av tidligere avgitte forklaringer», *I: Bevis i straffesaker, utvalgte emner*, Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), Oslo 2015 s. 261-264

<sup>16</sup> Jahre (2015) s. 291-298



regler som ligger til grunn for avviklingen av slike avhør.<sup>17</sup> Reglene om anonym vitneførsel, tilrettelagte avhør av barn og fjernavhør tar utelukkende sikte på å verne *vitnet* under avhør, og bygger derfor på en rekke andre grunnleggende hensyn innenfor straffeprosessen.

For det fjerde vil det avgrenses mot gjengivelse av skriftlige erklæringer som vitnet har avgitt i anledning saken, jf. strpl. § 297 andre ledd. Med skriftlig erklæring menes det en erklæring vitnet har avgitt utenfor en avhørssituasjon, eksempelvis gjennom et brev.<sup>18</sup> Førings av skriftlige erklæringer som bevis skjer derfor etter andre kriterier enn forklaringer avgitt under politiavhør, tilrettelagt avhør eller rettslig avhør.<sup>19</sup>

Siktedes rett til rettferdig rettergang og rett til krysseksaminasjon er som nevnt nedfelt i EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Begge rettighetene fremgår av en tilsvarende bestemmelse i henholdsvis De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 1 og nr. 3 bokstav e. Innholdet i denne bestemmelsen tolkes å være i samsvar med EMK art. 6.<sup>20</sup> Det avgrenses derfor mot en nærmere drøftelse av SP art. 14.

## 1.4 Særlige metodespørsmål

For å foreta en grundig redegjørelse for rettstilstanden rundt temaet i denne avhandlingen, må det tas stilling innholdet i EMK og praksis fra EMD. Dette nødvendiggjør samtidig en avklaring på hvilken betydning EMK og EMD-praksis har for norsk rett.

Utgangspunktet er at norsk rett og folkeretten regnes som to formelt selvstendige rettssystemer («det dualistiske prinsipp»).<sup>21</sup> Dessuten følger man i Norge et såkalt presumpsjonsprinsipp, som innebærer at norsk rett antas å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.<sup>22</sup>

EMK er gjennom menneskerettsloven (mrl.)<sup>23</sup> § 2 inntatt som norsk lov. Etter mrl. § 3 skal bestemmelsene i EMK «ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Det norske rettssystemet er derfor folkerettslige forpliktet til å etterkomme EMK ved motstrid.

I dette kapittelet vil det gis en kort, metodisk fremstilling av norsk retts forhold til sine folkerettslige forpliktelser i EMK. Det første spørsmålet som vil drøftes er EMK sitt forhold til

---

<sup>17</sup> Se strpl. § 130a om anonym vitneførsel, § 298 om tilrettelagt avhør av barn og § 109a om fjernavhør.

<sup>18</sup> Rt. 1987 s. 263

<sup>19</sup> Jahre (2015) s. 286-288

<sup>20</sup> Se Matningsdal (2007) s. 15

<sup>21</sup> Linda Grønning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff – en systematisk fremstilling av norsk rett*, Bergen 2015 s. 122 med videre henvisninger.

<sup>22</sup> Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004 s. 70

<sup>23</sup> Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Grunnloven (heretter Grl.), se punkt 1.4.1. Deretter vil spørsmål knyttet til tolkningen av konvensjonen og praksis fra EMD behandles i punkt 1.4.2.

### 1.4.1 Grunnloven og forholdet til EMK

Det fremgår av Grl. § 92 at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Etter ordlyden medfører bestemmelsen en plikt for staten til å håndheve menneskerettighetene etter Grunnloven så vel som andre internasjonale menneskerettsforpliktelser, herunder EMK.<sup>24</sup>

Menneskerettighetene som følger direkte av Grunnloven, har naturligvis grunnlovs rang, se Grl. kapittel E. En viktig presisering er imidlertid at § 92 ikke skal tolkes slik at de internasjonale menneskerettsforpliktelsene også har grunnlovs trinnhøyde.<sup>25</sup> Norge plikter kun å håndheve EMK på det nivå konvensjonen er inkorporert, nærmere bestemt lovs nivå.<sup>26</sup> EMK vil derfor kun gå foran lovbestemmelser ved motstrid, jf. mrl. § 3.

En grunnlovsbestemmelse som må ses i sammenheng med retten til en «fair [...] hearing» etter EMK art. 6 nr. 1, er Grl. § 95. Bestemmelsen gir retten til en rettferdig rettergang et konstitusjonelt vern, og inngår derfor som et selvstendig tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning.<sup>27</sup> På samme måte som med EMK art. 6 nr. 1, er retten til krysseksaminasjon også innfortolket i retten til en rettferdig rettergang etter Grl. § 95 første ledd.<sup>28</sup> Grunnlovsbestemmelsen kan derfor påberopes som et selvstendig rettsgrunnlag når rekkevidden av for eksempel krysseksaminasjonsretten skal klarlegges.<sup>29</sup>

Grunnloven § 95 er en «selvstendig rettsnorm», som det tilhører norske domstoler å fastlegge innholdet av.<sup>30</sup> Bestemmelsens innhold skal tolkes i lys av øvrige internasjonale rettskilder, som EMK og praksis fra EMD.<sup>31</sup> EMK og EMD-praksis utgjør dermed en tungtveiende rettskilde ved tolkningen av retten til en rettferdig rettergang etter Grl. § 95.

---

<sup>24</sup> For nærmere om innholdet i Grl. § 92, se Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 107

<sup>25</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», *Lov og rett*, vol. 54, 2015 s. 196

<sup>26</sup> *ibid.* s. 196. Høyesterett tilsluttet seg Skoghøys syn i HR-2016-2554-P (avsnitt 67 til 70 og 140).

<sup>27</sup> jf. Grunnlovens forarbeider i forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014, Dok. nr. 16 (2011-2012) side 121.

Se videre HR-2018-1909-A avsnitt 29 og Arnfinn Bårdsen, «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen», *Jussens Venner* vol. 52, s. 1-44, 2014 s. 23-29

<sup>28</sup> Innst. 169 S (2012-2013) s. 11

<sup>29</sup> Øyen (2019) s. 45

<sup>30</sup> Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21 og Skoghøy (2015) s. 196

<sup>31</sup> Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21 med videre henvisninger.

## 1.4.2 EMK og praksis fra EMD som rettskilde

Spørsmålet om hvordan den nasjonale domstolen skal tolke og anvende EMK og EMD har vært et sentralt tema siden innføringen av menneskerettsloven. Loven trådte i kraft i 1999, men ettersom det gjelder sektormonisme ved anvendelsen av straffeprosessloven, jf. strpl. § 4, har Høyesterett måttet ta stilling til folkerettslige forpliktelser lenge før menneskerettsloven ble vedtatt.<sup>32</sup> Sektormonisme er en beskrivelse av et system hvor folkerettslige forpliktelser er inntatt direkte i deler av intern rett.<sup>33</sup>

Som dette kapitlet vil illustrere, har ikke norsk rettspraksis alltid vært like konsekvent i sin tilnærming til EMK og EMDs praksis. Dette har hatt vesentlig betydning rettstilstanden rundt opplesning av vitneforklaringer. En kort fremstilling av norske domstolars forhold til EMK har således betydning for å kunne forstå utviklingen av innholdet i retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6, og dens betydning for norsk rett i dag.

Hovedproblemstillingen som har vært forelagt nasjonale domstoler er om når, og i hvilke tilfeller, norsk rett må vike for folkerettslige forpliktelser. Første gangen Høyesterett måtte ta stilling til denne problemstillingen på prinsipielt grunnlag, var i Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp). Høyesterett slo fast at dersom en folkerettslig regel skulle tilsidesette nasjonal rett, måtte den folkerettslige regelen «fremtre som tilstrekkelig klar og entydig». Dette gjaldt særlig «dersom det blir tale om å endre en rettstilstand som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis».<sup>34</sup> Høyesterett introduserte med denne dommen det såkalte «klarhetsprinsippet».<sup>35</sup> I Rt. 1999 s. 961 modifiserte Høyesterett dette prinsippet<sup>36</sup>, før prinsippet ble endelig forlatt i Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)<sup>37</sup>. I Bøhler-dommen kom Høyesterett med prinsipielle uttalelser om forholdet mellom inkorporerte menneskerettskonvensjoner og norsk lovgivning (s. 1007-1008):

«Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkingsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser. Når det oppstår tvil om

---

<sup>32</sup> Se eksempelvis Rt. 2000 s. 1811 på s. 1829. Se videre Matningsdal (2007) s. 44-45. Matningsdal henviser opprinnelig til mrl. § 4, men det antas at riktig henvisning er strpl. § 4.

<sup>33</sup> <https://jusleksikon.no/wiki/Dualisme> (sist lest 23.11.19)

<sup>34</sup> Rt. 1994 s. 610 (s. 616-617)

<sup>35</sup> Se nærmere om dette i dr. juris Jens Edvin A. Skoghøy, «Norsk domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner», *Lov og Rett*, nr. 6, 2002 s. 341.

<sup>36</sup> Se dommens side 972-973. Modifikasjonen besto i at klarhetsprinsippet ikke kunne tolkes så strengt, slik den lød i Bølgepapp-saken. En slik modifikasjon erkjente Høyesterett senere i Rt. 2000 s. 996 (s. 1007).

<sup>37</sup> Skoghøy (2002) s. 346.

rekkevidden av EMDs avgjørelser, vil det være av betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol. I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler – innenfor den metode som anvendes av EMD – også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.»

Høyesterett oppstiller et krav om at dersom det er motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, må domstolen foreta en selvstendig tolkning av den folkerettslige regelen og anvende egen metode. Høyesterett må i første omgang fastslå innholdet i den norske rettsregelen, for så å undersøke om rettsregelen er forenelig med EMK.<sup>38</sup> Foreligger det fortsatt motstrid etter at konvensjonsbestemmelsen er tolket av Høyesterett, må den folkerettslige regelen gå foran nasjonal lovgivning. Denne metoden omtales som «prinsippet om selvstendig tolkning»<sup>39</sup>, og lagt til grunn i senere rettspraksis.<sup>40</sup>

## 1.5 Fremstillingen videre

Avhandlingen skiller som nevnt mellom rettstilstanden rundt adgangen til å lese opp en tidligere avgitt forklaring for to typetilfeller; når vitnet ikke møter, og når vitnet nekter å forklare seg for retten. Det har ikke vært et konsekvent skille mellom disse typetilfellene i praksis.<sup>41</sup> En slik inndeling er likevel hensiktsmessig, da det er forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende. Et prinsipielt skille mellom disse to typetilfellene støttes også i litteraturen.<sup>42</sup>

I kapittel 2 vil det gjøres nærmere rede for de rettslige utgangspunkter for adgangen til å lese opp en tidligere avgitt vitneforklaring. Kapittelet vil gi en kort fremstilling av hjemlene for opplesning etter strpl. § 296 og 297, og det rettslige grunnlaget for siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.

---

<sup>38</sup> Matningsdal (2007) s. 46.

<sup>39</sup> Se Skoghøy (2002) s. 342.

<sup>40</sup> jf. Rt. 2002 s. 557 (s. 557) og Rt. 2005 s. 833 (s. 838-839).

<sup>41</sup> Sammenlign f.eks. Rt. 2004 s. 97 hvor et vitne nektet å forklare seg, som viser til Høyesteretts uttalelser i Rt. 2001 s. 29, hvor et vitne ikke var til stede under hovedforhandlingen (avsnitt 17).

<sup>42</sup> Se bl.a. Matningsdal (2007) s. 119, Jebens (2004) s. 531, Skoghøy/Vang (2005) s. 283 og Gert Johan Kjelby, «Opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra en medskyldig», *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, 3. april 2002 s. 554 flg. Aall skiller imidlertid ikke mellom disse typetilfellene, se Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, Bergen 1995 s. 411.

Retten til krysseksaminasjon er et utslag av flere tungtveiende prinsipper og hensyn innenfor prosessretten. En gjennomgang av de ulike prinsippene og hensynene vil gjøres i kapittel 3. Formålet er å belyse de materielle og prosessuelle avveiningene som må tas for å avgjøre om opplesning skal tillates eller om retten til krysseksaminasjon er krenket.

Kapittel 4 utgjør én av to hoveddeler for avhandlingen. Kapitlet tar for seg siktedes rett til krysseksaminasjon for det tilfellet et vitne ikke møter til hovedforhandling. Det vil gås i dybden EMDs storkammeravgjørelser i Al-Khawaja-saken og Schatschaschwili-saken.

Andre hoveddel behandles i kapittel 5, som redegjør for siktedes rett til krysseksaminasjon når vitnet møter til hovedforhandling, men nekter å forklare seg. Kapitlet vil behandle rettstilstanden før og etter EMDs dom i Cabral-saken. Istedetfor en kasuistisk fremstilling av alle relevante EMD-saker i kapittel 4 og 5, vil fokuset heller ligge på de sentrale avgjørelsene fra EMD som har størst betydning for gjeldende rett.

Kapittel 6 vil som et avsluttende kapittel vurdere hvilken betydning dagens rettstilstand har for norsk rett. Kapitlet vil først se på hvordan norsk rettspraksis har innrettet seg etter EMDs praksis. Deretter vil det redegjøres for hvordan lovgiver har innrettet seg etter rettsutviklingen fra EMD. Lovforslaget til ny straffeprosesslov, jf. NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, vil følgelig behandles, og det vil drøftes om lovendringen tilstrekkelig ivaretar de retningslinjer for opplesning som er gitt av EMD.

## **2 Rettslige utgangspunkter**

I dette kapitlet vil det gis en fremstilling av de sentrale lovbestemmelsene for opplesning av vitneforklaringer. Fokuset vil være på opplesningsadgangen etter strpl. §§ 296 og 297, samt krysseksaminasjonsretten etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Ordlyden i de respektive bestemmelsene vil presenteres, etterfulgt av en kort redegjørelse for bestemmelsenes innhold. Begrunnelsen for en så skjematisk fremstilling, er at EMKs bestemmelser, samt praksis fra EMD, i stor grad er styrende for opplesningsadgangen etter norsk rett. Som avhandlingen vil vise, brukes derfor ikke ordlyden i strpl. §§ 296 og 297 særlig aktivt når domstolen behandler spørsmål om opplesning. Kapitlet vil brukes som et referansepunkt i drøftelsen videre.

### **2.1 Straffeprosessloven § 296**

Adgangen til å lese opp *et møtende vitne* sin tidligere avgitte forklaring følger av strpl. § 296. I bestemmelsen heter det:

«Vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det.

Ved avhøret kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare 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. Det samme gjelder skriftlig erklæring som vitnet tidligere har gitt i anledning av saken».

I første ledd fremgår hovedregelen om at avhør av vitner bør foregå muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke «særegne forhold» er til hinder for det. Bestemmelsen er et utslag av bevisumiddelbarhetsprinsippet og muntlighetsprinsippet, se punkt 3.2.3 og 3.2.4. Unntaket for «særegne forhold» må vurderes i samsvar med EMDs praksis.<sup>43</sup>

Etter andre ledd første punktum kan opplesning av en vitneforklaring skje i tre situasjoner; dersom det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, vitnet nekter å forklare seg eller dersom vitnet erklærer at det ikke husker under kryssavhøret. Avgjørende for om opplesning kan skje i medhold av bestemmelsen, er at det ikke krenker siktedes rett til krysseksaminasjon, jf. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Bestemmelsen må derfor tolkes i lys av de innskrenkninger som følger av siktedes rett til en rettfærdig rettergang i EMK art. 6.<sup>44</sup> Andre ledd andre punktum regulerer skriftlige erklæringer gitt i anledning av saken, og følger de samme kriterier for opplesning som andre ledd første punktum.<sup>45</sup>

## 2.2 Straffeprosessloven § 297

For de tilfeller et vitne *ikke møter* til hovedforhandling, reguleres adgangen til å lese opp vitnet sin tidligere avgitte forklaring av strpl. § 297 første ledd:

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

---

<sup>43</sup> Jahre (2015) s. 274-275. EMDs praksis på området vil behandles i kapittel 4 og 5.

<sup>44</sup> Se eksempelvis Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 15 eller Rt. 2008 s. 657 avsnitt 32.

<sup>45</sup> Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven*, kommentarutgave, 4. utgave, Bind II, Oslo 2011 s. 1075

Når et vitne ikke møter til hovedforhandling, vil ikke vitnet føres direkte for den dømmende rett. Bestemmelsen utgjør således et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet i strpl. § 296. Vilkåret for kunne lese opp vitneforklaring i henhold til bestemmelsen, er at muntlig avhør «ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift». Hvorvidt dette vilkåret er oppfylt avgjøres etter en skjønnsmessig vurdering, hvor det må tas høyde for de innskrenkninger som følger av EMK og praksis fra EMD.<sup>46</sup> I nyere tid har mye av innholdet i bestemmelsen utviklet seg på bakgrunn av EMD-praksis, se kapittel 4.<sup>47</sup>

## 2.3 EMK artikkel 6 - generelt

Den mest fundamentale konvensjonsbestemmelsen for prosessuelle rettigheter er EMK art. 6. Etter bestemmelsen sikres enhver persons rett til en rettferdig rettergang («fair [...] hearing»). Retten til en rettferdig rettergang fremgår av bestemmelsens første ledd første punktum, og lyder:

«1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. (...)»

Bestemmelsen har karakter av et overordnet prinsipp, som stiller krav til konvensjonsstatenes interne prosessrett; deres rettslige avgjørelser må i alle tilfeller være rettferdig i henhold til EMK art. 6. På denne måten fungerer retten til en rettferdig rettergang som en skranke for all bevisføring, herunder opplesning av vitneforklaringer. Bevisføring som etter en totalvurdering ikke fremstår som rettferdig, vil utgjøre et konvensjonsbrudd.

Hva retten til en rettferdig rettergang innebærer, fremgår delvis av ordlyden i artikkel 6, og delvis av EMD-praksis. Etter EMK art. 6 nr. 1 sikres enhver rett til «rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov» (norsk oversettelse). I norsk rett er retten til en rettferdig rettergang sikret gjennom Grl. § 95.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> jf. eksempelvis Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 13 og 17. Se også Jahre (2015) s. 281

<sup>47</sup> jf. særlig storkammersakene Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland.

<sup>48</sup> Se punkt 1.4.1.

EMK art. 6 nr. 3 oppstiller ulike minsterrettigheter for personer som er siktet i straffesaker.<sup>49</sup> Relevant for denne avhandlingen, er at artikkel 6 nr. 3 bokstav oppstiller retten til krysseksaminasjon som en minsterrettighet siktete har i straffesaker.

### 2.3.1 Særlig om EMK art. 6 nr. 3 bokstav d

Den sentrale bestemmelsen for denne avhandlingen er EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Bestemmelsen lyder:

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (...)

d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him»

Bestemmelsen sikrer enhver «å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført i mot ham, og få innkalt og avhørt vitner på hans vegne under samme vilkår som vitner ført mot ham» (norsk oversettelse). Etter ordlyden gis siktete to rettigheter: å kunne føre vitner på samme vilkår som påtalemyndigheten, og rett til kontradiksjon under vitneføring i straffesaker.<sup>50</sup> Sistnevnte rettighet defineres som retten til krysseksaminasjon, og det er denne rettigheten som vil stå i fokus i avhandlingen. Det er verdt å merke seg at bestemmelsen ikke oppstiller noe krav om at vitnet forklarer seg direkte for den dømmende rett, slik utgangspunktet er etter norsk rett, se punkt 2.1. Bestemmelsen forutsetter likevel at vitneførselen som hovedregel er umiddelbar.<sup>51</sup>

Retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d er et kasuistisk utslag av retten til en rettfærdig rettergang etter art. 6 nr. 1, og bestemmelsene må derfor leses i sammenheng.<sup>52</sup> Det betyr at dersom det påberopes brudd på retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d, jf. nr. 1, må begge bestemmelsene vurderes under ett.<sup>53</sup> Det betyr også at en opplesning kan nektes, selv om retten til krysseksaminasjon etter art. 6 nr. 3 bokstav d er ivarettatt, dersom andre forhold tilsier at rettergangen ikke er rettfærdig, jf. art. 6 nr. 1.

---

<sup>49</sup> Jebens (2004) s. 303. Merk også at EMK art. 6 nr. 3 skiller seg fra nr. 1 ved at bestemmelsene kun gjelder i straffesaker.

<sup>50</sup> Jebens (2004) s. 303

<sup>51</sup> Skoghøy/Vang (2005) s. 284

<sup>52</sup> Kjølbrot (2017) s. 687. Se også Høyesteretts uttalelser i Rt. 1990 s. 1221 (s. 1225): «Når man skal avgjøre spørsmålet om avskjæring av bevis, må det foretas en totalvurdering på grunnlag av bestemmelsene i Menneskerettighetskonvensjonen art. 6 nr 3 bokstav d forstått i lys av hovedbestemmelsen i art. 6 nr 1.»

<sup>53</sup> Se eksempelvis EMDs fremgangsmåte i sak 7. august 1996 *Ferrantelli og Santangelo mot Italia* (application no. 19874/92) avsnitt 51 og sak 15. juni 1992 *Lüdi mot Sveits* (application no. 12433/86) avsnitt 43.



## 3 Retten til krysseksaminasjon i straffesaker – grunnprinsipper og reelle hensyn

### 3.1 Straffeprosessuelle hensyn

Retten til krysseksaminasjon er et utslag av flere grunnprinsipper innenfor straffeprosessen. I retten til en rettferdig rettergang, jf. GrL. § 95 og EMK art. 6, ligger et samspill mellom flere ulike prinsipper, som er ment å sikre at borgerne får en så rettferdig rettergang som loven tillater. Før det gjøres rede for de ulike grunnprinsippene, er det nødvendig med en kort presentasjon av hvilke straffeprosessuelle hensyn som begrunner en rett til krysseksaminasjon.

Det første, og mest overordnede hensynet i straffeprosessen, er rettssikkerhet. Begrepet gir få føringer for innholdet i hensynet, men referer hovedsakelig til den materielle sannhets prinsipp.<sup>54</sup> Dette er et prinsipp som utgjør strafferettens primærøppgave; å få skyldige dømt, og å forhindre at uskyldige personer straffes. En krysseksaminasjon kan derfor, gjennom å frembringe ytterligere opplysninger i saken, sikre retten et tryggere avgjørelsesgrunnlag.

Straffesaker skal ikke bare være rettferdig. De må samtidig fremstå tillitsvekkende for de involverte parter og samfunnet som sådan.<sup>55</sup> Selv om en straffesak fullt ut er rettferdig, og den skyldige korrekt blir dømt, vil ikke dommen fremstå legitim for befolkningen dersom saken ikke har blitt gjennomført på en betryggende måte. Gjengivelse av en forklaring fra et vitne som siktede ikke har fått avhørt, reduserer siktedes muligheter til å imøtegå forklaringen og utfordre dens bevisverdi. For siktede kan dette lett oppleves som et myndighetsovergrep. Skal siktede ha tillit til at bevisføringen er rettferdig, må det derfor oppstilles strenge krav til opplesning av forklaringer fra vitner som siktede ikke har fått krysseksaminert.

Et mothensyn til krysseksaminasjonsretten er at saksgangen må være effektiv. Behovet for en effektiv fremgang ved straffeforfølgninger viser seg særlig i relasjon til bevisføringen. Desto raskere en sak kan behandles for domstolene, desto mer vil for eksempel et vitne klare å huske om de faktiske forhold i saken.<sup>56</sup> Samtidig vil en straffesak som pågår uforholdsmessig lenge utgjøre en større belastning for de involverte. Siktedes rett til krysseksaminasjon kan være en årsak til at en straffesak strekker ut i tid, ved at saken for eksempel må stilles i bero for å lokalisere vitnet, eller at retten på prinsipielt grunnlag må ta stilling til om opplesning er forenlig

---

<sup>54</sup> Jon Petter Rui, «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens Venner* vol. 49, (2014). s. 393

<sup>55</sup> *ibid.* s. 395.

<sup>56</sup> *ibid.* s. 396.

med siktedes rettigheter. Hvor langt siktedes rett til krysseksaminasjon rekker, må derfor avgjøres i lys av hensynet til en effektiv saksbehandling.

Mange av unntaksreglene for opplesning av vitneforklaringer begrunnes i prosessøkonomiske hensyn. Er for eksempel vitnet utenlands eller ikke mulig å lokalisere, kan det medføre store utgifter i å lokalisere og innhente vitnet til hovedforhandling, noe som taler for opplesning. Hensynet til prosessøkonomi henger nært sammen med effektivitetshensynet, da en overdreven ressursbruk kan lede til at straffeforfølgningen blir ineffektiv. En må likevel ha i bakhodet at hensynet til rettssikkerheten veier tungt. Spørsmål om opplesning består derfor som regel av en avveining mellom siktedes rettssikkerhet og hensynet til en økonomisk og effektiv prosess.

## **3.2 Grunnprinsippene bak retten til krysseksaminasjon**

Krysseksaminasjon settes primært på spissen under hovedforhandlingen. Derfor aktualiseres prinsipper som er ment å ivareta både siktede, påtalemyndigheten og domstolen. Da krysseksaminasjon gjelder for bevisføringen, gjør særlig tungtveiende prinsipper seg gjeldende for siktede.

Det vil i det følgende redegjøres for de mest sentrale prinsippene rundt retten til krysseksaminasjon. Dette er nødvendig for å forstå den viktige rollen retten til krysseksaminasjon spiller i straffesaker. Det er også nødvendig for å forstå hvilke avveininger som må gjøres i spørsmål om krysseksaminasjonsrettens rekkevidde.

### **3.2.1 Partslikhetsprinsippet**

En rettferdig rettergang tilsier at partene i saken har likestilte rettigheter under saksbehandlingen. Når det gjelder bevisførselen bør derfor siktede ha de samme rettigheter som påtalemyndigheten. I EMK art. 6 nr. 3 bokstav d heter det at siktede som en minimumsrettighet skal sikres adgangen til å «obtain the attendance and examination of witnesses [...] under the same conditions as witnesses against him». Bestemmelsen er et uttrykk for partslikhetsprinsippet, i praksis og teori omtalt som «equality of arms».<sup>57</sup> Prinsippet kan også utledes av retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Se for eksempel EMDs dom 27. mars 2014 *Matytsina mot Russland* (application no. 58428/10) avsnitt 151 og Jebens (2004) s. 530-531. Prinsippet omtales også i norsk litteratur som «likestillingsprinsippet», se *ibid.* s. 531, eller «våpenlikhetsprinsippet», se Skoghøy/Vang (2005) s. 287 med videre henvisninger.

<sup>58</sup> Se EMDs dom 3. juni 2003 *Walston mot Norge* (application no. 37372/97) avsnitt 56 og 65

Prinsippet inngår i vurderingen av om retten til krysseksaminasjon er krenket etter EMK art. 6, og har dermed en selvstendig betydning.<sup>59</sup> Prinsippet må imidlertid ikke tolkes til at saksbehandlingen skal være fullstendig likestilt. En klar ulikhet i praksis er for eksempel påtalemyndighetens tilgang på tvangsmidler. Poenget med prinsippet er heller å sikre begge partene sentrale rettigheter av betydning for saksopplysningen.<sup>60</sup>

### 3.2.2 Opplesning i lys av den materielle sannhets prinsipp

Den materielle sannhets prinsipp tar sikte på å bygge inn mekanismer i prosesssystemet som sikrer at domstolene på et tryggere grunnlag kan treffe materielt riktige avgjørelser. Et utslag av prinsippet fremgår av strpl. § 294, som pålegger retten å våke over at saken blir «fullstendig opplyst». Dersom bevisføringen ikke opplyser saken i tilstrekkelig grad, kan retten beslutte at nye bevis skal innhentes og at forhandlingen skal utsettes.

Opplesning av en vitneforklaring er ikke ensbetydende med at siktede frarøves all mulighet til å imøtegå de opplysninger som fremkommer av forklaringen. Uavhengig av hvordan vitnets forklaring fremlegges for retten, har siktede fortsatt adgang til å fremsette sitt eget syn på forklaringen og på denne måten svekke påliteligheten av forklaringen. Ved opplesning vil imidlertid ikke siktede få imøtegå forklaringen *i samme grad* som om vitnet hadde forklart seg direkte for retten. Blant annet vil opplesning gjøre det vanskeligere for siktede å avdekke og påvise uoverensstemmelser i vitnets forklaring eller teste vitnets hukommelse. På denne måten vil opplesning, på bekostning av krysseksaminasjon, øke risikoen for at den materielle sannheten ikke kommer frem i saken, og at retten baserer sin avgjørelse på et uriktig grunnlag. Viktigheten av krysseksaminasjon i denne sammenheng er understreket av EMD i plenumsdom 20. november 1989 *Kostovski mot Nederland*<sup>61</sup>, hvor det uttales (avsnitt 42):

«Testimony or other declarations inculcating an accused may well be designedly untruthful or simply erroneous and the defence will scarcely be able to bring this to light if it lacks the information permitting it to test the author's reliability or cast doubt on his credibility. The dangers inherent in such a situation are obvious.»

Hensynet til et materielt riktig resultat taler med andre ord for en snever adgang til å lese opp forklaringer fra vitner som siktede ikke på noen trinn i saken har fått krysseksaminert.

---

<sup>59</sup> Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 18 (omtales nedenfor i punkt 5.3). Se også Jebens (2004) s. 531.

<sup>60</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 143

<sup>61</sup> Application no. 11454/85

### 3.2.3 Kontradiksjonsprinsippet

En rettførdig rettergang forutsetter at siktede har en effektiv adgang til å forsvare seg mot straffeforfølgningen av ham. Prosesslovgivningen inneholder derfor rettigheter som sikrer siktede en reell adgang til å forsvare seg. Rettighetene er et utslag av kontradiksjonsprinsippet<sup>62</sup>, og innebærer at siktede skal kunne føre bevis, legge ned påstander og benytte seg av de rettsmidler som er tilgjengelig.<sup>63</sup> I tillegg må siktede få tilstrekkelig tid til å forsvare seg mot anklager mot seg. Kontradiksjonsprinsippet gjelder også for påtalemyndigheten.<sup>64</sup> Fokuset i denne avhandlingen vil imidlertid være på *siktedes* rett til kontradiksjon, da temaet gjelder opplesning av vitneforklaringer, som hovedsakelig rokker ved siktedes kontradiksjon.

Retten til kontradiksjon inngår som en del av grunnkravet om en rettførdig rettergang etter GrL § 95 og EMK art. 6, og er således gitt et konstitusjonelt og folkerettslig vern.<sup>65</sup> Kontradiksjonsprinsippet fremgår ikke direkte av straffeprosessloven, men kommer fragmentarisk til uttrykk i ulike bestemmelser. Se eksempelvis strpl. § 38 tredje ledd første punktum, som fastslår at retten ikke kan dømme etter et annet straffebud enn det tiltalen gjelder, dersom partene ikke er gitt anledning til å uttale seg om spørsmålet.<sup>66</sup> Prinsippet har også sikker forankring i rettspraksis. Se til eksempel Rt. 2011 s. 93, hvor førstvoterende understreker at det «i norsk rett gjelder [...] et grunnprinsipp om rett til kontradiksjon» (avsnitt 30).

Retten til kryssseksaminasjon er et direkte utslag av kontradiksjonsprinsippet. I en bevisumiddelbar prosess, hvor bevisføringen skjer direkte for domstolen, er kryssseksaminasjon grunnleggende for å tilfredsstille kontradiksjonsprinsippet. Ved vitneførsel vil de forklaringer som fremkommer i hovedforhandlingen, ikke kunne imøtegås forsvarlig uten at siktede har fått stilt spørsmål ved forklaringene. Vitners forklaringer skiller seg på denne måten fra andre bevismidler. Andre typer bevis er siktedes forsvarer gjerne orientert om før hovedforhandling starter, således at forsvaret er gitt en adekvat anledning til å imøtegå beviset.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Enkelte steder i teorien benyttes også begrepet «det kontradiktoriske prinsipp» om dette prinsippet, se til eksempel Andenæs (2009) s. 54.

<sup>63</sup> Andenæs (2009) s. 54

<sup>64</sup> Merk at påtalemyndigheten imidlertid ikke utleder sin kontradiksjonsrett fra GrL § 95 eller EMK art. 6, se Øyen (2019) s. 282 og 283. Påtalemyndighetens rett til kontradiksjon ved saksbehandlingen utledes av straffeprosesslovens bestemmelser.

<sup>65</sup> Innst. 169 S (2012-2013) s. 11. Se også Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 118.

<sup>66</sup> Andre eksempler er siktedes rett til innsyn i saksdokumentene, jf. strpl. § 242, eller siktedes rett til å gjøres kjent med hva siktelsen mot ham gjelder, jf. strpl. § 90.

<sup>67</sup> jf. strpl. § 264, som pålegger påtalemyndigheten å oversende kopi av tiltalebeslutningen og bevisoppgaven sammen med sakens dokumenter til siktedes forsvarer.

I saker hvor siktede ikke får fremsatt sitt syn på anklagene mot ham, fremstår som en lite tillitsvekkende prosess. Manglende kontradiksjon øker samtidig sjansen for at den materielle sannheten ikke kommer frem. Kontradiksjon er derfor en sentral rettssikkerhetsgaranti. Dette medfører en høy terskel for å begrunne innskrenkninger i siktedes kontradiksjonsrett i andre hensyn, som effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn.<sup>68</sup>

### 3.2.4 Bevisumiddelbarhetsprinsippet

Prinsippet om bevisumiddelbarhet betyr at bevisføring skal skje direkte for den dømmende rett. Fremleggelse av dokumenter, forklaringer fra siktede, vitner og sakkyndige, samt andre former for bevisførsel skal presenteres under rettens påsyn.<sup>69</sup> Prinsippet tar sikte på bevisførselen under hovedforhandling for tingretten og ankeforhandling for lagmannsretten.<sup>70</sup>

EMD har i flere avgjørelser slått fast at bevisumiddelbarhetsprinsippet fremgår av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.<sup>71</sup> Etter forankringen av retten til en rettferdig rettergang i GrL § 95 første ledd andre punktum, anses også bevisumiddelbarhetsprinsippet som grunnlovsfestet.<sup>72</sup> I likhet med kontradiksjonsprinsippet, har bevisumiddelbarhetsprinsippet ingen direkte forankring i straffeprosessloven. Prinsippet ivaretas imidlertid gjennom flere bestemmelser sett i sammenheng, og da særlig straffeprosesslovens bevisføringsregler.<sup>73</sup>

Utgangspunktet om at norsk prosessrett skal være bevisumiddelbar, innebærer at eventuelle unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet må ha hjemmel i lov. Når et innkalt vitne ikke avgir vitneprov fordi det ikke møter til hovedforhandling eller nekter å forklare seg, vil ikke føringen av vitnebeviset være umiddelbar. Opplesning av vitnets tidligere avgitte forklaring, utgjør derfor et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet, og krever hjemmel. Som et resultat, har lovgiver på visse vilkår tillatt opplesning av vitneforklaringer, strpl. §§ 296 og 297. En forutsetning for opplesning er at de ikke krenker siktedes rettigheter etter EMK, se kap. 4 og 5.

---

<sup>68</sup> Rui (2014) s. 411

<sup>69</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017 s. 564

<sup>70</sup> Bevisføringen må ikke være umiddelbar utenfor hovedforhandling, som for eksempel i tilståelsessaker, jf. strpl. § 248, eller når retten behandler spørsmål om bruk av tvangsmidler. I slike tilfeller må en umiddelbar bevisførsel vike for hensynet til en effektiv og prosessøkonomisk rettergang.

<sup>71</sup> Se for eksempel *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 118 og *Schatschaschwili mot Tyskland* avsnitt 103. Bevisumiddelbarhetsprinsippet inngår også i det overordnede kravet til «fair [...] hearing» i EMK art. 6 nr. 1, se for eksempel EMDs dom 6. desember 1988 *Barberà Messegué and Jabardo (I) mot Spania* (application no. 10590/83) avsnitt 78.

<sup>72</sup> Se bl.a. Rt. 2015 s. 619 avsnitt 12 (ankeutvalget). Se nærmere Skoghøy (2017) s. 562-565

<sup>73</sup> jf. strpl. §§ 296 og 297, se punkt 2.1 og 2.2. Andre eksempler er strpl. § 290, som regulerer opplesning av en tiltalt sin tidligere avgitte forklaring på samme vilkår som § 296, eller § 278 første ledd annet punktum, som sikrer at opplesning av bevis ikke kan tre i stedet for fri muntlig fremstilling.

Formålet bak bevisumiddelbarhetsprinsippet er å øke kvaliteten på bevisføringen.<sup>74</sup> For at retten i størst mulig grad skal kunne sette seg inn i de faktiske forhold i saken, samt treffe en materielt riktig beslutning, er det viktig at retten får se, høre og tolke bevisene selv. Retten får da en mulighet til å danne seg et direkte inntrykk av troverdigheten bak bevisene.<sup>75</sup> Prinsippet henger nært sammen med muntlighetsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet, da en umiddelbar bevisføring ofte krever muntlige fremstillinger av bevisene under hovedforhandlingen, typisk ved vitneførsel. Samtidig blir det tilrettelagt for at forsvaret får krysseksaminert vitnet.

### 3.2.5 Muntlighetsprinsippet

Etter strpl. § 278 første ledd første punktum fremgår det at «[h]ovedforhandlingen er muntlig». Bestemmelsen hjemler prinsippet om muntlig saksbehandling på hovedforhandlingsstadiet. Prinsippet fremgår også av EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95.<sup>76</sup> Bevis som føres for retten, skal presenteres muntlig. Gjengivelse av skriftlige forklaringer og andre dokumentbevis må således leses opp, se § 302. At aktoratet eller forsvaret bare henviser til utdrag av skriftlige bevis, slik at retten må lese det selv, er ikke tilstrekkelig.<sup>77</sup> Ved føring av vitner som bevis, vil muntlighet være en selvfølgelighet. Opplesning utgjør derfor et unntak fra muntlighetsprinsippet.

Begrunnelsen for muntlighetsprinsippet er hovedsakelig å sikre en mer tillitsvekkende prosess. En muntlig fremstilling av bevis under hovedforhandling sørger for at publikum lettere kan føre tilsyn med hvilke bevis retten behandler. Det bidrar også til å konsentrere oppmerksomheten rundt de respektive bevis som føres.<sup>78</sup>

I nyere tid har det blitt tatt til orde for at muntlighetsprinsippet står for sterkt i dagens strafferettssystem.<sup>79</sup> Muntlighetsprinsippet kan by på utfordringer der bevisbildet er svært omfattende, typisk ved økonomisk kriminalitet. Her kan muntlighet gå sterkt ut over hensynet til en effektiv saksbehandling, ettersom opplesning av et overveldende bevismateriale kan virke mer uoversiktlig enn ved skriftlig bevisføring. I utredningen til den nye straffeprosessloven har derfor lovutvalget fremmet et ønske om å i større grad tillate føring av skriftlige bevis i saker med et omfattende bevisbilde, av hensyn til prosessøkonomi og effektivitet.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 137-138

<sup>75</sup> EMD har også begrunnet prinsippet om bevisumiddelbarhet i dette formålet, se for eksempel Matytsina mot Russland avsnitt 153 med videre henvisninger.

<sup>76</sup> Skoghøy (2017) s. 554.

<sup>77</sup> Rui (2014) s. 428

<sup>78</sup> *ibid.* s. 428

<sup>79</sup> Se straffeprosesslovutvalgets syn i NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 421.

<sup>80</sup> *ibid.* s. 421

## 4 Retten til krysseksaminasjon når vitnet ikke møter

### 4.1 Generelt

Dette kapittelet vil redegjøre for rettstilstanden rundt siktedes rett til krysseksaminasjon for det tilfellet vitnet ikke møter til hovedforhandlingen. Det rettslige grunnlaget for opplesning av en vitneforklaring når vitnet ikke er tilstede under hovedforhandlingen fremgår av strpl. § 297. Bestemmelsen tillater etter ordlyden opplesning dersom «muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift».<sup>81</sup> Hvilke vurderinger som ligger i denne ordlyden, må ifølge Høyesterett ses i lys av de innskrenkninger som følger av retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.<sup>82</sup>

Som den videre fremstillingen vil illustrere, har EMD flere ganger behandlet spørsmålet om det gjelder et absolutt forbud mot opplesning av vitneforklaringer der siktede ikke har fått krysseksaminert vitnet. De retningslinjer EMD har kommet med angående spørsmål om opplesning av tidligere avgitt forklaring, er styrende for opplesningsadgangen etter strpl. § 297.

### 4.2 Opplesningsadgangen i et historisk perspektiv

Før det gjøres rede for gjeldende rett rundt adgangen til å lese opp vitneforklaringer når vitnet ikke møter, vil det gis en innføring i hvordan rettstilstanden var frem til en kursendring kom i 2011 med EMD-avgjørelsen *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*. Dette er nødvendig for å kunne se rettsutviklingen i sammenheng, og forstå hvorfor rettstilstanden er som den er i dag.

Adgangen til å lese opp tidligere avgitte vitneforklaringer ble frem til rundt 1990-tallet vurdert av Høyesterett etter strpl. §§ 296 og 297, uten å ta stilling til folkerettslige forpliktelser.<sup>83</sup> Opplesning av politiforklaringer under hovedforhandlingen ble tillatt såfremt de prosessuelle vilkårene for opplesning etter straffeprosessloven var oppfylt. Det var primært hensynet til *vitnet* som var avgjørende.<sup>84</sup> På starten av 1990-tallet begynte imidlertid betydningen av EMK å gjøre seg gjeldende på strafferettens område i større grad enn tidligere, og Høyesterett måtte ta hensyn til eventuelle begrensninger i opplesningsadgangen som fulgte av siktedes rettigheter etter EMK art. 6.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Se om bestemmelsens innhold i punkt 2.2.

<sup>82</sup> Se til eksempel Rt. 2010 s. 1414 avsnitt 22, Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 18 og Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 13.

<sup>83</sup> Se eksempelvis Rt. 1986 s. 779, Rt. 1988 s. 78 og Rt. 1987 s. 1318.

<sup>84</sup> Matningsdal (2007) s. 18

<sup>85</sup> Se punkt 1.4.2 om den generelle betydningen av EMK i denne tidsperioden.

### 4.2.1 Utgangspunktet: hovedbevislæren

EMDs avgjørelse 24. november 1986 *Unterpertinger mot Østerrike*<sup>86</sup> er utgangspunktet for en praksis hvor norske domstoler ble mer bevisst på at de krav som følger av EMK art. 6, og især siktedes rett til krysseksaminasjon, kan legge begrensninger for adgangen til å lese opp vitneforklaringer.<sup>87</sup> Endringen fra tidligere praksis var at nasjonale domstoler måtte begynne å ta mer hensyn også til *siktede* i spørsmål om opplesning av vitneforklaringer.<sup>88</sup>

I avgjørelsen *Unterpertinger mot Østerrike* fant EMD at det forelå et brudd på retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 bokstav d, da opplesning av en forklaring som dommen hovedsakelig («mainly») bygget på, var tillatt opplest.<sup>89</sup>

For norsk rett ble avgjørelsen i *Unterpertinger mot Østerrike* grunnlaget for den såkalte «hovedbevislæren» ved spørsmål om opplesning av et vitnes tidligere avgitte politiforklaring.<sup>90</sup> Læren gikk ut på at dersom en domfellelse «hovedsakelig» bygget på opplesningen av et vitnes forklaring, måtte beviset avskjæres.<sup>91</sup> EMD har i ettertid betraktet *Unterpertinger*-avgjørelsen som begynnelsen på det som etter hvert utviklet seg til å bli «the sole or decisive rule».<sup>92</sup>

### 4.2.2 Fremveksten av «the sole or decisive rule»

I EMDs avgjørelse 27. februar 2001 *Lucà mot Italia*<sup>93</sup> kom EMD med prinsipielle uttalelser rundt vurderingen som må tas i spørsmål om en opplesning er i tråd med EMK art. 6. I dommen utpenslet EMD innholdet i hovedbevislæren, og la med dette føringer for det som senere skulle bli «the sole or decisive rule» (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 examine, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6» (min utheving).

---

<sup>86</sup> Application no. 9120/80.

<sup>87</sup> Se også EMD-dommene *Kostovski mot Nederland* avsnitt 41 og 26. april 1991 *Asch mot Østerrike* (application no. 12398/86) avsnitt 27-28, som bygget på de rettssetninger som ble lagt til grunn i *Unterpertinger mot Østerrike*.

<sup>88</sup> Matningsdal (2007) s. 18

<sup>89</sup> *Unterpertinger mot Østerrike* avsnitt 33

<sup>90</sup> Matningsdal (2007) s. 55

<sup>91</sup> Se til eksempel Rt. 1991 s. 333 (s. 335), Rt. 1991 s. 410 (s. 411), Rt. 1991 s. 1096 (s. 1098-1099)

<sup>92</sup> *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 128.

<sup>93</sup> Application no. 33354/96



Avgjørende for Domstolen i saken var at dersom domfellelsen bygget «solely or to a decisive degree» på en opplesning av vitneforklaring beheftet med kontradiksjonssvikt, forelå det brudd på EMK. Samme formulering ble benyttet i saken 5. desember 2002 *Craxi mot Italia*.<sup>94</sup>

I norsk rett var hovedbevislæren rådende praksis frem til starten av 2000-tallet.<sup>95</sup> I Rt. 2001 s. 29 endret Høyesterett kurs, om enn i en annen retning enn EMD. Om hvilket vurderingstema som skulle legges til grunn i spørsmål om opplesning skulle tillates, uttalte Høyesterett (s. 33):

«På denne bakgrunn er det en reell mulighet for at opplesning av [politiforklaringen] har hatt utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis».

Formuleringen la tilsynelatende til grunn et vurderingstema som gikk lenger i å avskjære opplesning enn det som fulgte av EMDs praksis.<sup>96</sup> Det samme vurderingstemaet ble oppstilt av Høyesterett i Rt. 2004 s. 897 avsnitt 9 og Rt. 2004 s. 97 avsnitt 17. Hvorvidt Høyesteretts formulering var et bevisst utslag av et annet syn enn det EMD hadde lagt til grunn, fremsto på denne tiden ikke klart.<sup>97</sup> Høyesterett anså det derfor nødvendig med en ytterligere presisering av vurderingstemaet senere samme år i Rt. 2004 s. 1789 (avsnitt 20):

«Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om hvorvidt den endrede måten å formulere vilkårene for å lese opp forklaringer er uttrykk for et endret syn på hvilke krav som gjelder. Avgjørende for meg er at § 296 ikke selv stiller opp begrensninger i adgangen til å lese opp forklaringer når et vitne nekter å forklare seg. Jeg finner derfor ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke inn strengere begrensninger enn dem som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d, slik begrensningene er forstått av EMD. Og det er ikke noe i de nevnte avgjørelser som tyder på at Høyesterett har ment å legge til grunn strengere krav enn EMD har stilt opp»<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> Application no. 34896/97, avsnitt 86. Det kan legges til at EMD både før og etter saken *Lucà mot Italia* brukte lignende formuleringer som «solely or to a decisive degree», se for eksempel sak 23. april 1997 *Van Mechelen og andre mot Nederland* (application no. 21363/93, 21364/93, 21427/93 og 22056/93) avsnitt 63, «to a decisive extent», og sakene 14. desember 1999 *A. M. mot Italia* (application no. 37019/97) avsnitt 25 og 31. oktober 2001 *Solakov mot Makedonia* (application no. 47023/99) avsnitt 57, «solely, or in a decisive manner». For ytterligere praksis, se Matningsdal (2007) s. 62.

<sup>95</sup> Se eksempelvis Rt. 1997 s. 1778 (s. 1783) og Rt. 1999 s. 757 (s. 760)

<sup>96</sup> Særlig Matningsdal tar til orde for en slik forståelse, se Matningsdal (2007) s. 64

<sup>97</sup> Høyesterett selv anså denne formuleringen som en «presisering – og antagelig modifikasjon» i Rt. 2004 s. 97 (avsnitt 17). Se videre Skoghøy/Vang (2005) s. 297 og Matningsdal (2007) s. 56-57.

<sup>98</sup> Merk at Høyesterett i saken viser til strpl. § 296, som hjemler opplesning for et vitne som møter til hovedforhandling. Ett av spørsmålene i saken var om strpl. §§ 296 eller 297 kom til anvendelse, se avsnitt 15. Det aktuelle vitnet møtte opp i retten, men ble dimettert før det skulle forklare seg. Dette hadde imidlertid ikke

I denne dommen valgte Høyesterett å omformulere seg på nytt, og oppstilte et vurderingstema likt det som fulgte av EMDs praksis. Etter å ha redegjort for innholdet i *Lucà mot Italia* og *Craxi mot Italia*, samt gjennomgått tidligere høyesterettspraksis, understreket førstvoterende at «[s]pørsmålet må etter dette være om domfellelsene i vår sak *bare eller i avgjørende grad* er basert på de vitneforklaringer som ble lest opp» (uthevet her), se avsnitt 16 til 21. Formuleringen er fulgt opp i senere avgjørelser, se Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2009 s. 567 avsnitt 21, Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 19 og Rt. 2013 s. 1060 avsnitt 16.<sup>99</sup>

Høyesterett tolket altså EMDs formulering «solely or to a decisive degree» til en vurdering av om domfellelsen «bare eller i avgjørende grad» bygger på vitneforklaringen. Dersom dette er tilfellet, og siktede ikke på noen trinn i saken har fått krysseksaminert vitnet, må opplesing under enhver omstendighet nektes. Vurderingen utgjør det som i dag betraktes som «the sole or decisive rule» av EMD.

### **4.3 Kursendringen i storkammeravgjørelsene *Al-Khawaja* og *Tahery mot Storbritannia* og *Schatschaschwili mot Tyskland***

Gjennomgangen i punkt 4.2 viser at tradisjonell lære for adgangen til å lese opp vitneforklaringer har vært «the sole or decisive rule» etter EMDs praksis. Etter EMDs storkammeravgjørelse 15. desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*<sup>100</sup> (heretter «*Al-Khawaja-saken*») fikk denne læren et nytt og mer omfattende innhold. Avgjørelsen endret kursen for hvilken vurdering som skal foretas i spørsmål om retten til krysseksaminasjon er krenket etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.

Rettstilstanden etter *Al-Khawaja*-avgjørelsen bydde likevel på noe usikkerhet rundt tolkningen av enkelte uttalelser fra EMD i dommen. Domstolen fant det derfor nødvendig med en ytterligere presisering av rettstilstanden i storkammeravgjørelsen 15. desember 2015 *Schatschaschwili mot Tyskland*<sup>101</sup> (heretter «*Schatschaschwili-saken*»).

Avgjørelsene er styrende for gjeldende rett ved opplesningsadgangen når et vitne ikke møter til hovedforhandling. Det vil i det følgende gis en redegjørelse for begge avgjørelsene, samt hvilke

---

betydning for Høyesterett i saken, da begrensninger i opplesningsadgangen følger av EMK, og ikke straffeprosessloven, se Matningsdal (2007) s. 64.

<sup>99</sup> Også formuleringene «fullt ut eller i avgjørende grad» og «utelukkende eller i avgjørende grad» er benyttet, uten at det utgjør noen realitetsforskjell, se Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2010 s. 1414 avsnitt 22 og 24.

<sup>100</sup> Application no. 26766/05 og 22228/06

<sup>101</sup> Application no. 9154/10

rettslige problemstillinger EMD sto ovenfor. En gjennomgang av faktum i avgjørelsene er nødvendig for å forstå EMDs uttalelser. Begrunnelsen for at nettopp disse avgjørelsene vies særskilt oppmerksomhet, er at de begge er avsagt i storkammer, og således utgjør en tungtveiende rettskilde både for EMD og norsk rett ved tolkningen av EMK.<sup>102</sup>

Av hensyn til en ryddig fremstilling, vil det først foretas en summarisk gjennomgang av faktum og EMDs vurderinger i Al-Khawaja-saken og Schatschaschwili-saken. Deretter vil de vurderingsmomentene EMD etablerer i avgjørelsene behandles i selvstendige kapitler, jf. nedenfor i punkt 4.4 til 4.6.

### **4.3.1 Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia**

#### **4.3.1.1 Faktum**

I denne dommen tok EMD for seg to forskjellige saksforhold. I den første saken var en britisk lege (Al-Khawaja) tiltalt for seksuelle overgrep mot to kvinnelige pasienter (ST og VU) som angivelig var under hypnose da overgrepene fant sted.<sup>103</sup> De fornærmede avga hver sine forklaringer til politiet i etterkant av overgrepene. ST fortalte også to venner om forholdet. Før saken ble behandlet av det britiske rettssystemet begikk imidlertid sistnevnte kvinne, ST, selvmord.<sup>104</sup> Under hovedforhandlingen ønsket aktoratet å lese opp ST sin politiforklaring. Retten tillot forklaringene opplest, men gjorde juryen oppmerksom på risikoen ved å legge for mye vekt på forklaringer som ikke har blitt krysseksaminert av siktede. Al-Khawaja ble deretter dømt for overgrepene. Etter en forgjeves anke til ankedomstolen, klaget Al-Khawaja saken inn for EMD, med begrunnelse at hans rett til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 var krenket, da han ikke hadde fått anledning til å krysseksaminere det avdøde vitnet.<sup>105</sup>

Den andre saken gjaldt en knivstikking i forbindelse med et gjengoppgjør. En iransk mann hadde under et slagsmål blitt stukket i ryggen av en ukjent person. Et vitne avga senere en politiforklaring som knyttet en bestemt person, Ali Tahery, til knivstikkingen. Av frykt for sin egen sikkerhet ønsket imidlertid ikke vitnet å møte og forklare seg for retten. Retten tillot at vitnets forklaring ble lest opp, men anmodet juryen om å ta i betraktning at forklaringen ikke hadde blitt krysseksaminert av tiltalte. Tahery ble dømt for forholdet.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Se punkt 1.4.2, jf. EMK art. 30 og 31 sammenholdt med art. 44 første ledd.

<sup>103</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 10

<sup>104</sup> *ibid.* avsnitt 11

<sup>105</sup> *ibid.* avsnitt 12 til 24.

<sup>106</sup> *ibid.* avsnitt 25 til 39

#### 4.3.1.2 EMDs vurdering

Forut for Al-Khawaja-saken, i dens kammeravgjørelse 20. januar 2009,<sup>107</sup> ble det enstemmig vedtatt krenkelse av EMK art. 6 hos begge klagerne. Storbritannia anmodet deretter om at saken ble inntatt til behandling i storkammer.<sup>108</sup> Det ble særlig pekt på problematikken som den rigide tolkningen av «the sole or decisive rule» skapte for det britiske rettssystemet.<sup>109</sup> Storbritannia fremholdt at regelen ikke kunne forstås absolutt, slik at enhver opplesning av et avgjørende bevis («sole or decisive») som tiltalte ikke hadde fått krysseksaminert, ble ansett konvensjonsstridig.<sup>110</sup>

Avgjørelsen ble avsagt under dissens. Dissensen gjaldt spørsmålet om hovedbevislæren skulle anvendes absolutt.<sup>111</sup> EMD i storkammer kom til, med femten mot to stemmer, at «the sole or decisive rule» måtte modifiseres. Dette ble starten på en ny og selvstendig vurdering av hvorvidt en politiforklaring avgitt av et vitne som ikke har blitt krysseksaminert, kan leses opp i medhold av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Vurderingen er en test bestående av tre trinn, også referert til som «Al-Khawaja-testen»<sup>112</sup>.

Det første trinnet i testen er en vurdering av om det foreligger en «good reason» for at vitnet ikke møter.<sup>113</sup> Vitnet må altså ha en gyldig fraværsgrunn. Det andre trinnet i testen er en vurdering av den tradisjonelle «sole and decisive»-regelen, som ble behandlet i punkt 4.2.2. Spørsmålet er om domfellelsen bare eller i avgjørende grad bygger på vitneforklaringen. I det tredje trinnet må det vurderes om det foreligger prosessuelle rettssikkerhetsgarantier («sufficient counterbalancing factors») som kompenserer for at en vitneforklaring beheftet med kontradiksjonssvikt leses opp.<sup>114</sup> Som et overordnet krav etter EMK art. 6 må det til slutt foretas en helhetsvurdering av «the overall fairness» i saken.<sup>115</sup>

---

<sup>107</sup> Application no. 26766/05 og 22228/06

<sup>108</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 5

<sup>109</sup> *ibid.* avsnitt 129.

<sup>110</sup> *ibid.* avsnitt 98

<sup>111</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, Joint partly dissenting and partly concurring opinion of judges Sajó and Karakas, på side 66.

<sup>112</sup> Se til eksempel EMD i Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 113.

<sup>113</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 119

<sup>114</sup> *ibid.* avsnitt 147

<sup>115</sup> *ibid.* avsnitt 118

## 4.3.2 Schatschaschwili mot Tyskland

### 4.3.2.1 Faktum

I saken Schatschaschwili mot Tyskland var Swiadi Schatschaschwili siktet for to ran. Det første ranet var av to litauiske kvinner, og ble utført i 2006. Det andre ranet fant sted i 2007, og ransofrene var to kvinner fra Latvia. Alle kvinnene jobbet som prostituerte da de ble ranet.

De to latviske kvinnene avga hver sin politiforklaring i etterkant av ranet. Under politiavhøret forklarte de også at de hadde intensjoner om å returnere til Latvia de kommende dagene.<sup>116</sup> På grunn av de vanskeligheter det kunne medføre å få kvinnene til å møte som vitner under hovedforhandlingen, valgte retten å la kvinnene bli avhørt av en forhørsdommer. Schatschaschwili ble ikke informert om avhøret, av hensyn til etterforskningen.<sup>117</sup> I etterkant av forhørsdommerens avhør, returnerte kvinnene til Latvia, og siktede ble arrestert.<sup>118</sup>

Kvinnene ble innkalt som vitner, men møtte ikke opp til hovedforhandlingen. Kvinnene begrunnet fraværet i den psykiske påkjennelsen det ville medføre å vitne foran siktede.<sup>119</sup> Den nasjonale domstolen forsøkte forgjeves å få kvinnene til å møte ved hjelp av latviske myndigheter. Etter flere forsøk uten resultater, besluttet domstolen politiforklaringene lest opp, uten at siktede hadde fått krysseksaminert vitnene.<sup>120</sup> Siktede ble dømt for to tilfeller av grovt ran, grov utpressing og tvang.<sup>121</sup> Etter to avviste anker, klaget siktede saken inn for EMD, med anførsel om at opplesningen av vitneforklaringene krenket hans rettigheter etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.<sup>122</sup>

### 4.3.2.2 EMDs vurdering

For å avgjøre om saken krenket siktedes rettigheter etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d, anvendte EMD tretrinns testen som ble etablert Al-Khawaja-saken. Det måtte dermed vurderes om det forelå en god grunn for de latviske kvinnenes fravær, om domfellelsen bare eller i avgjørende grad bygget på deres forklaringer, og om det forelå kompenserende faktorer som likevel rettferdiggjorde en opplesning. Avgjørende for om tretrinns testen kvalifiserte til opplesning i henhold til EMK, var om testen etter en helhetlig vurdering fremsto rettferdig.

---

<sup>116</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 20

<sup>117</sup> *ibid.* avsnitt 21

<sup>118</sup> *ibid.* avsnitt 22

<sup>119</sup> *ibid.* avsnitt 23

<sup>120</sup> *ibid.* avsnitt 29

<sup>121</sup> *ibid.* avsnitt 30

<sup>122</sup> *ibid.* avsnitt 53

Med ni mot åtte stemmer kom EMD til at det forelå brudd på EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Før det ble konkludert med at forelå konvensjonsbrudd, fant EMD det nødvendig med en konkretisering av innholdet i de ulike kriteriene i tretrinns testen. Særlig gjaldt dette forholdet mellom trinnene i testen; skulle kriteriene i tretrinns testen tolkes absolutt, slik at manglende oppfyllelse av ett av kriteriene, automatisk ledet til krenkelse av EMK? Samtidig kom EMD med prinsipielle uttalelser om innholdet i de ulike trinnene i tretrinns testen. Schatschaschwili-saken må derfor leses i nær sammenheng med Al-Khawaja-saken.

I det følgende vil det foretas en inngående drøftelse av kriteriene i tretrinns testen. Begrunnelsen for dette, er at de begrensninger for opplesning som følger av siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d, følger direkte av innholdet i tretrinns testen. Domstolene skal anvende den samme metoden som EMD for å avgjøre om opplesning er i tråd med våre folkerettslige forpliktelser, se punkt 1.4.2.<sup>123</sup> Ved fremstillingen vil det tas utgangspunkt i EMDs vurderinger i Al-Khawaja-saken. Deretter vil de rettssetninger EMD kommer med i Schatschaschwili-saken belyses der det har innvirkning på tolkningen av tretrinns testen.

#### **4.4 Vilåret om «good reason»**

Nyskapende for tradisjonell lære om hvilke unntak som kan gjøres fra bevisumiddelbarhetsprinsippet, er at det må være en god grunn («good reason») for at vitnet ikke møter. Dette slo EMD for første gang fast i Al-Khawaja-saken. Om hvilken vurdering som ligger i kravet til «good reason», uttalte Domstolen (avsnitt 120):

“The requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive. Even where the evidence of an absent witness has not been sole or decisive, the Court has still found a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined”.

Domstolen poengterte med dette at vilåret om «good reason» er et innledende («preliminary») spørsmål som må besvares før det vurderes om en forklaring utgjør det eneste eller avgjørende beviset. Med andre ord mente EMD at en opplesning ville føre til krenkelse av EMK art. 6

---

<sup>123</sup> Her siktes det særskilt til Høyesteretts uttalelser i Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) på side 1007-1008.

dersom det ikke foreligger en god grunn for at vitnet ikke møter, selv om forklaringen ikke utgjør det eneste eller avgjørende beviset.<sup>124</sup>

EMD understreket videre at vitner som et generelt utgangspunkt bør avgi forklaring under hovedforhandlingen, og at «all reasonable efforts» måtte gjøres for å imøtekomme dette utgangspunktet.<sup>125</sup> I dette lå det en *plikt* for nasjonale domstoler til å foreta alle rimelige anstrengelser for å sikre et vitnes oppmøte.<sup>126</sup> Hva plikten innebar, utover at «all reasonable efforts» må være prøvd, fremsto imidlertid ikke klart av EMDs premisser.<sup>127</sup> Uttalelsen illustrerer likevel den vesentlige betydningen av bevisumiddelbarhetsprinsippet. Rimelige forsøk på å få vitnet til å møte og forklare seg direkte for domstolen må være prøvd. Domstolen poengterte samtidig at opplesning av vitneforklaring hvor tiltalte ikke på noen trinn i saken har fått krysseksaminert vitnet, må være en «measure of last resort».<sup>128</sup> Dette taler for at retten må ha vurdert alle mulige alternativer, og at kravet til «good reason» må tolkes strengt.

#### **4.4.1 Hvilke typetilfeller kvalifiserer til en god grunn for å ikke møte?**

I Al-Khawajas sak var årsaken til vitnenes fravær som nevnt at det ene vitnet var død, mens det i Taherys sak ikke møtte i frykt for represalier. Når det gjaldt avdøde vitner, konstaterte EMD at det er et typetilfelle som utgjør en god grunn for vitnets fravær.<sup>129</sup> Frykt som årsak for at vitnet ikke møter, krever imidlertid at det må foretas ytterligere undersøkelser før det kan konstateres at vitnet har gyldig fraværsgrunn.<sup>130</sup> Domstolen fant det nødvendig å skille mellom to typer frykt; på den ene siden frykt som kan utledes fra trusler eller annen lignende atferd fra eller på vegne av tiltalte, og på den andre siden mer generell frykt for negative konsekvenser av å forklare seg i saken.<sup>131</sup>

For det tilfellet vitnet ikke ønsker å møte og avgi forklaring på grunn av truende atferd fra tiltalte eller personer som kan knyttes til tiltalte, slår Domstolen fast at det vil være anledning

---

<sup>124</sup> Se til eksempel sakene 24. april 2012 *Sibgatullin mot Russland* (application no. 1413/05) avsnitt 56 og 23. september 2014 *Cevat Soysal mot Tyrkia* (application no. 17362/03) avsnitt 77 til 79. EMD kom her til at opplesning av vitneforklaringer var konvensjonsstridig ettersom det ikke forelå en god grunn for at vitnet ikke møtte til hovedforhandling.

<sup>125</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 120

<sup>126</sup> *ibid.* avsnitt 120, hvor EMD uttrykkelig pålegger en slik plikt med å uttale at «there is a duty to enquire whether that absence is justified».

<sup>127</sup> Spørsmålet ble behandlet nærmere i Gert Johan Kjølby og Ørnulf Øyen, «Every reasonable effort? - om domstolen og påtalemyndighetens plikt til å sikre tiltaltes rett til krysseksaminasjon», *Undring og erkjennelse: Fest- skrift til Jan Fridthjof Bernt*, 2013, s. 298-307 (hentet fra Lovdata Pro).

<sup>128</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 125

<sup>129</sup> *ibid.* avsnitt 121

<sup>130</sup> *ibid.* avsnitt 122

<sup>131</sup> *ibid.* avsnitt 122

til å lese opp vitnets forklaringer i retten. Dette gjelder selv om forklaringen utgjør det eneste eller avgjørende bevis. Tilnærmingen kan ved første øyekast fremstå kontroversiell, da tiltalte risikerer å bli dømt på bakgrunn av en sentral forklaring som tiltalte ikke har fått krysseksaminert. En slik tolkning av regelverket er likevel nødvendig, da det vil rukke ved rettssystemets integritet å gi tiltalte fordeler på grunn av truende atferd.<sup>132</sup> Således gjør preventive hensyn seg særlig gjeldende. EMD anser tilfeller hvor tiltalte gjennom sin handlemåte har skyld i at vitnet ikke møter, som et *avkall på tiltaltes rett til krysseksaminasjon*.<sup>133</sup> Unnlater vitnet møte til hovedforhandling på bakgrunn av en mer generell frykt for represalier, må spørsmålet om det er gitt et avkall på krysseksaminasjonsretten vurderes konkret. Retten må vurdere om frykten er objektivt begrunnet og underbygget av beviser.<sup>134</sup> Et minimumskrav er imidlertid at vitnets frykt kan knyttes til opptreden eller handlinger fra siktede eller personer han kan identifiseres med.<sup>135</sup> Det at siktede samtykker til opplesning, uten å ha fått krysseksaminert vitnet, regnes også som et avkall på krysseksaminasjonsretten, selv om siktede i ettertid trekker tilbake samtykket.<sup>136</sup>

Også andre årsaker enn vitners død eller frykt kan kvalifisere til at «good reason»-kriteriet er oppfylt. Alvorlig sykdom eller svekket helse er eksempler som kan utgjøre en gyldig fraværsgrunn.<sup>137</sup> En annen relevant fraværsgrunn kan være vitnets alder sett i lys av sakens karakter.<sup>138</sup> Hindringer i samferdselen, lang reiseavstand, sykdom i nær familie eller arbeidsforpliktelser er også omstendigheter som kan utgjøre en relevant fraværsgrunn.<sup>139</sup>

#### 4.4.2 Schatschaschwili-sakens modifisering av «good reason»-kriteriet

I Schatschaschwili-saken så EMD et behov for å revidere «good reason»-kriteriet. Særlig gjaldt dette «good reason»-kriteriets betydning for de øvrige trinnene i testen. I etterkant av Al-

---

<sup>132</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 123

<sup>133</sup> *ibid.* avsnitt 123. EMD konkretiserer ikke nærmere hvilken atferd fra tiltalte som kan lede til et avkall, annet enn formuleringen «threats and actions». Høyesterett har også behandlet spørsmål om avkall på retten til krysseksaminasjon, uten å komme med nærmere retningslinjer for hvilken atferd som leder til avkall, se eksempelvis Rt. 1994 s. 469 (s. 470), hvor formuleringen «press fra tiltalte» benyttes. Se også Rt. 2004 s. 1425 avsnitt 12 og Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 26 til 30. Temaet er nærmere behandlet i Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet», *Tidsskrift for strafferett*, 2012 s. 165 flg.

<sup>134</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 124

<sup>135</sup> Øyen (2019) s. 443

<sup>136</sup> Se sak 18. desember 2018 *Murtazaliyeva mot Russland* (storkammer), (application no. 36658/05) avsnitt 127.

<sup>137</sup> Se strpl. § 298 andre ledd, jf. § 239 tredje og fjerde ledd. Se videre EMDs dom 5. november 2015 *Chukayev mot Russland* (application no. 36814/06) avsnitt 125, hvor et vitne hadde mistet stemmen som følge av sykdom.

<sup>138</sup> EMDs dom 18. juli 2013 *Vronchenko mot Estland* (application no. 59632/09) avsnitt 58. Vitnet i saken var en 9 år gammel jente som hadde blitt utsatt for seksuelle overgrep av sin stefar.

<sup>139</sup> Øyen (2019) s. 435. Etter saken 30. juli 2019 *Ürek og Ürek mot Tyrkia* (application no. 74845/12) avsnitt 54 kan det imidlertid spørres om fravær på grunn av arbeidsrelaterte forhold ikke skal anses å være en god grunn.



Khawaja-saken begynte nasjonale domstoler å anvende kriteriene i tretrinns-testen ulikt. I noen saker hadde nasjonale domstoler foretatt en overordnet tilnærming til alle de tre kriteriene,<sup>140</sup> mens det i andre saker automatisk hadde blitt konkludert med brudd på EMK der «good reason»-kriteriet ikke var oppfylt.<sup>141</sup> Spørsmålet EMD i realiteten stod ovenfor, var om kriteriene i Al-Khawaja-testen var absolutte. Om spørsmålet konkluderte EMD (avsnitt 113):

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

EMD slo dermed fast at selv om «good reason»-kriteriet ikke var oppfylt, ledet det ikke automatisk til brudd på retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6. At kriteriet ikke er oppfylt er imidlertid et sterkt argument mot at retten til rettferdig rettergang er oppfylt. Dette står i motsetning til EMDs syn i Al-Khawaja-saken, hvor det ble uttalt at fraværet av en «good reason» for at vitnet ikke møter utgjorde et brudd på EMK art. 6. Etter Schatschaschwili-saken må derfor kravet til «good reason» foretas i en helhetlig vurdering, hvor det må tas hensyn til de øvrige kriteriene i tretrinns-testen for å avdekke om det foreligger konvensjonsbrudd.

I Schatschaschwili-saken kom Domstolen også med viktige presiseringer angående kravet til at «all reasonable efforts» må være gjort for å få vitnet til å møte (avsnitt 120):

«However, it is clear that they must have actively searched for the witness with the help of the domestic authorities including the police [...] and must, as a rule, have resorted to international legal assistance where a witness resided abroad and such mechanisms were available».

Med denne uttalelsen videreutvikler EMD «good reason»-vilkåret som fulgte av Al-Khawaja-saken. Uttalelsen oppstiller en plikt for nasjonale domstoler til å aktivt forsøke å lokalisere et

---

<sup>140</sup> Se eksempelvis sak 3. mai 2012 *Salikhov mot Russland* (application no. 23880/05) avsnitt 118, sak 11. desember 2012 *Asadbeyli og andre mot Aserbajdsjan* (application no. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 og 16519/06) avsnitt 134, sak 25. april 2013 *Yevgeniy Ivanov mot Russland* (application no. 27100/03) avsnitt 45 til 50.

<sup>141</sup> Se eksempelvis sak 11. juli 2013 *Rudnichenko mot Ukraina* (application no. 2775/07) avsnitt 105 til 110, sak 3. juli 2014 *Nikolitsas mot Hellas* (application no. 63117/09) avsnitt 35.

vitne («actively searched»). Plikten innebærer å involvere påtalemyndigheten om nødvendig. Videre må retten «as a rule» benytte seg av internasjonal bistand dersom vitnet oppholder seg i utlandet, og slik bistand er tilgjengelig.

I Schatschaschwili-saken hadde den tyske domstolen forsøkt å få vitnene til å møte til hovedforhandlingen ved flere anledninger. Først sendte retten en skriftlig innkallelse til vitnene i Latvia, uten at det ga resultater.<sup>142</sup> Domstolen henvendte seg også til latviske myndigheter i et forsøk på å få vitnene til å forklare seg for en latvisk domstol. Baktanken var at tiltalte skulle få stille spørsmål til vitnene via videosending.<sup>143</sup> En slik ordning lot seg heller ikke gjøre. På bakgrunn av dette konkluderte EMD med at den tyske domstolen hadde foretatt «all reasonable efforts», og at det derfor forelå «good reason» for at vitnene ikke møtte.<sup>144</sup>

#### **4.4.3 Kravet til «good reason» oppsummert**

Gjennomgangen av «good reason»-kriteriet viser at EMD tillegger bevisumiddelbarhetsprinsippet stor betydning ved tolkningen av hvor langt siktedes krysseksaminasjonsrett rekker etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Dette illustreres særlig ved at det stilles krav til at nasjonale domstoler foretar adekvate tiltak for å innhente vitnet dersom det ikke møter til hovedforhandling, og at opplesning skal være en siste utvei («measure of last resort»). Rettere sagt må det spørres om konvensjonsstatene har gjort det som med rimelighet kan forventes av dem for å innhente vitnet for å forklare seg for retten. I dette ligger en konkret vurdering av om myndighetene har gjort tilfredsstillende forsøk i å lokalisere vitnet, samt involvert internasjonale myndigheter dersom vitnet befinner seg i utlandet.

Omformulert kan det sies at EMD oppstiller et vilkår om at eventuelle *unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet* krever god grunn. Derfor anså EMD det nødvendig å korrigere seg i Schatschaschwili-saken, ved å oppstille «good reason»-kriteriet som et selvstendig moment som må vurderes i lys av de øvrige kriteriene i tretrinns testen, og «the overall fairness» i saken. Andre momenter i vurderingen, som vitneforklaringens bevisverdi («sole or decisive rule»), eller andre kompenserende faktorer («counterbalancing factors»), kan på denne måten rettferdiggjøre unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet.

---

<sup>142</sup> *ibid.* avsnitt 134

<sup>143</sup> *ibid.* avsnitt 138

<sup>144</sup> *ibid.* avsnitt 139 og 140

## 4.5 Vilkåret om «the sole or decisive rule»

Som vi så i punkt 4.2 tar «the sole or decisive rule» sikte på en lære om at vitneforklaringer normalt ikke kan leses opp, dersom domfellelsen bare eller i avgjørende grad («solely or to a decisive degree») bygger på forklaringen.

I Al-Khawaja-saken så Domstolen et behov for å klarlegge innholdet i regelens ordlyd. EMD slo innledningsvis fast at begrepet «sole» skal forstås som det eneste bevis mot siktede, og at dette begrepet derfor ikke bydde på noen tolkningstvill.<sup>145</sup> Tvilen knyttet seg særlig til hva som lå i begrepet «decisive». Begrepets uklare innhold var blant annet en av årsakene til at britiske myndigheter anket til EMD.<sup>146</sup>

Med hva som menes med «decisive», uttaler Domstolen at «the word «decisive» should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case». Oversatt til norsk skal begrepet forstås slik at det tar sikte på bevis av en så vesentlig betydning at det sannsynligvis vil være utslagsgivende for utfallet i saken. Etter min mening tilføyer presiseringen lite ut over den generelle forståelsen av «avgjørende bevis», og gir således begrenset veiledning.<sup>147</sup> Uttalelsen kan derimot tas til inntekt for at «decisive» skal forstås strengt. Hvis et bevis bare er «decisive» når det er av en slik betydning av det sannsynligvis vil avgjøre saken, betyr det at ikke ethvert bevis av betydning omfattes. Da et bevis i praksis ofte har betydning for en sak, må «decisive»-begrepet tolkes til å gjelde forklaringer *ut over* den generelle betydningen bevis har i rettssaker.

Hvor grensen går for når et bevis skal anses «decisive», er ikke enkel å slå fast. Et viktig moment EMD fremhever, er at beviset må vurderes i lys av de andre bevisene i saken, herunder om det finnes andre bevis som støtter forklaringens troverdig, samt hvor sterk bevisverdi disse bevisene har.<sup>148</sup> For eksempel vil en vitneforklaring være mindre avgjørende dersom det foreligger bildebevis, telefonlogg eller andre forklaringer som inkriminerer siktede.

### 4.5.1 Hvordan skal «the sole or decisive rule» anvendes i tretrinnsstesten?

Etter å ha redegjort for innholdet i «the sole or decisive rule», kom EMD i Al-Khawaja-saken med prinsipielle uttalelser for *betydningen* av kriteriet. Til forskjell fra tidligere praksis,<sup>149</sup> slo

---

<sup>145</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 131 med videre henvisninger.

<sup>146</sup> *ibid.* avsnitt 129

<sup>147</sup> Også Øyen tilslutter seg et slikt syn, se Øyen (2019) s. 438

<sup>148</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 131

<sup>149</sup> Se om tidligere rettspraksis i punkt 4.2.1.

EMD fast at et bevis som var «sole or decisive» ikke *automatisk* ledet til et brudd på EMK art. 6. nr. 1.<sup>150</sup> Det vil imidlertid være et tungtveiende moment i vurderingen av om det foreligger brudd på retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6. nr. 1.<sup>151</sup> Tilnærmingen EMD her legger til grunn, er en naturlig konsekvens av deres uttalelser tilknyttet «good reason»-kriteriet, nærmere bestemt at kriteriene inngår som momenter i en helhetsvurdering, se over i punkt 4.4.3.

Schatschaschwili-saken har også betydning for anvendelsen av «the sole or decisive rule» i tretrinnssteden. Særlig gjelder dette hvordan EMD skal forholde seg til de nasjonale domstolenes vurderinger av beviset. Domstolen understreker i saken at EMD ikke har som rolle å være en fjerde instans for de nasjonale domstolene, og at utgangspunktet for vurderingen derfor er hvilke overveielser de nasjonale domstolene har foretatt.<sup>152</sup> EMD skal allikevel se på hvordan de nasjonale domstolene har tolket regelen, og avgjøre om domstolene har vektlagt det aktuelle beviset på en forsvarlig måte.<sup>153</sup> Dersom det er uklart eller ikke fremgår hvordan den nasjonale domstolen har vektlagt beviset, er EMD nødt til å foreta en selvstendig vurdering av bevisets betydning for saken.<sup>154</sup>

En innvending som kan rettes mot «sole or decisive»-regelen, er at EMD, til tross for deres eget synspunkt, oppstiller et vilkår som i realiteten tvinger dem inn i en rolle som fjerde instans («fjerdeinstansdoktrinen»)<sup>155</sup> Det å gå inn og eventuelt overprøve de nasjonale domstolenes bevisvurderinger, kan medføre et innhogg i suverenitetsprinsippet, da det først og fremst konvensjonsstatenes oppgave å anvende sin interne rett. Det kan også spørres om det er riktig av EMD å oppstille et fast vilkår som skal avgjøre om en nasjonal domstol sin bevisvurdering er riktig, med hensyn til statenes skjønnsmargin («margin of appreciation»)<sup>156</sup>

## 4.6 Vilkåret om «sufficient counterbalancing factors»

I forlengelsen av spørsmålet om hovedbevislæren utgjorde en absolutt skranke for opplesing, utpenslet EMD i Al-Khawaja-saken et helt nytt vurderingstema, som i gitte tilfeller kan lede til at et eneste eller avgjørende bevis likevel kan leses opp uten at EMK krenkes. Om hvilken vurdering som skal tas for å fravike hovedbevislæren, uttalte Domstolen (avsnitt 147):

---

<sup>150</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 147.

<sup>151</sup> *ibid.* avsnitt 147

<sup>152</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 124.

<sup>153</sup> *ibid.* avsnitt 124 med videre henvisninger.

<sup>154</sup> *ibid.* avsnitt 124

<sup>155</sup> 13. mars 2012 *Karpenko mot Russland* (application no. 5605) avsnitt 80. Se også *Oddone and Pecci v. San Marino*, Concurring opinion of Judge Wojtyczek avsnitt 8

<sup>156</sup> 7. desember 1976 *Handyside mot Storbritannia* (application no. 5493/72) avsnitt 48.

“[W]here a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the *most searching scrutiny*. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales, [...] and one which would require *sufficient counterbalancing factors*, including the existence of *strong procedural safeguards*. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case» (uthevet her).

EMD innledet vurderingen med å understreke at dersom en domfellelse bare eller i avgjørende grad bygger på en forklaring fra et fraværende vitne, må saken underkastes den største grundighet («most searching scrutiny»). Den sentrale vurderingen er om det foreligger kompensierende tiltak («sufficient counterbalancing factors») som styrker bevisets troverdighet, og avbøter den risikoen det medfører å lese opp et eneste eller avgjørende bevis som siktede ikke har fått krysseksaminert. Herunder må det vurderes hvorvidt det i saken eksisterer prosessuelle rettssikkerhetsgarantier («strong procedural safeguards») som ivaretar hensynet til en rettferdig rettergang.

Ved vurderingen av om det forelå prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i Al-Khawaja-saken, gikk EMD først i det britiske lovverket for å avgjøre om det inneholdt de prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som kreves etter EMK art. 6.<sup>157</sup> Domstolen pekte på at lovverket inneholdt bestemmelser som ga den retten myndighet til å nekte bevis ført eller utsette forhandlingene dersom domstolen fant opplesning uforenlig med retten til en rettferdig rettergang.<sup>158</sup> EMDs fremgangsmåte kan tas til inntekt for at dersom en konvensjonsstat har utførlige regler som er ment å ivareta siktedes rettssikkerhet i spørsmål om opplesning, kan dette tas med i vurderingen av om det foreligger «sufficient counterbalancing factors».

Et annet, kompensierende tiltak Domstolen trakk frem i saken mot Al-Khawaja, var at juryen hadde blitt instruert på forhånd om de betenkeligheter det medfører å legge til grunn forklaringer som ikke har blitt krysseksaminert som bevis. Juryen ble derfor anmodet om å

---

<sup>157</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 148. Se også sak 16. desember 2014 *Horncastle med flere mot Storbritannia* (application no. 4184/10) avsnitt 142, hvor EMD benyttet samme fremgangsmåte.

<sup>158</sup> The Criminal Justice Act 2003 Section 114 and Section 116, The Police and Criminal Evidence Act 1984 Section 78

tillegge politiforklaringene mindre vekt.<sup>159</sup> Det samme kunne imidlertid ikke legges til grunn i saken mot Tahery. I den saken var forklaringen det eneste beviset som direkte knyttet Tahery til knivstikkingen. EMD anså det derfor ikke kompenserende *nok* at domstolen hadde advart juryen på forhånd om risikoen med å lese opp en forklaring som ikke har blitt krysseksaminert.<sup>160</sup> En ser med dette at det er et proporsjonalitetsforhold mellom kriteriene i testen; desto mer sentralt bevis det er tale om, desto større kompenserende tiltak kreves.

Schatschaschwili-saken kom med ytterligere presiseringer til hva som inngår i vurderingen av «sufficient counterbalancing factors». EMD poengterte først og fremst at kriteriet ikke kun gjelder dersom det er tale om et eneste eller avgjørende bevis, men også i de tilfeller det ikke fremgår *klart* av domfellelsen hvorvidt vitneforklaringen er det eneste eller avgjørende beviset. Vitneforklaringen må likevel ha spilt en betydelig rolle i bevisbildet, således at en opplesning av forklaringen kan ha påvirket forsvaret negativt.<sup>161</sup> Presiseringen kan fremstå overflødig. Etter mitt syn er den imidlertid velbegrunnet. Det at kompenserende faktorer må vurderes også der det er uklart om forklaringen er det eneste eller avgjørende bevis, sikrer en effektiv anvendelse av tretrinns-testen. Ettersom testen beror på en helhetsvurdering, har det formodningen mot seg at domstolen ikke skal kunne ta hensyn til kompenserende faktorer også i saker hvor en forklaring utgjør et særlig tungtveiende bevis, uten at det kan konkluderes endelig på om forklaringen er det *eneste* eller *avgjørende* bevis. Et praktisk eksempel er der bevisbildet er sammensatt, og det foreligger andre bevis som støtter forklaringens innhold.

Videre pekte flertallet i EMD på tre sentrale momenter for bedømmelsen av om det foreligger kompenserende tiltak (avsnitt 145):

«the trial court’s approach to the untested evidence, the availability and strength of further incriminating evidence, and the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial».

Det første momentet i vurderingen er hvordan den nasjonale domstolen har anvendt vitneforklaringen i saken («trial court’s approach»). Hvis den nasjonale domstolen har anvendt vitneforklaringen med nøysomhet, og gjort et grundig arbeid i å begrunne vitneprovets pålitelighet, taler dette for å være kompenserende. Under dette vurderingsmomentet pekte flertallet i Schatschaschwili-saken på at det må fremgå av domspremissene i saken at den

---

<sup>159</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 157

<sup>160</sup> *ibid.* avsnitt 164

<sup>161</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 116

nasjonale domstolen har tatt høyde for vitneforklaringens svekkede bevisverdi som følge av manglende kontradiksjon.<sup>162</sup>

Det andre momentet er hvilken bevisverdi vitneforklaringen har. Her må det foretas en vurdering av hvilken stilling forklaringen har som bevis i saken, sett opp mot det øvrige bevismaterialet. Foreligger det for eksempel andre bevis som underbygger eller bekrefter innholdet i vitneforklaringen påtalemyndigheten ønsker å lese opp?<sup>163</sup> Hvis ikke, således at forklaringen utgjør det eneste beviset i saken, vil opplesning langt på vei være utelukket.<sup>164</sup>

Det tredje og siste momentet i vurderingen, er om det er truffet «procedural measures» for å bøte på siktedes manglende mulighet til å krysseksaminere vitnet ved vitneutspørringen. Denne vurderingen synes flertallet i Al-Khawaja-saken og flertallet i Schatschaschwili-saken å angripe fra to forskjellige vinkler; på den ene siden om det er truffet tiltak allerede på *etterforskningsstadiet* for å ivareta siktedes rett til krysseksaminasjon<sup>165</sup>, og på den andre siden om siktedes krysseksaminasjonsrett er tilstrekkelig ivaretatt på *hovedforhandlingsstadiet*.<sup>166</sup>

En forklaring på hvorfor EMD foretok ulike vurderinger, er nok forskjeller i sakenes faktiske omstendigheter. I Schatschaschwili-saken la EMD betydelig vekt på opptreden til påtalemyndigheten på *etterforskningsstadiet*. Politiet begjærte rettslig avhør av de prostituerte kvinnene fra Latvia, på bakgrunn av en mistanke om at de ikke ville møte til hovedforhandlingen. Likevel ble hverken siktede eller hans forsvarer orientert om det rettslige avhøret, med den følge at siktede ikke fikk krysseksaminert vitnene mot ham på noen trinn i saken. Denne praksisen fant EMD lite forenelig med retten til en rettferdig rettergang, og konkluderte med brudd på EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.<sup>167</sup>

Tilnærmingen EMD brukte i Al-Khawaja-saken var om det forelå kompensierende tiltak for å styrke bevisverdien av vitneforklaringen *under hovedforhandlingen*. Dersom det er innhentet andre bevis for å frembringe hjelpfakta rundt vitneforklaringens pålitelighet, kan dette tale for å tillate opplesning. I Al-Khawaja-saken hadde den ene fornærmede (vitnet) forklart hendelsesforløpet til to venninner før hun døde. Venninnenes forklaringer i retten var nærmest sammenfallende med den andre fornærmedes forklaring i saken, og det var ingen holdepunkter

---

<sup>162</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 126

<sup>163</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 128

<sup>164</sup> Se Øyen (2019) s. 441

<sup>165</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 155 til 164

<sup>166</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 152 til 165

<sup>167</sup> Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 164 og 165

for å tro at det skyldtes en sammensvergelse. EMD mente dette var faktorer som styrket troverdigheten av vitneforklaringen, og at det således kompenserte for siktedes manglende krysseksaminasjon.<sup>168</sup>

En kan etter det foranstående trekke konklusjonen at det tredje vurderingsmomentet EMD oppstiller, «procedural measures», tar sikte på en vurdering av om det både forut for og under hovedforhandling er truffet kompenserende tiltak for å redusere risikoen ved å lese opp en vitneforklaring beheftet med kontradiksjonssvikt. Vilkåret om «sufficient counterbalancing factors» er hovedsakelig begrunnet i effektivitetshensyn. Sammen med det øvrige kravet til «good reason», fungerer vilkåret som et direkte motsvar til problemstillingen EMD sto ovenfor i Al-Khawaja-saken, nærmere bestemt om hovedbevislæren skulle anvendes absolutt. Selv om siktedes rettssikkerhet står sentralt, anså EMD det nødvendig å tilpasse regelverket for opplesning slik at det i større grad ivaretar hensynet til en effektiv straffeforfølgning.

#### 4.7 Tretrinnsstesten i lys av «the overall fairness»

Som en sikkerhetsventil for om tretrinnsstesten kvalifiserer til opplesning eller ikke, må saken i sin helhet fremstå rettferdig. Med andre ord må det tas stilling til «the overall fairness» i saken. Dette slår EMD fast i både Al-Khawaja-saken og Schatschaschwili-saken.<sup>169</sup> Her må det presiseres at helhetsvurderingen av om prosessen er rettferdig, ikke er ment å inngå som et «fjerde trinn» i tretrinnsstesten. Nærmere tvert imot, utgjør «the overall fairness»-vurderingen selve utgangspunktet i spørsmål om opplesning er i tråd med EMK. Dette fremgår av EMDs premisser i Schatschaschwili-saken, hvor det poengteres (avsnitt 101):

«The Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings. [...] In making this assessment the Court will look at the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, *having regard to the rights of the defence but also to the interest of the public and the victims in seeing crime properly prosecuted [...] and, where necessary, to the rights of witnesses [...]*»<sup>170</sup> (uthevet her)

Uttalelsen viser samtidig at det bærende hensynet i spørsmål om opplesning ikke lenger kun er siktedes rettigheter, men at det også må tas hensyn til fornærmede, vitnet og offentlige interesser. En ser derfor at rettstilstanden har utviklet seg; fra en snever vurdering av om

---

<sup>168</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 156 til 158

<sup>169</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 118 og Schatschaschwili mot Tyskland avsnitt 101

<sup>170</sup> Formuleringen bygger på EMDs uttalelser i Al-Khawaja-saken avsnitt 118.



siktedes rettigheter etter EMK utgjør en skranke for opplesning, til en mer helhetlig vurdering av opplesning til ugunst for siktede, likevel er rettferdig.

«The overall fairness»-vurderingen, særlig sett i sammenheng med «counterbalancing factors»-kriteriet, har møtt kritikk. En del av kritikken har gått ut på at EMD, gjennom å oppstille en overordnet rettferdighetsvurdering, tilrettelegger for at opplesning likevel kan tillates der det i utgangspunktet *foreligger* et konvensjonsbrudd.<sup>171</sup> Jeg er til dels enig i kritikken. Det EMD i realiteten har gjort er å utpensele en regel som kan *kompensere for brudd på menneskerettigheter*, såfremt saken i sin helhet fremstår rettferdig. Dette i seg selv er betenkelig. På den andre siden har jeg forståelse for de praktiske utfordringer EMD har med å måtte utforme regler som er anvendelig for 47 medlemsstaters ulike rettssystemer. Dette forsvarer behovet for en fleksibel «overall fairness»-vurdering av saken, sett i lys av kriteriene i tretrinnsstegen.<sup>172</sup> En annen del av kritikken knytter seg til det faktum at EMD, i sin posisjon som overdomstol, har det privilegiet å kunne bedømme hvorvidt *utfallet* i en sak har vært rettferdig.<sup>173</sup> Den samme muligheten har ikke nasjonale domstoler i like stor grad. Jeg mener kritikken er berettiget. Dersom et spørsmål om opplesning oppstår under hovedforhandling, vil for eksempel ikke en dommer kunne avgjøre, mens saken påløper, hvorvidt prosessen *i sin helhet* har vært rettferdig. EMD oppstiller dermed et vurderingstema som er enklere å anvende for dem, enn for medlemsstatene. Når innholdet i «overall fairness»-vurderingen i tillegg er lite veiledende for nasjonale domstoler, legger dette opp til at like saker risikerer ulike utfall.<sup>174</sup>

## 4.8 Sammenfatning av rettstilstanden

Gjennomgangen av Al-Khawaja- og Schatschaschwili-saken viser hvordan EMD har etablert konkrete retningslinjer for å avgjøre om opplesning av en vitneforklaring der vitnet ikke møter, harmonerer med de begrensninger som følger av siktedes rett til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6. I spørsmål om en opplesning etter strpl. § 297 samsvarer med begrensningene som følger av EMK, må det for hvert tilfelle foretas en treleddet vurdering: (1) Er det en god grunn for at vitnet ikke møter til hovedforhandling? (2) Utgjør vitneforklaringen det eneste eller

---

<sup>171</sup> Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, Joint partly dissenting and partly concurring opinion of judges Sajó and Karakas, på side 70-71.

<sup>172</sup> EMD understreker dette behovet selv i storkammeravgjørelsen Murtazaliyeva mot Russland avsnitt 167: «[T]he preservation of overall fairness as the final benchmark for the assessment of the proceedings ensures that the above three-pronged test does not become excessively rigid or mechanical in its application».

<sup>173</sup> Murtazaliyeva mot Russland, Partly dissenting opinion of judge Bošnjak avsnitt 9.

<sup>174</sup> Se i samme retning Murtazaliyeva mot Russland, Partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque på avsnitt 56.

avgjørende beviset? Hvis så; (3) foreligger det prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som i tilstrekkelig grad kompenserer for siktedes manglende kontradiksjon?

Vurderingsmomentene er i dag styrende for gjeldende rett. En rettspolitisk analyse av tretrinnssteden, vil behandles til slutt i kapittel 6. Før det, vil det i kapittel 5 gjøres rede for rettstilstanden rundt opplesning av vitneforklaringer når et vitne *møter* til hovedforhandling, men nekter å forklare seg. Begrunnelsen er at den rettspolitiske drøftelsen er bedre egnet til å inngå i en totalvurdering av gjeldende rett, både for situasjonen hvor vitnet ikke møter til hovedforhandling, eller der vitnet nekter å forklare seg.

## 5 Retten til krysseksaminasjon når vitnet møter

### 5.1 Generelt

Krysseksaminasjon settes ikke bare på spissen dersom et vitne ikke møter til hovedforhandling. Siktedes krysseksaminasjonsrett kan også krenkes selv om et vitne møter og er til stede under hovedforhandlingen. Drøftelsen tar sikte på det tilfellet vitnet møter, men nekter å forklare seg.

Det kan være flere årsaker til at et vitne nekter å forklare seg under hovedforhandlingen. Som et unntak fra forklaringsplikten kan vitner i særlige tilfeller rettmessig avstå fra å forklare seg i retten, gjennom såkalte vitnefritaksregler. Medtaltale eller vitner som står i nær relasjon til siktede har en slik adgang, jf. strpl. § 90 og § 122. I tillegg er det enkelte typer *spørsmål* som er unndratt fra forklaringsplikten. Eksempler på dette er inkriminerende spørsmål, jf. strpl. § 123, spørsmål om bestemte forretningsforhold, jf. § 124, og spørsmål som er underlagt kildevernet, jf. § 125.

Det forekommer også at vitner nekter å forklare seg uten å ha en rettmessig grunn.<sup>175</sup> I slike tilfeller kan det problematiseres hvorvidt retten til krysseksaminasjon er tilstrekkelig ivaretatt. Her er det flere hensyn som gjør at problemstillingen må ses fra ulike perspektiver. Fra forsvarrets ståsted kan det umiddelbart fremstå lite forenelig med retten til en rettfærdig rettergang at et vitne nekter å forklare seg, og at vitnets tidligere forklaring derfor skal kunne leses opp og legges til grunn av retten som bevis mot siktede. I realiteten vil da siktedes rett til krysseksaminasjon være like lite ivaretatt som om vitnet ikke møtte til hovedforhandling.

---

<sup>175</sup> Øyen (2019) s. 432-433

Sett fra påtalemyndighetens ståsted må det tas i betraktning et behov for en effektiv bevisføring mot tiltalte. Dersom sentrale forklaringer som et vitne har gitt tidligere i straffesaken må avskjæres, som følge av vitnets manglende vilje til å la seg avhøre i retten, vil det forårsake en betydelig usikkerhet rundt bevisføringen i straffesaker. I praksis vil ikke påtalemyndigheten vite for sikkert om den aktuelle forklaringen kan brukes som bevis, før vitneutspørringen starter og vitnet besvarer siktedes spørsmål. Dette ville gitt vitner en uforholdsmessig vid adgang til å påvirke bevisføringen i straffesaker. Effektivitetshensyn taler derfor for klare bevisføgingsregler på dette punktet, sånn at det ikke i urimelig grad må brukes ekstra ressurser på å «helgardere seg» mot uforutsette bevisavskjæring.

Problemstillingen er behandlet i lov og rettspraksis, og det vil i det følgende redegjøres for gjeldende rett for opplesningsadgangen når et vitne møter til hovedforhandlingen, men nekter å forklare seg. Spørsmålet vil behandles i lys av siktedes rett til krysseksaminasjon, og det vil avgjøres i hvilken utstrekning krysseksaminasjonsretten begrenser adgangen til å lese opp vitneforklaringer for dette typetilfellet.

## 5.2 Lovhjemmel

Adgangen til å lese opp eller spille av tidligere politiforklaringer som et vitne har avgitt tidligere i saken reguleres av strpl. § 296 andre ledd, se punkt 2.1. Etter bestemmelsen kan en tidligere avgitt politiforklaring leses opp dersom «det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, eller når det gjelder punkter som vitnet nekter å uttale seg om eller erklærer at det ikke husker». Opplesning av forklaringer avgitt av tiltalte selv eller medtiltalte, reguleres etter samme vilkår, jf. strpl. § 290. I likhet med strpl. § 297, er bestemmelsen i strpl. § 296 også et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet.<sup>176</sup> Opplesningsadgangen synes etter ordlyden å være begrenset til «punkter» som vitnet nekter å uttale seg om. Det er imidlertid også adgang til å lese opp dens forklaringer i de tilfeller vitnet helt eller i det alt vesentlige nekter å forklare seg for retten.<sup>177</sup>

Bestemmelsen i strpl. § 296 oppstiller i utgangspunktet ingen skranker for opplesning, såfremt vilkårene er oppfylt. Nekting av opplesning i medhold av straffeprosessloven må derfor hjemles i andre bestemmelser. Av strpl. § 294 følger det at retten har et selvstendig ansvar for at saken

---

<sup>176</sup> Jeg tolker Matningsdal dit hen at han mener bestemmelsen ikke nødvendigvis er et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet, «idet man i disse tilfellene alltid har vitnet til stede i retten», se Matningsdal (2007) s. 37. Jeg er uenig i dette synspunktet. Ved føring av vitner som bevis, er det vitnets *forklaring* som utgjør selve beviset, og ikke bare vitnets tilstedeværelse. Rettere sagt vil ikke forklaringen skje direkte for den dømmende rett, dersom vitnet nekter å forklare seg.

<sup>177</sup> Dette la Høyesterett til grunn i Rt. 1998 s. 1182 (s. 1187)

blir «fullstendig opplyst». Etter ordlyden skal retten tillate eller sørge for bevisførsel så langt det er nødvendig for å belyse saken ytterligere. Bestemmelsen innebærer også en plikt for domstolen til å sørge for en trygg og legitim bevisførsel som i minst mulig grad gir rom for uklarheter eller misforståelser.<sup>178</sup> Adgangen til å nekte opplesning av en tidligere avgitt vitneforklaring, dersom vitnet ikke forklarer seg, må følgelig forankres i denne plikten.<sup>179</sup>

### 5.3 Rettspraksis – opplesningsadgangen i utvikling

Opplesning ved forklaringsnekt har en utførlig praksis på området. Som fremhevet i punkt 1.4, har den gradvise, forsterkede betydningen av EMK og EMDs praksis preget rettstilstanden for siktedes rett til å eksaminere vitner.

En grunnleggende avgjørelse for adgangen til å lese opp forklaringer når vitnet nekter å forklare seg i retten, kom i Rt. 2003 s. 1808. Saken gjaldt en narkotikasak, hvor lagmannsretten hadde nektet aktoratet å lese opp tidligere avgitte politiforklaringer fra et vitne som nektet å forklare seg i hovedforhandlingen, under henvisning til vernet mot selvinkriminering, jf. strpl. § 123. Førstvoterende uttalte i dommen (avsnitt 17):

«Selv om en forklaring som er avgitt under etterforskningen, er det eneste eller avgjørende bevis, kan forklaringen under denne forutsetning tillates opplest, såfremt tiltalte eller hans forsvarer har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere stadium av forfølgningen [...]».

Høyesterett utledet dette synspunktet fra EMD-praksis.<sup>180</sup> Vitneforklaringen ble betraktet som et sentralt bevis i saken. Høyesterett fulgte opp resonnementet med å poengtere (avsnitt 18):

«Det kan etter min oppfatning ikke være noe vilkår for å tillate opplesning at vitnet svarer på de spørsmål tiltalte eller hans forsvarer stiller. Såfremt tiltalte eller hans forsvarer under hovedforhandlingen har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, må en forklaring som er avgitt under etterforskningen, normalt kunne leses opp selv om vitnet påberoper en gyldig grunn for å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare [...]. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d er begrunnet i prinsippet om «equality of

---

<sup>178</sup> Rt. 1998 s. 1182 på s. 1187.

<sup>179</sup> Øyen (2019) s. 433

<sup>180</sup> Asch mot Østerrike avsnitt 27, Lucà mot Italia avsnitt 40 og Craxi mot Italia avsnitt 85. Viser til nærmere redegjørelse for disse avgjørelsene i kapittel 4.2.

arms» (partslikhetsprinsippet), og dersom tiltalte eller hans forsvarer har fått anledning til å stille spørsmål, er dette prinsippet tilfredsstilt, selv om vitnet nekter å svare. Under forutsetning av at forfølgningen ut fra en totalbedømmelse fremstår som forsvarlig og rettferdig, kan det derfor i tilfeller hvor tiltaltes rett til å stille spørsmål er tilfredsstilt, ikke være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d å tillate at en forklaring fra et vitne som nekter å forklare seg, blir lest opp under hovedforhandlingen».<sup>181</sup>

Avgjørelsen viser at selv om et vitne nekter å forklare seg under hovedforhandling, kan vitnets tidligere avgitte forklaring leses opp, selv om det utgjør det eneste eller avgjørende bevis. Siktedes rett til krysseksaminasjon var overholdt, såfremt vitnet var tilstede under hovedforhandling og forsvaret var gitt en passende anledning til å stille spørsmål til vitnet.<sup>182</sup> Forutsetningen var at saken ut fra en totalbedømmelse fremsto rettferdig etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Et tilsvarende syn ble lagt til grunn i Rt. 2004 s. 1719<sup>183</sup> og Rt. 2004 s. 1789<sup>184</sup>, hvor spørsmålet var om vitnefritaksregelen for nærstående i strpl. § 122 var til hinder for opplesning, og i Rt. 2004 s. 1974<sup>185</sup> som gjaldt adgangen til å krysseksaminere en medtiltalt.

Det at forsvaret bare har hatt en mulighet til å stille spørsmål til vitnet ble imidlertid ikke ansett å være i tråd med de rettssikkerhetsgarantiene som følger av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Dette ble slått fast av EMD i saken 9. november 2006 *Kaste og Mathisen mot Norge*.<sup>186</sup> Avgjørelsen bygget på Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 s. 97, som gjaldt en narkotikasak med flere tiltalte. Saksforholdet var at en av forsvarerne under ankeforhandlingen for lagmannsretten ble nektet å stille spørsmål til en medtiltalt av retten, da den medtiltalte hadde påberopt seg retten til taushet. Nektingen ledet til at en annen forsvarer unnlot å be retten om å få stille spørsmål til den medtiltalte. Tidligere politiforklaringer den medtiltalte hadde avgitt ble derfor lest opp under ankeforhandlingen. Saken ble klaget inn til EMD, med påstått brudd på retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Etter å først poengtere at Norge feilaktig hadde lagt til grunn at den medtiltalte ikke var å regne som et «vitne» i saken<sup>187</sup>, ga EMD klagerne medhold, og la avgjørende vekt på at ettersom lagmannsretten var «acting as an

---

<sup>181</sup> Høyesterett bygget sitt syn i stor grad på EMDs avvisningskjennelse 28. september 2000 *Peltonen mot Finland* (application no. 27323/95), hvor det ikke forelå konvensjonsbrudd, da siktede ved flere anledninger hadde hatt mulighet til å stille vitnet spørsmål.

<sup>182</sup> Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 1072.

<sup>183</sup> Rt. 2004 s. 1719 avsnitt 15 til 17

<sup>184</sup> Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 20. Avsnittet er gjengitt i sin helhet i punkt 4.2.2.

<sup>185</sup> Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 12 til 14

<sup>186</sup> Application no. 18885/04 og 21166/04

<sup>187</sup> *Kaste og Mathisen mot Norge* avsnitt 53. Se nærmere om vitne-begrepet i punkt 1.2.

intermediary filter between the second applicant – the defendant – and D – the witness – it cannot be said that the second applicant was given a real opportunity to confront D».

I motsetning til Høyesterett, som anså *muligheten* for krysseksaminasjon som tilstrekkelig etter EMK art. 6 nr. 3, konkluderte EMD altså med dette ikke var nok. Konvensjonsbestemmelsen innebar også en plikt for nasjonaldomstolene til å *legge til rette* for at retten til krysseksaminasjon ble tilstrekkelig ivaretatt i hovedforhandlingen.<sup>188</sup> Dommen er et uttrykk for den gradvise utviklingen av siktedes rettigheter etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.

EMDs avgjørelse kan umiddelbart fremstå unødvendig formalistisk, da det i realiteten sjeldent vil være noe poeng å stille spørsmål til et vitne som allerede har erklært at det ikke vil besvare spørsmål. En viktig forskjell – som også EMD presiserte i sitatet ovenfor – er derimot at det må være opp til vitnet eller medtaltale *selv* å forholde seg taus *etter at spørsmål er stilt*. Vitnet eller medtaltales rett til å forholde seg taus skal ikke kunne påberopes av domstolen som et hinder for at spørsmål blir stilt. Dette vil utgjøre et «intermediary filter» mellom forsvaret og den personen de ønsker å krysseksaminere. Denne prinsipielle forskjellen er gjort av hensyn til siktede. Det er ikke domstolens oppgave å spekulere i om vitnet kommer til å svare eller ikke, til tross for at dette er erklært tidligere. Såfremt det er en hypotetisk mulighet for at vitnet vil svare under krysseksamineringen, må domstolen tillate at spørsmål blir stilt av hensyn til siktede. Det at vitnet nekter å besvare konkrete spørsmål fra forsvaret, vil i seg selv kunne kaste lys over vitnets pålitelighet, og på denne måten gi retten et tryggere avgjørelsesgrunnlag.<sup>189</sup>

Den utvidende tolkningen EMD la til grunn om retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d sammenholdt med nr. 1, styrker siktedes rett til en rettferdig rettergang, samtidig som det reiser få mothensyn med henblikk på prinsippet om en effektiv saksbehandling. Retten til krysseksaminasjon må likevel ikke utøves så strengt at den det blir rettet spørsmål mot, føler seg urimelig presset til å forklare seg.<sup>190</sup>

Oppsummert viser Høyesterett og EMD sin praksis at retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav d, sammenholdt med nr. 1, som utgangspunkt sikrer en rett til å stille spørsmål til vitnet eller medtaltale. Rettigheten skal ikke tolkes så vidt at tiltalte har krav på svar fra den som krysseksamineres. Dette gjelder selv om vitneforklaringen utgjør det eneste

---

<sup>188</sup> Dette synet støttes også av Øyen, se Øyen (2019) s. 434

<sup>189</sup> Også Aall inntar et slikt synspunkt, se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2018 s. 510

<sup>190</sup> Matningsdal (2007) s. 114

eller avgjørende bevis. En ser med andre ord en klar forskjell i praksis rundt opplesningsadgangen der et vitne møter, jf. strpl. § 296, og der et vitne ikke møter, jf. strpl. § 297. Hovedbevislæren har ikke blitt praktisert i tilfeller hvor vitnet nekter å forklare seg.

### 5.3.1 Cabral mot Nederland – EMD med nok en kursendring?

Til tross for EMDs avgjørelse i Kaste og Mathisen mot Norge, har rettstilstanden for retten til krysseksaminasjon når vitnet møter til hovedforhandling, men nekter å forklare seg, på enkelte punkter ikke vært helt klar. Uklarheten knyttes spesielt til situasjonen hvor et vitne begrunner sin forklaringsnekt i en lovfestet vitnefritaksregel.<sup>191</sup>

I kapittel 4 så vi at EMD har utpenslet en treleddet test for å avgjøre om en opplesning er forenlig med EMK art. 6 i avgjørelsene i Al-Khawaja-saken og Schatschaschwili-saken, se punkt 4.3. Testen sitt primærformål har vært å avgjøre i hvilken utstrekning domstolene kan tillate opplesning av tidligere avgitte vitneforklaringer i situasjoner hvor vitnet *ikke møter* til hovedforhandling. Dersom vitnet *er tilstede* i retten, men nekter å forklare seg, har det tradisjonelt sett ikke blitt tatt utgangspunkt i tretrinns testen. Praksis fra EMD viser imidlertid at hovedregelen om at krysseksaminasjonsretten etter EMK, som kun sikrer en rett for siktede til å stille spørsmål til vitnet, kan stille seg annerledes når forklaringen som tillates oppleet utgjør et eneste eller avgjørende bevis.<sup>192</sup>

Den første avgjørelsen som tyder på dette, er EMDs dom 10. juli 2012 *Vidgen mot Nederland*.<sup>193</sup> I saken var klageren dømt for innførsel av narkotika. EMD konkluderte med at det forelå krenkelse av EMK art. 6, på bakgrunn av at en vitneforklaring, som utgjorde det eneste eller avgjørende bevis, ble tillatt opplest av den nederlandske domstolen. Vitnet som hadde avgitt vitneforklaringen, nektet å forklare seg senere i saken under henvisning til vernet mot selvinkriminering.<sup>194</sup> Uten at det ble gitt en reell begrunnelse på hvorfor, anvendte EMD tretrinns testen som er nedfelt i Al-Khawaja-saken.<sup>195</sup> Dette taler for at tretrinns testen, som

---

<sup>191</sup> At rettstilstanden har vært uklar, erkjenner Høyesteretts flertall selv i Rt. 2008 s. 657 avsnitt 33. Dette er dommen Høyesterett gjenopptok til ny behandling etter å ha blitt dømt for konvensjonsbrudd i Kaste og Mathisen mot Norge. Dommen er avsagt under dissens.

<sup>192</sup> Også Øyen problematiserer dette, se Øyen (2019) s. 433.

<sup>193</sup> Application no. 29353/06

<sup>194</sup> Vidgen mot Nederland avsnitt 16 og avsnitt 42 til 47

<sup>195</sup> *ibid.* avsnitt 38 flg. Merk at Schatschaschwili-saken på denne tiden ikke var avsagt. De modifikasjoner i tretrinns testen som følger av Schatschaschwili-saken, var derfor ikke hensyntatt i avgjørelsen.

EMD har anvendt i saker hvor vitnet ikke møtte til hovedforhandling, også skal anvendes der vitnet er tilstede, men nekter å forklare seg.<sup>196</sup>

Med grunnlag i vernet mot selvinkriminering, hadde ikke vitnet plikt til å forklare seg i saken Vidgen mot Nederland. Den nederlandske domstolen kunne dermed ikke bli kritisert for å la vitnet benytte seg av denne rettigheten, og anså kravet til god grunn å være oppfylt.<sup>197</sup> Vitneforklaringen var det eneste beviset som inkriminerte siktede i å forsettlig innføre narkotika, og ble følgelig betraktet som avgjørende.<sup>198</sup> Det at staten hadde forsøkt å få vitnet til å la seg krysseksaminere av siktede, kunne ikke kompensere for at siktede ikke fikk utøvd sin rett til krysseksaminasjon, og det ble dermed konstatert konvensjonsbrudd.<sup>199</sup>

Avgjørelsen i Vidgen-dommen synes ikke å ha hatt særlig gjennomslagskraft i praksis eller teori, da det er vanskelig å finne spor av uttalelser som tilslutter seg at tretrinns testen skal anvendes også i tilfeller hvor vitnet nekter å forklare seg. Heller ikke mange har tatt til orde for at siktedes rett til krysseksaminasjon i nevnte tilfelle kan krenkes, dersom vitneforklaringen utgjør et eneste eller avgjørende bevis.<sup>200</sup>

Interessant i denne sammenheng, er at EMD benyttet seg av den samme metoden i avgjørelsen 28. august 2018 *Cabral mot Nederland*.<sup>201</sup> I saken var klageren siktet for til sammen fire ran sammen med person «V». Under etterforskningen avga V en politiforklaring som knyttet klageren til tre av de fire ranene. V benektet imidlertid i sin forklaring at klageren hadde tatt del i det siste ranet. Sistnevnte forklaring ble ikke betrodd av påtalemyndigheten og domstolen, noe som ledet til at V ble siktet for å ha avgitt falsk forklaring. Under ankeforhandlingen ble V innhentet som vitne av forsvaret. V var på dette stadiet siktet for å ha avgitt falsk forklaring, og nektet å forklare seg i retten under henvisning til vernet mot selvinkriminering. Vs politiforklaring ble derfor tillatt opplest. Siktede fikk ikke krysseksaminert V, og ble på nytt dømt skyldig i alle tiltalene. For den ene tiltalen var Vs politiforklaring det eneste beviset som direkte knyttet klageren til det aktuelle ranet. Klageren anket til høyeste instans (Hoge Raad), med anførsel om at EMK var krenket ettersom han ikke hadde fått krysseksaminert V under

---

<sup>196</sup> Se i samme retning saken 19. juli 2012 *Sievert mot Tyskland* (application no. 29881/07), hvor vitnene nektet å forklare seg i medhold av selvinkrimineringsvernet. Tretrinns testen ble ikke anvendt uttrykkelig i saken, men EMD la avgjørende vekt på «sufficient counterbalancing factors» (avsnitt 67), og fant ikke brudd på EMK.

<sup>197</sup> Vidgen mot Nederland avsnitt 42

<sup>198</sup> *ibid.* avsnitt 46

<sup>199</sup> *ibid.* avsnitt 47

<sup>200</sup> Øyen nevner dette så vidt i en fotnote i Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016 s. 397. Etter avgjørelsen i *Cabral mot Nederland* fra 2018, virker Øyen imidlertid å tillegge EMDs praksis større vekt, se Øyen (2019) s. 433.

<sup>201</sup> Application no. 37617/10



ankeforhandlingen. Anken ble nektet fremmet under henvisning til at klageren hadde hatt tilstrekkelig mulighet til å krysseksaminere V. Det at V hadde nektet å svare på spørsmål fra klageren kunne ikke lede til at politiforklaringen måtte avskjæres som bevis.<sup>202</sup>

I dommen fremholder EMD at tretrinns-testen fra Al-Khawaja-saken skal videreføres «in cases of this nature».<sup>203</sup> Uttalelsen er generell, og gir ingen umiddelbare svar på hvilke typer saker EMD sikter til. Sett i sammenheng med saksforholdet, må det imidlertid antas at EMD sikter til saker hvor retten til krysseksaminasjon etter EMK påstås krenket som følge av at et møtende vitne nekter å forklare seg.<sup>204</sup> Igjen mener jeg EMDs fremgangsmåte er lite veiledende for de nasjonale domstolene, da de burde presisert i hvilke tilfeller de sikter til. Jeg kan ikke forstå det annerledes enn at Vidgen-avgjørelsens manglende gjennomslagskraft skyldes slik uklarhet. Når EMD uttrykker seg upresist, gir det få insentiver til medlemsstatene om å iredteføre seg EMDs praksis. I dette tilfellet bidrar det til usikkerhet for hvilket vurderingstema som skal anvendes i opplesningsspørsmål dersom vitnet nekter å forklare seg. Etter mitt syn er det derfor forståelig at nasjonale domstoler blir avholdende, i vente på mer klare eller prinsipielle uttalelser fra EMD. Som nevnt, var dette en av årsakene som ledet til Al-Khawaja-saken, se punkt 4.3.

Etter å ha redegjort for innholdet i tretrinns-testen i Cabral-saken, herunder at testen prinsipielt gjelder for tilfeller hvor et vitne ikke er til stede under hovedforhandling, slår EMD fast at testen også skal anvendes i den foreliggende saken.<sup>205</sup> Uttalelsen er interessant, da testen ikke er like enkel å praktisere på det typetilfellet som EMD behandlet. Særlig gjelder dette det første kriteriet om at det må være en «good reason» for at vitnet ikke møter.<sup>206</sup> EMD problematiserer ikke dette ytterligere, annet enn å poengtere – med sammenfallende argumentasjon som i Vidgen-saken – at «[t]he respondent Party cannot be criticised for allowing [vitnet] to make use of rights which, as a criminal suspect, he enjoyed under Article 6 of the Convention».<sup>207</sup>

På dette punktet er argumentasjonen til EMD vanskelig å følge. Det fremstår for meg som at «good reason»-kriteriet i Al-Khawaja-testen modifiseres til en vurdering av om det er en *god grunn for at vitnet forholdt seg taus under krysseksaminasjonen*. Ettersom vitnene nektet å forklare seg med grunnlag i selvinkrimineringsvernet i både Vidgen-saken Cabral-saken, må det legges til grunn at dette tilfredsstillende kravet til «good reason». Et spørsmål som da gjenstår,

---

<sup>202</sup> Cabral mot Nederland avsnitt 18. Hoge Raad henviste blant annet til Vidgen-saken.

<sup>203</sup> Cabral mot Nederland avsnitt 31

<sup>204</sup> *ibid.* avsnitt 33 taler videre for denne forståelsen.

<sup>205</sup> Cabral mot Nederland avsnitt 31 og 32

<sup>206</sup> Se punkt 4.4.3.

<sup>207</sup> Cabral mot Nederland avsnitt 34

er om det bare er vernet mot selvinkriminering som utgjør en «good reason» etter tretrinnsstesten, eller om også andre grunnlag for å nekte å forklare seg er inkludert. Et særlig relevant eksempel er unntaket fra vitneplikten i strpl. § 122 for siktedes familiemedlemmer.<sup>208</sup> Spørsmålet er hittil ikke behandlet av EMD eller i norsk rett. Kjølbro tar imidlertid til orde for at «[e]n sådan situation [at et møtende vitne nekter å forklare seg], bør kun opstå, hvis vidnet er omfattet af regler om vidnefritagelse og ikke kan pålægges at afgive forklaring.»<sup>209</sup> Dette taler for at dersom et vitne forholder seg taus, med grunnlag i en lovfestet vitnefritaksregel, vil kravet til god grunn etter tretrinnsstesten i alle henseender være oppfylt.

EMD er kortfattet når de anvender de andre kriteriene i testen i Cabral-saken. Det ble slått fast at vitneforklaringen var det eneste, og dermed avgjørende bevis, på bakgrunn av at «the only evidence implicating the applicant in the robbery was the statement made by V. to the police».<sup>210</sup> At påtalemyndigheten hadde lagt til rette for krysseksaminasjon ved å innkalle vitnet til både i begge instanser, kompenserte ikke for den ulempen manglende krysseksaminasjon medførte for siktede.<sup>211</sup> EMD fant på bakgrunn av dette at det forelå krenkelse av EMK.

## 5.4 Sammenfatning av rettstilstanden

Gjennomgangen i kapittel 5 viser at retten til krysseksaminasjon etter EMK art. 6, som hovedregel bare skal sikre siktede en rett til å stille spørsmål til vitnet. Siktede har ikke krav på at den som krysseksamineres svarer. Etter avgjørelsene i Vidgen-saken og Cabral-saken ser en midlertid at dette ikke gjelder absolutt. Dersom en domfellelse bygger bare eller i avgjørende grad på en vitneforklaring der vitnet har nektet å la seg krysseksaminere, vil dette etter foreliggende EMD-praksis medføre brudd på EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.<sup>212</sup> EMD synes således å ha endret kurs, ved at siktedes rett til kontradiksjon er gitt et enda sterkere vern i opplesningsspørsmål der et vitne forholder seg taus. Med Cabral-saken bekreftes det samtidig at tretrinnsstesten kommer til anvendelse også dersom et vitne nekter å forklare seg.

EMD-praksisen er et uttrykk for en rettsutvikling, ved at tretrinnsstesten EMD etablerte i Al-Khawaja, anvendes analogisk på andre situasjoner enn når vitnet ikke møter til hovedforhandling, jf. punkt 4.3. En kan spørre seg om et utvidet anvendelsesområde for

---

<sup>208</sup> Se i punkt 5.3 om Rt. 2004 s. 1719 og Rt. 2004 s. 1789, hvor denne vitnefritaksregelen utgjorde grunnlaget for vitnets taushet.

<sup>209</sup> Kjølbro (2017) s. 700

<sup>210</sup> Cabral mot Nederland avsnitt 36

<sup>211</sup> *ibid.* avsnitt 37

<sup>212</sup> Også Øyen åpner for en slik tolkning, se Øyen (2019) s. 433 i fotnote 773.

tretrinnsstesten er en god løsning. Det er etter mitt syn betenkelig at en test, som i utgangspunktet var tilpasset et bestemt typetilfelle, anvendes på typetilfeller som ikke er tilpasset vurderingskriteriene.<sup>213</sup> Hvordan skal for eksempel testens første trinn om «good reason» anvendes dersom et vitne *møter*, men nekter å forklare seg på grunn av frykt? Eller hvis vitnet ikke påberoper noen konkret vitnefritaksregel for å nekte å forklare seg, men påstår at det ikke husker?<sup>214</sup> Frem til EMD kommer med avklaringer på området, må spørsmålene stå ubesvart.

## 6 Betydningen av EMDs praksis for norsk rett

I kapittel 4 og 5 har vi sett at de norske reglene for opplesning i stor grad beror på de begrensninger som følger av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d, og den til enhver tid rådende EMD-praksis. For at gjennomføringen av de rettigheter som følger av EMK og EMD skal være effektiv, stilles det krav til konkrete tiltak både fra lovgivende, utøvende og dømmende myndighet i konvensjonsstatene. Dette aktualiserer en drøftelse av hvilke konsekvenser EMK og praksis fra EMD har for norsk rettspraksis og norske lovregler i opplesningsspørsmål.

### 6.1 Hvordan har norsk rettspraksis innrettet seg etter EMDs etablering av tretrinnsstesten?

Det er et beskjedent utvalg av høyesterettspraksis å se hen til for å vurdere hvordan norsk rett har forholdt seg til EMDs avgjørelser etter etableringen av tretrinnsstesten. Det er allikevel enkelte avgjørelser av betydning. I det følgende vil jeg først behandle relevant rettspraksis tilknyttet opplesningsadgangen etter strpl. § 297 i punkt 6.1.1. Deretter vil jeg ta for meg rettspraksis relatert til opplesningsadgangen etter strpl. § 296 i punkt 6.1.2.

#### 6.1.1 Anvendelsen av tretrinnsstesten i opplesningsspørsmål der vitnet ikke møter

Tretrinnsstestens betydning for opplesningsadgangen der vitnet ikke møter til hovedforhandling, jf. strpl. § 297, ble for første gang behandlet av Høyesterett i Rt. 2013 s. 1412. I saken hadde lagmannsretten nektet opplesning av en politiforklaring avgitt av et vitne med gyldig fravær. Siktede ble frifunnet i saken. Høyesterett vurderte om lagmannsretten hadde lagt riktig vurderingstema til grunn for sin bevisavskjæring. I avsnitt 17 i dommen tar Høyesterett for seg

---

<sup>213</sup> Se EMDs avgjørelse 17. oktober 2019 *Oddone and Pecci v. San Marino* (application no. 26581/17 og 31024/17), Concurring opinion of Judge Wojtyczek avsnitt 6, som også problematiserer dette.

<sup>214</sup> jf. ordlyden i strpl. § 296 andre ledd, se punkt 2.1.

innholdet tretrinnsatesten fra Al-Khawaja-saken, slik den ble oppsummert i EMDs dom 25. oktober 2012 *Štefančič mot Slovenia*.<sup>215</sup>

I henhold til testen, vurderte Høyesterett først om det var en god grunn for at vitnet ikke møtte til hovedforhandling. Under tvil fant Høyesterett at dette vilkåret var oppfylt.<sup>216</sup> Deretter ble det vurdert om domfellelsen bare eller i avgjørende grad bygget på forklaringen, noe som ble besvart bekreftende.<sup>217</sup> Det forelå ingen kompenserende faktorer som veide opp for manglende krysseksaminasjon, og Høyesterett slo derfor fast at det var riktig av lagmannsretten å nekte forklaringen lest opp.<sup>218</sup>

Tretrinnsatesten ble også anvendt av Høyesteretts ankeutvalg i HR-2018-694-U. Saken gjaldt en narkotikasak, hvor lagmannsretten hadde tillatt opplesning av en politiforklaring fra et vitne som ikke møtte opp til hovedforhandlingen, jf. strpl. § 297. Ankeutvalget utpensler gjeldende rett med å henvise til overnevnte avgjørelse i Rt. 2013 s. 1412, og anvende det samme vurderingstemaet som ble lagt til grunn i den saken. Ankeutvalget vurderer derfor først om det forelå god grunn for vitnets fravær. Den ankende part anførte forgjeves at vitnet ikke var lovlig stevnet, jf. domstolloven<sup>219</sup> § 169. Ankeutvalget var ikke enig i dette, og anså vilkåret om god grunn til å være oppfylt.<sup>220</sup> Det fremsto også klart at domfellelsen ikke i avgjørende grad baserte seg på vitneforklaringen.<sup>221</sup> Det var således adgang til å lese opp politiforklaringen.<sup>222</sup>

Den anvendelsen av tretrinnsatesten som ankeutvalget gjør i saken, er etter mitt syn påfallende. Ankeutvalget anvender tretrinnsatesten fra Al-Khawaja-saken slik den ble gjengitt i Rt. 2013 s. 1412, uten å ta høyde for modifikasjonen av testen som fulgte av Schatschaschwili-saken. De presiseringer som kom i Schatschaschwili-saken, og da særlig om forholdet mellom de ulike kriteriene i tretrinnsatesten, er ikke nevnt. Det fremstår derfor uklart om ankeutvalget har ment å anvende tretrinnsatesten slik den er praktisert av EMD i dag. En forklaring på ankeutvalgets fremgangsmåte kan imidlertid være at de ikke fant det nødvendig å redegjøre tretrinnsatesten i lys av Schatschaschwili-saken, da det ikke fremsto tvilsomt at kriteriene om god grunn og

---

<sup>215</sup> Application no. 18027/05, avsnitt 37

<sup>216</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 18 til 20

<sup>217</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 21 til 23

<sup>218</sup> Rt. 2013 s. 1412 avsnitt 24 og 25

<sup>219</sup> Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

<sup>220</sup> HR-2018-694-U avsnitt 27 til 29

<sup>221</sup> HR-2018-694-U avsnitt 30 og 31

<sup>222</sup> HR-2018-694-U avsnitt 32

eneste eller avgjørende bevis var oppfylt. Det må samtidig understrekes at den rettskildemessige betydningen av avgjørelsen er redusert, da den er avsagt av Høyesteretts ankeutvalg.

Avgjørelsene illustrerer at Høyesterett har adoptert tretrinns testen slik den er nedfelt i Al-Khawaja-saken. Norsk rett har følgelig gått bort fra den absolutte anvendelsen av «the sole or decisive rule», fremhevet i punkt 4.5, til i stedet å foreta en bredere og treleddet vurdering av om opplesning er i tråd siktedes rettigheter etter EMK. Det må etter dette kunne legges til grunn at tretrinns testen, også etter dens modifisering i Schatschaschwili-saken, er gjeldende rett i norsk rett i dag. Tretrinns testen skal derfor anvendes i spørsmål om en opplesning hvor vitnet ikke er tilstede, jf. strpl. § 297, krenker siktedes krysseksaminasjonsrett etter EMK.

### **6.1.2 Anvendelsen av tretrinns testen i opplesningsspørsmål der vitnet nekter å forklare seg**

EMD-praksis viser at en domfellelse som bare eller i avgjørende grad bygger på en forklaring der vitnet har nektet å la seg krysseksaminere, kan utgjøre et brudd på EMK, se punkt 5.3.1. Vurderingen beror på om opplesning er rettferdig i henhold til tretrinns testen fra Al-Khawaja-saken. Dette reiser problemstillingen om hvordan norsk rettspraksis har vurdert opplesning dersom et vitne møter til hovedforhandling, men nekter å forklare seg, jf. strpl. § 296.

Høyesterett i avdeling har hittil ikke avsagt noen avgjørelser som omhandler opplesning av en tidligere avgitt vitneforklaring på grunn av vitnets taushet. Høyesteretts ankeutvalg kommer imidlertid med noen interessante betraktninger i HR-2018-1948-U. Ankeutvalget behandlet spørsmålet om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten tillot opplesning av fornærmedes politiforklaring i LB-2017-181403. Fornærmede i saken hadde blitt utsatt for et forsøk på voldtekt. Under krysseksaminasjonen nektet fornærmede å forklare seg utover det å bekrefte riktigheten av innholdet i politiforklaringen. Begrunnelsen var, ifølge lagmannsretten, at «det var svært vanskelig for henne å være til stede i retten, og at hun ikke orket å gå igjennom hendelsesforløpet på ny».<sup>223</sup> Ankeutvalget kom til at lagmannsrettens vurdering ikke var en saksbehandlingsfeil, med følgende begrunnelse (avsnitt 15):

«Vilkårene for opplesning av fornærmedes politiforklaring etter straffeprosessloven § 296, slik den er tolket i lys av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1 og 3 d, var dermed oppfylt, jf. Rt-2004-1789 avsnitt 15. Retten til krysseksaminasjon er oppfylt selv om vitnet nekter å svare på spørsmål, jf. Rt-2004-

---

<sup>223</sup> LB-2017-181403

1974. Det var da ikke en saksbehandlingsfeil at fornærmedes tidligere politiforklaring ble opplest i lagmannsretten»

Uttalelsen viser at ankeutvalget tar rettslig utgangspunkt i opplesningsadgangen etter strpl. § 296 slik den var forstått *før* EMDs kursendring i Vidgen-saken og Cabral-saken. Med andre ord synes norsk rettspraksis fortsatt, i spørsmål om opplesning etter strpl. § 296, å betrakte siktedes rettigheter etter EMK art. 6 ivaretatt såfremt siktede har hatt mulighet til å stille spørsmål til vitnet. Fornærmede hadde ingen grunn til å nekte å forklare seg, annet enn at det var belastende for fornærmede å vitne i saken. Etter min oppfatning ville derfor tretrinnsatesten som EMD har lagt til grunn, og især testens første trinn, vært treffende for vurderingen: var det en god grunn for at vitnet forholdt seg taus? I foreliggende sak kan det vanskelig argumenteres for at det var tilfellet. Som poengtert i punkt 5.3.1 tar EMD, med støtte fra Kjølbro, sikte på en praksis hvor det er lovfestede vitnefritaksregler som eventuelt kan oppfylle kriteriet om god grunn.

Oppsummert kan det konkluderes med at norsk rettspraksis ikke fullt ut har innrettet seg etter EMDs skjerpede praksis rundt opplesningsspørsmål der vitnet har nektet å forklare seg. Det må tas i betraktning at den eneste avgjørelsen på området, HR-2018-1948-U, er avsagt av Høyesteretts ankeutvalg, og at den rettskildemessige vekten er svekket. I fraværet av andre prinsipielle høyesterettsavgjørelser, synes imidlertid konklusjonen å være forsvarlig.

## **6.2 Hvordan har lovgiver innrettet seg etter tretrinnsatesten?**

En ny straffeprosesslov er under behandling, jf. NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov. Den nye loven befinner seg i skrivende stund på lovforslagsstadiet, således at dens rettskildemessige vekt er redusert. Det faller allikevel naturlig for avhandlingen å behandle lovforslaget, for å kunne foreta en rettspolitisk analyse av hvordan lovgiver ønsker å regulere adgangen til å lese opp vitneforklaringer etter norsk rett.

I lovforslaget er det foreslått endringer i strpl. §§ 296 og 297. Det vil i det følgende ses på de aktuelle endringene som er foreslått, og om lovendringen tilstrekkelig ivaretar de krav som stilles etter EMK og EMD. Relevant for denne drøftelsen er å vurdere hvordan lovgiver stiller seg til den markante rettsutviklingen rundt opplesningsadgangen det siste tiåret.

### 6.2.1 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov – et tilbakesteg?

Opplesningsadgangen etter strpl. §§ 296 og 297 er begge inntatt i en egen bestemmelse i forslaget til ny straffeprosesslov. Deler av forslaget utelates, av hensyn til oppgaverammen. Opplesningsadgangen fremgår av lovutkastet § 10-9, som har foreslått følgende ordlyd:

«§ 10-9. *Føring av forklaringer under hoved- og ankeforhandling*

(1) Under hoved- og ankeforhandling skal forklaringer gis muntlig og direkte for den dømmende rett, med mindre annet er bestemt. Mistenkte har rett til å imøtegå forklaringer og skal gis anledning til å stille spørsmål til vitnene i saken, jf. §§ 7-1 annet ledd og 35-4 tredje ledd og femte ledd. [...]

(4) Tidligere avgitt forklaring kan ikke føres etter annet eller tredje ledd dersom det strider mot mistenktes rett til imøtegåelse, jf. § 7-1 annet ledd. Er retten til imøtegåelse uttrykkelig frafalt av partene, kan forklaringen i alle tilfeller gjengis. (...)»<sup>224</sup>

En forskjell som er verdt å merke seg innledningsvis er at mistenktes rett til krysseksaminasjon er foreslått å fremgå uttrykkelig av bestemmelsen som hjemler opplesning av forklaringer, jf. første ledd andre punktum. En slik endring taler for at lovutvalget ønsker å fremheve krysseksaminasjonsrettens betydning, da rettigheten beveger seg fra å være en prosessuell regel for gjennomføring av vitneavhør, jf. strpl. § 135 første ledd, til å forankres direkte i § 10-9 som et vern for siktede under bevisføringen. I tillegg vil begrensninger i opplesningsadgangen ikke lenger utledes direkte av kontradiksjonsretten i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d, men i lovutkastets § 7-1 annet ledd<sup>225</sup>, se fjerde ledd første punktum. At siktedes kontradiksjonsrett skal tillegges større betydning, bekreftes av utvalget.<sup>226</sup>

Et særlig interessant moment i lovutkastet er lovutvalgets syn på hvordan reglene for opplesning av vitneforklaringer bør praktiseres. Etter å ha redegjort for innholdet i tretrinnsstegen etter Al-Khawaja-saken og Schatschaschwili-saken, og sammenlignet med gjeldende rett etter amerikansk rett<sup>227</sup>, uttaler utvalget:

---

<sup>224</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, kap. 1 s. 42

<sup>225</sup> I lovutkastet § 7-1 andre ledd er kontradiksjonsprinsippet inntatt i en egen bestemmelse, til forskjell fra tidligere, se punkt 3.2.3.

<sup>226</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, kap. 30 s. 585 venstre spalte.

<sup>227</sup> Se Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004) på s. 62, som la til grunn at enhver opplesning av en vitneforklaring som tiltalte ikke tidligere har hatt anledning til å krysseksaminere, utgjorde et brudd på grunnloven. Med dette fravek flertallet en gjeldende praksis hvor dommerne hadde en vid skjønnsadgang for å avgjøre spørsmål om føring av bevis beheftet med kontradiksjonssvikt. Skjønnsadgangen var et utslag av en praksis lik den EMD etablerte i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia.

«På denne bakgrunn legger utvalget til grunn at de norske reglene om opplesning av vitneforklaringer bør praktiseres slik at det, *i motsetning til hva som kan utledes av EMD-praksis*, ikke skal være adgang til å gjengi en *sentral* forklaring i saken når det ikke på noe stadium er gitt tilfredsstillende adgang til å stille vitnet spørsmål.»<sup>228</sup> (uth.)

Uttalelsen tolkes som et ønske om et absolutt forbud mot gjengivelse av vitneforklaringer som er «sentral» for saken, dersom tiltalte ikke har hatt anledning til å krysseksaminere vitnet på noe stadium i saken. Utvalget velger uttrykkelig å distansere seg fra nåværende EMD-praksis for opplesning av vitneforklaringer, ved å fremheve at lovforslaget vil stå «i motsetning» til nevnte praksis. Et absolutt forbud mot bruk av politiforklaringer der tiltalte ikke har fått utøvd sin krysseksaminasjonsrett, er ikke ukjent for norsk rett. Som illustrert i punkt 4.2, var dette rådende praksis frem til Al-Khawaja-avgjørelsen i 2011.<sup>229</sup> Med andre ord ønsker lovutvalget å ta et betydelig steg tilbake, og heller anvende den modellen for opplesning som rådet før 2011.

Spørsmålet som da gjenstår, er hvilken standard lovutvalget ønsker at domstolen skal anvende i spørsmål om opplesning av en forklaring beheftet med kontradiksjonssvikt. Utvalget oppstiller som utgangspunkt at opplesning av forklaring skal tillates «når det fremstår som trygt i lys av det øvrige bevismaterialet».<sup>230</sup> Etter en gjennomgang av høyesterettspraksis<sup>231</sup>, konkluderer imidlertid utvalget med at det ikke skal være adgang til å bygge en domfellelse på et «viktig» bevis som ikke er gitt tilfredsstillende kontradiksjonsmuligheter.<sup>232</sup> Utvalget går altså tilbake til det vurderingstema Høyesterett la til grunn i Rt. 2001 s. 29 (s. 33), gjengitt i punkt 4.2.2.<sup>233</sup> Lovutvalgets syn er merkverdig, da vurderingstemaet etter Rt. 2001 s. 29 taler for at det skal mindre til for å anse en forklaring som «sentral» eller «viktig», enn den terskelen som følger av «sole or decisive»-regelen («bare eller avgjørende grad»). En forklaring kan lett tenkes å ha

---

<sup>228</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, kap. 13.5.2.4 s. 287 høyre spalte.

<sup>229</sup> jf. Rt. 1991 s. 333 (s. 335), Rt. 1991 s. 410 (s. 411), Rt. 1991 s. 1096 (s. 1098-1099), Rt. 1997 s. 1778 (s. 1783), Rt. 1999 s. 757 (s. 760), Rt. 2001 s. 29 (s. 33), Rt. 2004 s. 897 avsnitt 9, Rt. 2004 s. 97 avsnitt 17, Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 20, Rt. 2009 s. 567 avsnitt 21 (ankeutvalg), Rt. 2012 s. 1171 avsnitt 19 (ankeutvalg), Rt. 2013 s. 1060 avsnitt 16 (ankeutvalg).

<sup>230</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, kap. 13.5.2.4 s. 287 høyre spalte. Utvalget viser til «sole or decisive»-regelen slik den fremgikk av Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia avsnitt 131, se punkt 4.5.

<sup>231</sup> Utvalget viser til Rt. 1999 s. 757, Rt. 2004 s. 897 og Rt. 2004 s. 1789 side 760. For en nærmere redegjørelse for innholdet i disse dommene, se punkt 4.2.

<sup>232</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, kap. 13.5.2.4 s. 287-288

<sup>233</sup> *ibid.* s. 288 høyre spalte, hvor det refereres til formuleringen om at en forklaring ikke kan benyttes hvis det «er en reell mulighet for at opplesningen av [politiforklaringen] har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis».



en «utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse», uten at det utgjør det eneste eller avgjørende beviset i saken. Matningsdal har kritisert vurderingstemaet på dette punktet.<sup>234</sup>

Et annet poeng verdt å merke seg, er at lovutvalget, ved redegjørelsen av gjeldende rett for opplesning dersom vitnet *neker å forklare seg*, legger til grunn at kravet til krysseksaminasjon er overholdt så lenge siktede har hatt adgang til å stille vitnet spørsmål.<sup>235</sup> Rettere sagt legges lovforståelsen, slik den er gjengitt i Rt. 2003 s. 1808 og Kaste og Mathisen-saken, til grunn, se punkt 5.3. Med henblikk på Vidgen-saken, jf. punkt 5.3.1, kan det spørres om dette var en riktig lovforståelse. Avgjørelsen er ikke nevnt i lovutredningen. EMDs tilslutning til Vidgen-saken i Cabral-saken, som kom etter NOUen ble fremlagt, taler for at feil lovforståelse er lagt til grunn.

### **6.2.1.1 Tilbakesteget – et steg i riktig retning?**

Dette underkapittelet vil ta for seg noen rettspolitiske problemstillinger knyttet til et absolutt forbud mot føring av forklaringer heftet med kontradiksjonssvikt. Lovutvalget begrunner et absolutt forbud i systembetraktninger; et absolutt krav til kontradiksjon vil først og fremst tvinge politi og påtalemyndighet til å strekke seg lenger for å sikre siktedes rett til kontradiksjon.<sup>236</sup> Videre legger lovutvalget vekt på at en fastere regel om bevisforbud ved kontradiksjonssvikt vil være enklere for nasjonale domsmyndigheter å anvende, noe som igjen minsker risikoen for nye brudd på EMK.<sup>237</sup> Lovutvalget peker særlig på problematikken ved at de retningslinjer som er oppstilt gjennom EMD-praksis, er bedre egnet for en internasjonal domstol som kan vurdere hele saken under ett, enn en nasjonal domstol som må avgjøre avskjæringsspørsmålet under hovedforhandling og før dom er avsagt.<sup>238</sup>

Jeg er enig i lovutvalgets syn på dette punktet. Den problematikken lovutvalget peker på, er en konsekvens av den særstillingen EMD har som «overdomstol» for nasjonale domstoler. EMD kan enklere vurdere om en bevisføring er forenlig med retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr.1 og nr. 3 bokstav d, ved at de kan se på saken under ett, og vurdere bevisføringen i lys av øvrige bevis som ble ført i den aktuelle saken. En slik form for etterkontroll har ikke de nasjonale domsmyndigheter når de blir forelagt et spørsmål om bevisavskjæring.<sup>239</sup>

---

<sup>234</sup> Matningsdal (2007) s. 57-61.

<sup>235</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, kap. 13.5.2.2 s. 283

<sup>236</sup> *ibid.* s. 286

<sup>237</sup> *ibid.* s. 286.

<sup>238</sup> *ibid.* s. 286. Se videre mindretallets votum i Rt. 2015 s. 404 avsnitt 23, som tar til orde for at denne tilnærmingen ikke kan være «det riktige rettslige vurderingstema» for å avgjøre et spørsmål om bevisavskjæring.

<sup>239</sup> I samme retning, se Aall (2018) s. 513.

Denne problematikken aktualiserer seg særlig i Al-Khawaja- og Schatschaschwili-sakene, se punkt 4.7. Avgjørelsene gir liten veiledning til nasjonale domsmyndigheter for hvordan tretrinnssteden skal anvendes i praksis.<sup>240</sup> En naturlig følge av dette er at det blir vanskelig for konvensjonsstatene å implementere EMDs retningslinjer i nasjonal lovgivning. Lovutvalget er seg bevisst denne problematikken, og vil ved å foreslå et absolutt forbud for opplesning av forklaringer beheftet med kontradiksjonssvikt, gjøre det enklere for nasjonale domsmyndigheter å håndheve lovverket.<sup>241</sup> Et forsøk på å kodifisere de vage retningslinjene i Al-Khawaja- og Schatschaschwili-sakene i norsk lov, kan fort svekke siktedes rettssikkerhet fremfor å styrke den, da domstolene gis et vesentlig større handlingsrom, som igjen kan lede til forskjellige resultater for hver sak. En så streng terskel for opplesning som lovutvalget har foreslått, sørger for en mer forutsigbar rettsanvendelse, både for partene i saken og dommerne.

En absolutt regel om avskjæring av sentrale bevis som ikke har blitt krysseksaminert, møter imidlertid en stor utfordring. Dette kan illustreres ved bruk av et eksempel: En person siktes for å ha utøvd vold mot sin ektefelle. Under etterforskningen avgir ektefellen en politiforklaring som inkriminerer siktede for langvarig og omfattende vold mot ektefellen. I fravær av andre konkrete bevis, vil denne forklaringen utgjøre et «viktig» bevis. I frykt for represalier fra tiltalte (eller hans nærstående), unndrar ektefellen seg oppmøte i hovedforhandling ved å flykte utenlands. I et tilfelle som dette vil påtalemyndigheten være avskåret fra å føre forklaringen som bevis, uavhengig av om ektefellens fravær skyldes en «god grunn» eller ikke. Hvis det i tillegg legges til grunn at ektefellen ikke møtte til hovedforhandling på grunn av frykt, som etter EMDs praksis utgjør en gyldig fraværsgrunn, må tiltalte likevel frikjennes ettersom forklaringen er et «viktig» bevis.<sup>242</sup>

Eksempelet illustrerer hvordan et absolutt forbud mot føring av bevis beheftet med kontradiksjonssvikt åpner for en «premiering» av truende adferd fra tiltaltes side. Dette er uheldig. Selv om eksempelet er konstruert, er det ikke et sjeldent forekommende problem.<sup>243</sup> I

---

<sup>240</sup> EMD erkjenner denne problematikken selv i Al-Khawaja-saken avsnitt 133.

<sup>241</sup> Det kan reises spørsmål om regelverket, slik lovutvalget foreslår det, vil være enklere for domstolene å håndheve. Matningsdal har tidligere rettet kritikk mot vurderingstemaet i Rt. 2001 s. 29, fordi han mente at *hovedbevislæren* ville være enklere for *Høyesterett* å forholde seg til, se Matningsdal (2007) s. 59. Her mener jeg imidlertid at Matningsdal overser et vesentlig poeng, nemlig at regelverket tar sikte på å gjøre det enklere for domstolene *som får opplesningsspørsmålene direkte forelagt seg*, herunder tingretten eller lagmannsretten, og ikke primært Høyesterett.

<sup>242</sup> Et lignende eksempel trekkes også fram av Oslo statsadvokatembeter i deres hørings svar til lovforslaget, se Oslo statsadvokatembeter, Høringsuttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov punkt 2.5.9 s. 56-57.

<sup>243</sup> Se for eksempel Al-Khawaja-saken eller Asch mot Østerrike, hvor klageren hadde blitt ilagt straff for legemskrenkelse overfor samboeren. Under hovedforhandlingen ønsket ikke samboeren å forklare seg på grunn av familierelasjonen til siktede.

straffesaker som gjelder vold eller overgrep i nære relasjoner, vil politiforklaringer ofte ha en betydelig bevisverdi, da det sjeldent vil foreligge andre bevis som knytter tiltalte til gjerningshandlingen. Løsningen som lovutvalget har gått inn for kan derfor gjøre det vanskeligere for påtalemyndigheten å stille personer strafferettslig ansvarlig for handlinger hvor bevisbildet i stor grad baseres på fornærmede eller vitners politiforklaringer.

En må likevel ha i mente det strafferettslige utgangspunktet om at enhver person er uskyldig til det motsatte er bevist, og at skyld må bevises utover enhver rimelig tvil. Fra dette perspektivet vil det være særlig betenkelig å straffedømme personer på grunnlag av bevis som siktede ikke har fått imøtegått på en forsvarlig måte. Lovgiver må derfor være forsiktig med å utforme et lovverk som tillater dette. Kontradiksjonsprinsippet står sterkt i strafferetten, og dette har fått utslag i NOUen.<sup>244</sup> Et absolutt opplesningsforbud for sentrale bevis begrunnes i stor grad i dette prinsippet. En «føre var»-tankegang, som lovutvalget etter mitt syn har gått inn for, kan derfor forsvares. Det er ingenting i veien for at den norske rettsmodellen legger opp til en strengere terskel for opplesning enn EMD, såfremt det ikke innskrenker siktedes rettigheter etter EMK.

Oppsummert ser man at norsk rett og EMD står ved et veiskille. Avhandlingen viser at siktedes rett til krysseksaminasjon stadig utvikler seg mot en retning som i større grad tillater opplesning. Det gjennomgående hensynet bak EMDs praksis synes å være at opplesningsadgangen ikke bare skal være tilpasset siktede, men også domstolen og påtalemyndigheten.

Lovutvalget på sin side anser EMDs praksis å ha gått for langt, og at effektivitetshensyn i for stor grad går på bekostning av siktedes rett til krysseksaminasjon etter gjeldende rett. Man må etter mitt syn ikke glemme at EMK art. 6 i utgangspunktet er ment å ivareta *siktedes* rettigheter i straffesaker. Derfor mener jeg lovutvalgets ønske om å ta et steg tilbake, og rette et større fokus på siktedes rettssikkerhet, er legitimt begrunnet. Selv om lovforslaget ikke er vedtatt som formell lov, gir det likevel en pekepinn på hvordan norsk rett vil forholde seg til EMK og EMDs praksis i fremtiden. Hvilke konsekvenser det får at norsk rett velger å bytte kurs for opplesningsadgangen, ved å legge større vekt på retten til krysseksaminasjon, gjenstår å se.

Som menneskerettighetsutvalget så treffende uttalte under arbeidet med menneskerettsloven: «Intet er bedre enn om statene går lenger i å beskytte menneskerettigheten enn de er forpliktet til etter konvensjonene».<sup>245</sup>

---

<sup>244</sup> jf. lovutkastet § 7-1 andre ledd som er ment å hjemle kontradiksjonsprinsippet.

<sup>245</sup> NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter s. 96

# Kildeliste

## Lover

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven).

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

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

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

## Utenlandske lover

The Police and Criminal Evidence Act 1984 (Storbritannia)

The Criminal Justice Act 2003 (Storbritannia)

## Internasjonale konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 (EMK).

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

## Forarbeider

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter

Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

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

## **Høringsuttalelser**

Oslo statsadvokatembeter, Høringsuttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov. Link:

[https://www.regjeringen.no/contentassets/addade5d609e4683a3f6217304df9fc9/saoslo.pdf?uid=Oslo\\_statsadvokatembeter](https://www.regjeringen.no/contentassets/addade5d609e4683a3f6217304df9fc9/saoslo.pdf?uid=Oslo_statsadvokatembeter)

## **Rettspraksis**

### **Høyesterettsavgjørelser**

Rt. 1977 s. 799

Rt. 1986 s. 779

Rt. 1987 s. 263

Rt. 1987 s. 785

Rt. 1987 s. 1318

Rt. 1988 s. 78

Rt. 1990 s. 1008

Rt. 1990 s. 1221

Rt. 1991 s. 333

Rt. 1991 s. 410

Rt. 1991 s. 1096

Rt. 1994 s. 469

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1997 s. 1778

Rt. 1998 s. 1182

Rt. 1999 s. 757

Rt. 1999 s. 961

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2001 s. 29

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 1808

Rt. 2004 s. 97

Rt. 2004 s. 897

Rt. 2004 s. 1425

Rt. 2004 s. 1719

Rt. 2004 s. 1789

Rt. 2004 s. 1974

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2006 s. 856

Rt. 2007 s. 932

Rt. 2008 s. 605

Rt. 2008 s. 657

Rt. 2009 s. 567

Rt. 2010 s. 1414

Rt. 2010 s. 67

Rt. 2012 s. 1171

Rt. 2013 s. 1060

Rt. 2013 s. 1412

Rt. 2014 s. 1292

Rt. 2015 s. 404

Rt. 2015 s. 619

HR-2016-2554-P

HR-2018-694-U

HR-2018-1909-A

HR-2018-1948-U

HR-2019-1643-A

### **Lagmannsrettsavgjørelser**

LB-2017-181403

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen**

Handyside mot Storbritannia, 7. desember 1976, sak nr. 5493/72

Unterpertinger mot Østerrike, 24. november 1986, sak nr. 9120/80

Barberà Messegué and Jabardo (I) mot Spania, 6. desember 1988, sak nr. 10590/83

Kostovski mot Nederland (plenum), 20. november 1989, sak nr. 11454/85

Asch mot Østerrike, 26. april 1991, sak nr. 12398/86

Lüdi mot Sveits, 15. juni 1992, sak nr. 12433/86

Ferrantelli og Santangelo mot Italia, 7. august 1996, sak nr. 19874/92

Van Mechelen og andre mot Nederland, 23. april 1997, sak nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 og 22056/93

A. M. mot Italia, 14. desember 1999, sak nr. 37019/97

Lucà mot Italia, 27. februar 2001, sak nr. 33354/96

Solakov mot Makedonia, 31. oktober 2001, sak nr. 47023/99

Craxi mot Italia, 5. desember 2002, sak nr. 34896/97

Walston mot Norge, 3. juni 2003, sak nr. 37372/97

Kaste og Mathisen mot Norge, 9. november 2006, sak nr. 18885/04 og 21166/04

Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (kammer), 20. januar 2009, sak nr. 26766/05 og 22228/06

Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia (storkammer), 15. desember 2011, sak nr. 26766/05 og 22228/06

Karpenko mot Russland, 13. mars 2012, sak nr. 5605

Sibgatullin mot Russland, 24. april 2012, sak nr. 1413/05

Salikhov mot Russland, 3. mai 2012, sak nr. 23880/05

Vidgen mot Nederland, 10. juli 2012, sak nr. 29353/06

Sievert mot Tyskland, 19. juli 2012, sak nr. 29881/07

Štefančič mot Slovenia, 25. oktober 2012, sak nr. 18027/05

Asadbeyli og andre mot Aserbajdsjan, 11. desember 2012, sak nr. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 og 16519/06

Rudnichenko mot Ukraina, 11. juli 2013, sak nr. 2775/07

Vronchenko mot Estland, 18. juli 2013, sak nr. 59632/09

Matytsina mot Russland, 27. mars 2014, sak nr. 58428/10

Nikolitsas mot Hellas, 3. juli 2014, sak nr. 63117/09

Cevat Soysal mot Tyrkia, 23. september 2014, sak nr. 17362/03

Horncastle med flere mot Storbritannia, 16. desember 2014, sak nr. 4184/10

Chukayev mot Russland, 5. november 2015, sak nr. 36814/06



Schatschaschwili mot Tyskland (storkammer), 15. desember 2015, sak nr. 9154/10

Cabral mot Nederland, 28. november 2018, sak nr. 37617/10

Murtazaliyeva mot Russland (storkammer), 18. desember 2018, sak nr. 36658/05

Ürek og Ürek mot Tyrkia, 30. juli 2019, sak nr. 74845/12

Oddone og Pecci mot San Marino, 17. oktober 2019, sak nr. 26581/17 og 31024/17

Karpenko mot Russland, 13. mars 2012, sak nr. 5605

### **Utenlandske avgjørelser**

Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004)

### **Litteratur**

Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter*, (Bergen 1995)

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

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

Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven*, kommentarutgave, 4. utgave, Bind II, (Oslo 2011)

Bårdsen, Arnfinn, «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen», *Jussens Venner vol. 52, s. 1-44*, (2014)

Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø, Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff – en systematisk fremstilling av norsk rett* (Bergen 2015)

Jahre, Hans-Petter, «Bruk av tidligere avgitte forklaringer», *I: Bevis i straffesaker, utvalgte emner*, Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.) (Oslo 2015)

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

Kjelby, Gert Johan, «Opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra en medskyldig», *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, (2002)

Kjelby, Gert Johan, Ørnulf Øyen, «Every reasonable effort? - om domstolen og påtalemyndighetens plikt til å sikre tiltaltes rett til krysseksaminasjon», *Undring og erkjennelse: Fest- skrift til Jan Fridthjof Bernt*, (2013), s. 293-307, Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.) (Fra Lovdata Pro)

Kjølbros, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettighets konvention - for praktikere*, 4. utgave, 1. oplag (København 2017)

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

Rui, Jon Petter, «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens Venner vol. 49*, (2014)

Skoghøy, Jens Edvin A., «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», *Lov og rett*, vol. 54, (2015)

Skoghøy, Jens Edvin A., «Norsk domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner», *Lov og Rett*, nr. 6, (2002)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave, (Oslo 2017)

Skoghøy, Jens Edvin, Tonje Vang, «I hvilken utstrekning kan vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen, leses opp under hovedforhandlingen i straffesaker?», *Lov og Rett*, (2005), s. 283-307

Øyen, Ørnulf, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet», *Tidsskrift for strafferett*, (2012)

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, (Bergen 2016)

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

## Nettsider

<https://jusleksikon.no/wiki/Dualisme> (sist lest 23.11.19)

<https://strasbourgobservers.com/2019/01/25/murtazaliyeva-v-russia-on-the-examination-of-witnesses-and-the-corrosive-expansion-of-the-overall-fairness-test/> (sist lest 15.12.19)



