



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Adgangen til opplesning av politiforklaringer under hovedforhandlingen i straffesaker

Henning Johnsen Tande

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, vår 2023

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | Innledning..... | 5 |
| 1.1 | Presentasjon av tema | 5 |
| 1.2 | Begrepsavklaring..... | 7 |
| 1.3 | Avgrensninger | 9 |
| 1.4 | Metodespørsmål | 10 |
| 1.4.1 | Innledning..... | 10 |
| 1.4.2 | Forholdet mellom Grunnloven og EMK og EMD | 10 |
| 1.4.3 | EMKs og EMDs rettskildemessige vekt, i norsk rett | 11 |
| 1.5 | Tidlig rettsutvikling..... | 13 |
| 1.6 | Oversikt over den videre fremstilling..... | 15 |
| 2 | Grunnprinsipper og hensyn | 15 |
| 2.1 | Innledning..... | 15 |
| 2.2 | Partslikhetsprinsippet | 16 |
| 2.3 | Kontradiksjonsprinsippet | 17 |
| 2.4 | Offentlighetsprinsippet..... | 21 |
| 2.5 | Muntlighetsprinsippet..... | 22 |
| 2.6 | Bevisumiddelbarhetsprinsippet | 23 |
| 2.7 | Konsentrasjonsprinsippet | 25 |
| 2.8 | Rettsikkerhet | 26 |
| 3 | Rettslige utgangspunkter | 26 |
| 3.1 | Innledning..... | 26 |
| 3.2 | Grunnloven § 95 | 27 |
| 3.3 | Straffeprosesslovens bestemmelser..... | 28 |
| 3.3.1 | Straffeprosessloven § 296 | 28 |
| 3.3.2 | Straffeprosessloven § 297 | 29 |
| 3.4 | EMK..... | 30 |

| | | |
|-------|---|----|
| 3.4.1 | EMK artikkel 6..... | 30 |
| 3.4.2 | Artikkel 6 nr. 3 bokstav d..... | 31 |
| 4 | Adgangen til opplesning dersom vitnet ikke møter | 32 |
| 4.1 | Innledning..... | 32 |
| 4.2 | Historisk perspektiv..... | 32 |
| 4.2.1 | Innledning..... | 32 |
| 4.2.2 | Hovedbevislæren | 33 |
| 4.2.3 | Fremveksten av vurderingen «solely or to a decisive degree»..... | 34 |
| 4.3 | Endring i rettsstilstanden etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia | 35 |
| 4.3.1 | Innledning..... | 35 |
| 4.3.2 | Faktum Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia..... | 35 |
| 4.3.3 | EMDs vurdering i sakene | 37 |
| 4.3.4 | Foreligger det en god grunn for at vitnet ikke møter?..... | 39 |
| 4.3.5 | Er vitneforklaringen det eneste eller avgjørende beviset? | 41 |
| 4.3.6 | Foreligger det tilstrekkelige kompenserende faktorer som følge av at krysseksaminasjon utgår?..... | 42 |
| 4.3.7 | Oppsummering av rettsstilstanden etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia | 44 |
| 4.4 | Presisering fra EMD etter Schatschaschwili mot Tyskland | 44 |
| 4.4.1 | Innledning..... | 44 |
| 4.4.2 | Faktum..... | 44 |
| 4.4.3 | EMDs vurdering i saken..... | 45 |
| 4.4.4 | Presisering av tretrinnssteden som var utviklet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia | 48 |
| 4.4.5 | Oppsummering av rettsstilstanden etter Schatschaschwili mot Tyskland | 53 |
| 4.5 | Hvordan har Høyesterett innrettet seg etter EMD? | 54 |
| 4.5.1 | Sammendrag av Høyesteretts innretning etter EMD..... | 59 |
| 5 | Adgangen til opplesning når vitnet møter | 60 |

| | | |
|-------|--|----|
| 5.1 | Innledning..... | 60 |
| 5.2 | Historisk perspektiv..... | 60 |
| 5.2.1 | Innledning..... | 60 |
| 5.2.2 | Rettstilstanden frem til 2003 | 60 |
| 5.2.3 | Rettstilstanden etter Rt. 2003 s. 1808..... | 61 |
| 5.2.4 | Opplesning av politiforklaring til en medtalt i Rt. 2004 s. 97 | 62 |
| 5.3 | Modifisering i Kaste og Mathisen mot Norge 2006..... | 64 |
| 5.3.1 | Innledning..... | 64 |
| 5.3.2 | Faktum..... | 64 |
| 5.3.3 | EMDs vurdering | 66 |
| 5.3.4 | Sammenfatning av rettstilstanden etter Kaste og Mathisen mot Norge i 2006 | 67 |
| 5.4 | Endring av rettstilstanden i Cabral mot Nederland 2018 | 68 |
| 5.4.1 | Innledning..... | 68 |
| 5.4.2 | Faktum..... | 68 |
| 5.4.3 | EMDs vurdering | 70 |
| 5.4.4 | Sammendrag av rettstilstanden..... | 71 |
| 5.5 | Hvordan har Høyesterett innrettet seg etter EMD? | 72 |
| 5.5.1 | Dagens rettstilstand i norsk rett | 75 |
| 6 | Andre typetilfeller som påvirker adgangen for opplesning av en politiforklaring..... | 76 |
| 6.1 | Innledning..... | 76 |
| 6.2 | Avkall på retten til krysseksaminasjon..... | 76 |
| 6.2.1 | Innledning..... | 76 |
| 6.2.2 | Avkall som følge av passivitet | 77 |
| 6.2.3 | Avkall på retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden overfor vitnet | 78 |
| 6.3 | Forsvarerens opptreden overfor vitnet | 80 |
| 6.4 | Tredjepersons opptreden overfor vitnet | 81 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 6.5 | Fremgangsmåten til påtalemyndigheten ved innhenting av forklaringen | 82 |
| 6.6 | Den tiltalte eller forsvareren har hatt mulighet før hovedforhandlingen å eksaminere vitnet | 83 |
| 6.7 | Vitnets troverdighet..... | 85 |
| 6.8 | Vitnet er død..... | 86 |
| 7 | NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov | 88 |
| 7.1 | Innledning..... | 88 |
| 7.2 | Kontradiksjonsprinsippet ved ny lov..... | 88 |
| 7.3 | Bakgrunnen for ny lovbestemmelse om føring av politiforklaringer som bevis..... | 89 |
| 7.4 | Ny lovbestemmelse, « <i>Føring av forklaringer under hoved- og ankeforhandling</i> » . | 91 |
| 7.5 | Utvidelse av minsterettigheten | 92 |
| 7.6 | Ønsker å styrke mistenktes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon..... | 93 |
| 7.7 | Er totalforbud mot opplesning av politiforklaringer et steg i riktig retning? | 95 |
| 8 | Avsluttende bemerkninger | 96 |
| | Forkortelser | 98 |
| | Referanseliste | 98 |
| | Lover: | 98 |
| | Konvensjoner: | 98 |
| | Lovforarbeider og offentlige dokumenter: | 99 |
| | Forskrift:..... | 99 |
| | Rettspraksis: | 99 |
| | Avgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD): | 101 |
| | Nettartikler: | 102 |
| | Litteratur:..... | 102 |

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Masteravhandlingen behandler adgangen til opplesning av politiforklaringer.

Problemstillingen som reises er: adgangen til opplesning av politiforklaringer under hovedforhandlingen i straffesaker.

I avhandlingen legges det til grunn at politiforklaringen er avgitt før hovedforhandlingen finner sted og opplesningsadgangen knytter seg til en forklaring som er nedskrevet etter et politiavhør.

Hjemmel for opplesning av en politiforklaring er strpl. §§ 296, for et møtende vitne og 297, for et ikke-møtende vitne. Hovedregelen etter begge bestemmelsene er at vitner skal avhøres muntlig under hovedforhandlingen dersom de antas å være av betydning for saken.

Bestemmelsene er derfor et utslag av bevisumiddelbarhetsprinsippet og muntlighetsprinsippet.¹ Muntlighetsprinsippet er også forankret i strpl. § 278 første ledd hvor det fremgår av hovedforhandlingen er muntlig og at opplesning ikke kan tre i stedet for muntlig framstilling.

Adgangen til opplesning er et unntak fra hovedregelen om bevisumiddelbarhet. Dersom en politiforklaring skal tillates opplest følger det av begge bestemmelsene at visse vilkår må være oppfylt.²

Den siktede i en straffesak har visse minimumsrettigheter etter EMK artikkel 6 nr. 3.

Bestemmelsens bokstav d ivaretar den siktedes rett til krysseksaminasjon ved at han får innkalt og avhørt vitner på egen vegne under samme vilkår som vitner som føres mot han.

Denne rettigheten anses som en viktig rettssikkerhetsgaranti.

Retten til å foreta krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d henger nært sammen med retten til rettferdig rettergang som følger av EMK artikkel 6 nr. 1. Retten til rettferdig rettergang ivaretar den som har en straffesiktelse mot seg ved at det stilles krav til en rettferdig og offentlig rettergang. Etter EMD-praksis er det viktig at rettergangen som

¹ Se kapittel 2.5 og 2.6.

² Se kapittel 3.2 for nærmere redegjørelse av strpl. §§ 296 og 297.

helhet har vært rettferdig for at det ikke skal foreligge krenkelse av EMK artikkel 6. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d kan derfor være et moment i vurderingen av om rettergangen som helhet har vært rettferdig.

I norsk rett gjelder prinsippet om fri bevisførsel. Prinsippet fremkommer ikke direkte av straffeprosessloven, men er slått fast i en rekke Høyesterettsdommer.³ Det går ut på at partene har adgang til å føre de bevis de selv ønsker. Dette er begrunnet med at det sikrer en best mulig opplysning av saken siden det er antatt at partene har best forutsetning for å opplyse saken. Det finnes likevel enkelte unntak som kan gjøre at et bevis likevel ikke kan føres.⁴

Siden partene fritt kan føre bevis kan de føre de vitner de selv ønsker. Dersom et vitne blir stevnet følger det av strpl. § 108 at det foreligger en allmenn møte- og vitneplikt for retten. Loven oppstiller også flere unntak fra møteplikten. Vitneførsel er det som danner grunnlaget for spørsmålet om adgangen til opplesning av en tidligere politiforklaring. Da det er opplesningen som treer inn istedenfor vitnet som bevis dersom vitnet ikke møter eller unnlater å svare under hovedforhandlingen.⁵

Dersom det ikke er mulig med bevisumiddelbarhet av et vitne som bevis må det tas stilling til om det kan foretas en opplesning av politiforklaringen. Ved opplesning vil muntlighetsprinsippet være ivaretatt, men ikke prinsippet om bevisumiddelbarhet da vitnet ikke føres direkte for den dømmende rett.

Dersom det foretas opplesning av en politiforklaring er det viktig at den siktedes rett til krysseksaminasjon ikke blir krenket. En krenkelse av rettigheten vil ofte føre til brudd på EMK artikkel 6, retten til rettferdig rettergang. Kryssforhør av vitnet skal bidra til at saken blir så godt opplyst som mulig og er en viktig rettssikkerhetsgaranti for den siktede. Det er derfor et viktig moment ved vurderingen om opplesning kan skje. Mangel på krysseksaminasjon kan redusere muligheten for at skyldige personer straffes og det kan også føre til at uskyldige blir dømt.

³ Se blant annet Rt. 1996 s. 1114, s. 1118 og Rt. 2008 s. 605, avsnitt 13. Straffeprosessutvalget foreslår å lovfeste prinsippet i ny straffeprosesslov, se NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, lovutkastet § 7-2 første ledd.

⁴ Øyen (2019), s. 379.

⁵ Øyen (2019), s. 355-356.

Bakgrunnen for valg av tema er at vitner føres som bevis i de fleste straffesaker. Det kan likevel tenkes unntak.⁶ I straffesaker kan det ofte foreligge grunner som gjør at vitner som føres ikke kan eller nekter å forklare seg direkte for den dømmende rett. Derfor er det viktig at adgangen til opplesning av politiforklaringer er tilstrekkelig regulert og at det foreligger rettssikkerhetsgarantier som ivaretar den siktedes interesser, samtidig som at rettssystemet bidrar til at skyldige blir dømt.

I denne avhandlingen vil det bli foretatt en vurdering av rettstilstanden for adgangen til opplesning av politiforklaringer under hovedforhandlingen i straffesaker. Det vil både bli sett på tilfeller der vitnet møter, men også der vitnet ikke møter. Hovedvekten av rettskildene for adgangen til opplesning vil være på EMK og EMD-praksis. I tillegg vil det bli vist til strpl. og hvordan Norge har innrettet seg etter EMD. Det vil også bli vist til NOU 2016: 24, ny straffeprosesslov hvor det er foreslått endringer i dagens lov, og da særlig hvilke endringer som er vurdert med hensyn til opplesning av vitneforklaringer.

1.2 Begrepsavklaring

Den viktigste begrepsavklaringen er *politiforklaring* siden begrepet er en del av problemstillingen. En *politiforklaring* vil være innhentet under et politiavhør. Et politiavhør foregår som ledd i etterforskningen hvor politiet avhører mistenkte, vitner og sakkyndige. Adgangen til *politiavhør* fremgår av strpl. § 230 og det foreligger ikke forklaringsplikt overfor politiet etter bestemmelsens første ledd første punktum. Fremgangsmåten for politiavhør fremkommer av påtaleinstruksens kapittel 8. En *politiforklaring* kan være gitt av både en medsiktet, mistenkt og et vitne.

En *vitneforklaring* er alle forklaringer som er avgitt av vitnet i saken i tillegg til *politiforklaringer*. Dette kan blant annet være rettslig avhør etter strpl. § 108 eller fjernavhør etter strpl. § 109 a. Reglene for adgangen til *vitneforklaring* følger av strpl. kapittel 10.

Av hensyn til avhandlingens ryddighet vil det ikke bli gjort et særskilt skille mellom *politiforklaringer* og *vitneforklaringer*.

⁶ I saker som gjelder tilståelsesdom etter strpl. § 248 eller forelegg etter strpl. § 255 er det sjeldent nødvendig med føring av vitner som bevis.

Retten til *krysseksaminasjon* er at det gis anledning til å avhøre et vitne som føres i straffesaken. Retten til *krysseksaminasjon* følger av blant annet strpl. § 135 som gir alle partene rett til å avhøre vitner som føres i saken. Den siktede har i tillegg et særlig vern til *krysseksaminasjon* som fremgår av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

Ved *opplesning* av en forklaring under hovedforhandlingen siktes det vanligvis til gjengivelse av en nedtegnert forklaring som er avgitt av et vitne. En forklaring kan også være innhentet ved hjelp av lydopptak og vil da gjengis ved avspilling. Det fremgår av strpl. § 300 at et lydopptak av en forklaring kan også brukes som bevis dersom vilkårene for *opplesning* foreligger. I avhandlingen vil avspilling også omtales som *opplesning*.

Hovedforhandling er behandlingen av rettssaken for den dømmende rett. Når straffesaken er til behandling for den domstolen som skal pådømme saken etter at saksforberedelsen er avsluttet vil det være tale om en *hovedforhandling*. Hovedregelen følger av strpl. § 278 om at *hovedforhandlingen* er muntlig.⁷ Reglene for *hovedforhandling* for tingretten følger av strpl. kapittel 22.

Etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d har den siktede rett til å eksaminere «witnesses». EMD har tolket begrepet *witness* autonomt. Det er ikke avgjørende hva som anses som *witness* etter nasjonal rett, men etter det konvensjonsrettslige innhold. *Witness* i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d sikter ikke til personens prosessuelle stilling i saken, men betydningen av forklaringen og måten den blir benyttet av den nasjonale domstol.⁸

I *Lucà mot Italia*⁹ uttalte EMD at begrepet *witness* gjelder dersom en forklaring i vesentlig grad kan tjene som grunnlag for en domfellelse, uavhengig av hvem den er gitt av. Det sentrale er ikke personens stilling i saken, men betydningen og bruken av forklaringen.¹⁰ Dette fører til at *witness* ikke bare gjelder for forklaringer som er avgitt av vitner i saken, men kan også omfatte utenforstående og medsiktede dersom forklaringen kan tjene som grunnlag for domfellelse.

⁷ Se kapittel 2.4 og 2.5 om offentlighetsprinsippet og muntlighetsprinsippet.

⁸ Jebens (2004), s. 532, Clayton og Tomlinson (2010), s. 184-185 og Cape, Namoradze, Smith, Spronken (2010), s. 48.

⁹ *Lucà v. Italy*, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001.

¹⁰ *Lucà v. Italy*, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001, avsnitt 41.

1.3 Avgrensninger

For det første avgrenses det mot bevisavskjæring som følge av prosessuelle feil. Dette er hvis det er gjort feil ved innhenting av beviset. For eksempel ved at beviset er innhentet på ulovlig eller utilbørlig måte.¹¹ Det kan også være dersom politiet pålegger noen å gi forklaring i politiavhør, noe de ikke har lov til, jf. strpl. § 230 første ledd.

Bevis innhentet på en utilbørlig måte kan utgjøre et brudd på den siktedes rett til rettfærdig rettergang. Likevel er det ikke de samme hensynene som gjør seg gjeldende ved vurderingen om beviset skal tillates ført som det vil være for opplesning av en politiforklaring. Derfor faller bevisavskjæring som følge av prosessuelle feil utenfor avhandlingens tema.

For det andre avgrenses det mot dokumentbevis som ikke er avgitt i anledning saken. Det er fri adgang til å føre dokumentbevis så lenge beviset gjelder forhold som har betydning for saken.¹² For eksempel er en legejournal et dokumentbevis da det normalt ikke blir til i anledning saken.¹³ En politiforklaring vil være innhentet på bakgrunn av tiltalen og er derfor gitt anledning saken.¹⁴ En politiforklaring utgjør ofte hovedgrunlaget for avgjørelsene som domstolen treffer.¹⁵ Derfor stilles det strengere krav til krysseksaminasjon av en slik forklaring enn hva det gjør for dokumentbevis.

For det tredje avgrenses det mot SP artikkel 14. SP artikkel 14 nr. 3 bokstav e har en liknende bestemmelse som EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Selv om reglene anses som like når det gjelder det materielle innholdet vil det ikke bli foretatt en nærmere drøftelse av SP artikkel 14 nr. 3 bokstav e.¹⁶ EMD er klagedomstol for EMK og det foreligger derfor mer rettspraksis og et klarere innhold etter EMK artikkel 6 knyttet til spørsmålet om opplesning av en tidligere politiforklaring.

¹¹ I Rt. 2003 s. 549, avsnitt 17, uttalte Høyesterett at dersom beviset er kommet på ulovlig måte kan retten nekte det ført om beviset er lite å stole på eller hvor føring av det krenker beskyttelsesverdige interesser.

¹² Jahre (2015), s. 261.

¹³ Jahre (2015), s. 286.

¹⁴ Jahre (2015), s. 259.

¹⁵ Andenæs (2008), s. 236.

¹⁶ Matningsdal (2007), s. 15 og Jebens (2004), s. 530.

For det fjerde avgrenses det mot bruk av tilrettelagte avhør som bevis. Tilrettelagte avhør følger av strpl. § 239 og skal som hovedregel brukes ved avhør av vitner under 16 år og personer med funksjonsnedsettelse som medfører behov for tilrettelagt avhør i saker som gjelder overtredelse ved kroppsskade, drap, mishandling i nære relasjoner og kjønnslemlestelse, jf. første ledd og tredje ledd.

For det femte avgrenses det mot bruk av anonyme vitner som bevis. Vilåårene for anonym vitneførsel følger av strpl. § 130 a. Vilåårene for anonym vitneførsel er strenge siden de utgjør et stort inngrep i tiltaltes rett til krysseksaminasjon.¹⁷ Anonym vitneførsel kan også besluttes av retten til å gjelde for politiavhør etter strpl. § 234 a.

Disse to avhørsmetoder tar sikte på å verne vitnet, istedenfor den siktede i straffesaken. Det er derfor andre hensyn som gjør seg gjeldende ved vurderingen og derfor avgrenses det mot en nærmere drøftelse av disse.

1.4 Metodespørsmål

1.4.1 Innledning

Oppgavens problemstilling aktualiserer EMKs og EMDs betydning for norsk rett og det er derfor hensiktsmessig med en nærmere redegjørelse av disse.

Dette er på bakgrunn av at strpl. §§ 296 og 297 må tolkes i lys av EMK artikkel 6 og da særlig EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, om retten til krysseksaminasjon.

Det følger av mrl. § 3 sammenholdt med mrl. § 2 at EMK ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen norsk lovgivning. Det følger av mrl. § 2 nr. 1 at EMK skal gjelde som norsk lov. Siden EMK er inkorporert i mrl. er man i norsk rett forpliktet til å etterleve folkeretten og dets bestemmelser.

1.4.2 Forholdet mellom Grunnloven og EMK og EMD

Grunnloven § 92 sikrer at menneskerettighetene etter EMK blir ivaretatt.:

¹⁷ Øyen (2019), s. 432.

«Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

Bestemmelsen gir uttrykk for at myndighetene har alminnelig plikt til å respektere og sikre alle menneskerettigheter som er forpliktende for Norge. Denne plikten kalles også sikringsplikten. Særlig gjelder denne sikringsplikten for menneskerettighetene som er nedfelt i Grunnloven, §§ 93-113.¹⁸ Plikten som følger av Grl. § 92 gjør at den norske stat må håndheve menneskerettighetene slik de er gjennomført i norsk rett.¹⁹

Det følger av EMK artikkel 53 at reglene i EMK ikke kan redusere vernet til menneskerettighetene enn hva som følger av Grunnloven. Det er derfor kun tale om tolkninger etter EMK som er til gunst for rettighetshaveren som er aktuelt. Siden Grunnloven har et knappere og mindre klarere innhold enn EMK vil det ofte være nødvendig å se hen til EMK artikkel 6 og EMD-praksis om retten til rettferdig rettergang ved tolkningen av Grl. § 95. Praksis fra EMD er derfor styrende for hvordan menneskerettighetene skal forstås og anvendes i norsk rett.²⁰

Sikringsplikten som følger av Grl. § 92 skal ikke forstås slik at den gir internasjonale konvensjoner som er innarbeidet i norsk rett grunnlovs rang, men som et pålegg til domstolene om å håndheve menneskerettighetene slik de er inkorporert i norsk rett. Menneskerettighetene som er skrevet inn i Grunnloven §§ 93-113 må derfor ha grunnlovs rang.²¹ Dette ble også lagt til grunn av Høyesterett.²²

1.4.3 EMKs og EMDs rettskildemessige vekt, i norsk rett

Før vedtakelsen av mrl. avklarte Høyesterett det daværende forholdet mellom strpl. og EMK i Rt. 1994 s. 610. Saken gjaldt spørsmål om det hadde foregått et ulovlig prissamarbeid mellom flere ulike produsenter av bølgepapp. Det omtvistede var blant annet opplesning av tidligere

¹⁸ Aarli (2021), s. 897.

¹⁹ Aarli (2021) s. 898.

²⁰ Aall (2014), s. 507-508.

²¹ Skoghøy (2015) s. 196.

²² Se HR-2016-2554-P, avsnitt 66 og 77.

gitte forklaringer, selvinkriminering og retten til rettferdig rettergang, jf. EMK artikkel 6 nr. 2 og nr. 3 bokstav d.²³

Høyesterett formulerte et «klarhetskrav» for at en folkerettslig rettsregel som Norge var bundet av skulle kunne gis forrang ved motstrid med en norsk lovregel. Høyesterett viste til strpl. § 4 og uttalte at domstolene må anvende prosessreglene slik at rettergangen blir forenlig med traktatforpliktelsene til Norge. For at en norsk lovregel skulle kunne settes til side på bakgrunn av folkerettslige regler måtte rettsregelen fremstå tilstrekkelig klar og entydig til at den burde tillegges forrang. I tillegg stiltes det ekstra strenge krav til klarhet dersom det var tale om å endre en rettsstilstand som bygger på en klar norsk lovregel eller praksis.²⁴

Høyesterett har siden 2000 ved tolkningen av EMK fulgt metoden som benyttes av EMD. Rettighetene som følger av EMK blir derfor fastlagt på grunnlag av EMDs metode.²⁵

Andenæs legger til grunn at strpl. § 4 tar for det første sikte på regler som følger direkte av folkeretten, deriblant immunitet. For det andre tar den også sikte på traktater som Norge har inngått. Da særlig EMK og andre konvensjoner som sikrer den straffesiktedes rettigheter. Derfor vil EMK også gå foran på bakgrunn av strpl. § 4 dersom det foreligger motstrid. Mrl. § 3 er likevel den bestemmelsen som primært fastsetter at bestemmelsene i EMK går foran ved motstrid.²⁶

I HR-2016-2554-P, en plenumsdom som ble avgjort med 10 mot 7 stemmer, omhandlet spørsmålet om hvordan Grl. § 92 skulle forstås og dens betydning for konvensjoner om menneskerettigheter i norsk rett. Høyesterett slo fast at konvensjoner som er inkorporert ved lov, har i prinsippet lovs trinnhøyde.²⁷

Det ble slått fast at menneskerettighetene som er nevnt i Grunnloven får grunnlovs trinnhøyde. Høyesterett tok deretter stilling til om Grl. § 92 skal forstås som en

²³ Rt. 1994 s. 610, s. 1611.

²⁴ Rt. 1994 s. 610, s. 616-617, Klarhetsdoktrinen som ble utviklet i Rt. 1994 s. 610 ble forkastet av Høyesterett i Rt. 2000 s. 996. Det ble lagt til grunn at Høyesterett skal tolke EMK på samme måte som EMD.

²⁵ Skoghøy (2012), s. 178.

²⁶ Andenæs (2009), s. 9.

²⁷ HR-2016-2554-P. avsnitt 65.

inkorporasjonsbestemmelse som gir alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av ved inntakelsen i 2014 grunnlovs rang.²⁸

Høyesterett konkluderte med at Grl. § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men som et pålegg til myndighetene og domstolene om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett. Det ble vist til at dersom Grl. § 92 ga alle menneskerettsbestemmelser som Norge var bundet av i 2014 grunnlovs rang, vil mrl. og de menneskerettighetsbestemmelsene som ble inntatt i Grl. i 2014 være overflødig.²⁹

EMD er klageorganet for menneskerettighetene etter EMK som kan avsi bindende avgjørelser. Siden EMD er styrende for hvordan EMK forstås er Norge forpliktet til å følge rettsutviklingen som EMD foretar. Dette for at norsk rett skal være i samsvar med EMK og de andre menneskerettighetskonvensjoner, og for å unngå at det skal skje konvensjonsbrudd.

1.5 Tidlig rettsutvikling

Som tidligere nevnt sikrer strpl. § 4 at norske myndigheter anvender straffeprosessloven i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Denne bestemmelsen er videreført fra straffeprosessloven 1887 § 5 som ble innført i 1962.³⁰

Opplesning av forklaringer i norsk rett ble tidligere lenge behandlet uten at det ble tatt hensyn til de folkerettslige forpliktelsene til Norge, kun nasjonal rett. Dersom vilkårene for opplesning var oppfylt, ble det undersøkt om hensynet til vitnet talte mot opplesning. Etter EMDs dom *Unterpertinger mot Østerrike*³¹ ble avsagt i 1986 ble det mer fokus på siktedes rettigheter etter EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. På bakgrunn av avgjørelsen ble det også undersøkt om hensynet til siktede talte mot opplesning. Kravet til opplesning av en politiforklaring ble derfor strengere i norsk rett enn hva det tidligere hadde vært.³²

Rt. 1987 s. 1318 er illustrerende for den tidligere rettstilstanden som Høyesterett fulgte før *Unterpertinger mot Østerrike*. Saken gjaldt en mann som var dømt til 24 dagers fengsel på

²⁸ HR-2016-2554-P, avsnitt 66-67.

²⁹ HR-2016-2554-P, avsnitt 69-70. Det samme ble lagt til grunn i, HR-2016-2591-A, avsnitt 47.

³⁰ Matningsdal (2007), s. 17.

³¹ *Unterpertinger v. Austria*, Application no. 9120/80, Judgment 24 November 1986.

³² Matningsdal (2007), s. 18.

bakgrunn av slag mot sin samboers datter. Det ble foretatt opplesning av politiforklaringen til samboeren som hadde en lovfestet rett til å nekte å forklare seg under hovedforhandlingen. Høyesterett tok stilling til om politiforklaringen skulle leses opp på bakgrunn av norsk rett, strpl. § 296 annet ledd. Politiforklaringen ble ansett som et viktig bevis i saken. Likevel viste ikke Høyesterett til EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.³³

Aall mente at Høyesterett hadde gjort en feil siden det ikke ble gitt anledning på noe som helst stadium for forsvaret å eksaminere vitnet og begrunnet det med EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d og fortolkningen som EMD gjorde i *Unterpertinger mot Østerrike*. Han mente også at det var mer betenkkelig å tillate opplesning av en politiforklaring enn en forklaring som var avgitt for en dommer.³⁴

Den tidligere rettstilstanden hadde tatt hensyn til vitnets interesser. Etter *Unterpertinger mot Østerrike* kan det ikke tillates at det ikke tas hensyn til den siktede. Avgjørelsen til Høyesterett i Rt. 1987 s. 1318 burde derfor ikke aksepteres.³⁵

Opplesning av forklaringen i *Unterpertinger mot Østerrike* var ikke i seg selv en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d, men når en slik opplesning finner sted, kan det ikke skje uten at den siktedes rett etter artikkel 6 har blitt ivaretatt. Aall la til grunn at gjeldende rett hvor det føres vitner mot tiltalte var at det må være gitt en anledning til å eksaminere vitnene dersom forklaringen skal føres som bevis. Dette gjør også at hovedmålsettingen i straffeprosessen, å hindre uriktige domfellelser, blir ivaretatt. Det vil gå på bekostning av rettssikkerheten dersom den tiltalte ikke blir gitt anledning til å eksaminere motpartens vitner.³⁶

Rt. 1990 s. 312 var den første saken Høyesterett behandlet hvor det ble sett på hvilke begrensninger EMK medfører for adgangen til opplesning av en politiforklaring.³⁷ Det ble vist til *Unterpertinger mot Østerrike* og at strpl. § 297 måtte ses i sammenheng med EMK.³⁸

³³ Rt. 1987 s. 1318, s. 1319.

³⁴ Aall (1988), s. 478-488.

³⁵ Aall (1988), s. 478-488.

³⁶ Aall (1988), s. 478-488.

³⁷ Matningsdal (2007), s. 54.

³⁸ Rt. 1990 s. 312, s. 315.

1.6 Oversikt over den videre fremstilling

I avhandlingens kapittel 2 vil det bli redegjort for flere ulike grunnleggende prinsipper og hensyn som gjør seg gjeldende vedrørende spørsmålet om opplesning av en politiforklaring under hovedforhandlingen.

Kapittel 3 redegjør for hjemmelen for opplesning av en politiforklaring i norsk rett. Først vil det bli vist til strpl. §§ 296 og 297, deretter EMK artikkel 6 og nr. 3 bokstav d.

Kapittel 4 og 5 utgjør hoveddelen i avhandlingen. Det vil bli redegjort for opplesningsadgangen for et ikke-møtende og et møtende vitne. EMD avgjørelsene Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia³⁹ og Schatschaschwili mot Tyskland⁴⁰ er sentrale kilder for rettskildebildet for opplesning av forklaring fra et ikke-møtende vitne. For et møtende vitne er Kaste og Mathisen mot Norge⁴¹ og Cabral mot Nederland⁴² sentrale for å klarlegge rettskildebildet.

I kapittel 6 vil det bli vist til ulike typetilfeller som kan påvirke adgangen til opplesning av en politiforklaring. Det vil bli vist til tilfeller som kan tale for og i mot opplesning.

I kapittel 7 vil det bli vist til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov og endringen som den fremmer for adgangen til opplesning av en politiforklaring.

I kapittel 8 vil det bli gitt noen avsluttende bemerkninger.

2 Grunnprinsipper og hensyn

2.1 Innledning

Innenfor straffeprosessrettens område er det en rekke grunnprinsipper og hensyn. Flere av grunnprinsippene har en nær sammenheng. Som for eksempel bevisumiddelbarhetsprinsippet

³⁹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 and 22228/06, Judgment 15 December 2011.

⁴⁰ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015.

⁴¹ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006.

⁴² Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018.

som gir en god mulighet til kontradiksjon. Videre i kapittel 2 vil det bli gitt en fremstilling av sentrale grunnprinsipper og hensyn som gjør seg gjeldende ved opplesning av politiforklaringer under hovedforhandlingen.

Bakgrunnen for mange av grunnprinsippene og hensynene som vil bli behandlet kommer som følge av retten til rettferdig rettergang. Dette fremkommer i blant annet Grl. § 95 hvor det fremgår at «Rettergangen skal være rettferdig og offentlig».

Retten til rettferdig rettergang fremkommer også av EMK art. 6 nr. 1 «fair and public hearing». EMK art. 6 nr. 1 gjelder både for sivile krav og straffesiktelse jf. ordlyden «civil rights and obligations or of any criminal charge against him». Siden avhandlingen omhandler straffeprosessrett, vil det tas sikte på retten til rettferdig rettergang i en straffesak. I ordlyden «fair» etter EMK art. 6 nr. 1 ligger det at både påtalemyndigheten og den siktede skal ha like muligheter til å føre bevis og krysseksaminere vitner slik at rettergangen blir rettferdig. Med «public hearing» siktes det til at rettergangen skal være offentlig.

2.2 Partslikhetsprinsippet

Partslikhetsprinsippet⁴³ er et grunnleggende prinsipp som gjelder for både sivile saker og straffesaker. Det går ut på at den ene part ikke må ha en ulempe eller urimelig fordel ved straffeforfølgning etter at tiltale er tatt ut, sammenlignet med den andre part.⁴⁴ Dette prinsippet er begrunnet både i hensynet til tillit til rettssystemet og hensynet til et materielt riktig resultat.⁴⁵ Siden prinsippet skal sikre at begge parter stiller likt i en straffesak bidrar det til tillit for rettsavgjørelsene som domstolene treffer.⁴⁶

⁴³ Prinsippet blir også kalt likebehandlingsprinsippet, se blant annet Rt. 2015 s. 619, avsnitt 12 og Skoghøy (2017), s. 550.

⁴⁴ Se blant annet Skoghøy (2017), s. 550, Kjelby (2015), s. 96, Pedersen og Skoghøy (2020), s. 54 og Aall (2018), s. 461.

⁴⁵ Rui (2014), s. 429.

⁴⁶ Det var tale om et prinsipp tilbake fra middelalderen, Robberstad (1999), s. 60-61.

Prinsippet er et viktig element i kravet til rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1. I tillegg er prinsippet kommet til uttrykk i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d om den siktedes rett til å innkalle og avhøre vitner på samme vilkår som vitner føres mot ham.⁴⁷

I strpl. § 264 finner man utslag av partslikhetsprinsippet. Etter første ledd skal påtalemyndigheten sende forsvareren sakens dokumenter og materiale som er oversendt retten. Prinsippet blir ivaretatt ved at påtalemyndigheten, ved å sende sakens dokumenter til forsvareren, ikke får en urimelig fordel overfor tiltalte.

Partslikhetsprinsippet har også kommet til uttrykk hos EMD.⁴⁸ I *Jasper mot Storbritannia*⁴⁹ uttalte EMD at «It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure ... there should be equality of arms between the prosecution and defence.» EMD legger her til grunn at innenfor retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1 skal det være «equality of arms», altså partslikhet, mellom påtalemyndigheten og den siktede.⁵⁰

I *Bulut mot Østerrike*⁵¹ uttalte EMD at «... each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent». Her slår EMD fast at begge parter skal ha en rimelig mulighet til å fremme sin sak for den dømmende rett under like forhold.⁵²

2.3 Kontradiksjonsprinsippet

Retten til kontradiksjon er et grunnleggende prinsipp både i sivilprosess og straffeprosess.⁵³ Kjernen i prinsippet er at partene har rett til å ha kjennskap og mulighet til å imøtegå grunnlaget for motpartens anførsler, og grunnlag som retten vil bygge på av eget tiltak. I

⁴⁷ Skoghøy (2017), s. 551 og Pedersen og Skoghøy (2020), s. 54.

⁴⁸ Se nærmere Clayton og Tomlinson (2010), s. 158-159 og Cape, Namoradze, Smith og Spronken (2010), s. 31 og s. 56.

⁴⁹ *Jasper v. The United Kingdom*, Application no. 27052/95, Judgment 16 February 2000.

⁵⁰ *Jasper v. The United Kingdom*, Application no. 27052/95, Judgment 16 February 2000, avsnitt 51, se også Robberstad (1999), s. 151 der begrepet blir oppfattet som krav om likestilling.

⁵¹ *Bulut v. Austria*, Application no. 17358/90, Judgment 22 February 1996.

⁵² *Bulut v. Austria*, Application no. 17358/90, Judgment 22 February 1996, avsnitt 47.

⁵³ Se blant annet Hov (2017), s. 48, Matningsdal (2013) s. 3, Robberstad (2018) s. 11, Rt. 1990 s. 8, s. 12, Rt. 2003 s. 1319, avsnitt 29 og Rt. 2011 s. 93, avsnitt 30.

tillegg til å redegjøre for sitt syn på sakens faktiske grunnlag.⁵⁴ Kontradiksjonsprinsippet anvendelsesområde innenfor straffeprosessen er ikke begrenset til kun å gjelde for den siktede i en straffesak, men også for påtalemyndigheten og fornærmede.⁵⁵

Det viktigste formålet med kontradiksjonsprinsippet er å sikre at saken blir best mulig opplyst da det er partene som kjenner saksforholdet best. Prinsippet sikrer også likebehandling av partene og bidrar til å gi partene tillit til domstolene ved å føle at de blir hørt.⁵⁶

Bakgrunnen for kontradiksjonsprinsippet er rettssikkerhetshensyn. Kontradiksjonsprinsippet skal sikre materielt riktig resultat, og dette ivaretas på best mulig måte ved at begge partene får mulighet til å fremsette sine synspunkter rundt forhold som skal vurderes av retten. Siden det er viktige hensyn bak kontradiksjonsprinsippet er det en veldig snever adgang for å gjøre begrensninger i retten til kontradiksjon.⁵⁷ Mistenktes rett står i en særstilling og retten til krysseksaminasjon er en viktig rettssikkerhetsgaranti. Manglende mulighet til utspørring av vitner kan gi økt risiko for uriktige domfellelser og strafferettspleien bygger på at uriktige domfellelser er verre enn uriktige frifinnelser.⁵⁸

Allerede i Rt. 1912 s. 785 ble retten til kontradiksjon fremhevet. Spørsmålet var om Stange prestegård hadde bruksrett i Stange almenning. Underretten kom til at Stange prestegård hadde bruksrett.⁵⁹ Underretten viste til matrikuleringskommissionens avgjørelse fra 1860-årene og fremhevet «Efter disse bestemmelser fremkom kommissionens afgjørelse næsten som et resultat af en kontradiktorisk forhandling, saa man derved har garanti for, at man faar en objektiv afgjørelse». ⁶⁰ Høyesterett kom derimot til at det ikke forelå bruksrett for Stange prestegård.⁶¹

⁵⁴ Se blant annet NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 140, Pedersen og Skoghøy (2020), s. 52, Matningsdal (2013) s. 5, Skoghøy (2017) s. 545 og Andenæs (2009) s. 54.

⁵⁵ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov s. 141.

⁵⁶ Pedersen og Skoghøy (2020), s. 52-53.

⁵⁷ Rui (2014), s. 411 og Matningsdal (2013) s. 2.

⁵⁸ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 282.

⁵⁹ Rt. 1912 s. 785, s. 792.

⁶⁰ Rt. 1912 s. 785, s. 791.

⁶¹ Rt. 1912 s. 785, s. 787.

Kontradiksjonsprinsippet har blitt tillagt stadig økende betydning i norsk rett. Det har vært en markant økning fra 1990 på bakgrunn av økt oppmerksomhet på Norges folkerettslige forpliktelser med hensyn på menneskerettighetene. Prinsippet har kommet til uttrykk gjennom en rekke avgjørelser som har presisert og utvidet retten til å eksaminere vitner.⁶²

Retten til kontradiksjon følger av retten til rettferdig rettergang.⁶³ Prinsippet fremgår nå direkte av EMK artikkel 6 nr. 1, nr. 3 og GrL. § 95.

I *Rowe og Davis mot Storbritannia*⁶⁴ har EMD uttalt at «It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial ... ». EMD gir her uttrykk for at kravet til kontradiksjon er en del av det generelle kravet til en rettferdig rettergang som man finner i EMK artikkel 6 nr. 1.⁶⁵

Videre fremgår det « ... both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party». EMD slår her fast at begge parter har en rett til å gjøre seg kjent med avgjørelsesgrunnlaget og en rett til å gi sine merknader til det. Dette bidrar til at retten til kontradiksjon blir ivaretatt.⁶⁶

I EMK artikkel 6 nr. 3 blir retten til kontradiksjon ivaretatt ved at den siktede gis minsterettigheter. Etter bokstav a og b skal den siktede bli underrettet straks i et språk den han forstår og at det skal gis tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar. Retten til forsvar fremgår av bokstav c.

⁶² Matningsdal (2013), s. 8 og Andenæs (2009) s. 55.

⁶³ Pedersen og Skoghøy (2020), s. 55.

⁶⁴ *Rowe and Davis V. The United Kingdom*, Application no. 28901/95, Judgment 16 February 2000.

⁶⁵ *Rowe and Davis V. The United Kingdom*, Application no. 28901/95, Judgment 16 February 2000, avsnitt 60.

⁶⁶ *Rowe and Davis V. The United Kingdom*, Application no. 28901/95, Judgment 16 February 2000, avsnitt 60. Se nærmere Clayton og Tomlinson (2010), s. 184-185

Retten til krysseksaminasjon er et utslag av kontradiksjonsprinsippet og kan utledes av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Bestemmelsen gir den siktede rett til å krysseksaminere vitner som blir ført og føre egne vitner på samme vilkår som vitnene som føres mot ham.

Påtalemyndighetene har også krav på at det kontradiktoriske prinsippet etterleves under sakens gang, men de kan ikke påberope seg de folkerettslige forpliktelsene.⁶⁷

Straffeprosessloven gir ikke en part en allmenn rett til å krysseksaminere vitner. Enkelte bestemmelser i strpl. gir likevel en part rett til å eksaminere vitner og sakkyndige som forklarer i et rettsmøte.⁶⁸ Retten til krysseksaminasjon kan derfor avhenge av om bevisføringen er umiddelbar.⁶⁹

Retten ansvar for at saken blir fullstendig opplyst etter strpl. § 294 gir et generelt grunnlag for et kontradiktorisk prinsipp.⁷⁰ Et slikt ansvar kan vanskelig overholdes uten effektiv kontradiksjon.⁷¹

I tillegg er det enkelte bestemmelser i straffeprosessloven som er utslag av kontradiksjonsprinsippet. Reglene om dokumentinnsyn i strpl. § 242 ivaretar den mistenktes rett til kontradiksjon på etterforskningsstadiet ved at han gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. På forberedelsesstadiet til hovedforhandlingen ivaretas den siktedes rett til kontradiksjon ved at forsvareren etter strpl. § 264 oversendes sakens dokumenter fra påtalemyndighetene.⁷²

Ved å foreta krysseksaminasjon av vitnet under hovedforhandlingen vil retten til kontradiksjon bli ivaretatt på best mulig måte. Samtidig kan det også bli ansett tilstrekkelig at den siktede gis anledning til å kommentere en skriftlig vitneforklaring som blir lagt frem i retten eller at det er gitt anledning til å eksaminere vitnet på et tidligere tidspunkt i

⁶⁷ Matningsdal (2013), s. 17. Dette er også slått fast i blant annet Rt. 2010 s. 1487, avsnitt 16.

⁶⁸ Se blant annet strpl. § 133, § 144 og § 149.

⁶⁹ Øyen (2019), s. 428.

⁷⁰ Matningsdal (2013), s. 17.

⁷¹ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 141.

⁷² Andre eksempler er, siktedes rett til å være tilstede, jf. strpl. §. 245 andre ledd, forsvarerens rett til å komme med bemerkninger knyttet til aktors uttalelser, jf. strpl. § 289 tredje ledd og siktedes rett til å gjøre seg kjent med hva som har blitt forhandlet i hans fravær, jf. strpl. § 245 andre ledd.

saksforberedelsen. Dette vil variere ut i fra saksforholdet og de øvrige bevis. Likevel vil umiddelbar krysseksaminasjon gi den beste form for kontradiksjon rundt vitneforklaringer. Når eksaminasjonen av vitnet foregår direkte for den dømmende rett vil det bidra til at vitnet forstår alvorret i straffesaken og viktigheten av å få gitt opplysningene som han sitter med.⁷³

2.4 Offentlighetsprinsippet

Offentlighetsprinsippet gjelder både i sivile saker og straffesaker. Rettsforhandlingene skal som hovedregel være offentlige, så fremt det ikke foreligger tungtveiende grunner for å gjøre unntak. Det viktigste formålet med prinsippet er å gi samfunnet mulighet til å kontrollere rettergangen. Offentlighet bidrar til tillit til rettspleien og er en viktig rettssikkerhetsgaranti, særlig for mistenkte i en straffesak.⁷⁴

Prinsippet skal også bidra til materielt riktig resultat. Når en hovedforhandling foregår offentlig gjør det at aktørene som er involverte er formelle og nøye på de roller som de har i straffesaken. I tillegg vil offentligheten motvirke at vitner eller siktede behandles for strengt eller for mildt.⁷⁵

Offentlighetsprinsippet har en lang tradisjon og har blitt ansett som et viktig prinsipp. Hensynet til tillit ved offentlighet og kontroll av domstolene har alltid stått sterkt på straffeprosessens område. Dersom det ikke hadde vært tale om et offentlighetsprinsipp ville «den hemmelige process» blitt ansett som uberegnelig.⁷⁶

Prinsippet fremgår av Grl. § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1 for partene som rettighetssubjekt. For den tiltalte i en straffesak er det en viktig rettssikkerhetsgaranti at rettergangen er offentlig og foregår for en upartisk domstol. På denne måten bidrar offentlighetsprinsippet til rettferdig rettergang.

For allmenheten som rettighetssubjekt fremgår prinsippet av Grl. § 100 femte ledd. Hvor enhver har rett til innsyn og følge forhandlingene i rettsmøter. Offentlighetsprinsippet gjelder

⁷³ Rui (2014), s. 410.

⁷⁴ Se blant annet Robberstad (2018), s. 21-22, NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 136, Skoghøy (2017), s. 566, Andenæs (2009), s. 126 og Aall (2018), s. 470.

⁷⁵ Rui (2014), s. 421-422.

⁷⁶ Hagerup (1904), s. 84, Vår eldste rettergang var offentlig, Hagerup (1904), s. 50

fullt ut både for de involverte partene og allmenheten, med mindre det foreligger tungtveiende grunner.⁷⁷ Dette gjør at formålet med prinsippet, kontroll av og tillit til domstolene ivaretas.

2.5 Muntlighetsprinsippet

Hovedregelen i norsk rett er at hovedforhandlingen skal foregå muntlig. Den eldste rettergangen var muntlig.⁷⁸ I løpet av 18. århundre ble prosessmåten skriftlig, men ved vedtakelsen av straffeprosessloven 1887 ble hovedforhandlingen gjennomført muntlig igjen.⁷⁹

Muntlighetsprinsippet fremkommer nå av strpl. § 278 første ledd første punktum. Det fremgår av strpl. § 278 andre ledd at «opplesning kan ikke tre i stedet for fri muntlig framstilling». Siden det gjelder et krav om muntlighet må skriftlige bevis som legges frem leses opp etter strpl. § 302. Etter EMDs praksis følger muntlighetsprinsippet av kravet til «fair and public hearing» i EMK artikkel 6 nr. 1. Dette gir borgerne som hovedregel krav på muntlig forhandling i en instans, og Grl. § 95 må forstås på samme måte.⁸⁰ Minsterettighetene som fremgår av EMK artikkel 6 nr. 3 må antas å forutsette muntlig forhandling.⁸¹

Når hovedforhandlingen foregår muntlig er det som regel mulig å få gjennomført bevisumiddelbarhet og legge til rette for en offentlig rettergang.⁸² En fordel med umiddelbar muntlighet er at det blir lettere å bedømme visse bevis, for eksempel vitnebevis. Ved en direkte muntlig forklaring fra et vitne kan man tyde vitnets kroppsspråk, som kan være av betydning for bevisets troverdighet.⁸³ I tillegg kan kravet til muntlighet bidra til en konsentrert prosess hvor partene går mer kritisk gjennom materialet enn de ellers ville gjort.⁸⁴

⁷⁷ Andre unntak fra offentlighetsprinsippet fremgår av, Grl. § 95 første ledd tredje punktum, EMK artikkel 6 nr. 1 andre punktum og dl. § 125.

⁷⁸ Hagerup (1904), s. 50.

⁷⁹ Hagerup (1904), s. 51 og 80.

⁸⁰ Skoghøy (2017), s. 554, Rt. 2007 s. 459, avsnitt 20.

⁸¹ Jebens (2004), s. 373.

⁸² NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 139. Den nære sammenhengen har røtter langt tilbake, Hagerup (1904), s. 78.

⁸³ Hov (2017), s. 52.

⁸⁴ Rui (2014), s. 428-429, Hov (2017), s. 52.

Opplesning av politiforklaringer vil ivareta prinsippet om muntlighet, men det vil ikke foregå en umiddelbar bevisførsel av vitnet.⁸⁵ Likevel kan en muntlig gjengivelse av en forklaring bidra til en mer kritisk gjennomgang av beviset, ved at det viktigste i forklaringen leses opp og at det unngås opplesning av ting som «kan være av betydning for saken».⁸⁶

Kravet til muntlighet kan også noen ganger gå ut over hensynet til effektivitet, siden muntlighet kan være tidskrevende og uoversiktlig dersom det foreligger et omfattende bevisbilde. I forslaget til ny straffeprosesslov foreslår utvalget å løsne på dagens strenge krav til bevisføringsmåten for skriftlige bevis.⁸⁷

2.6 Bevisumiddelbarhetsprinsippet

Bevisumiddelbarhetsprinsippet gjelder for både sivile saker og straffesaker og går ut på at alle bevis i en rettsak skal føres direkte for domstolen slik at den dømmende rett får umiddelbart inntrykk av bevisene.⁸⁸ Hovedformålet med umiddelbarhet er at det gir vanligvis retten et bedre grunnlag til å vurdere påliteligheten og troverdigheten til den som forklarer seg.⁸⁹

Partenes rett til krysseksaminasjon og hensynet til effektiv kontradiksjon tilsier at bevisførselen må foregå umiddelbart.⁹⁰ Dessuten skal prinsippet ivareta hensynet til et materielt riktig resultat.⁹¹ På den annen side er gjennomføringen av hovedforhandlingen svært tidskrevende siden bevisumiddelbarhetsprinsippet står sterkt i norsk rett.⁹²

Tidligere traff domstolen sin avgjørelse på grunnlag av protokollerte forklaringer og andre skriftlige bevis. Dette ble endret da straffeprosessloven 1887 ble vedtatt.⁹³

⁸⁵ Andenæs (2009), s. 393.

⁸⁶ Rui (2014), s. 429.

⁸⁷ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 421.

⁸⁸ Se blant annet Kjelby (2015), s. 100, Skoghøy (2017), s. 562, Andenæs (2009), s. 393, Robberstad (2018), s. 21 og Øyen (2019), s. 345.

⁸⁹ Øyen (2019), s. 346.

⁹⁰ Kjelby (2015) s. 126 og Rui (2014), s. 426.

⁹¹ Rui (2014), s. 425.

⁹² Rui (2014), s. 426.

⁹³ Se Hagerup (1904) s. 80, Andenæs (2009), s. 393 og Rui (2014), s. 423.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet henger nært sammen med muntlighetsprinsippet. Selv om det kan tenkes muntlighet uten bevisumiddelbarhet er det best at begge prinsippene foreligger under hovedforhandlingen.⁹⁴ Selv om det umiddelbare bevis blir ansett som bedre enn det middelbare er ikke prinsippet til hinder for føring av middelbare bevis.⁹⁵

Opplesning av politiforklaringer er et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet. For den tiltalte gjelder strpl. § 290 der det fremgår at opplesning kan skje dersom det foreligger motstrid mellom hans forklaringer eller punkter som han ikke husker eller nekter å uttale seg om. Det samme gjelder for et møtende vitne etter strpl. § 296 andre ledd. I disse tilfellene er det mulig å stille spørsmål til tiltalte eller vitnet etter opplesningen og på denne måten ivareta bevisumiddelbarhetsprinsippet. For et ikke-møtende vitne er unntaket fra bevisumiddelbarhet forankret i strpl. § 297 første ledd. Her vil opplesningen tre inn som et middelbart bevis siden det umiddelbare bevis ikke kan skaffes.⁹⁶

For Høyesterett skjer bevisførselen ved opplesning fra saksdokumentene, jf. strpl. § 340 første punktum. Likevel følger det av andre punktum at sakkyndige kan avhøres umiddelbart for Høyesterett.

I Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia innfortolket EMD bevisumiddelbarhetsprinsippet i retten til «fair trial» etter EMK artikkel 6 nr. 1. EMD uttalte at EMK artikkel. 6 nr. 3 bokstav d fastslår at før en siktet kan dømmes må alle bevis mot siktede fremlegges i en offentlig høring slik at krysseksaminasjon er mulig. Hvis det skal foreligge unntak fra prinsippet må det ikke krenke forsvarrets rettigheter. For at det ikke skal krenke rettighetene må det som regel gis tilstrekkelig tid og mulighet til å krysseksaminere vitnet, enten når vitnet gir sin forklaring eller på et senere tidspunkt av straffesaken.⁹⁷

Dersom det skal gjøres unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet hvor det ikke er gitt anledning til krysseksaminasjon må det for det første være en god grunn for at vitnet ikke

⁹⁴ Se Hagerup (1904), s. 78, «Men det sees let, at mundtligheden staar i nær forbindelse med bevisumiddelbarheden, og at denne kun under en mudtlig rettergangsform kan finde en fuld udvikling».

⁹⁵ Andenæs (2009), s. 393.

⁹⁶ Se nærmere i kapittel 3.3.1 og 3.3.2.

⁹⁷ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 118.

møter, og for det andre må ikke domfellelsen være basert utelukkende eller i avgjørende grad på forklaringen som ikke har vært krysseksaminert.⁹⁸ EMD kom til slutt frem til at dersom domfellelsen er basert i avgjørende grad på forklaringen vil det ikke automatisk føre til en krenkelse. Det må dernest vurderes om det foreligger tilstrekkelige kompensierende faktorer til fordel for den siktede. Hvor det avgjørende er om rettergangen som helhet fremstår rettferdig.⁹⁹

Dette ble fulgt opp av i Schatschaschwili mot Tyskland. Hvor prinsippene som ble lagt til grunn i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia ble presisert og slått fast.¹⁰⁰ Siden retten til rettferdig rettergang er inntatt i GrL § 95 må retten til krysseksaminasjon anses som grunnlovfestet.¹⁰¹

2.7 Konsentrasjonsprinsippet

Konsentrasjonsprinsippet gjelder både for sivile saker og straffesaker og går ut på at saken skal gjennomføres så raskt og effektivt som mulig.¹⁰² Formålet er at den siktede ikke skal leve for lenge med den belastningen en uavklart siktelse innebærer, samtidig antas det at straffens preventive effekt svekkes dersom det går for lang tid mellom forbrytelse og straff. I tillegg vil bevisene svekkes over tid.¹⁰³

Konsentrasjonsprinsippet fremgår av EMK artikkel 6 nr. 1 og GrL § 95 om at straffesaker skal avgjøres «innen rimelig tid». Hva som er å anse som «rimelig tid» vil variere ut i fra sakens karakter og kompleksitet.¹⁰⁴

Prinsippet ivaretar hensynet til effektivitet og prosessøkonomi, i tillegg til hensynet til materielt riktig resultat. Mange bevis vil svekkes over tid og en ineffektiv saksbehandling kan

⁹⁸ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 119.

⁹⁹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 147.

¹⁰⁰ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 106-107.

¹⁰¹ Skoghøy (2017), s. 562.

¹⁰² Rui (2014), s. 414, Skoghøy (2017), s. 574 og Aall (2020), s. 270.

¹⁰³ Rui (2014), s. 414 og Aall (2020), s. 270.

¹⁰⁴ Skoghøy (2017), s. 574 og Aall (2020), s. 270.

føre til at bevisene mister sin verdi. Et vitnebevis vil naturligvis huske de faktiske forhold i saken bedre jo kortere tid som har gått.¹⁰⁵

Samtidig er det viktig at konsentrasjonsprinsippet ikke trekkes for langt. En for rask fremdrift kan gå på bekostning av partenes forberedelse og muligheten til å avhøre vitner under hovedforhandlingen.¹⁰⁶ Som igjen kan føre til at det går på bekostning av tilliten til rettssystemet og rettssikkerheten.

2.8 Rettssikkerhet

Flere av de nevnte grunnprinsippene henger nært sammen med hensynet til rettssikkerhet. Deriblant offentlighetsprinsippet, kontradiksjonsprinsippet og retten til rettferdig rettergang. Prinsippene har som formål å ivareta at den enkelte blir ivaretatt på en rettferdig og trygg måte i forhold til myndighetene. Rettssikkerhet refererer først og fremst til kravet om materielt riktig resultat.¹⁰⁷

Rettssikkerhet kan deles inn i to ulike betydninger, formell og materiell betydning. Med materiell rettssikkerhet siktes det til reglens kvalitative innhold med krav til likebehandling og hjemmelskrav. Med formell rettssikkerhet siktes det til at reglene er overholdt. Rettssikkerhet skal forhindre at uskyldige blir dømt og at den mistenktes rettigheter ivaretas.¹⁰⁸

3 Rettslige utgangspunkter

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil det bli gitt en oversikt over de rettslige utgangspunktene som gjør seg gjeldende ved opplesning av politiforklaringer. I norsk intern rett er det Grl. § 95 og strpl. §§ 296 og 297 som er nødvendige å gi en redegjørelse for på bakgrunn av avhandlingens tema. I tillegg er EMK artikkel 6 og da særlig nr. 3 bokstav d sentrale bestemmelser.

¹⁰⁵ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 146 og Rui (2014), s. 414.

¹⁰⁶ Rui (2014), s. 396.

¹⁰⁷ Rui (2014), s. 393.

¹⁰⁸ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 145.

EMKs bestemmelser og EMDs praksis er styrende ved vurderingen om adgangen til opplesning etter norsk rett. Hovedfokuset i avhandlingen vil derfor være på EMK og EMD.

3.2 Grunnloven § 95

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. ...

Statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet.»¹⁰⁹

Bestemmelsen ble inntatt i Grunnloven ved grunnlovsreformen i 2014. I reformen ble det laget en ny del, del E, hvor det er inntatt en rekke menneskerettigheter til hensikt å ivareta grunnleggende rettigheter som mennesker har.

Ved spørsmål om en politiforklaring skal tillates opplest under hovedforhandlingen blir det også vurdert om rettergangen sett under ett har vært rettferdig. Kravet til krysseksaminasjon og kontradiksjonsprinsippet er sentrale elementer ved denne vurderingen. Derfor må Grl. § 95 og kravet til rettferdig rettergang tolkes i lys av det.

I Rt. 2014 s. 1292 var spørsmålet om lagmannsretten ikke skulle ha tillat at et av vitnene forklare seg ved fjernavhør. Høyesterett uttalte seg om innholdet i Grl. § 95 første ledd. Det ble slått fast at innholdet måtte fastlegges i lys av internasjonal og nasjonal rettspraksis på området. Ved den nærmere forståelsen av hva som ligger i begrepet rettferdig rettergang, måtte det ses hen til nasjonal rettspraksis og i sær den omfattende EMD praksis som forelå på området.¹¹⁰

Høyesterett kom til at det forelå feil ved at vitnet hadde forklart seg ved fjernavhør og ikke direkte for lagmannsretten. Et fremmøte hadde gitt bedre grunnlag for kontradiksjon og tydeliggjort alvoret ved å forklare seg som vitne i en straffesak, i tillegg hadde det gitt retten et mer avklart grunnlag for bevisbedømmelsen.¹¹¹

¹⁰⁹ Grl. § 95.

¹¹⁰ Rt. 2014 s. 1292, avsnitt 21.

¹¹¹ Rt. 2014 s. 1292, avsnitt 31.

En annen sak, Rt. 2015 s. 619, var spørsmålet om det var feil at aktors påtegning ikke var sendt til forsvarerne. Høyesterett viste til ordlyden «equality of arms» i EMK artikkel 6 nr. 1. Det ble slått fast at kontradiksjonsprinsippet og likebehandlingsprinsippet er grunnlovsfestet gjennom retten til rettferdig rettergang i Grl. § 95 første ledd andre punktum. Retten har et ansvar for at motparten er gitt anledning til å kommentere en uttalelse som inneholder faktisk eller rettslig argumentasjon. Det ble også uttrykkelig uttalt at det stilles små krav til sannsynlighet for at brudd på kontradiksjonsprinsippet og likebehandlingsprinsippet ville ha virket inn på avgjørelsens innhold.¹¹²

3.3 Straffeprosesslovens bestemmelser

3.3.1 Straffeprosessloven § 296

Adgangen til å lese opp en tidligere avgitt politiforklaring til et møtende vitne følger av strpl. § 296. Det følger av bestemmelsen:

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

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.»¹¹³

Etter bestemmelsens første ledd er hovedregelen at avhør av vitner bør foregå muntlig under hovedforhandlingen. En slik bevisførsel ivaretar bevisumiddelbarhetsprinsippet og muntlighetsprinsippet. Videre fremgår det at det kan gjøres unntak fra hovedregelen dersom «særegne forhold» er til hinder for muntlig avhør under hovedforhandlingen. Dette må ses i sammenheng med EMK artikkel 6 nr. 1 og artikkel 3 bokstav d og EMDs praksis.¹¹⁴

¹¹² Rt. 2015 s. 619, avsnitt 12-14.

¹¹³ Straffeprosessloven § 296.

¹¹⁴ Andenæs (2009), s. 402.

Andre ledd i bestemmelsen regulerer forhold dersom avhøret skjer muntlig. Forklaringen må først å fremst være gitt «i saken». Det kan ikke være en forklaring som er gitt i en annen sak eller annen sammenheng. Dersom forklaringen er gitt «i saken» kan opplesning skje i tre ulike situasjoner. Dersom det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, vitnet nekter å forklare seg eller som vitnet erklærer å ikke huske.

Opplesningsadgangen etter andre ledd er et supplement til vitnets umiddelbare forklaring og kan anvendes dersom vilkårene oppfylt. Dette må også ses i lys av EMK og EMDs praksis.

Andre ledd andre punktum regulerer skriftlige erklæringer som vitnet tidligere har gitt i saken og det følger samme kriterier som for andre ledd første punktum.

Adgangen til gjengivelse i rettsbok eller politirapport etter strpl § 296 andre ledd gjelder også der et møtende vitne er fritatt fra forklaring etter strpl. §§ 122-125. Gjengivelse kan være aktuelt dersom vitnet påberoper seg fritaksgrunn under hovedforhandlingen. Vilåret for gjengivelse er at vitnet er informert om retten til å nekte å gi forklaring til politiet.¹¹⁵

3.3.2 Straffeprosessloven § 297

Dersom vitnet ikke møter til hovedforhandlingen reguleres adgangen til opplesning av politiforklaringer 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.»¹¹⁶

Bestemmelsen er et unntak fra bevisumiddelbarhetsprinsippet i strpl. § 296. Når vitnet ikke møter til hovedforhandlingen vil det ikke være mulig med bevisumiddelbarhet.

Krysseksaminasjon for den tiltalte vil også utgå dersom det ikke har blitt gitt anledning på et tidligere stadium i saken. For å teste forklaringen kan tiltalte stille åpne spørsmål om vitnets utsagn eller troverdighet.

¹¹⁵ Jebens (2004), s. 543.

¹¹⁶ Straffeprosessloven § 297 første ledd.

Vilkårene for at opplesning skal kunne skje etter strpl. § 297 første ledd første punktum er at den tidligere forklaringen er «gitt i saken» og at «muntlig avhør ikke er mulig» eller «ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift».¹¹⁷

Ved vilkårene om «muntlig avhør ikke er mulig» eller «ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift» må det tas hensyn til sakens alvor, bevisets betydning og måten beviset er innhentet på.¹¹⁸

Strpl. § 297 må ses i sammenheng med EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Der det sentrale er om den siktedes rett til krysseksaminasjon er ivaretatt. EMD har foretatt en innskrenkende tolkning og sett på den som et utslag av retten til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1. Det må derfor vurderes om opplesning er i strid med den siktedes rett til rettferdig rettergang. EMK og EMD-praksis vil være veiledende for vurderingen.¹¹⁹

Etter strpl. § 297 første ledd annet punktum kan opplesning alltid skje når tiltalte uteblir uten gyldig fravær i sak hvor forelegg er utferdiget eller som bare gjelder inndragning.

Bestemmelsen er begrunnet i hensynet til effektivitet, slik at man kan unngå unødig utsettelse av saken.¹²⁰

3.4 EMK

3.4.1 EMK artikkel 6

Kjernen i EMK artikkel 6 er retten til rettferdig rettergang.¹²¹ For personer som er siktet for en straffbar handling er EMK artikkel 6 hovedbestemmelsen innenfor det europeiske konvensjonssystemet når det gjelder prosessuelle rettigheter.¹²² Retten til rettferdig rettergang fremkommer av bestemmelsens nr. 1:

¹¹⁷ Vilåret «gitt i saken» vil være samme vurderingstema som i kapittel 3.3.1.

¹¹⁸ Andenæs (2009), s. 403.

¹¹⁹ Andenæs (2009), s. 403, en nærmere drøftelse vil bli gjort i kapittel 4.

¹²⁰ Andenæs (2009), s. 405.

¹²¹ Jebens (2004), s. 303.

¹²² Jebens (2004) s. 302.

«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 ... ». ¹²³

Ordlyden «criminal charge» skal tolkes autonomt. EMD har slått fast at ordlyden skal tolkes etter det konvensjonsrettslige innhold, ikke nasjonale. ¹²⁴

3.4.2 Artikkel 6 nr. 3 bokstav d

Bestemmelsen er et utslag av kontradiksjonsprinsippet. Det følger av bestemmelsen:

«Everyone charged with criminal offence has the following minimum rights:

d. To examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of the witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;». ¹²⁵

Bestemmelsen ivaretar retten til krysseksaminasjon og partslikhetsprinsippet og er en viktig rettssikkerhet for den som blir siktet i en straffesak. Da han som regel vil være den svake part mot påtalemyndigheten på den andre siden. ¹²⁶

I *Asch mot Østerrike* ¹²⁷ uttalte EMD at et vitne ikke alltid må avgi sin forklaring direkte for retten for at den skal kunne brukes som bevis. Så lenge rettighetene til den siktede har blitt respektert på en slik måte at han har blitt gitt en forsvarlig mulighet til å avhøre vitnet, enten når forklaringen ble gitt eller på et senere tidspunkt, kan den tjene som grunnlag for domfellelse. ¹²⁸

Retten til krysseksaminasjon er ikke absolutt. Selv om den siktede ikke får mulighet til å krysseksaminere vitnet etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d er det ikke alltid tale om et

¹²³ EMK artikkel 6 nr. 1.

¹²⁴ Aall (2020), s.199, se også *Deweere v. Belgium*, Application no. 6903/75, Judgment 27 February 1980, avsnitt 42. "Criminal charge" skal ved autonom tolkning tolkes på samme måte som begrepet "witness" i kapittel 1.2.

¹²⁵ EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

¹²⁶ *Jebens* (2004), s. 531.

¹²⁷ *Asch v. Austria*, Application no. 12398/86, Judgment 26 April 1991.

¹²⁸ *Asch v. Austria*, Application no. 12398/86, Judgment 26 April 1991, avsnitt 27.

konvensjonsbrudd. Retten til kontradiksjon må alltid bli sett i sammenheng med retten til rettferdig rettergang, jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Der det avgjørende er hvor dominerende den oppleste forklaringen er, og om det finnes støtte i andre bevis som har blitt ført.¹²⁹

4 Adgangen til opplesning dersom vitnet ikke møter

4.1 Innledning

Hovedregelen i norsk rett er bevisumiddelbarhet.¹³⁰ For ikke-møtende vitner fremkommer adgangen for opplesning i strpl. § 297 første ledd.¹³¹

Bestemmelsen må tolkes i samsvar og lys av EMK artikkel 6 nr. 1 og EMK artikkel 6 nr. 3 om siktedes rett til rettferdig rettergang og adgangen til å avhøre vitner som blir ført mot ham.¹³² Dette har også Høyesterett uttalt i blant annet Rt. 2010 s. 1414¹³³ og Rt. 2012 s. 1171.¹³⁴

4.2 Historisk perspektiv

4.2.1 Innledning

Opplesningsadgangen for forklaringer avgitt før hovedforhandlingen ble i Norge lenge behandlet uten hensyn til Norges folkerettslige forpliktelser. Det var kun norske interne bestemmelser som var avgjørende for tolkningen av spørsmålet, og dersom vilkårene etter disse var oppfylt ble det undersøkt om «hensynet til vitnet» talte mot opplesning.¹³⁵

I Rt. 1988 s. 78 gjorde Høyesterett en vurdering av strpl. § 297 for å avgjøre om opplesning kunne skje dersom vitnet ikke møtte. Høyesterett la vekt på « ... betydningen av at retten kan

¹²⁹ Jebens (2004), s. 534-535.

¹³⁰ Se kapittel 2.6.

¹³¹ Se nærmere om innholdet til bestemmelsen i kapittel 3.3.2.

¹³² Jahre (2015), s. 274.

¹³³ Rt. 2010 s. 1414, avsnitt 22.

¹³⁴ Rt. 2012 s. 1171, avsnitt 18.

¹³⁵ Matningsdal (2007), s. 18.

få en umiddelbar forklaring av vitnet og på betydningen av at det kan stilles spørsmål til et vitne». ¹³⁶

På 1990-tallet vokste hovedbevislæren frem i norsk rett. Etter dette ble Høyesterett mer klar på de krav som følger av EMK og dermed ble Høyesterettspraksis utviklet i samsvar med EMD-praksis. Hovedbevislæren gikk ut på man ikke kunne domfelles dersom opplesning av en vitneforklaring ble ansett som det «hovedsakelige bevis». ¹³⁷

4.2.2 Hovedbevislæren

Bakgrunnen for fremveksten av hovedbevislæren i norsk rett er Unterpertinger mot Østerrike. Etter denne EMD avgjørelsen ble norske domstoler mer bevisst på de krav som fulgte av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Norske domstoler måtte derfor også ta stilling til om hensynet til siktede talte for opplesning. ¹³⁸

I Unterpertinger mot Østerrike kom EMD frem til at det forelå et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, siden domfellelsen hovedsakelig var bygget på en vitneforklaring som var tillat opplest. Unterpertinger hadde ikke fått anledning til å krysseksaminere det hovedsakelige bevis. ¹³⁹

I avgjørelsen Kostovski mot Nederland ¹⁴⁰ la EMD til grunn at utgangspunktet er at bevisene skal føres i nærvær av den tiltalte av hensyn til kontradiksjon. Likevel er ikke kravet absolutt og opplesning kan skje uten at det foreligger konvensjonsbrudd. ¹⁴¹

I Rt. 1990 s. 312 ble det sett på hva som fulgte av EMK og EMD når det gjaldt siktedes rett til krysseksaminasjon. ¹⁴² Ifølge Høyesterett var det ikke et totalforbud å tillate opplesning av forklaringen dersom vitnet ikke møtte. Høyesterett uttalte at det måtte tas en nærmere vurdering i den enkelte sak for å komme frem til om det forelå en overtredelse av EMK. ¹⁴³

¹³⁶ Rt. 1988 s. 78, s. 80.

¹³⁷ Matningsdal (2007), s. 55.

¹³⁸ Matningsdal (2007), s. 18.

¹³⁹ Unterpertinger v. Austria, Application no. 9120/80, Judgment 24 November 1986, avsnitt 33.

¹⁴⁰ Kostovski v. The Netherlands, Application no. 11454/85, Judgment 20 November 1989.

¹⁴¹ Kostovski v. The Netherlands, Application no. 11454/85, Judgment 20 November 1989, avsnitt 41.

¹⁴² Rt. 1990 s. 312, s. 314.

¹⁴³ Rt. 1990 s. 312, s. 315.

Dersom det var et helt sentralt vitne, måtte hensynet til tiltaltes rettssikkerhet regelmessig slå gjennom i forhold til utgifter og ulemper ved utsettelse av saken.¹⁴⁴ Dette var en stor rettsutvikling i forhold til hvordan Høyesterett behandlet saken i Rt. 1988 s. 78.¹⁴⁵

4.2.3 Fremveksten av vurderingen «solely or to a decisive degree»

I *Lucà mot Italia* brukte EMD ordlyden «solely or to a decisive degree», som ble til «the sole or decisive rule»,¹⁴⁶ ved vurderingen av om opplesning av en forklaring kunne skje når den siktede ikke hadde fått mulighet til å eksaminere vitnet. Med dette mente EMD at opplesning av en tidligere forklaring ikke var forenelig med rettighetene etter EMK artikkel 6 dersom domfellelsen var «solely or to a decisive degree» basert på den oppleste forklaringen.

EMD ga uttrykk for samme synspunkt i *Craxi mot Italia*.¹⁴⁷ I denne saken ble det også uttalt at dersom en domfellelse var «solely or to a decisive degree» basert på opplesning av en vitneforklaring ville det være i strid med EMK artikkel 6 å tillate opplesning. Hvis den siktede derimot hadde hatt mulighet til å eksaminere vitnet, enten under hovedforhandlingen eller på et tidligere tidspunkt i saken ville det være et moment som talte for at opplesning var forenlig med EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.¹⁴⁸

I Rt. 2004 s. 897 gikk Høyesterett lengre enn EMD ved å tillate opplesning. Det avgjørende kriteriet var om det var en reell mulighet for at opplesningen kunne hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelsen og at den dermed var et viktig og kanskje nødvendig bevis.¹⁴⁹ Høyesterett uttalte at bakgrunnen for å tillate opplesning fulgte av «... Høyesteretts praksis».¹⁵⁰ Det er bemerkelsesverdig at Høyesterett i de tidligere år hadde fulgt retningslinjene til EMD, og på dette tidspunktet plutselig gått en annen retning.

Høyesterett fulgte derimot EMDs retningslinjer igjen i Rt. 2004 s. 1789 der det ble uttalt at vurderingstemaet etter EMD er om en domfellelse «... bare eller i avgjørende grad vil være

¹⁴⁴ Rt. 1990 s. 312, s. 316.

¹⁴⁵ Se kapittel 4.2.1.

¹⁴⁶ *Lucà v. Italy*, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001, avsnitt 40.

¹⁴⁷ *Craxi v. Italy*, Application no. 34896/97, Judgment 5 December 2002.

¹⁴⁸ *Craxi v. Italy*, Application no. 34896/97, Judgment 5 December 2002, avsnitt 86.

¹⁴⁹ Rt. 2004 s. 897, avsnitt 9.

¹⁵⁰ Rt. 2004 s. 897, avsnitt 17.

basert på vitneforklaringer som er avgitt av personer som den tiltalte ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre». Høyesterett forstod EMDs ordlyd «solely or to a decisive degree» som “bare eller i avgjørende grad”.¹⁵¹ Dette ble også fulgt opp av Høyesterett ved senere avgjørelser, deriblant Rt. 2006 s. 120.¹⁵²

4.3 Endring i rettsstilstanden etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia

4.3.1 Innledning

De lege lata for opplesning av en politiforklaring for et ikke møtende vitne frem til 2011 var «the sole or decisive rule». Det avgjørende var om domfellelsen baserte seg i avgjørende grad på den oppleste forklaringen.

Etter at Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia ble avsagt i 2011 ble rettsstilstanden forandret. Avgjørelsen gjorde en kursendring for EMD og norsk rett for opplesningsadgangen til et ikke-møtende vitne. Avgjørelsen ble behandlet i storkammer og EMD foretok en grundig og nøye beskrivelse av rettsstilstanden.

4.3.2 Faktum Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia

Storkammeravgjørelsen til EMD gjaldt to ulike saker. I den ene saken var det Al-Khawaja mot Storbritannia, mens i den andre var det Tahery mot Storbritannia.

Imad Al-Khawaja jobbet som lege da han ble siktet for to tilfeller av overgrep mot to kvinnelige pasienter, S.T. og V.U., som var under hypnose.¹⁵³ S.T. begikk selvmord før rettssaken, men hun hadde fortalt to venninner om hendelsen og hun hadde avgitt politiforklaring.¹⁵⁴ Forklaringen til S.T. ble lest opp i tillegg til at venninnene ble ført som bevis. V.U. og de andre vitnene i saken ble ført direkte for den dømmende rett og Al-Khawaja

¹⁵¹ Rt. 2004 s. 1789, avsnitt 16.

¹⁵² Rt. 2006 s. 120, avsnitt 19.

¹⁵³ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 10.

¹⁵⁴ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 11.

fikk mulighet til å krysseksaminere disse vitnene.¹⁵⁵ Dommeren i saken gjorde juryen oppmerksom på at Al-Khawaja ikke hadde fått krysseksaminert S.T. da politiforklaringen ble gitt og instruerte dem om å legge vekt på dette.¹⁵⁶ Al-Khawaja ble dømt for begge overgrepene og anket til lagmannsretten. Retten avviste anken på bakgrunn av at Al-Khawajas rett til rettferdig rettergang ikke var krenket selv om S.T.s forklaring ble tillatt opplest.¹⁵⁷ Al-Khawaja klaget saken inn for EMD da han mente at retten til rettferdig rettergang var krenket som følge av at han ikke hadde fått krysseksaminert S.T. og at retten tillot opplesning.¹⁵⁸

Ali Tahery var en iransk mann som ble tiltalt for å ha knivstukket en annen, S, under en slåsskamp og avgi falsk forklaring.¹⁵⁹

S ble knivstukket under en slåsskamp. Tahery avga forklaring til politiet om at det var to svarte menn som hadde knivstukket S. Et annet vitne, T, avga forklaring og fortalte at han hadde sett Tahery knivstikke S.¹⁶⁰ Tahery tilstod å ha avgitt falsk forklaring, men nektet for å ha knivstukket S. T ville ikke delta i rettssaken av frykt for represalier fra det iranske samfunnet dersom han vitnet mot Tahery. Det ble konstatert at frykten ikke skyldtes Tahery.¹⁶¹ Ts vitneforklaring hadde stor bevismessig vekt, likevel ble politiforklaringen tillatt opplest.¹⁶² Dommeren veiledet juryen om faren ved slike uprøvde bevis siden Tahery ikke

¹⁵⁵ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 14.

¹⁵⁶ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 15-18.

¹⁵⁷ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 19-22.

¹⁵⁸ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 3.

¹⁵⁹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 26-30.

¹⁶⁰ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 29.

¹⁶¹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 33.

¹⁶² Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 34-35.

hadde fått krysseksaminert T.¹⁶³ Tahery ble dømt og han anket til lagmannsretten. Anken til Tahery førte til at straffen ble redusert, men begrunnelsen i dommen ble opprettholdt.¹⁶⁴ Tahery klaget saken inn for EMD da opplesning av Ts forklaring krenket hans rett til rettferdig rettergang.¹⁶⁵

4.3.3 EMDs vurdering i sakene

EMD kom med femten mot to til at det ikke forelå noe brudd på artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med artikkel 6 nr. 3 i saken som gjaldt Al-Khawaja, mens EMD kom enstemmig til at det forelå brudd mot Tahery.¹⁶⁶

I Al-Khawaja saken kom EMD frem til at forklaringen til S.T. var et avgjørende bevis. Dette momentet talte for at forklaringen ikke skulle tillates opplest. På den annen side viste EMD til at forklaringen var innhentet i riktig form og påliteligheten til S.T.s forklaring ble støttet av hennes venninner sine forklaringer. I tillegg var det likheter mellom S.T. og V.U. sine forklaringer om overgrepene som Al-Khawaja hadde gjort.¹⁶⁷ I tillegg ble juryen instruert om å legge mindre vekt på forklaringen til S.T. I følge EMD var dette tilstrekkelige kompensierende faktorer. På bakgrunn av dette forelå det ikke brudd på EMK artikkel 6 sammenholdt med artikkel 6 nr. 3 bokstav d i saken mot Al-Khawaja.¹⁶⁸

I saken mot Tahery vurderte EMD om frykten til T var en god grunn for at han ikke møtte. Det ble vist til at frykten var reell og at det var gjort hensiktsmessige undersøkelser for å avgjøre om det objektivt sett var grunnlag for T's frykt. Det at T ikke ville møtte selv om det ble gjort tiltak for å redusere frykten i rettsforhandlingene ble ansett som en god grunn for at

¹⁶³ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 37.

¹⁶⁴ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 39.

¹⁶⁵ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 3.

¹⁶⁶ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 167.

¹⁶⁷ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 156.

¹⁶⁸ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 157-158.

T ikke møtte. At det forelå en god grunn for at T ikke møtte talte for at opplesning kunne skje.¹⁶⁹

Siden T var den eneste som mente han hadde sett Tahery knivstikke S ble han ansett om ikke den eneste, i det minste det avgjørende beviset.¹⁷⁰ EMD viste til at slike uprøvde bevis krever at det foreligger tilstrekkelig kompenserende faktorer siden Tahery mistet sin rett til krysseksaminasjon. Retten hadde tidligere vist til at Tahery kunne utfordre forklaringen ved å selv vitne eller innkalle andre vitner. I tillegg gjorde dommeren juryen oppmerksom på ikke å legge for mye vekt på et uprøvd bevis. EMD kom til at ingen av disse alene, eller sammen var tilstrekkelige kompenserende faktorer.¹⁷¹ EMD uttalte at en advarsel fra dommeren til juryen om faren med å legge for mye vekt på et uprøvd bevis ikke var en tilstrekkelig kompenserende faktor der det eneste direkte beviset mot Tahery var politiforklaringen. På bakgrunn av dette ble det konstatert brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med artikkel 6 nr. 3 bokstav d.¹⁷²

EMD oppstilte først to kriterier på et generelt grunnlag som må være oppfylt for at en politiforklaring skal kunne leses opp under hovedforhandlingen. Der det første kriteriet var at det må være en god grunn for at vitnet ikke møter. Det andre kriteriet var om forklaringen var det eneste eller avgjørende beviset som domfellelsen baserte seg på, «solely or to a decisive degree».¹⁷³

EMD problematiserte om det siste kriteriet, «solely or to a decisive degree», skulle anses som en absolutt regel som automatisk førte til at rettergangen ikke hadde vært rettfærdig.¹⁷⁴ EMD

¹⁶⁹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 159.

¹⁷⁰ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 160.

¹⁷¹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 161-162.

¹⁷² Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 164-165.

¹⁷³ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 119.

¹⁷⁴ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 119.

kom til at det ikke automatisk vil resultere i brudd på EMK artikkel 6. Spørsmålet i hvert enkelt tilfelle er om det foreligger tilstrekkelige kompenserende faktorer, «counterbalancing factors», som oppveier ulempene ved at krysseksaminasjon av det avgjørende bevis utgår.¹⁷⁵

I Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia utviklet EMD rettstilstanden for opplesningsadgangen og oppstilte tre moment, også kalt tretrinnsstesten, for å vurdere om det foreligger brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 bokstav d.

Det må for det første vurderes om det foreligger en god grunn for at vitnet ikke møter. Deretter må det vurderes om vitneforklaringen er det eneste eller avgjørende beviset. Dersom vitneforklaringen er det eneste eller avgjørende beviset må det vurderes om det foreligger tilstrekkelig kompenserende faktorer som veier opp for ulempen som følge av at krysseksaminasjon utgår.

4.3.4 Foreligger det en god grunn for at vitnet ikke møter?

EMD uttalte at den første vurderingen som må tas stilling til er om det foreligger en god grunn, «good reason», for at vitnet ikke møter. Siden hovedregelen er at vitner skal avgi forklaring direkte under rettssaken har domstolen en plikt å undersøke om fraværet til vitnet er berettiget og gjøre «all reasonable efforts» for å få vitnet til å møte. Siden dette er den første vurderingen kan det derfor foreligge brudd på EMK artikkel 6 dersom det ikke foreligger en god grunn, uavhengig om vitnet er det eneste eller avgjørende beviset.¹⁷⁶

EMD uttalte at det kan være flere grunner for at et vitne ikke kan møte, men i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia var det bare nødvendig å vurdere om død og frykt var å anse som gode grunner for at vitnet ikke møter.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 147.

¹⁷⁶ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 120.

¹⁷⁷ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 120.

EMD konstaterte at død som grunn for at vitnet ikke møtte var en god fraværsgrunn. Dersom vitnet er død er det nødvendig å foreta opplesning for at beviset skal kunne vurderes av retten.¹⁷⁸

Frykt som fraværsgrunn må skilles mellom to ulike typer frykt. Der den ene type frykt kan tilskrives handlinger gjort av den tiltalte eller andre på vegne av han, mens den andre typen er en mer generell frykt for hva som kan skje dersom vitnet avgir forklaring for den dømmende rett.¹⁷⁹

Dersom frykten kommer som følge av den tiltalte eller noen som opptrer på den tiltaltes vegne er det rimelig å tillate opplesning, selv om beviset er det eneste eller avgjørende beviset. Den tiltalte skal ikke dra nytte av å skape en frykt hos et vitne. I et slikt tilfelle anses den tiltalte å ha gitt avkall på retten til krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.¹⁸⁰

En mer generell frykt som ikke er skapt av tiltalte eller andre på vegne av han er et mer sammensatt spørsmål hvor domstolen må foreta en vurdering om frykten er reell. En subjektiv frykt er ikke tilstrekkelig. Domstolen må foreta en vurdering om det foreligger objektive grunnlag for frykten, og om det er bevis som støtter den objektive frykten.¹⁸¹

Avslutningsvis slår EMD fast at når et vitne ikke har blitt krysseksaminert av den tiltalte tidligere, er opplesning av vitneforklaringen «last resort». For at frykt skal kunne frita et vitne å forklare seg direkte må retten ha forsøkt alle mulige tiltak for å verne vitnet. Et eksempel på et mulig tiltak som EMD oppstiller er anonym vitneførsel.¹⁸²

¹⁷⁸ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 121.

¹⁷⁹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 122.

¹⁸⁰ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 123.

¹⁸¹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 124.

¹⁸² Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 125.

Som EMD uttalte i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia kan det også foreligge andre gode grunner for at et vitne ikke møter.

I Bobes mot Romania¹⁸³ uteble vitnet som følge av helsemessige årsaker. Det var tilstrekkelig at vitnet hadde en legeattest og EMD anså dette som en god grunn for at vitnet ikke møtte.¹⁸⁴

I Gabrielyan mot Armenia¹⁸⁵ var det spørsmål om de nasjonale domstolene hadde gjort nok anstrengelser for å få vitnene til å møte. Vitnene var ikke i Armenia og kunne derfor ikke møte. De nasjonale domstolene hadde blant annet utsatt høringene og søkt politiets hjelp for å få dem til å møte. Da domstolene hadde fått vite at vitnene ikke var i Armenia gjorde de ingen ytterligere anstrengelser for å få vitnene til å møte. Dette ble ikke ansett som tilstrekkelig av EMD. Det forelå derfor ikke en god grunn for at vitnene ikke møtte.¹⁸⁶

4.3.5 Er vitneforklaringen det eneste eller avgjørende beviset?

Det neste momentet som EMD oppstiller i tretrinnsstegen er om forklaringen er det eneste eller avgjørende beviset, «the sole or decisive rule».

I saken anførte den britiske regjeringen at det var uklart hva som kreves for at et bevis anses som «sole or decisive».¹⁸⁷ På bakgrunn av dette redegjorde EMD for hvordan «the sole or decisive rule» skal forstås. I følge EMD byr ikke ordlyden «sole» på tolkningsproblemer da det forstås som det eneste bevis mot siktede. Ordlyden «decisive» ble oppsummert slik:

«“Decisive” (or “déterminante”) in this context means more than “probative”. It further means more than that, without the evidence, the chances of a conviction would recede and the chances of an acquittal advance, a test which, as the Court of Appeal in Horncastle and others pointed out (see paragraph 54 above), would mean that virtually all evidence would qualify. Instead, 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

¹⁸³ Bobes v. Romania, Application no. 29752/05, Judgment 9 July 2013.

¹⁸⁴ Bobes v. Romania, Application no. 29752/05, Judgment 9 July 2013, avsnitt 39.

¹⁸⁵ Gabrielyan v. Armenia, Application no. 8088/05, Judgment 10 April 2012.

¹⁸⁶ Gabrielyan v. Armenia, Application no. 8088/05, Judgment 10 April 2012, avsnitt 78-84.

¹⁸⁷ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 129.

case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive.»¹⁸⁸

«Decisive» bør forstås snevert jf. ordlyden «narrowly». Alle bevis som øker sannsynligheten for domfellelse er ikke omfattet av «decisive». Det må være et bevis som er så sentralt i saken at det mest sannsynlig vil være avgjørende for utfallet. Hvor avgjørende beviset er vil være avhengig av de andre bevisene i saken. Dersom det ikke foreligger andre bevis som kan støtte forklaringen vil den ofte være et avgjørende bevis i saken. Hvis det foreligger andre støttebevis er det mindre sannsynlig at forklaringen vil være avgjørende. Slike bevis kan for eksempel være DNA-bevis eller samtalelogg, eller som i Al-Khawaja, andre vitner og deres forklaringer.

I følge EMD skal ikke et avgjørende bevis uten videre avskjæres selv om krysseksaminasjon utgår. Derimot er det et moment som taler for at opplesning ikke kan foretas. For at en forklaring som blir ansett som et avgjørende bevis skal kunne føres er det i følge EMD viktig med sikkerhetstiltak for å sikre at beviset er pålitelig, eller på annen måte mulighet for å teste og vurdere påliteligheten av beviset på riktig måte.¹⁸⁹ Derfor inntok EMD et siste moment i tretrinnsstesten, om det foreligger tilstrekkelige kompenserende faktorer.

4.3.6 Foreligger det tilstrekkelige kompenserende faktorer som følge av at krysseksaminasjon utgår?

Dersom det foreligger en god grunn for at vitnet ikke møter og forklaringen er det eneste eller avgjørende beviset blir den siste vurderingen om det foreligger tilstrekkelige kompenserende faktorer.

¹⁸⁸ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 131.

¹⁸⁹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 139.

Dette nye momentet som EMD oppstilte gjør det mulig å tillate opplesning, selv om forklaringen blir ansett som det eneste eller avgjørende beviset og den siktede ikke har hatt mulighet til å krysseksaminere vitnet.

EMD viste til at når de har vurdert klager i andre saker i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1 om retten til rettferdig rettergang har de vurdert om det foreligger noen kompenserende faktorer til gunst for tiltalte. Dette er for å motvirke de begrensninger i rettighetene til tiltalte som oppstår, og dersom det foreligger tilstrekkelig tilstrekkelige kompenserende faktorer vil det ikke foreligge brudd på EMK artikkel 6 nr. 1.¹⁹⁰

EMD slår fast at «the sole or decisive rule» må forstås på samme måte. Der det må vurderes om det foreligger tilstrekkelig kompenserende faktorer for å foreta opplesning av et avgjørende bevis. Det må også tas hensyn til det aktuelle rettssystemet og spesielt dets bevisregler. Dersom det ikke blir gjort uttaler EMD:

«To do so would transform the rule into a blunt and indiscriminate instrument that runs counter to the traditional way in which the Court approaches the issue of the overall fairness of the proceedings, namely to weigh in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice.»¹⁹¹

EMD konkluderer med at dersom opplesning er «the sole or decisive evidence» mot en tiltalt vil det ikke automatisk resultere i brudd på EMK artikkel 6. Hovedbevislæren¹⁹² utgjør ikke en absolutt skranke. Dersom politiforklaringen er det eneste eller avgjørende beviset vil det avgjørende være om det foreligger «sufficient counterbalancing factors» som tillater en rettferdig og riktig vurdering av bevisets pålitelighet.¹⁹³

¹⁹⁰ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 144.

¹⁹¹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 146.

¹⁹² Se kapittel 4.2.2.

¹⁹³ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 og 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 147.

4.3.7 Oppsummering av rettstilstanden etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia

Etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia var det i følge EMD en tretrinnsstest som måtte foretas for å finne ut om opplesning av en tidligere vitneforklaring utgjorde et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

Det måtte for det første tas stilling til om det forelå «god grunn» for at vitnet ikke møtte. Dersom det forelå «god grunn» måtte det vurderes om forklaringen ble ansett som det «eneste eller avgjørende beviset».

Hvis forklaringen ble ansett som det «eneste eller avgjørende beviset» måtte det tas stilling til om det forelå «tilstrekkelige kompenserende faktorer».

Det siste momentet som EMD oppstilte gjorde at bevis som ble ansett som «det eneste eller avgjørende bevis» likevel kunne føres dersom det forelå «tilstrekkelig kompenserende faktorer» som veier opp for ulempen for at krysseksaminasjon utgår.¹⁹⁴

4.4 Presisering fra EMD etter Schatschaschwili mot Tyskland

4.4.1 Innledning

Selv om EMD bare fire år tidligere hadde kommet med en redegjørelse for opplesningsadgangen i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia ble det foretatt en ytterligere presisering og utvikling av rettstilstanden i Schatschaschwili mot Tyskland i 2015. Denne avgjørelsen ble også avsagt i storkammer.

4.4.2 Faktum

I Schatschaschwili mot Tyskland var Swiadi Schatschaschwili tiltalt for to ulike tilfeller av ran. Det første ranet fant sted i 2006 sammen med en annen mann mot to litauiske statsborgere. Det andre ranet skjedde i 2007 sammen med flere andre mot to latviske

¹⁹⁴ Matningsdal (2019), s. 292.

statsborgere. Begge ranene skjedde i Tyskland mens kvinnene som ble ranet var i landet og jobbet som prostituerte.¹⁹⁵

Siden kvinnene skulle returnere til Latvia ble de innkalt til en forhørsdommer for å få en sannferdig forklaring som kunne brukes dersom det ble rettsak. Schatschaschwili var ikke informert om avhørene på dette tidspunktet på grunn av fare for etterforskningen og at det ikke var utstedt arrestordre.¹⁹⁶

Da hovedforhandlingen skulle finne sted ønsket ikke de to latviske kvinnene å møte opp og henviste til legeerklæringer. Tingretten i Tyskland forsøkte å få kvinnene til å delta under hovedforhandlingen ved å foreslå ulike tiltak som kunne verne dem. Deriblant beskyttelse i Tyskland eller ved at de kunne vitne via fjernavhør slik at det krysseksaminasjon kunne foretas. Likevel møtte ikke kvinnene og det ble besluttet at opplesning kunne skje. Swiadi ble dømt for begge tilfellene av grovt ran av tingretten.¹⁹⁷

Ankene til Swiadi i det tyske rettssystemet ble avvist.¹⁹⁸ Han klaget saken inn for EMD med henvisning til EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d om at rettsaken hans hadde vært ikke hadde vært rettfærdig siden verken han eller hans advokat hadde fått anledning til å avhøre de to latviske kvinnene under noe som helst tidspunkt i saken.¹⁹⁹

4.4.3 EMDs vurdering i saken

EMD kom med ni mot åtte stemmer til at det forelå brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d i saken.²⁰⁰

¹⁹⁵ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 12-14.

¹⁹⁶ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 20-21.

¹⁹⁷ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 23-30.

¹⁹⁸ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 47-54.

¹⁹⁹ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 4.

²⁰⁰ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 165.

EMD anvendte tretrinnsstesten som ble utviklet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia for å vurdere om det forelå brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

Det første EMD tok stilling til var om det forelå en god grunn for at vitnene ikke møtte. Det ble vist til at tingretten i Tyskland forgjeves hadde gjort flere forsøk på å få vitnene til å møte. Det var i følge EMD foretatt flere positive skritt for å få vitnene til å delta under hovedforhandlingen, og EMD mente at den tyske tingretten hadde gjort «all reasonable efforts». Tingretten kunne ikke bebreides og det forelå derfor en god grunn til at vitnene ikke møtte.²⁰¹

Det andre vurderingstemaet var om vitneforklaringene ble ansett som eneste eller avgjørende bevis. Siden EMD ikke skal opptre som en fjerde instans måtte det tas utgangspunkt i den nasjonale dommen som var avsagt i Tyskland.²⁰² Den tyske domstolen hadde foretatt en vurdering om forklaringene var å anse som de eneste eller avgjørende bevisene og EMD foretok derfor først en vurdering med hensyn til hva den nasjonale domstolen hadde lagt til grunn. Den nasjonale domstolen hadde kun vurdert om forklaringene var å anse som det eneste beviset. Derfor måtte EMD på selvstendig grunnlag ta stilling til om forklaringene ble ansett som avgjørende bevis.²⁰³

Vitnens nabo og en annen venn av dem hadde gitt forklaringer under rettssaken om hva de hadde blitt fortalt fra de to fraværende vitnene om hendelsen. Det forelå også andre tekniske bevis, men disse ble ikke ansett å ha avgjørende vekt eller nok vekt til å støtte forklaringene til de to fraværende vitnene. På bakgrunn av dette anså EMD politiforklaringene som avgjørende bevis. Da det kun var de to fraværende vitnene som var tilstede under ranet og de var de eneste som kunne forklare hva de faktisk hadde opplevd.²⁰⁴

EMD måtte derfor ta stilling til det siste momentet i tretrinnsstesten. Om det forelå tilstrekkelige kompenserende faktorer som følge av at krysseksaminasjon utgikk.

²⁰¹ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 134-140.

²⁰² Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 124.

²⁰³ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 141-142.

²⁰⁴ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 143.

EMD tok først stilling til hvordan tingretten hadde vurdert vitnenes troverdighet og pålitelighet.²⁰⁵ Den nasjonale domstolen hadde vurdert bevisene med varsomhet og vist til den reduserte bevisverdien som følge av at krysseksaminasjon utgikk. EMD anså at den nasjonale domstolen hadde begrunnet vitnenes troverdighet og pålitelighet på en tilfredsstillende måte.²⁰⁶

Deretter vurderte EMD hvor sentral forklaringen var som bevis. Det ble vist til at forelå noen «hearsay» bevis og andre omstendigheter som støttet forklaringene til en viss grad.²⁰⁷

Det siste EMD vurderte i denne sammenhengen var om det forelå tiltak som tok sikte på å kompensere for manglende krysseksaminasjon. Siden det var uklart om vitnene kom til å møte under hovedforhandlingen la EMD stor vekt på at verken tiltalte eller hans forsvarer ikke hadde fått krysseksaminert vitnene på noe som helst tidspunkt i saken. Siden påtalemyndigheten var klar over at vitnene skulle reise tilbake til Latvia, og det var stor sannsynlighet for at de ikke kom til å møte til rettssaken mente EMD at Schatschaschwili burde ha fått mulighet til å krysseksaminere vitnene på etterforskningsstadiet.²⁰⁸

Etter at EMD hadde gjennomgått tretrinnsstegen ble det foretatt en vurdering om rettergangen som helhet var rettferdig. Hvor de kompenserende faktorene ble vurdert i lys av at de oppleste forklaringene var avgjørende bevis for domfellelsen.²⁰⁹ Selv om tingretten vurderte vitnenes troverdighet og pålitelighet på en grundig måte ble det lagt stor vekt på at tiltalte ikke hadde fått mulighet til å krysseksaminere de avgjørende bevisene. De andre kompenserende faktorene ble heller ikke ansett som tilstrekkelige. Mangelen av krysseksaminasjon av vitnene og manglende støttende bevis, sett i lys av at politiforklaringene var avgjørende gjorde at

²⁰⁵ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 145.

²⁰⁶ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 146-150.

²⁰⁷ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 151.

²⁰⁸ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 152-160.

²⁰⁹ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 161.

rettergangen ble ansett som urettferdig av EMD. Det forelå derfor et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, jf. artikkel 6 nr. 3 bokstav d.²¹⁰

4.4.4 Presisering av tretrinnsatesten som var utviklet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia

EMD slo fast at tretrinnsatesten som var utviklet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia var de lege lata.²¹¹ EMD måtte likevel klargjøre innholdet og forholdet mellom de tre ulike trinnene i tretrinnsatesten.²¹²

De tre ulike momentene i tretrinnsatesten henger nært sammen og de skal sammen bidra til å komme frem til om straffesaken som en helhet har vært rettferdig. Som regel vil det være relevant å undersøke de tre trinnene i rekkefølgen som EMD gjorde i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia. Likevel kan det være hensiktsmessig å undersøke trinnene i en annen rekkefølge. Spesielt hvis et av trinnene viser seg å være avgjørende med hensyn til om rettergangen har vært rettferdig.²¹³

4.4.4.1 Foreligger det god grunn for at vitnet ikke møter?

Det første EMD tok stilling til var om manglende god grunn for at vitnet ikke møter, alene er et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

EMD bemerket at dersom manglende god grunn i seg selv er et brudd vil det føre til en vilkårlig regel. Etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia var spørsmålet om god grunn for at vitnet ikke møtte et selvstendig spørsmål som måtte besvares før de andre momentene i tretrinnsatesten ble vurdert. I Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia ble det vist til at EMD tidligere hadde funnet brudd, selv om beviset ikke var det eneste eller avgjørende, der vitnet

²¹⁰ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 162-165.

²¹¹ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 107.

²¹² Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 110.

²¹³ Dette var tilfellet i blant annet Nechto v. Russia, Application no. 24893/05, Judgment 24 January 2012, avsnitt 119-127, og Mitkus v. Latvia, Application no 7259/03, Judgment 2 October 2012, avsnitt 101-102, hvor det ble vurdert om vitneforklaringen var eneste eller avgjørende beviset, før det ble vurdert om det var god grunn for vitnets fravær, Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 117-118.

ikke hadde god grunn til å unnlate å møte. I tillegg hadde det vært ulik praksis etter tretrinnssteden ble opprettet der det i enkelte *saker*²¹⁴ hadde blitt foretatt en overordnet tilnærming til tretrinnssteden, mens i andre *saker*²¹⁵ har fraværet av god grunn alene blitt ansett som brudd. På bakgrunn av dette slo EMD fast at manglende god grunn for at vitnet ikke møter er ikke automatisk et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Det er derimot et viktig moment ved vurderingen om rettergangen som helhet har vært rettfærdig.²¹⁶

Det finnes flere ulike grunner som kvalifiserer til at vitnet har en god grunn til ikke å møte.²¹⁷ Ut over dette presiserte EMD viktigheten av «all reasonable efforts» for domstolene. De må aktivt søke etter vitnene for å sikre at den tiltalte får anledning til krysseksaminasjon. Dersom den nasjonale domstolen ikke foretar slike anstrengelser foreligger det ikke en god grunn for at vitnet ikke møter.²¹⁸

4.4.4.2 Er forklaringen «eneste eller avgjørende bevis»?

Forståelsen som ble lagt til grunn i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* om vurderingen «sole or decisive» er videreført i *Schatschaschwili mot Tyskland*.²¹⁹ EMDs oppgave er å gjennomgå de nasjonale domstolenes egne vurderinger. Dersom de nasjonale domstolene ikke har vurdert eller har en mangelfull vurdering må EMD foreta en selvstendig vurdering om forklaringen er det «eneste eller avgjørende bevis»²²⁰

²¹⁴ Se blant annet *Salikhov v. Russia*, Application no. 23880/05, Judgment 3 May 2012, avsnitt 118-119, og *Şandru v. Romania*, Application no. 33882/05, Judgment 15 October 2013, avsnitt 62-70.

²¹⁵ Se *Rudnichenko v. Ukraine*, Application no. 2775/07, Judgment 11 July 2013, avsnitt 105-110.

²¹⁶ *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 111-113.

²¹⁷ Se kapittel 4.3.4

²¹⁸ *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 120-121.

²¹⁹ Se kapittel 4.3.5.

²²⁰ Slik som EMD gjorde i *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 123-124. Se også kapittel 4.4.3.

4.4.4.3 Foreligger det tilstrekkelige kompenserende faktorer?

I avgjørelsen fremhevet EMD tre sentrale momenter ved vurderingen om tilstrekkelige kompenserende faktorer som følge av at krysseksaminasjon utgår:

«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.»²²¹

Med «the trials court's approach to the untested evidence» skal EMD ta stilling til hvor grundig den nasjonale domstolen har vurdert vitnets troverdighet og pålitelighet. Bevisvurderingen må begrunnes nøye dersom en domfellelse baserer seg hovedsakelig på en opplest forklaring som ikke har blitt krysseksaminert.²²²

Det andre momentet, «the availability and strength of further incriminating evidence», dreier seg om hvor avgjørende forklaringen er som bevis. Der det må vurderes om det foreligger omstendigheter som støtter forklaringen eller om forklaringen er det eneste beviset. Dersom forklaringen er det eneste beviset, vil det sjeldent være mulig å foreta opplesning av forklaringen.²²³

Med det siste momentet, «the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial», tas det sikte på om det foreligger tiltak som kompenserer for manglende krysseksaminasjon. For det første må det legges vekt på situasjonen da forklaringen ble gitt. Dersom det er stor sjanse for at et vitne som avgir en forklaring på etterforskningsstadiet ikke vil møte ved hovedforhandlingen stilles det strengere krav til at den siktede eller forsvareren innkalles til avhøret. For det andre siktes det til bevissituasjonen under hovedforhandlingen. Dersom det foreligger andre støttende bevis som kan belyse påliteligheten og troverdigheten til forklaringen er kravet til krysseksaminasjon mindre strengt. Støttende bevis kan for eksempel være «hearsay» bevis

²²¹ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 145.

²²² Øyen (2019), s. 441.

²²³ Øyen (2019), s. 441.

eller videoopptak. Dette er begrunnet med at forklaringen vil ikke være så avgjørende dersom det er andre bevis som støtter den.²²⁴

I avgjørelsen uttalte EMD at selv om EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d omhandler krysseksaminasjon av vitner under hovedforhandlingen har gjennomføringen av avhøret av vitnet på etterforskningsstadiet betydning. Dersom det allerede på etterforskningsstadiet foreligger fare for at vitnet ikke møter til hovedforhandlingen må den siktede eller hans forsvarer gis mulighet til å foreta krysseksaminasjon før hovedforhandlingen finner sted.²²⁵

EMD tok også stilling til om det var nødvendig med tilstrekkelige kompenserende faktorer dersom forklaringen ikke er det eneste eller avgjørende beviset.

Siden EMD skal vurdere om rettergangen som helhet har vært rettferdig, må de også undersøke om det foreligger tilstrekkelige kompenserende faktorer i de tilfeller der forklaringen ikke er det eneste eller avgjørende beviset. Dersom det er uklart om et bevis er avgjørende, men blir ansett å ha betydelig vekt og føringen av beviset har stilt den tiltalte svakere må det undersøkes om det foreligger tilstrekkelige kompenserende faktorer. Desto mer avgjørende den uprøvde forklaringer er, desto større behov er det for kompenserende faktorer.²²⁶

Slik som i *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*, presiserer EMD at de kompenserende faktorene må bidra til en riktig og rettferdig vurdering av bevisets pålitelighet.²²⁷ Det at de nasjonale domstolene utviser en forsiktighet ved bruken av det uprøvde beviset er blitt ansett som en viktig kompenserende faktor. Dette kan gjøres ved å uttrykkelig uttale at forklaringen har mindre bevismessig vekt, begrunne hvorfor den er pålitelig som bevis eller ved en instruksjon til en eventuell jury for bruken av forklaringen som bevis.²²⁸

²²⁴ Øyen (2019), s. 442.

²²⁵ *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 156-157.

²²⁶ *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 115-116.

²²⁷ *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 125.

²²⁸ *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 126.

I Schatschaschwili mot Tyskland påviser EMD ulike tiltak som kan bli ansett som kompenserende faktorer.

Dersom det er foretatt videoopptak av politiforklaringen kan fremleggelse av opptaket under hovedforhandling være en kompenserende faktor, slik at retten kan observere vitnets oppførsel under avhøret og danne seg et eget inntrykk av vitnets pålitelighet.²²⁹

Et annet eksempel er dersom det er andre bevis som støtter vitneforklaringen. Det kan for eksempel være uttalelser som er avgitt under rettsaken av andre personer enn den som avga den oppleste forklaringen.²³⁰ I tillegg til andre faktiske bevis, slik som DNA-bevis eller ekspertuttalelser vedrørende offerets skader.²³¹

En annen kompenserende faktor er dersom den tiltalte har hatt mulighet til å avhøre vitnet indirekte ved å stille spørsmål skriftlig, i løpet av rettssaken.²³² Dette var tilfellet i Scholer mot Tyskland.²³³ EMD uttalte at det var en viktig kompenserende faktor at den tiltalte ble gitt anledning til å stille spørsmål til vitnet, samtidig som svarene fra vitnet ble rapportert tilbake.²³⁴ På denne måten ble den siktedes rett til krysseksaminasjon til en viss grad ivaretatt.

At den tiltalte eller hans forsvarer gis anledning til å avhøre vitnet under etterforskningsfasen er en kompenserende faktor. Dersom påtalemyndigheten anser det som en fare allerede på dette stadiet at vitnet ikke kan møte til hovedforhandlingen er det viktig å gi den tiltalte en mulighet til å avhøre vitnet under denne fasen.²³⁵

Den siste kompenserende faktoren som EMD fremhever i avgjørelsen er at den tiltalte må gis anledning til å gi sin egen forklaring av hendelsene, i tillegg til å så tvil om troverdigheten til vitnet som har avgitt vitneforklaringen, selv om vitnet ikke er tilstede. Dette er særlig viktig

²²⁹Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 127.

²³⁰ Se kapittel 4.3.3 om forklaringen til det avdøde vitnet og de andre bevis i forhold til Al-Khawaja.

²³¹ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 128.

²³² Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 129.

²³³ Scholer v. Germany, Application no. 14212/10, Judgment 18 December 2014.

²³⁴ Scholer v. Germany, Application no. 14212/10, Judgment 18 December 2014, avsnitt 60.

²³⁵ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 130.

dersom vitnets identitet er kjent slik at den tiltalte kan identifisere eventuelle motiver som vitnet kan ha og fremlegge disse for retten for å bestride vitnets troverdighet.²³⁶

4.4.5 Oppsummering av rettstilstanden etter Schatschaschwili mot Tyskland

Etter presiseringen av rettstilstanden i Schatschaschwili mot Tyskland er fortsatt tretrinnssteden gjeldende rett for å vurdere om opplesning av en tidligere politiforklaring utgjør et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d.

EMD fastslår at det er de samme kriteriene som etter Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia som skal legges til grunn, men det må foretas en samlet helhetlig vurdering av de tre momentene for å komme frem til om rettergangen har vært rettferdig. Som hovedregel skal trinnene behandles i rekkefølgen som ble gjort i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia, men unntak kan bli gjort.²³⁷

En manglende god grunn vil derfor ikke automatisk føre til brudd, men være et viktig moment ved vurderingen av om rettergangen som helhet har vært rettferdig.²³⁸ På samme måte dersom en forklaring anses som et avgjørende bevis vil det stilles strengere krav til kompenserende faktorer for å ivareta den siktedes rett til rettferdig rettergang, jf. EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d. I tillegg skal det foretas en vurdering om det foreligger tilstrekkelige kompenserende faktorer, selv om forklaringen ikke er det eneste eller avgjørende beviset.²³⁹

Momentene i tretrinnssteden må derfor først vurderes hver for seg før det tas stilling til om rettergangen som helhet har vært rettferdig sett i lys av opplesning av forklaringen.

²³⁶ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 131.

²³⁷ Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 113 og Matningsdal (2019), s. 308.

²³⁸ Den fleksible tilnærmingen som EMD legger til grunn er positiv, se Matningsdal (2019), s. 309.

²³⁹ Matningsdal (2019), s. 309.

4.5 Hvordan har Høyesterett innrettet seg etter EMD?

Det vil i det følgende bli sett på hvordan Høyesterett har innrettet seg etter EMD etter at Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia i 2011 og Schatschaschwili mot Tyskland i 2015 ble avsagt.

I Rt. 2012 s. 1171 ble fire vitneforklaringer lest opp. Forklaringene var innhentet ved bevisopptak hvor forsvareren hadde fått anledning til å stille spørsmål. Tiltalte hadde anket til Høyesterett blant annet på grunn av at flere sentrale vitner ble ført ved opplesning av deres forklaringer.²⁴⁰

Høyesterett tillot ikke anken fremmet. Det ble slått fast at strpl. § 297 måtte ses i sammenheng med EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Videre ble det vist til at det ikke var et vilkår at retten til å avhøre vitner måtte bli oppfylt under hovedforhandlingen. Det var tilstrekkelig at siktede hadde fått oppfylt retten til kontradiksjon enten når forklaringen ble avgitt eller på et senere stadium. Høyesterett fremhevet også at forklaringene ikke utgjorde de hovedsakelige bevis i saken.²⁴¹

Siden forsvareren hadde fått mulighet til å avhøre vitnene konkluderte Høyesterett med at det ikke forelå saksbehandlingsfeil etter strpl. § 297 eller EMK artikkel 6.²⁴²

I en annen ankesak behandlet i Rt. 2013 s. 1060 gjaldt spørsmålet opplesning av en vitneforklaring fra et dødt vitne. Høyesterett kom til at det ikke var i strid med strpl. § 297 eller EMK artikkel 6 å tillate opplesning. På samme måte som i Rt. 2012 s. 1171²⁴³ uttalte Høyesterett at strpl. § 297 måtte ses i lys av EMK artikkel 6.²⁴⁴ Selv om siktede ikke hadde fått anledning til å krysseksaminere vitnet bygget domfellelsen på andre bevis enn den avdødes politiforklaring. Opplesning av politiforklaringen var derfor ikke i strid med strpl. § 297 eller EMK artikkel 6.²⁴⁵

²⁴⁰ Rt. 2012 s. 1171, avsnitt 8.

²⁴¹ Rt. 2012 s. 1171, avsnitt 18-20.

²⁴² Rt. 2012 s. 1171, avsnitt 21.

²⁴³ Rt. 2012 s. 1171, avsnitt 18.

²⁴⁴ Rt. 2013 s. 1060, avsnitt 12.

²⁴⁵ Rt. 2013 s. 1060, avsnitt 15.

Den første avgjørelsen hvor Høyesterett henviste til Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia var i Rt. 2013 s. 1412. Spørsmålet var om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke hadde tillatt opplesning av fornærmedes politiforklaringer.²⁴⁶

På samme måte som i de tidligere avgjørelsene tok Høyesterett utgangspunkt i at strpl. § 297 måtte anvendes med de innskrenkninger som fulgte av EMK.²⁴⁷ Høyesterett uttalte at lagmannsretten hadde lagt til grunn feil norm, «reell mulighet for», og den samsvarte ikke med den daværende rettstilstanden. Høyesterett slo fast normen var om domfellelsen «bare eller i avgjørende grad» var basert på de vitneforklaringene som ble lest opp.²⁴⁸

Høyesterett redegjorde for rettstilstanden ved å henvise til Štefančič mot Slovenia.²⁴⁹ Selv om domfellelsen bare eller i avgjørende grad ville være basert på en opplest forklaring ville det ikke automatisk medføre et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1. Det måtte vurderes om det forelå tilstrekkelige kompenserende faktorer som utjevnet ulempen som oppstår for den tiltalte som følge av krysseksaminasjon utgår.²⁵⁰

Høyesterett konkluderte under tvil at det forelå god grunn for at vitnet ikke møtte. Det ble vist til lege- og psykologerklæringer om at vitnet hadde alvorlige psykiske problemer, og at det var fare for panikkangst eller psykose dersom hun ble pålagt å vitne. På den annen side ble det vurdert om påtalemyndigheten burde foretatt flere positive skritt for at vitnet skulle møte. Høyesterett uttalte at det var lite sannsynlig at slike hjelpetiltak uansett ville ha hjulpet i denne saken på bakgrunn av vitnets psyke.²⁵¹

Høyesterett uttalte seg også om frykt som grunn for ikke å møte. Dersom frykten skyldtes tiltalte, måtte tiltalte anses å ha gitt avkall på retten til eksaminasjon av vitnet. På bakgrunn av erklæringer fra lege og psykolog ble det slått fast at frykten ikke skyldtes tiltalte, men det var en generell frykt.²⁵²

²⁴⁶ Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 1, Se nærmere LG-2012-188340.

²⁴⁷ Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 13.

²⁴⁸ Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 14-15.

²⁴⁹ Štefančič v. Slovenia, Application no. 58349/09, Judgment 25 October 2012.

²⁵⁰ Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 17.

²⁵¹ Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 20.

²⁵² Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 27 og 30.

Om domfellelsen bare eller i avgjørende grad ville være basert på politiforklaringen viste Høyesterett til at det forelå andre bevis som støttet forklaringen. Likevel ble ikke disse andre bevisene ansett som selvstendige bevis. Felles for disse bevisene var at de stammet fra vitnets egne forklaring av hva som hadde skjedd. Politiforklaringen ble derfor ansett som et avgjørende bevis.²⁵³

Til momentet om kompenserende faktorer uttalte Høyesterett at de andre bevisene ga ikke tilstrekkelig grunnlag for å bedømme troverdigheten og påliteligheten av forklaringene. En veiledningsplikt om farene med å legge betydelig vekt på en forklaring som ikke hadde vært gjenstand for krysseksaminasjon ble heller ikke ansett tilstrekkelig.²⁵⁴

Selv om lagmannsretten hadde lagt til grunn feil vurderingsnorm hadde den truffet riktig avgjørelse om at opplesning ikke kunne skje. Høyesterett opprettholdt derfor lagmannsrettens avgjørelse og anken ble forkastet.²⁵⁵

I HR-2018-694-U ble det referert til Rt. 2013 side 1412 og standarden som EMD hadde oppstilt. Spørsmålet var om opplesning av en politiforklaring fra et ikke-møtende vitne kunne skje.

Ifølge Høyesterett hadde påtalemyndigheten gjort «all reasonable efforts» for å få vitnet til å møte. Blant annet ved stevning og beskjed fra aktor om møteplikt som vitnet hadde bekreftet at han hadde mottatt. Det forelå derfor en god grunn fra påtalemyndighetens side for at vitnet ikke møtte.²⁵⁶

I saken forelå det andre faktiske bevis som knyttet den tiltalte til gjerningsbeskrivelsen. Det fremkom av lagmannsrettens begrunnelse at forklaringen til det ikke-møtende vitnet ikke var vektlagt. På bakgrunn av dette anså Høyesterett at den oppleste politiforklaringen ikke var avgjørende for domfellelse og det var adgang til å lese den opp.²⁵⁷

²⁵³ Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 22-23.

²⁵⁴ Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 24.

²⁵⁵ Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 25.

²⁵⁶ HR-2018-694-U, avsnitt 29.

²⁵⁷ HR-2018-694-U, avsnitt 31-32.

I HR-2020-2137-A hadde en mann medvirket til grove seksuelle overgrep mot barn fra flere ulike land over en periode på seks år. Han hadde betalt omsorgspersonene til barna for at de skulle begå overgrepene og gitt instruksjoner om hvordan overgrepene skulle gjennomføres. Overgrepene ble filmet og overført til hans datamaskin.²⁵⁸

Høyesterett tok stilling til om retten til krysseksaminasjon var til hinder for fremleggelse av kopier av gamle chat-logger som bevis. I tillegg til om chat-loggene mellom politiet og den tiltalte kontakter, der politiet hadde brukt den tiltaltes alias, kunne føres som bevis.²⁵⁹

Til det første spørsmålet fastslo Høyesterett at fremlegging av chat-logger som den tiltalte selv hadde deltatt i og som eksisterte da etterforskningen ble startet var ikke et avhør av et vitne, men framlegging av realbevis. På den annen side ble det fremhevet at kopi av samtale kan redigeres og man kan ikke være helt sikker på at gjengivelsen er fullstendig. Den tiltalte hadde ikke gjort noen innvendinger mot at loggen var feil eller redigert. Høyesterett uttalte at eksaminering av den som hadde gitt kopien av chat-loggen kan være aktuelt dersom den tiltalte hadde bestridt det som fremgikk av kopien.²⁶⁰

Til spørsmålet om chat-loggene mellom politiet og den tiltaltes kontakter uttalte Høyesterett at de ikke anså det som nødvendig å vurdere om det var avhør i lovens forstand. Likevel forutsatte Høyesterett at slike samtaler var avhør og vurderte om det var i strid med retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 å føre loggene.²⁶¹

Høyesterett tok utgangspunkt i Schatschaschwili mot Tyskland og henviste til tretrinnsstesten. Det ble konkludert med at det forelå god grunn for at kontaktene ikke ble ført som vitne. Deres identitet og oppholdssted var delvis ukjent og Høyesterett anså det som uproporsjonalt ressurskrevende å føre de som vitner, dersom det i det hele tatt ville la seg gjøre. Den tiltalte hadde heller ikke hatt innvendinger mot innholdet i loggene eller rettens tolkning.²⁶²

Til vurderingen om bevisene var det eneste eller avgjørende beviset uttalte Høyesterett at bevisene var relevante for noen av tiltalepostene. Høyesterett viste til lagmannsrettens

²⁵⁸ HR-2020-2137-A, avsnitt 2.

²⁵⁹ HR-2020-2137-A, avsnitt 54.

²⁶⁰ HR-2020-2137-A, avsnitt 55.

²⁶¹ HR-2020-2137-A, avsnitt 56.

²⁶² HR-2020-2137-A, avsnitt 57-59.

uttalelse om at disse bevisene var «av langt mindre betydning i det samlede bevisbildet». For to andre tiltaleposter var bevisprovokasjonen fra politiet ikke det eneste eller avgjørende beviset. Høyesterett konkluderte samlet sett at bevisene ikke var de eneste eller avgjørende bevisene.²⁶³

Bevisene var ifølge Høyesterett utvilsomt ekte og pålitelige, og de var ikke bestridt av den tiltalte. Dette ble ansett som tilstrekkelige kompenserende faktorer som følge av fraværet av krysseksaminasjon.²⁶⁴

Den samlede konklusjonen til Høyesterett var at under alle omstendigheter ville ikke føring av chat-loggene som bevis være i strid med prinsippet om rettferdig rettergang.²⁶⁵

Den nyeste avgjørelsen fra Høyesterett som omhandler opplesning av politiforklaring der vitnet ikke møter er HR-2022-976-U. Saken gjaldt anke over kjennelse der lagmannsretten før ankeforhandlingen hadde avgjort at videoavhør foretatt i utlandet ikke skulle avskjæres som bevis.²⁶⁶ Tiltalte anførte at siden det forelå usikkerhet om det ble gitt anledning til å stille tilleggsspørsmål via videolink, forelå det ikke tilstrekkelige kompenserende faktorer. På bakgrunn av dette mente tiltalte at avhørene ikke kunne tillates avspilt.²⁶⁷

Påtalemyndigheten anførte at dersom tilleggsforklaringen ikke kunne gjennomføres måtte det vurderes om saken skulle utsettes eller om det var mulig å få forklaringene på et senere tidspunkt.²⁶⁸

Høyesterett viste til at lagmannsretten bare hadde avgjort at det på kjennelsens tidspunkt ikke var grunnlag for å avskjære at avhørene kunne avspilles. Den endelige avgjørelsen ville man først ha grunnlag for å ta under ankeforhandlingen. Det er først da det blir klargjort om vilkårene for avspilling er oppfylt, deriblant om det foreligger tilstrekkelig kompenserende

²⁶³ HR-2020-2137-A, avsnitt 60.

²⁶⁴ HR-2020-2137-A, avsnitt 61.

²⁶⁵ HR-2020-2137-A, avsnitt 62.

²⁶⁶ HR-2022-976-U, avsnitt 1.

²⁶⁷ HR-2022-976-U, avsnitt 12.

²⁶⁸ HR-2022-976-U, avsnitt 13.

faktorer. Videre fremhevet lagmannsretten at det er særlig viktig at forsvarerne får anledning til å stille spørsmål til de aktuelle vitnene.²⁶⁹

Høyesterett fastslo at lagmannsretten hadde lagt til grunn riktig fremgangsmåte ved ikke å avskjære avhørende under enhver omstendighet som bevis. Ved å utsette avgjørelsen til ankeforhandlingen ville lagmannsretten ha tilstrekkelig grunnlag for å ta endelig standpunkt til spørsmålet om avskjæring av videoavhøret som bevis.²⁷⁰

Dette viser at man ikke kan avskjære politiforklaringer før man har foretatt tretrinnsstesten for å kunne ta standpunkt til om beviset skal tillates ført.

4.5.1 Sammendrag av Høyesteretts innretning etter EMD

Høyesteretts oppmerksomhet til de krav som følger av EMK artikkel 6 for opplesningsadgangen etter strpl. § 297 begynte allerede i Rt. 1990 s. 312 som tok utgangspunkt i Unterpertinger mot Østerrike. Det ble slått fast at det avgjørende for opplesningsadgangen var om beviset ble ansett som «det eneste eller avgjørende beviset»,

Etter at Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia ble avsagt har Høyesterett fulgt EMDs utvikling av tretrinnsstesten. Testen førte til en mer systematisk tilnærming ved vurderingen om opplesning av en politiforklaring skulle tillates enn hva det hadde vært tidligere. I tillegg ble det stilt det strengere krav til påtalemyndighetene for å få et vitne til å møte, siden det er en del av «god grunn» momentet i tretrinnsstesten.

Selv om Schatschaschwili mot Tyskland ble avsagt i desember 2015 ble den ikke berørt av Høyesterett i HR-2018-694-U. Det kun vist til Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia.

Den første avgjørelsen hvor Høyesterett redegjorde for forståelsen for opplesning av en politiforklaring for et ikke-møtende vitne i lys av Schatschaschwili mot Tyskland var i HR-2020-2137-A.

Tretrinnsstesten er gjeldende rett ved vurderingen om en politiforklaring kan leses opp etter strpl. § 297, jf. EMK artikkel 6 nr. 1 og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Der det er

²⁶⁹ HR-2022-976-U, avsnitt 16.

²⁷⁰ HR-2022-976-U avsnitt 18.

presiseringen i Schatschaschwili mot Tyskland som danner utgangspunktet for vurderingen.²⁷¹

5 Adgangen til opplesning når vitnet møter

5.1 Innledning

Hovedregelen er at vitner skal føres direkte og muntlig for den dømmende rett.²⁷² Dette fremgår av strpl. § 296, «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». Unntaket fra hovedregelen og opplesningsadgangen finnes i strpl. § 296 andre ledd. Adgangen til opplesning av en politiforklaring for et møtende vitne må også vurderes i lys av EMK artikkel 6 nr. 1 og artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

5.2 Historisk perspektiv

5.2.1 Innledning

Adgangen til opplesning av en politiforklaring når vitnet er tilstede har på samme måte som opplesningsadgangen for et ikke-møtende vitne vært i stor utvikling. Det vil derfor bli gitt en kort introduksjon av utviklingen som har ført til dagens rettstilstand.

5.2.2 Rettstilstanden frem til 2003

Høyesterett har frem til 2003 godtatt opplesning av en tidligere forklaring dersom vitnet har benyttet seg av en rett til å kreve seg fritatt fra vitneplikt under hovedforhandlingen, men har forklart seg til politiet tidligere.²⁷³

Det har også blitt gitt anledning til å lese opp en forklaring dersom vitnet har nektet å forklare seg, og forsvareren til tiltalte ikke har benyttet seg av anledningen til å stille spørsmål. Her har Høyesterett ikke tatt utgangspunkt i hovedbevislæren.²⁷⁴

²⁷¹ Se Matningsdal (2019), s. 307.

²⁷² Se muntlighet- og bevisumiddelbarhetsprinsippet i kapittel 2.5 og 2.6 og strpl. § 278.

²⁷³ Andenæs (2009), s. 402.

²⁷⁴ Matningsdal (2007), s. 99.

I Rt. 1998 s. 1182 godtok Høyesterett opplesning av politiforklaring til et vitne som ga uttrykk for at hun ikke husket forhold som hun tidligere hadde forklart seg om. Vurderingen knyttet seg til om det var en saksbehandlingsfeil å tillatte opplesning i en sak om seksuelle overgrep.

Det at vitnet ikke husket eller ikke ville svare på spørsmål ble ikke ansett som et brudd på EMK artikkel 6. Det som ble ansett avgjørende var at vitnet var til stede og det ble gitt adgang for den tiltalte å stille spørsmål.²⁷⁵

I avgjørelsen *Unterpertinger mot Østerrike* la EMD hovedbevislæren²⁷⁶ til grunn. Høyesterett fulgte EMDs anvisning og tok samme utgangspunkt ved vurderingen om en politiforklaring fra et møtende vitne skulle tillates opplest.²⁷⁷

5.2.3 Rettstilstanden etter Rt. 2003 s. 1808

I Rt. 2003 s. 1808 var spørsmålet om lagmannsretten hadde foretatt en saksbehandlingsfeil ved å nekte opplesning av politiforklaringen til vitne, B.²⁷⁸ B nektet å forklare seg med henvisning til strpl. § 123.²⁷⁹

Aktor anførte at selv om forklaringen til B var et sentralt bevis så skulle politiforklaringen likevel vært tillatt opplest da B hadde møtt til begge forhandlingene og den tiltalte hadde derfor hatt anledning til krysseksaminasjon, selv om B nektet å forklare seg for lagmannsretten.²⁸⁰

Høyesterett la til grunn at vilkårene for opplesning etter strpl. 296 andre ledd var oppfylt, men det måtte vurderes nærmere om opplesning av politiforklaringen ville være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d.

²⁷⁵ Rt. 1998 s. 1182, s. 1187-1188.

²⁷⁶ Se kapittel 4.2.2.

²⁷⁷ Andenæs (2009), side 402.

²⁷⁸ Rt. 2003 s. 1808, avsnitt 1.

²⁷⁹ Rt. 2003 s.1808, avsnitt 16, strpl. § 123 er et unntak fra plikten til å forklare seg dersom svaret kan føre til at man utsetter seg selv for straff.

²⁸⁰ Rt. 2003 s. 1808, avsnitt 10.

Høyesterett viste til at dersom forklaringen ble ansett som det eneste eller avgjørende bevis kunne den tillates opplest dersom tiltalte hadde fått tilstrekkelig anledning til å eksaminere vitnet da forklaringen ble avgitt, eller på et senere tidspunkt av forhandlingen.²⁸¹

Det ble ikke ansett som noe vilkår at B måtte svare på spørsmålene for at opplesning skulle tillates. Høyesterett uttalte at under den forutsetning at straffeforfølgningen ut fra en totalbedømmelse fremsto som rettferdig og forsvarlig, ville det ikke være i strid å tillate opplesning av en forklaring fra et vitne som nekter å forklare seg så lenge den tiltalte var gitt anledning å stille spørsmål. Siden EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d er begrunnet i prinsippet om partslikhet, og den tiltalte ar gitt anledning til å stille spørsmål ville prinsippet ifølge Høyesterett være tilfredsstillt.²⁸²

Høyesterett konkluderte med at det var en saksbehandlingsfeil å nekte forklaringen opplest. Det ble ansett tilstrekkelig at det var gitt anledning til å stille spørsmål og det var ikke noe vilkår at vitnet måtte svare. Høyesterett viste til at EMD hadde operert på samme måte for lignende spørsmål.²⁸³

5.2.4 Opplesning av politiforklaring til en medtiltalt i Rt. 2004 s. 97

5.2.4.1 Innledning

Rt. 2004 s. 97 er bakgrunnen for Kaste og Mathisen mot Norge²⁸⁴ som ble avsagt av EMD. Saken ble først behandlet i Oslo tingrett²⁸⁵ hvor de siktede ble dømt etter tiltaleposten. Dommen ble anket til Borgarting lagmannsrett²⁸⁶ av tre av de som ble dømt i tingretten. Den ene ble frikjent, mens de to andre ble dømt og funnet skyldig i oppbevaring av amfetamin og

²⁸¹ Rt. 2003 s. 1808, avsnitt 16-17.

²⁸² Rt. 2003 s. 1808, avsnitt 18, se også Craxi v. Italy, Application no. 34896/97, Judgment 5 December 2002, avsnitt 86.

²⁸³ Rt. 2003 side 1808, avsnitt 19-25. Se blant annet Craxi v. Italy, Application no. 34896/97, Judgment 5 December 2002, avsnitt 86, Lucà v. Italy, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001, avsnitt 40.

²⁸⁴ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006.

²⁸⁵ Se TOSLO-2000-2884.

²⁸⁶ Se LB-2002-1805-2.

forsøk på innførsel til Norge. Dommen fra lagmannsretten ble anket til Høyesterett²⁸⁷ der de anførte at opplesningen av politiforklaringen til den ene medtiltalte i lagmannsretten var i strid med EMK artikkel 6.

Spørsmålet i saken var om det forelå saksbehandlingsfeil ved at lagmannsretten tillot opplesning av politiforklaringen til den medtiltalte. Den medtiltalte hadde før opplesningen benyttet seg av sin rett til å nekte å avgi forklaring.²⁸⁸

5.2.4.2 Høyesteretts vurdering i saken

Anken ble forkastet av Høyesterett da opplesningen av forklaringen til D ikke ble ansett som et brudd på EMK artikkel 6.²⁸⁹

Høyesterett viste først til hovedregelen om muntlighet og bevisumiddelbarhet, jf. strpl. § 296 første ledd. Deretter til unntaket som følger av strpl. § 296 andre ledd.²⁹⁰

Videre fastslo Høyesterett at det var innfortolket en begrensning som var utviklet i rettspraksis for opplesningsadgangen etter strpl. § 296 andre ledd. Opplesning av forklaringen måtte ikke utgjøre et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 bokstav d. Det ble også presisert at dersom en dom hovedsakelig bygde seg på politiforklaringen kunne det ikke foretas opplesning dersom det ikke forelå krysseksaminasjon.²⁹¹

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at D hadde status som tiltalt og ikke vitne. Derfor ble strpl. § 290 anvendt istedenfor strpl. § 296 under forhandlingen. De tiltalte hadde gjort gjeldende at det var strpl. § 296 som skulle legges til grunn. Høyesterett mente at dette ikke hadde noe særlig betydning, da opplesningsadgangen for tiltalte måtte bero på samme betraktninger i forhold til EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 som for vitner.²⁹²

²⁸⁷ Rt. 2004 s. 97.

²⁸⁸ Rt. 2004 s. 97, avsnitt 1.

²⁸⁹ Rt. 2004 s. 97, avsnitt 9 og 34.

²⁹⁰ Rt. 2004 s. 97, avsnitt 10-15.

²⁹¹ Rt. 2004 s. 97, avsnitt 16-17.

²⁹² Rt. 2004 s. 97, avsnitt 18, se også *Lucá v. Italy*, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001, avsnitt 41.

Høyesterett anså det som en reell mulighet at opplesningen av politiforklaringen til D hadde utslagsgivende betydning i den totale bevisbedømmelsen. Dette gjorde at det måtte oppstilles et krav om at de tiltalte måtte ha hatt mulighet til å avhøre vitnet på et eller annet stadium i saken. Det var en teoretisk mulighet til å avhøre D etter opplesningen, men D gjorde eksaminasjonen umulig ved å benytte sin rett til å nekte å avgi forklaring. Høyesterett viste til rettspraksis hvor det var blitt ansett tilstrekkelig at den tiltalte hadde hatt formell adgang til å avhøre vitnet, selv om vitnet påberopte seg retten til å nekte å avgi forklaring.²⁹³

Avslutningsvis vurderte Høyesterett om saken burde ha vært utsatt eller om beviset burde vært ført på en annen måte av hensyn til EMK artikkel 6 nr. 1. Det ble vurdert om sakene mot de øvrige tiltalte burde vært utsatt til etter at D hadde fått en rettskraftig dom. På denne måten kunne D vært innkalt som vitne og ikke tiltalt. I dette tilfellet hadde ikke D hatt en lovfestet rett til å nekte å forklare seg. Det ble likevel slått fast at slike utsettelse ville være uheldig, både av hensyn til de tiltalte og prosessøkonomiske hensyn.²⁹⁴

5.3 Modifisering i Kaste og Mathisen mot Norge 2006

5.3.1 Innledning

Før 2006 hadde EMD og Høyesterett lagt til grunn at den siktedes rett til krysseksaminasjon var ivaretatt så lenge den tiltalte hadde hatt en formell adgang til å stille spørsmål til vitnet som hadde avgitt politiforklaringen.

I Kaste og Mathisen mot Norge tok EMD blant annet stilling til om den formelle adgangen var absolutt og om en medtiltalt var å anse som et vitne.

5.3.2 Faktum

Bård Kaste og Per Stian Tveten Mathisen klaget saken inn for EMD hvor de anførte at det forelå brudd på EMK artikkel 6 som følge av politiforklaringen hadde blitt lest opp under hovedforhandlingen.²⁹⁵

²⁹³ Rt. 2004 s. 97, avsnitt 24-27.

²⁹⁴ Rt. 2004 s. 97, avsnitt 29-33.

²⁹⁵ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006, avsnitt 4-10.

Siden D hadde benyttet seg av sin lovfestede rett til å nekte å uttale seg var ikke umiddelbar bevisførsel mulig.²⁹⁶

Kaste og Mathisen anførte at eksaminering av D ville være veldig viktig for deres forsvar siden dommen var i avgjørende grad basert på den oppleste politiforklaringen. Mathisen hadde under hovedforhandlingen gitt uttrykk for at han ikke ønsket at forklaringen skulle leses opp. Kaste hadde ikke kommentert dette, men mente han ikke trengte det da Mathisen allerede hadde klaget på det og de var seg i mellom enige. På bakgrunn av dette anførte de at de ikke hadde gitt avkall på retten til krysseksaminasjon. De hadde dessuten forsøkt utsettelse av forhandlingen hvorpå domstolene hadde avslått dette. Det ble også anført at dersom D hadde blitt behandlet som et vitne og ikke medtiltalt så hadde de fått mulighet til å krysseksaminere D. Dersom D ikke ville svare kunne han ha nektet for hvert enkelt spørsmål som ble stilt. Dette ville ha hjulpet de å bestride forklaringen og eventuelt oppklare viktige sider av saken dersom D likevel ville svare på enkelte spørsmål. Siden de ble helt avskåret fra å avhøre D fikk de ikke muligheten til å krysseksaminere vitnet.²⁹⁷

Norge ved regjeringsadvokaten mente at siden D hadde benyttet seg av sin rett til ikke å uttale seg ville de ikke krenke rettigheten ved å tillate krysseksaminasjon. De anførte at dersom rettergangen som en helhet var rettferdig ville kravene etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d være oppfylt. Det ble pekt på at det sentrale var ikke resultatet av en krysseksaminasjon, men om de tiltalte hadde fått en reell mulighet til å eksaminere D. De anså det tilstrekkelig at domstolen hadde lagt til rette for krysseksaminasjon og kunne ikke bebreides for at D benyttet seg av sin lovbestemte rett. Det ble også vist til at felles rettergang av medsiktet var den beste løsningen for å sikre en rettferdig og konsistent behandling. De var enige om at politiforklaringen hadde hatt avgjørende vekt ved domfellelsen. Norge ved regjeringsadvokaten mente dessuten at Kaste burde ha uttrykt eksplisitt at han var imot opplesning av Ds politiforklaring. Siden Kaste ikke hadde gjort det hadde han gitt en

²⁹⁶ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006, avsnitt 12.

²⁹⁷ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006, avsnitt 28-33.

stilltiende fraskrivelse av retten til eksaminasjon. Unnlatelsen måtte derfor tas i betraktning ved vurderingen om rettergangen har vært rettferdig.²⁹⁸

5.3.3 EMDs vurdering

EMD konkluderte at Kaste og Mathisen sin rett til rettferdig rettergang var krenket og det forelå et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. EMD uttalte at Ds politiforklaring hadde en avgjørende innflytelse på utfallet av saken. Når Kaste og Mathisen ikke fikk en adekvat og faktisk mulighet til å bestride uttalelsene fra politiforklaringen som dommen ble bygd på forelå det en krenkelse.²⁹⁹

EMD fastslo at det ikke var tilstrekkelig at et vitne fysisk møtte. Det måtte også være en ordentlig og adekvat anledning til å avhøret vitner. Videre mente EMD at det burde forventes at Kaste også skulle ha påpekt at han ikke ønsket at Ds forklaringer skulle leses opp. I denne saken hadde det uansett vært nytteløst sett i sammenheng at Høyesterett ikke tok hensyn til at Mathisen påpekte det. EMD kom derfor til at Kaste ikke hadde gitt avkall på rettigheten sin, verken uttrykkelig eller stilltiende, etter EMK artikkel 6 nr. 3.³⁰⁰

Når D benyttet sin taushetsrett, forelå det ikke en adekvat anledning for Kaste og Mathisen å krysseksaminere D. Det at Høyesterett hadde forespurt D om han ville avgi forklaring eller svare på spørsmål ble ikke ansett tilstrekkelig av EMD.³⁰¹

EMD konstaterte at selv om D var en medtiltalt skulle han behandles som et vitne. Ifølge EMD var det ikke relevant å drøfte hvem som hadde gitt forklaringen. Så lenge forklaringen i vesentlig grad kunne tjene som grunnlag for domfellelse og utgjorde et bevis for

²⁹⁸ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006, avsnitt 34-46.

²⁹⁹ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006, avsnitt 54-56.

³⁰⁰ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006, avsnitt 47-49.

³⁰¹ Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006, avsnitt 50-52.

påtalemyndigheten kom rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d til anvendelse.³⁰²

5.3.4 Sammenfatning av rettstilstanden etter Kaste og Mathisen mot Norge i 2006

Det ble fastslått at en medtiltalt er omfattet av begrepet «witness» i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

Dersom den oppleste politiforklaringen anses som et sentralt eller avgjørende bevis må de tiltalte og deres forsvar gis en reell mulighet til å krysseksaminere den den som har avgitt politiforklaringen. Det stilles krav om at det skal gis en passende og tilstrekkelig anledning til å stille spørsmål til vitnet, selv om vitnet har en rettslig grunn til å nekte å svare. Det er ikke tilstrekkelig å spørre vitnet om det ønsker å svare på spørsmål. Den tiltalte må gis anledning til å fysisk stille hvert enkelt spørsmål hvor vitnet kan velge å avstå fra å svare.

Retten har også ansvar etter for å legge til rette for krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Selv om vitnet ikke har forklaringsplikt kan det være nødvendig at vitnet må innta vitneboksen slik at spørsmål kan bli stilt direkte til vedkommende for at den tiltalte skal kunne utfordre politiforklaringen til vitnet.³⁰³

Grunnen til at det stilles strenge krav om krysseksaminasjon av en opplest forklaring er at vitnet kan foretrekke å svare på konkrete spørsmål dersom han kan gjøre det uten å inkriminere seg selv. I tillegg vil også taushet i forhold til konkrete spørsmål kaste bedre lys over saken enn at adgangen til krysseksaminasjon avskjæres.³⁰⁴

Aall synes å mene at EMD legger til grunn, i Kaste og Mathisen mot Norge, at forklaringer som er mindre sentrale, men nødvendige for å oppnå domfellelse også omfattes av retten til

³⁰² Kaste and Mathisen v. Norway, Application nos. 18885/04 and 21166/04, Judgment 9 November 2006, avsnitt 53, se også Lucà v. Italy, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001, avsnitt 41 der EMD la til grunn samme forståelse.

³⁰³ Øyen (2019), s. 433, Aall (2007), s. 57.

³⁰⁴ Aall (2007), s. 57.

rettferdig rettergang. Dersom man tenker beviset bort og det foreligger frifinnelse må også et slikt bevis aktivere retten til eksaminasjon.³⁰⁵

Kjelby mener derimot at avgjørelsen ikke gir grunnlag for konklusjonen som Aall trekker siden bevisvektspørsmålet etter EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d ikke ble prosedert i Kaste og Mathisen mot Norge.³⁰⁶ Han mener at det foreligger et strengere krav og at beviset må «alene eller i avgjørende grad» bygge på domfellelsen. Ved å legge til grunn bevisvektnormen til Aall vil eksaminasjonsadgangen være en absolutt rettighet som vil føre til en uforholdsmessig hindring for retten.³⁰⁷

Jeg er i det vesentlig enig i forståelsen som Kjelby legger til grunn. Det samme la EMD til grunn i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia som ble avsagt senere.³⁰⁸

5.4 Endring av rettstilstanden i Cabral mot Nederland 2018

5.4.1 Innledning

I Cabral mot Nederland³⁰⁹ ble det vurdert om det stilles strengere krav for å føre et vitne som er et avgjørende bevis i saken. Ved den tidligere rettstilstanden hadde det vært tilstrekkelig at den tiltalte ble gitt en reell og adekvat anledning til å stille spørsmål til vitnet, selv om vitnet ikke svarte, for at retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d hadde vært ivaretatt.

5.4.2 Faktum

Euclides Cabral klagde saken inn for EMD på bakgrunn av at han hadde blitt straffedømt og at dommen var i avgjørende grad basert på forklaringer fra et vitne han ikke hadde fått mulighet til å krysseksaminere.³¹⁰

³⁰⁵ Aall (2007) s. 57-58.

³⁰⁶ Kjelby (2007), s. 190.

³⁰⁷ Kjelby (2007), s. 192

³⁰⁸ Se kapittel 4.3.5.

³⁰⁹ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018.

³¹⁰ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 3.

Cabral var tiltalt for å ha ranet tre butikker med en medskyldig, V, i tillegg til å ha angrepet og ranet noen på gaten. I V sine politiforklaringer hadde han innrømmet det strafferettslige forholdet og at Cabral var involvert i butikkranene. I tillegg forklarte V at angrepet og ranet på gaten var gjort av Cabral. I tingretten forklarte han derimot at han ikke var vitne til ranet på gaten, men han hadde hørt fra øyevitner at det ikke var gjort av Cabral. Retten trodde ikke på V og Cabral ble dømt i tingretten. V ble deretter tiltalt for mened.³¹¹

I lagmannsretten var V igjen stevnet som vitne. Denne gangen var han taus for alle de fire forholdene som Cabral var tiltalt for, inkludert gateoverfallet hvor han ble tiltalt for mened. For ranet på butikkene var Vs politiforklaring et sentralt bevis siden han hadde navngitt Cabral som medskyldig. Dessuten hadde ikke politiet andre konkrete bevis mot Cabral. Cabral ble også dømt i lagmannsretten.³¹²

Ved anke til Høyesterett pekte Cabral på at lagmannsretten hadde lagt stor vekt på Vs forklaringer, selv om V hadde nektet å svare på spørsmålene fra forsvareren til Cabral. Retten viste til at Vs politiforklaring var et avgjørende bevis for domfellelse for en av siktelsene, mens for de andre siktelsene var det tilstrekkelige andre bevis. Retten konkluderte med at Cabral hadde blitt gitt en reell og adekvat anledning til å krysseksaminere V. Det at V nektet å svare under krysseksaminasjon kunne ikke føre til at politiforklaringen ikke kunne brukes som bevis. Opplesning krenket derfor ikke Cabrals rett etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.³¹³

EMD tok stilling til saken i tilknytning til den fjerde siktelsen mot Cabral. Ikke for siktelsene som gjaldt ranene han gjorde sammen med V.³¹⁴

Staten anførte at Cabral hadde passivt akseptert Vs avslag på å svare på spørsmål da han ikke hadde forsøkt å stille konkrete spørsmål til V. Subsidiært ble det anført av Vs vern mot selvinkriminering var en god grunn for ikke å svare. Det ble også vist til at det forelå

³¹¹ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 6-10.

³¹² Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 11-15.

³¹³ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 16-18.

³¹⁴ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 23.

støttebevis til forklaringen. Staten anså innkallelsen av V som vitne som en tilstrekkelig kompensierende faktor.³¹⁵

Cabral bestred at han hadde forholdt seg passivt, men at han hadde akseptert Vs vern mot selvinkriminering. Vs forklaring var et avgjørende bevis og de resterende bevisene kunne ikke knyttes direkte til Cabral. Avslutningsvis anførte Cabral at innkallelsen av V som hadde en rett til å nekte å avgi forklaring som vitne ikke var en tilstrekkelig kompensierende faktor. Cabral fikk ingen reell mulighet til å krysseksaminere forklaringen til V.³¹⁶

5.4.3 EMDs vurdering

EMD konkluderte med at det forelå brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d for Cabral.³¹⁷

EMD viste til Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og tretrinnsstesten som ble utviklet der.³¹⁸ Momentene som skulle vurderes var om det forelå «god grunn» for at vitnet ikke møtte, om forklaringen var det «eneste eller avgjørende» beviset for domfellelse og om det forelå «tilstrekkelig kompensierende faktorer» som følge av krysseksaminasjon utgikk. Det ble også vist til Schatschaschwili mot Tyskland om at alle trinnene skulle vurderes uavhengig av hverandre.³¹⁹ Rettergangen skulle som en helhet fremstå rettferdig, hvor disse tre trinnene var momenter som skulle brukes i en helhetsvurdering.³²⁰

Etter at EMD gjorde rede for tretrinnsstesten fastslo de at siden V var tilstede, men nektet å avgi forklaring, måtte prinsippene som var utviklet for opplesning av en forklaring for et ikke-møtende vitne anvendes analogisk overfor Vs politiforklaring.

³¹⁵ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 25-27.

³¹⁶ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 28-30.

³¹⁷ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 38.

³¹⁸ Se kapittel 4.3 og Schatschaschwili v. Germany, Application no. 9154/10, Judgment 15 December 2015, avsnitt 107.

³¹⁹ Se kapittel 4.4.

³²⁰ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 31-32.

Den første vurderingen som ble gjort var om det forelå en god grunn for at V nektet å forklare seg. Siden V hadde en lovfestet rett til å nekte å forklare ble det ansett en god grunn.³²¹

Den andre vurderingen var om forklaringen ble ansett som et avgjørende bevis for domfellelsen. Siden det ikke forelå andre konkrete bevis mot Cabral og Vs forklaring var det eneste beviset som identifiserte Cabral med forbrytelsen ble forklaringen til V ansett som et avgjørende bevis.³²²

Det siste EMD vurderte var om det forelå tilstrekkelig kompenserende faktorer som veide opp for ulempen som følge av at krysseksaminasjon utgikk. Selv om V var innkalt som vitne i rettsaken for at Cabral skulle få mulighet til å foreta krysseksaminasjon gjorde den lovfestede retten til V om å forholde seg taus slikt avhør umulig. EMD pekte på at det ikke forelå noen annen mulighet for Cabral å sette troverdigheten til Vs politiforklaring på prøve. EMD kom derfor til at det ikke forelå tilstrekkelig kompenserende faktorer.³²³

5.4.4 Sammendrag av rettstilstanden

Etter Cabral mot Nederland har EMD slått fast at dersom et vitne møter i retten og har en lovbestemt grunn til å nekte å forklare seg skal det foretas en vurdering av tretrinnsstesten som ble utviklet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland for å ta stilling til om det kan foretas opplesning av en tidligere avgitt politiforklaring.

Det mest avgjørende momentet i tretrinnsstesten for et møtende vitne som nekter å svare på spørsmål vil være hvor avgjørende forklaringen er som bevis. Der det sentrale er hvor viktig forklaringen er for skyldspørsmålet og hvilke øvrige bevis som finnes. Dersom det finnes støttebevis, vil forklaringen være mindre avgjørende. På samme måte kan kompenserende faktorer gjøre at et avgjørende bevis likevel kan tillates opplest.

En konsekvens av denne strenge praktiseringen er at dersom et vitne som kalles inn til vitneboksen påberoper seg sin lovbestemte rett til ikke å avgi forklaring under

³²¹ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 33-34.

³²² Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 35-36.

³²³ Cabral v. The Netherlands, Application no. 37617/10, Judgment 28 August 2018, avsnitt 37.

hovedforhandlingen og opplesningen er å anse som et avgjørende bevis vil ofte føre til at det må legges ned påstand om frifinnelse.³²⁴

5.5 Hvordan har Høyesterett innrettet seg etter EMD?

I HR-2018-1948-U var den tiltalte blitt dømt for voldtekt til samleie og forsøk på voldtekt til samleie. Den tiltalte gjorde gjeldende at det var en saksbehandlingsfeil å tillate opplesning av fornærmedes forklaring.³²⁵

Fornærmede hadde møtt i lagmannsretten, men nektet å forklare seg. Både aktor, forsvareren og bistandsadvokaten fikk mulighet til å stille spørsmål, men hun nektet konsekvent å svare bortsett fra at hun bekreftet riktigheten av sine tidligere forklaringer. Høyesterett viste til strpl. § 296, EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d og Rt. 2004 s. 1974 hvor det ble slått fast at retten til krysseksaminasjon var oppfylt selv om vitnet nektet å svare på spørsmål.³²⁶

Etter dette konkluderte Høyesterett med at det ikke forelå en saksbehandlingsfeil at fornærmedes politiforklaring ble opplest. Dommen ble avsagt 10. oktober 2018 av Høyesterett, mens Cabral mot Nederland ble avsagt 28. august samme år. På denne korte tiden hadde ikke Høyesterett rukket å omstille seg etter rettsutviklingen som hadde skjedd i EMD.³²⁷

Dersom denne saken hadde blitt brakt inn for Høyesterett etter at de hadde innrettet seg etter Cabral mot Nederland hadde nok opplesning blitt ansett som en saksbehandlingsfeil. Da den siktede ikke ble gitt en reell mulighet til krysseksaminasjon, siden fornærmede konsekvent nektet å svare på spørsmålene. I alle fall måtte Høyesterett ha tatt stilling til spørsmål ved bruk av tretrinns testen.

En annen straffesak i HR-2022-955-A der saken gjaldt seksuell omgang med en mindreårig datter knyttet spørsmålet seg til om den tiltaltes rett til kontradiksjon var oppfylt og om han

³²⁴ Rui (2020), s. 97.

³²⁵ HR-2018-1848-U, avsnitt 1 og 7.

³²⁶ HR-2018-1948-U, avsnitt 14-15.

³²⁷ HR-2018-1948-U, avsnitt 15.

hadde fått anledning til å stille spørsmål til fornærmede. Beviset var innhentet ved tilrettelagt avhør av den mindreårige jenta.³²⁸

Da det første tilrettelagte avhøret av fornærmede ble foretatt var ikke tiltalte orientert om at det var avholdt et slikt avhør. Det ble begjært et supplerende tilrettelagt avhør hvor forsvareren til den tiltalte var til stede. Selv om forsvareren fysisk var til stede, hadde han ikke mulighet til å kommunisere med den tiltalte om de klausulerte dokumentene. Anken til Høyesterett ble særlig begrunnet med at EMK artikkel 6 var krenket, siden det supplerende avhøret ble foretatt mens dokumentene var klausulert med taushetsplikt for forsvarer. Den siktede fikk derfor ikke en reell mulighet til å stille spørsmål til fornærmede.³²⁹

Høyesterett gjorde først rede for gjeldende norsk rett og EMK ved å vise til Grl. § 95 og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Siden det var et seksuallovbrudd overfor en mindreårig ble det foretatt et tilrettelagt avhør som begrenser den tiltaltes rett til å avhøre vitnet direkte for den dømmende rett. På den annen side erstatter et tilrettelagt avhør vitnets muntlige forklaring i retten ved at den avspilles og på den måten vil den siktede ha en viss mulighet til å kommentere beviset og dets troverdighet, men en full rett til krysseksaminasjon vil ikke være mulig under hovedforhandlingen.³³⁰

Deretter viste Høyesterett til Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland.³³¹

I saker der det er avholdt tilrettelagte avhør er det sentrale den siktedes rett til å begjære og få gjennomført supplerende avhør av vitnet. Formålet med supplerende avhør er at den siktedes rett til krysseksaminasjon ivaretas ved at han får stilt spørsmål til vitnet.³³²

Det ble vist til at den tiltalte verken hadde blitt informert om muligheten til supplerende avhør eller det supplerende avhøret som ble holdt. Han hadde heller ikke fått sett videoopptaket av det første avhøret. Derfor mente Høyesterett at han ikke hadde hatt reell mulighet til å stille

³²⁸ HR-2022-955-A, avsnitt 2-3.

³²⁹ HR-2022-955-A, avsnitt 10-11 og 22.

³³⁰ HR-2022-955-A, avsnitt 27-29.

³³¹ HR-2022-955-A, avsnitt 32-34.

³³² HR-2022-955-A, avsnitt 37.

spørsmål til fornærmede. Tiltaltes rett til kontradiksjon på etterforskningsstadiet ble ikke ivaretatt av påtalemyndigheten.³³³

Den tiltalte hadde gitt uttrykk for at han ikke hadde noe han ønsket politiet skulle spørre vitnet om. Høyesterett uttalte at dette kunne ikke tolkes som et utvetydig avkall på retten til eksaminasjon. Forsvareren hadde ikke begjært et supplerende avhør. Dette kunne uansett ikke medføre at retten til supplerende avhør var bortfalt. Høyesterett viste at tungtveiende rettssikkerhetshensyn talte mot at den tiltalte skulle identifiseres med slike forsømmelser gjort av forsvareren.³³⁴

Videre viste Høyesterett til at domfellelsen i avgjørende grad var basert på forklaringene gjort av fornærmede og henviste til Schatschaschwili mot Tyskland. På bakgrunn av dette trakk Høyesterett frem at det måtte være en god grunn for at fornærmede ikke møtte og ga forklaring i retten. Det ble vist til Rosin mot Estland³³⁵ der det ble uttalt at domstolen måtte akseptere at det iverksettes visse tiltak for å beskytte offeret i slike saker som dette, så lenge tiltakene kunne forenes med en adekvat og effektiv utøvelse av forsvarers rettigheter.³³⁶

Når den tiltalte ikke hadde fått anledning til å avhøre fornærmede på etterforskningsstadiet var det ikke forsvarlig at rettsforhandlingene ble gjennomført uten at tiltalte hadde fått anledning til å eksaminere fornærmede. Høyesterett stilte ikke krav om at fornærmede måtte møte i retten, men at tiltalte burde fått anledning til å avhøre fornærmede under det tilrettelagte avhøret.³³⁷

Det forelå ingen kompenserende faktorer som kunne oppveie for at tiltalte ikke hadde fått eksaminere fornærmede. På bakgrunn av dette anså ikke Høyesterett at den tiltaltes rett til kontradiksjon etter Grl. § 95, EMK artikkel 6 og straffeprosesslovens regler ivaretatt.³³⁸

³³³ HR-2022-955-A, avsnitt 47-48.

³³⁴ HR-2022-955-A, avsnitt 49-50.

³³⁵ Rosin v. Estonia, Application no. 26540/08, Judgment 19 Desember 2013, avsnitt 53.

³³⁶ HR-2022-955-A, avsnitt 51-54.

³³⁷ HR-2022-955-A, avsnitt 55-56.

³³⁸ HR-2022-955-A, avsnitt 57-58.

I HR-2022-1703-A som omhandlet mishandling i nære relasjoner var spørsmålet om tingretten hadde gjort en feil ved å fritta vitner fra å møte til hovedforhandlingen når vitnene medelte at de ville benytte seg av sin rett til å nekte å forklare seg.³³⁹

I saken uttalte Høyesterett at det hadde skjedd en utvikling i EMDs praksis og dermed også norsk rett rundt spørsmålet hvorvidt en politiforklaring kunne føres som bevis. Tretrinnssteden som ble utviklet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Schatschaschwili mot Tyskland var utviklet for situasjoner der vitnet ikke møtte, men den kunne også brukes for vitner som møtte, men nektet å forklare seg. Videre ble det slått fast at vitnets fremmøte hadde mindre betydning for adgangen til å føre politiforklaringen som bevis enn hva det var tidligere. Likevel var det sentrale om rettergangen som helhet var å anse som rettferdig dersom politiforklaringen førtes som bevis. Et fremmøte ville likevel føre til at bevisbildet styrkes. Dette var på bakgrunn av at den tiltalte ville fått mulighet til å avhøre og utfordre forklaringene til vitnene.³⁴⁰

Høyesterett opprettholdte lagmannsrettens dom og konkluderte med at tingretten hadde gjort en feil ved å fritta vitnene fra plikten til å møte til hovedforhandlingen. Dette ble begrunnet med at vitnenes fremmøte ville ha styrket sakens opplysning som på en eller annen måte ville ha påvirket domsresultatet.³⁴¹

5.5.1 Dagens rettstilstand i norsk rett

Slik som Høyesterett uttalte i HR-2022-1703-A og EMD i Cabral mot Nederland er dagens rettstilstand i norsk rett at tretrinnssteden også skal anvendes for opplesning av forklaringer for møtende vitner som nekter å avgi forklaring for retten.

Det er den samme vurderingen som for ikke-møtende vitner, men i stedet for å vurdere om det foreligger god grunn for at vitnet ikke møter skal det vurderes om det foreligger god grunn for at vitnet nekter å avgi forklaring. En lovbestemt rett til å forholde seg taus vil ofte bli ansett som en god grunn.

³³⁹ HR-2022-1703-A, avsnitt 2.

³⁴⁰ HR-2022-1703-A, avsnitt 26-28.

³⁴¹ HR-2022-1703-A, avsnitt 14 og 40.

Dersom en domfellelse i avgjørende grad er basert på en forklaring som tillates opplest må det etter rettspraksis både i norsk rett og EMD foreligge tilstrekkelige kompenserende faktorer for at det ikke foreligger en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3. Hva som er ansett som tilstrekkelig vil variere fra sakens forhold og de øvrige bevis.

6 Andre typetilfeller som påvirker adgangen for opplesning av en politiforklaring

6.1 Innledning

Ved vurderingen av om en politiforklaring skal tillates opplest kan det være andre faktorer enn de som allerede er nevnt som kan gjøre seg gjeldende. Det kan være ulike grunner som gjør at et vitne ikke møter som kan tale for eller mot opplesning. Det kan også være ulike faktorer som gjør at politiforklaringen til vitnet har liten bevismessig vekt som følge av vitnets opptreden eller troverdighet, eller ved fremgangsmåten til påtalemyndigheten ved innhenting av forklaringen. Opptreden til den siktede, hans forsvarer eller tredjeperson kan også ha betydning for om forklaringen skal tillates opplest.

6.2 Avkall på retten til krysseksaminasjon

6.2.1 Innledning

Dersom den tiltaltes opptreden fører til at krysseksaminasjon av vitner blir vanskeligere enn den kunne vært kan det være tale om at den tiltalte har gitt avkall på retten til krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. En tiltalt kan likevel aldri anses å ha gitt avkall på retten til «fair trial» etter EMK artikkel 6 nr. 1 ved slik opptreden.³⁴² Derfor må det alltid vurderes om rettergangen som helhet har vært rettferdig. Der et avkall vil være et moment som taler i disfavør for den tiltalte dersom en forklaring tillates opplest.

Et avkall kan gis både uttrykkelig, passivt og gjennom hans opptreden. Gyldigheten av et uttrykkelig avkall av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d avhenger av kunnskapsnivået til den som har gitt avkall.³⁴³

³⁴² Aall (2018), s. 515.

³⁴³ Aall (2018), s. 516.

Hvis den tiltalte godtar opplesning av en politiforklaring som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon eller aksepterer at han ikke får muligheten til å krysseksaminere et vitne har han som regel gitt et uttrykkelig avkall på sin rett etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.

6.2.2 Avkall som følge av passivitet

Den ene rettigheten som fremgår av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, til å kunne føre vitner, forutsetter aktiv påberopelse fra den tiltaltes side. Dersom han ikke aktivt påberoper seg flere vitner under hovedforhandlingen vil dommeren legge til grunn at tiltalte har gitt avkall på ytterligere vitneførsel. Samtidig har retten et overordnet ansvar om at minimumsrettighetene i EMK artikkel 6 nr. 3 blir ivaretatt for den tiltalte.³⁴⁴

Avkall som følge av passivitet er sjeldnere enn et uttrykkelig avkall. Et typisk eksempel på avkall som følge av passivitet er at den tiltalte ikke møter opp til hovedforhandlingen uten gyldig grunn.³⁴⁵

Matningsdal legger til grunn at dersom tiltalte er innkalt til å møte hos politiet når vitnet skal avgi forklaring og uteblir uten gyldig grunn har han gitt avkall på retten til krysseksaminasjon. Forklaringen kan da normalt tillates opplest da den tiltalte har fått anledning til å eksaminere vitnet på et tidligere tidspunkt og gitt et passivt avkall ved å unnlate å møte. I et slikt tilfelle har påtalemyndigheten gjort tilstrekkelige anstrengelser for å ivareta den tiltaltes minsterettigheter etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d.³⁴⁶

I et slikt tilfelle støtter jeg Matningsdals begrunnelse. Det vil være feil å gi den tiltalte mulighet til å påvirke hvilke vitnebevis som blir ført under hovedforhandlingen ved å unnlate å møte til politiavhør.

Hvis den tiltalte er lovlig stevnet og ikke møter til hovedforhandlingen er det å anse som avkall på retten til krysseksaminasjon. Den tiltalte har som regel rett på en oppnevnt forsvarer, bortsett fra saker som nevnt i strpl. § 96, og dersom forsvareren til tiltalte møter kan det ikke konstateres at den tiltalte har gitt avkall på retten til krysseksaminasjon.³⁴⁷

³⁴⁴ Aall (2018), s. 521.

³⁴⁵ Øyen (2019), s. 442.

³⁴⁶ Matningsdal (2007), s. 98.

³⁴⁷ Matningsdal (2007) s. 130-131.

6.2.3 Avkall på retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden overfor vitnet

Dersom den tiltalte er skyld i at et vitne ikke møter til hovedforhandlingen er det å anse som avkall. Den tiltalte skal ikke ha fordel av å opptre på en klanderverdig måte overfor vitnet som fører til at vitnet ikke tør eller kan møte. I dette tilfellet er det den tiltaltes skyld at vitnet ikke møter og at krysseksaminasjon ikke er mulig. Derfor krenkes ikke hans rett til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6.

I Rt. 1994 s. 469 var en mann dømt for trusler mot sin kone og to døtre. Han hadde uttalt at han skulle drepe dem og rettet et våpen og trukket av mot sin kone. Det ble foretatt opplesning av deres politiforklaringer og byretten fant det «sterkt overveiende sannsynlig» at domfelte hadde presset vitnene til å avstå fra å gi forklaring under hovedforhandlingen.³⁴⁸

Til dette uttalte Høyesterett at siden det forelå press fra domfelte som gjorde at vitnene ikke ville forklare seg for retten var det ikke i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d å tillate opplesning av politiforklaringene. Eksaminasjon for den domfelte utgikk og siden det var hans egen skyld at de ikke ville vitne så kunne ikke Høyesterett akseptere at et slikt press fra tiltaltes side skulle få betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet.³⁴⁹

I Rt. 2004 s. 1425 fastslo Høyesterett at vitner i enkelte type straffesaker vil i større og mindre grad kunne ha berettiget frykt for represalier. Det ble fastslått at dersom et avgjørende bevis ikke møtte i frykt fra represalier var det ikke tilstrekkelig for å tillate opplesning. Bakgrunnen til dette er at den tiltaltes rett til kontradiksjon står sterkt og for at det skal gjøres unntak må den tiltalte kunne bebreides for å ha skapt en situasjon som gjør at bevisumiddelbarhet ikke er mulig.³⁵⁰

Det kreves at den tiltalte har foretatt seg noe mot vitnet som gjør at vitnet ikke tør å møte opp eller forklare seg. En generell frykt er ikke nok. Det må være trusler eller press fra den tiltalte ifølge Høyesterett.

³⁴⁸ Rt. 1994 s. 469, s. 470.

³⁴⁹ Rt. 1994 s. 469, s. 470-471.

³⁵⁰ Rt. 2004 s. 1425, avsnitt 15-17.

Dette er også slått fast av EMD i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia. Det må skilles mellom to typer frykt. For det første finnes det frykt som kan tilskrives trusler eller andre handlinger fra den tiltalte. For det andre finnes det en mer generell frykt som knytter seg rundt hva som kan skje dersom man avgir forklaring i en rettssak.

Dersom frykten kan tilskrives den tiltalte er det et moment som taler for at opplesning kan skje.³⁵¹ EMD begrunner det med at den tiltalte ikke skal ha noe fordel av å skape frykt hos vitnene.

I Rt. 2013 s. 1412 viser Høyesterett til Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og tidligere Høyesterettspraksis om at frykt som grunn for at vitnet ikke møter som skyldes den tiltalte er å anse som et avkall på retten til krysseksaminasjon. Dette begrunnes med at domstolen ikke skal akseptere at trusler fra den tiltalte skal få betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet.³⁵²

Beviskravet som gjelder for et vitne som ikke møter som følge av trusler fra den tiltalte er ifølge Høyesterett i Rt. 1994 s. 469 «sterkt overveiende sannsynlig».³⁵³ Øyen legger til grunn at det må antas at det er nødvendig og tilstrekkelig med klar eller sterk sannsynlighetsovervekt for at tiltalte har forårsaket vitnets manglende oppmøte.³⁵⁴

EMD uttalte seg også om beviskravet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia. Det vil være vanskelig for en domstol å være sikker på at en tiltalt har truet et vitne. Ved vurderingen kan det oppstå vanskeligheter knyttet til hva som skyldes vitnets frykt, og om det faktisk er trusler fra den tiltalte som er grunnen. En effektiv etterforskning vil bidra til å finne ut om det er trusler som er skapt av den tiltalte. EMD uttaler ikke eksplisitt om hvilket beviskrav som må foreligge, bare at det er «notoriously difficult for any court to be certain».³⁵⁵

³⁵¹ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 and 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 122-123.

³⁵² Rt. 2013 s. 1412, avsnitt 27.

³⁵³ Rt. 1994 s. 469, s. 470.

³⁵⁴ Øyen (2012), s. 178-179.

³⁵⁵ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 and 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 123.

Ifølge EMD kreves det at den nasjonale domstolen må ha foretatt visse undersøkelser for å finne årsaken til at vitnet ikke møter. En slik effektiv etterforskning av saken vil dessuten være til gunst for at retten skal komme til materielt riktig resultat.

6.3 Forsvarerens opptreden overfor vitnet

I Rt. 1994 s. 1566 ble en politimann ført som vitne om hva et annet vitne, D, hadde forklart. D forklarte seg ved bevisopptak, som ble gitt mens kun forsvarerne var tilstede. Opprinnelig ønsket ikke D å forklare seg mens de siktede var tilstede, men opplyste under bevisopptaket at han likevel var villig til det. Etter dette samtykket ikke forsvarerne i at bevisopptaket ble holdt uten de siktede.³⁵⁶

Høyesterett kom til at det ikke forelå saksbehandlingsfeil ved at politimannen hadde forklart seg om hva D hadde forklart. Høyesterett rettet kritikk til forsvarerne og deres fremgangsmåte ved innhentningen av bevisopptaket av D. Det ble pekt på at forsvarerne kunne ha foranlediget at bevisopptaket gikk sin gang ved at de ga avkall på sin begjæring om at siktede skulle være til stede.³⁵⁷

I norsk praksis skal en tiltalt normalt ikke identifiseres med forsvarerens feil, men siden opplesningsadgangen reguleres av EMK og EMD og ikke norsk interne bestemmelser vil det være avgjørende hva som følger av EMK og EMD.³⁵⁸

I blant annet Doorson mot Nederland³⁵⁹ har EMD lagt til grunn at den siktede etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d kan identifiseres med sin forsvarer.³⁶⁰

Derfor kan den siktedes rett til krysseksaminasjon utgå dersom forsvareren ikke bruker sin rett til å stille spørsmål til vitnet på etterforskningsstadiet.³⁶¹ Dette er siden forsvareren og den

³⁵⁶ Rt. 1994 s. 1566, s. 1567.

³⁵⁷ Rt. 1994 s. 1566, s. 1571.

³⁵⁸ Matningsdal (2007), s. 92 og Matningsdal (2019), s. 285.

³⁵⁹ Doorson v. The Netherlands, Application no. 20524/92, Judgment 26 March 1996.

³⁶⁰ Doorson v. The Netherlands, Application no. 20524/92, Judgment 26 March 1996, avsnitt 74.

³⁶¹ Matningsdal (2019), s. 285.

siktede er gitt en «adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him».³⁶²

6.4 Tredjepersons opptreden overfor vitnet

Dersom det er fremsatt trussel fra tredjeperson overfor vitnet som tiltalte enten har medvirket til eller står bak må det anses som et avkall på retten til krysseksaminasjon.³⁶³ Den tiltalte skal ikke dra nytte av en slik fordel.

EMD uttalte i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia på avsnitt 123:

«The same conclusion must apply when the threats or actions which lead to the witness being afraid to testify come from those who act on behalf of the defendant or with his knowledge and approval.»³⁶⁴

EMD redegjorde for adgangen til opplesning når frykt hos et vitne kunne tilskrives den tiltalte. Det ble ansett som en god grunn for at vitnet ikke møtte og opplesning kunne derfor skje. Det samme gjaldt dersom noen handlet på vegne av den tiltalte. I følge EMD er det to ulike former for tilknytning. De som handler «on behalf of the defendant» eller «with his knowledge and approval.

Det siktes for det første til de som utfører trusler på vegne av den tiltalte. For det andre menes det at den tiltalte vet om trusselen som tredjeperson skal fremsette og har akseptert opptreden. Hvis den tiltalte ikke foretar seg positive skritt for å forhindre trusselen har han akseptert den.

Høyesterett uttalte seg om dette i Rt. 2004 s. 1425:

«For at det skal stilles opp et unntak fra retten til kontradiksjon i tilfeller der vitneprovet er det avgjørende eller hovedsakelige bevis, må etter min mening tiltalte direkte kunne bebreides for å ha skapt den situasjon at vitnet uteblir eller nekter å forklare seg».³⁶⁵

³⁶² Lucà v. Italy, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001, avsnitt 39.

³⁶³ Matningsdal (2007), s. 75-76.

³⁶⁴ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 and 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 123.

³⁶⁵ Rt. 2004 s. 1425, avsnitt 16.

«Direkte bebreides» er i samsvar med hva EMD la til grunn i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia. Dersom tredjeperson utfører trusselen på vegne av tiltalte og han har akseptert opptreden vil han være direkte å bebreide.

På samme måte som for den tiltaltes opptreden i forhold til at et vitne ikke møter, er beviskravet klar eller sterk sannsynlighetsovervekt.³⁶⁶

6.5 Fremgangsmåten til påtalemyndigheten ved innhenting av forklaringen

Dersom det foreligger svikt fra politiets side ved innhenting av beviset kan det føre til at opplesningsadgangen blir snevrere enn det som følger av utgangspunktet.³⁶⁷

I Rt. 1991 s. 1096 hadde to politimenn vært i Nederland i forbindelse med innhentelse av en forklaring fra et sentralt vitne. Politiforklaringen ble gitt uten at tiltalte eller forsvareren hans var tilstede for å stille spørsmål til vitnet. Lagmannsretten hadde konkludert med at å føre politiforklaringen som bevis ikke ville være i samsvar med retten til rettførdig rettergang. Påtalemyndigheten anket til Høyesterett, men Høyesterett kom til samme konklusjon som lagmannsretten.³⁶⁸

Forsvareren skulle også komme til Nederland, men da politiet ankom vitnet viste det seg at vitnet ikke ville avgi rettslig avhør, kun politiforklaring. Høyesterett påpekte at dette burde forsvareren ha fått beskjed om, for å bli gitt anledning til å delta på politiavhøret. Politiet foretok i stedet avhøret umiddelbart uten forsvareren. Høyesterett uttalte at dersom det er utsikter for at et sentralt vitne, før hovedforhandlingen ikke vil forklare seg for den dømmende rett, vil det være av vesentlig betydning at etterforskningen gjennomføres med dette for øye.³⁶⁹

En annen avgjørelse hvor Høyesterett kom til motsatt konklusjon er Rt. 1992 s. 35. En mann var dømt for narkotikaforbrytelse og spørsmålet gjaldt adgangen til opplesning av politiforklaringer til tre vitner som nektet å møte til hovedforhandlingen. Lagmannsretten

³⁶⁶ Øyen (2012), s. 179.

³⁶⁷ Matningsdal (2007) s. 83.

³⁶⁸ Rt. 1991 s. 1096, s. 1097.

³⁶⁹ Rt. 1991 s. 1096, s. 1098.

hadde tillat opplesning av forklaringene, mens den tiltalte mente det var i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Høyesterett konkluderte som lagmannsretten, at det ikke var i strid med EMK artikkel 6 å tillate opplesning av politiforklaringene.³⁷⁰

Det ble vist til at påtalemyndigheten hadde opptrådt korrekt og gitt den domfelte adgang til å ivareta sine interesser så langt det hadde vært mulig. Hans forsvarer hadde blitt gitt anledning til å krysseksaminere de sentrale vitnene før hovedforhandlingen for å ivareta siktedes rett til kontradiksjon. Høyesterett anså rettergangen mot domfelte som betryggende og at den derfor tilfredsstilte kravene til rettferdig rettergang.³⁷¹

6.6 Den tiltalte eller forsvareren har hatt mulighet før hovedforhandlingen å eksaminere vitnet

For et ikke-møtende vitne eller et vitne som nekter å forklare seg kan det oppstå spørsmål om den tiltalte eller hans forsvarer har hatt mulighet til å eksaminere vitnet før hovedforhandlingen. Dersom det er tilfellet vil det kunne trekke i retning av at politiforklaringen kan leses opp siden hensynet til kontradiksjon er ivaretatt på et tidligere stadium i saken.

Det kan være at det har blitt gitt mulighet til å eksaminere vitnet mens forklaringen har blitt gitt eller at vitnet har møtt i tingretten og svart på spørsmål, men ikke møter i lagmannsretten.

I Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia fastslo EMD at hovedregelen er at vitner skal føres direkte for den dømmende rett under hovedforhandlingen, men det kan finnes unntak.

«Article 6 § 3 (d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given

³⁷⁰ Rt. 1992 s. 35, s. 36.

³⁷¹ Rt. 1992 s. 35, s. 37.

an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings.»³⁷²

Ifølge EMD må det som regel gis en adekvat og faktisk mulighet for den tiltalte til å utfordre og eksaminere vitnet som føres mot han. Eksaminasjon av vitnet må foregå enten når forklaringen blir gitt eller på et senere stadium av behandlingen.³⁷³

Muligheten til å avhøre et vitne før hovedforhandlingen gjør seg særlig gjeldende dersom politiforklaringen er innhentet på etterforskningsstadiet og det er stor sannsynlighet for at vitnet ikke møter til hovedforhandlingen. Dette skjedde i *Lucà mot Italia*. EMD uttalte at dersom en forklaring blir opplest uten at den tiltalte har hatt mulighet til å eksaminere vitnet, verken under etterforskningen eller rettssaken, er rettighetene til forsvaret begrenset slik at det er uforenelig med rettssikkerhetsgarantiene som er forankret i EMK artikkel 6.³⁷⁴

Høyesterett har lagt det samme til grunn i blant annet Rt. 2003 s. 1808³⁷⁵ og Rt. 2004 s. 1974³⁷⁶. Der det ble fastslått at retten til krysseksaminasjon kan være oppfylt dersom den tiltalte eller hans forsvarer har fått mulighet til å avhøre vitnet da forklaringen ble gitt eller på et senere stadium av saken.

I Rt. 2004 s. 97 uttalte Høyesterett at dersom en tidligere eksaminering av et vitne skal kunne tilfredsstillende de krav som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d og tillates opplest må forklaringen og resultatet av spørsmålsrunden opplyses på en etterprøvable måte.³⁷⁷

Matningsdal legger til grunn at det må normalt kreves at den tidligere eksamineringen enten er protokollert eller at det foreligger lyd- eller videoopptak av det.³⁷⁸

³⁷² *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, Application nos. 26766/05 and 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 118.

³⁷³ Dette har EMD også lagt til grunn i en rekke andre avgjørelser. Deriblant, *Kostovski v. The Netherlands*, Application no. 11454/85, Judgment 20 November 1989, avsnitt 41, og *Lucà v. Italy*, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001, avsnitt 39.

³⁷⁴ *Lucà v. Italy*, Application no. 33354/96, Judgment 27 February 2001, avsnitt 40.

³⁷⁵ Rt. 2003 s. 1808, avsnitt 17.

³⁷⁶ Rt. 2004 s. 1974, avsnitt 12.

³⁷⁷ Rt. 2004 s. 97, avsnitt 25.

³⁷⁸ Matningsdal (2007), s. 90.

6.7 Vitnets troverdighet

Troverdigheten til et vitne vil være viktig i forhold til opplesningsadgangen der forklaringen ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon.

Dersom det er holdepunkter for at vitnets troverdighet er svekket vil det kunne medføre en snevrere adgang til å lese opp forklaringen. I tretrinnssteden skal det vurderes om det foreligger tilstrekkelige kompenserende faktorer og vitnets troverdighet er et moment i denne vurderingen.

I *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* la EMD vekt på at den ene oppleste politiforklaringen ble støttet av andre bevis og på denne måten ble vitnets troverdighet styrket. Troverdigheten av forklaringen som bevis ble også styrket av at det var innhentet i riktig form.³⁷⁹ Desto mer avgjørende forklaringen er som bevis jo viktigere er troverdigheten til vitnet. Siden enhver tvil skal komme tiltalte til gode og det er et strengt beviskrav i strafferetten er det viktig at det ikke foreligger tvil vedrørende vitnets troverdighet.

I Rt. 1991 s. 1096 ble vitneforklaringen ansett å ha høy grad av troverdighet da det forelå andre beviser som styrket den. Høyesterett uttalte at det må være adgang for den tiltalte å forsvare seg ved spørsmål rettet til troverdigheten av vitne. Dersom det er tale om en avgjørende forklaring stilles det strengere krav til krysseksaminasjon. Likevel kan forholdene være slik at vitnets troverdighet, på bakgrunn av andre bevis, vil kunne tillegges vekt i helhetsvurderingen.³⁸⁰

I Rt. 2004 s. 1974 kom Høyesterett til at en forklaring fremsto pålitelig selv om vitnet tidvis hadde vært i psykisk ubalanse. Det ble vist til at det ikke forelå indikasjoner på at innholdet i forklaringene var påvirket av vitnets mentale tilstand. I tillegg ble forklaringene støttet av de andre bevisene som forelå.³⁸¹

Ifølge Matningsdal vil ikke vitnets troverdighet kunne utvide opplesningsadgangen, kun redusere den dersom det foreligger tvil vedrørende vitnets troverdighet. Grunnen til at

³⁷⁹ *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, Application nos. 26766/05 and 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 156.

³⁸⁰ Rt. 1991 s. 1096, s. 1099.

³⁸¹ Rt. 2004 s. 1974, avsnitt 27.

opplesningsadgangen ikke kan utvides er siktedes grunnleggende rett til «fair trial» etter EMK artikkel 6 nr. 1.³⁸²

6.8 Vitnet er død

Dersom vitnet er død er det naturligvis en god grunn for at vitnet ikke møter og det er heller ikke mulig å foreta eksaminasjon av vitnet etter strpl. § 296.

I Rt. 1992 s. 972 var vitnet død og lagmannsretten hadde lagt til grunn at den avdødes politiforklaring ikke kunne tillates opplest som følge av siktedes rett etter EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Politiforklaringen til det avdøde vitnet ble av lagmannsretten og forhørsretten ansett som et avgjørende bevis.³⁸³

Høyesterett uttalte at strpl. § 297 isolert sett ikke vil være til hinder for opplesning av en politiforklaring når det ikke er mulig å føre vitnet for den dømmende rett der vitnet er død. Kravet til rettferdig rettergang og den tiltaltes rett til kontradiksjon etter EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d setter imidlertid begrensninger da strpl. § 297 skal tolkes i lys av denne.³⁸⁴

Høyesterett opphevet lagmannsrettens kjennelse som følge av feil lovtolkning og viste til at også der politiforklaringen er det avgjørende bevis og vitnet er avgått med døden må det foretas en totalvurdering rundt adgangen til opplesning. Der retten til rettferdig rettergang må ses i sammenheng med mulighetene som foreligger for bevisføring som tilfredsstillende de formelle kravene til EMK. Forbrytelsens art og grunn til å betvile troverdigheten til vitnet og dermed riktigheten av forklaringen må også tas hensyn til.³⁸⁵

I Rt. 1995 s. 1295 ble opplesning av en politiforklaring ikke tillatt av Høyesterett. Vitnet hadde begått selvmord like før behandlingen i lagmannsretten. Forklaringen var avgitt på en tid da vitnet ble antatt å være i psykisk ubalanse. I tillegg hadde vitnet trukket forklaringen tilbake på et senere tidspunkt. Lagmannsretten tillot heller ikke opplesning av politiforklaringen.³⁸⁶

³⁸² Matningsdal (2007), s. 87.

³⁸³ Rt. 1992 s. 792, s. 793.

³⁸⁴ Rt. 1992 s. 792, s. 795.

³⁸⁵ Rt. 1992 s. 792, s. 795-796.

³⁸⁶ Rt. 1995 s. 1295, s. 1296.

Høyesterett viste til vitnets helsetilstand. Deriblant at vitnet nektet å undertegne forklaringen, senere trakk den tilbake og dermed sådde tvil om riktigheten av den avgitte forklaringen og sin troverdighet.³⁸⁷

I Craxi mot Italia uttalte EMD at dødsfall kan være en grunn som gjør at det er nødvendig med opplesning av en politiforklaring for å klarlegge forholdet. Selv om vitnet er død, gir det ikke en ubetinget rett til opplesning av politiforklaringen. Det må også vurderes hvor avgjørende beviset er som må ses i lys av den siktedes rett til kontradiksjon etter EMK artikkel 6 nr. 3.³⁸⁸

I den konkrete saken viste EMD til at Craxi ble dømt utelukkende på grunnlag av uttalelsene som ble gitt av det avdøde vitnet og et annet vitne som ikke ville møte. Siden verken Craxi eller forsvareren ikke hadde hatt mulighet til å avhøre disse vitnene ble det ansett som et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d at politiforklaringene ble tillat opplest.³⁸⁹

EMD fastslo i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia at dersom vitnet er død vil det være nødvendig med opplesning av vitneforklaringen for at vitnets bevis skal kunne tas i betraktning. Et dødt vitne blir derfor ansett som «en god grunn» i tretrinns testen for at vitnet ikke møter.³⁹⁰ Det avgjørende i tretrinns testen i et slikt tilfelle vil være hvor avgjørende beviset er og om det foreligger tilstrekkelige kompensierende faktorer.

Dersom den tiltalte er skyld i at vitnet er død må det gjøres reservasjoner i den tiltaltes rett til krysseksaminasjon. Høyesterett uttalte seg kort om dette i Rt. 2006 s. 120. Hovedregelen var at det skulle foretas en totalvurdering hvor det sentrale var om forklaringen var det avgjørende beviset. Høyesterett gikk ikke nærmere inn på hva slags reservasjoner som skulle gjøres, men det ville være naturlig å forstå det slik at det utvilsomt taler i sterk disfavør for den tiltalte dersom han er skyld i at vitnet er død.³⁹¹ Det vil være en rettsfornektelse å gi den tiltalte en fordel hvor han er skyld i et dødt vitne ved å la være å lese opp forklaringen.

³⁸⁷ Rt. 1995 s. 1295, s. 1297-1298.

³⁸⁸ Craxi v. Italy, Application no. 34896/97, Judgment 5 December 2002, avsnitt 86-87.

³⁸⁹ Craxi v. Italy, Application no. 34896/97, Judgment 5 December 2002, avsnitt 88-89.

³⁹⁰ Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/05 and 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 121.

³⁹¹ Rt. 2006 s. 120, avsnitt 19.

Selv om vitnet er død, gir det ikke en ubetinget rett til opplesning. De nærmere forhold rundt vitnets død og psykiske helse er faktorer som må tas stilling til. I tillegg må det tas stilling til resten av tretrinnsstesten og om rettergangen som helhet er rettferdig. I et slikt tilfelle kan en kompensierende faktor være at det er gitt anledning til å avhøre vitnet før det er død.

7 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

7.1 Innledning

Det er utarbeidet NOU til ny straffeprosesslov i NOU 2016: 24. NOU-en skulle opprinnelig legges frem våren 2021, men er foreløpig satt på vent. Den har derfor begrenset rettskildemessig vekt. Det er per dags dato ikke kommet nytt tidsanslag for når den skal legges frem.³⁹²

7.2 Kontradiksjonsprinsippet ved ny lov

Det fremheves at kontradiksjonsprinsippet er et viktig prinsipp på straffeprosessens område som er forankret i blant annet GrL §§ 100 og 96 første ledd og EMK artikkel 6 og artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Selv om det er et viktig prinsipp så kan det komme i konflikt med andre hensyn, deriblant effektiv saksbehandling og behovet for å føre anonyme vitner.³⁹³

Utvalget uttaler at «prinsippet uttrykker et ideal det er verdt å etterstrebe, samtidig som det i kraft av folkerettslige og konstitusjonelle regler setter grenser for lovgivers myndighet».³⁹⁴ Med dette menes det at kontradiksjonsprinsippet spiller en stor rolle på straffeprosesslovens område og det er derfor et viktig prinsipp som må ivaretas ved utforming av ny lovgivning. Samtidig må det tas hensyn til de konvensjoner som Norge er bundet av slik at norsk rett er i samsvar med disse.

EMD har uttalt at manglende mulighet til krysseksaminasjon øker risikoen for at retten legger større vekt på en vitneforklaring enn hva det reelt sett er grunnlag for.³⁹⁵

³⁹² <https://rett24.no/articles/arbeidet-med-ny-straffeprosesslov-er-lagt-pa-vent> (sist lest 02.05.23).

³⁹³ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 140-141.

³⁹⁴ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s 142.

³⁹⁵ Se Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Application nos. 26766/95 and 22228/06, Judgment 15 December 2011, avsnitt 142.

Kontradiksjonsprinsippet og krysseksaminasjon er viktig for å opplyse straffesaker både for den mistenkte og påtalemyndigheten. Det bidrar også til at retten har et sikrere grunnlag når de skal fatte en avgjørelse.³⁹⁶

Det foreslås å fastslå kontradiksjonsprinsippet i en egen bestemmelse i lovutkastet § 7-1:

«(1) enhver som treffer avgjørelse etter denne lov, skal påse at den bygger på bevis som gir et korrekt og tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag.

(2) Partene skal gis mulighet til å imøtegå bevis før avgjørelsen treffes, med mindre annet er bestemt, eller det følger av avgjørelsens art.

(3) Bevis skal innhentes og behandles på en måte som sikrer og bevarer bevisenes pålitelighet».³⁹⁷

Bestemmelsen første ledd vil kunne føre til at bevisene som blir brukt er innhentet på riktig vis og ikke er basert på feilkilder.

Bestemmelsens andre ledd gir uttrykk for partenes adgang til krysseksaminasjon. Dette vil gjøre at både den siktede og påtalemyndigheten som hovedregel vil ha en lovbestemt rett til å krysstforhøre vitnet for politiforklaringen som kan bli opplest. Det fremgår ikke av bestemmelsen når slik krysseksaminasjon skal foretas. Det kan derfor være tilstrekkelig at det blir gjort før eller under hovedforhandlingen, så lenge det er gjort før avgjørelsen blir tatt.

Tredje ledd skal styrke og bevare bevisets pålitelighet ved at det stiller krav til innhenting og behandlingen av beviset.

7.3 Bakgrunnen for ny lovbestemmelse om føring av politiforklaringer som bevis

I forslaget gjøres det rede for betydningen av den mistenktes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon ved opplesning av en forklaring. Selv om retten til kontradiksjon og krysseksaminasjon er en rettighet for alle parter står den mistenktes rett i en særstilling siden den er gitt et konstitusjonelt og folkerettslig vern etter GrL. §§ 95 og 96 og EMK artikkel 6 nr.

³⁹⁶ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 281.

³⁹⁷ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 38.

1 og nr. 3 bokstav d. Dette er blant annet begrunnet med at strafferettspleien bygger på at uriktige domfellelser er verre enn uriktige frifinnelser.³⁹⁸

Utvalget viser innledningsvis til at vitnebeviset kan være preget av en rekke feilkilder og at en uriktig vurdering av vitnemål representerer en betydelig risiko for at det blir begått urett, som kan få store konsekvenser for de involverte i en straffesak. Umiddelbarhets-, offentlighets- og muntlighetsprinsippet gir gode betingelser for at det gis sanne forklaringer. Ved at vitnet fysisk møter er det større sannsynlighet for at forklaringen blir avgitt korrekt og i korrekt form. I tillegg vil det å gi partene anledning til å avhøre vitnet og teste vitnets troverdighet øke rettssikkerheten for partene ved at det bidrar til at det blir avsagt korrekt dom.³⁹⁹

Siden en politiforklaring kan ha svakheter ved at vitner kan være selektive i hva de ønsker å fortelle i avhør kan krysseksaminasjon bidra til å avdekke disse svakhetene. EMD har også påpekt at manglende krysseksaminasjon kan føre til at retten trekker sikrere slutninger fra en vitneforklaring enn hva det reelt sett er grunnlag for. Utvalget mener at hovedregelen under hoved- og ankeforhandlinger skal være at vitner forklarer seg umiddelbart og muntlig for den dømmende rett, og at det samtidig skal gis anledning til krysseksaminasjon.⁴⁰⁰

Utvalget synes ikke å mene at avskjæring av opplesning av en forklaring på grunn av kontradiksjonssvikt bør lovreguleres i detalj. Siden tilfellene kan være ulike og mange fra gang til gang må de ulike tilfellene vurderes konkret. Det blir likevel vist til § 10-9 fjerde ledd i lovutkastet som gir anvisning på at det skal foretas bevisavskjæring hvis gjengivelse av forklaringen «strider mot mistenktes rett til imøtegåelse». Hovedregelen vil derfor være at det skal foretas bevisavskjæring dersom mistenkte ikke har fått anledning til å avhøre vitnet og unntaket vil da være at beviset tillates ført, jf. lovutkastet § 7-1 annet ledd.⁴⁰¹

Unntak kan være at tiltalte har gitt avkall på retten til krysseksaminasjon eller at det foreligger tilstrekkelige kompensierende faktorer.

³⁹⁸ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 282.

³⁹⁹ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 280.

⁴⁰⁰ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 281.

⁴⁰¹ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 282.

7.4 Ny lovbestemmelse, «*Føring av forklaringer under hoved- og ankeforhandling*»

Dagens opplesningsadgang for møtende og ikke-møtende vitner følger av strpl. §§ 296 og 297. Den nye bestemmelsen som er foreslått tar for seg begge tilfellene i en og samme bestemmelse. Det følger av lovutkastet § 10-9:

«(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.

(2) Lyd- og bildeopptak av en forklaring avgitt for retten eller i tilrettelagt avhør etter § 10-7 skal som regel spilles av for helt eller delvis å tre i stedet for muntlig og direkte avhør når hensynet til forsvarlig saksopplysning ikke taler mot det. Ved vurderingen skal det særlig tas hensyn til partenes syn.

(3) Forklaring avgitt i anledning saken kan ellers gjengis dersom den

a) er i strid med det som forklares for retten,

b) omhandler forhold som mistenkte eller vitnet ikke kan eller vil forklare seg om,

c) er avgitt av et vitne som ikke har møtt, og muntlig og direkte avhør ikke er mulig eller gjennomføringen vil være uforholdsmessig, eller

d) er avgitt av mistenkte som er fraværende uten gyldig grunn.

(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. Felles saksfremstilling etter § 34-11 kan gjengis selv om den inneholder elementer av forklaring.»⁴⁰²

⁴⁰² NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov s. 42.

Hovedregelen skal fortsatt være at forklaringer skal gis direkte og muntlig for den dømmende rett og den mistenkte skal ha rett til å imøtegå forklaringene og krysseksaminere vitnene. Partenes rett til krysseksaminasjon fremgår uttrykkelig av lovutkastet § 10-9 første ledd.

I tillegg vises det til lovutkastet § 7-1 annet ledd som slår fast partenes rett til kontradiksjon. En egen lovbestemmelse om retten til kontradiksjon viser at retten til å krysseksaminere vitner ønskes styrket.⁴⁰³

Gjengivelse av en tidligere forklaring reguleres av bestemmelsens tredje ledd. Dersom vitnet ikke møter kan forklaringen gjengis. Lovutkastet § 10-9 tredje ledd dekker nåværende strpl. §§ 296 og 297. Gjengivelse av en forklaring er ikke ubetinget, og det fremgår av fjerde ledd at den ikke kan gjengis dersom den strider mot mistenktes rett til krysseksaminasjon.

Det synes å legge stor vekt på den mistenktes rett til å avhøre og teste vitnets troverdighet. Avslutningsvis fastslås det i lovutkastet § 10-9 fjerde ledd at dersom retten til krysseksaminasjon blir uttrykkelig frafalt kan en tidligere avgitt forklaring i alle tilfeller gjengis.

7.5 Utvidelse av minsterettigheten

Det fremheves at forpliktelsene hvert land har overfor EMK ikke setter begrensninger for hvordan de skal håndheves så lenge det ikke går utover andres rettigheter etter EMK, og i det minste ivaretar minimumskravet som følger av EMK artikkel 6. Det pekes på at lovgiver kan gi regler som legger større vekt på hensynet til kontradiksjon enn det som følger av minimumskravene i EMK og EMD.⁴⁰⁴

Selv om EMK har gått fra en fast til løsere regel vedrørende opplesning av en forklaring virker det som at det i NOU-en vil innføres en fastere regel. Før var det ikke mulig med opplesning av en tidligere forklaring etter EMK dersom domfellelsen «bare eller i avgjørende grad» baserte seg på den oppleste forklaringen. Etter rettsutviklingen i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia gjør EMD rom for en mer skjønnsmessig vurdering hvor det blir vurdert om rettergangen samlet sett har vært rettferdig. Utvalget ønsker å innføre en fastere regel om

⁴⁰³ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 38.

⁴⁰⁴ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 285.

avskjæring av opplesning av tidligere gitte forklaringer for å styrke den mistenktes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon.⁴⁰⁵

7.6 Ønsker å styrke mistenktes rett til kontradiksjon og krysseksaminasjon

Bakgrunnen for at utvalget ønsker å innføre en strengere regel for adgangen til opplesning av en forklaring som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon er at de mener det som regel vil foreligge betydelig bevismessig usikkerhet for slike forklaringer. Dersom det ikke foreligger andre støttebevis, vil en slik forklaring ikke være et trygt grunnlag for domfellelse. Det foreslås at man i norsk straffeprosess bør tillegge retten til kontradiksjon større vekt enn det som kreves i lys av nyere EMD-praksis. På den annen side vil en fastere regel om avskjæring ved kontradiksjonssvikt begrense tilgangen til informasjon som er av betydning for sakens opplysning.⁴⁰⁶

Denne fastere regelen vil som regel bare få anvendelse i svært få saker. Da det er få saker der opplesning av en vitneforklaring er tungt på vektskåla. Dersom det blir en regel som styrker den mistenktes rett til krysseksaminasjon vil antakelig påtalemyndigheten legge til rette for kontradiksjon på et tidligere tidspunkt. Dette kan føre til at saken blir opplyst tidligere, i etterforskningsfasen, som er prosessøkonomisk og ressursbesparende. En fastere regel som er innenfor terskelen til EMK vil også minske risikoen for brudd på EMK.⁴⁰⁷

En regel som har et klart innhold vil være lettere å anvende. Dagens vurderingstema som er utviklet i EMD-praksis er en bredere kontroll av den samlede prosessen som ligger til grunn for domfellelse. Denne tilnærmingen passer kanskje bedre for internasjonal domstols etterkontroll enn for den dømmende rett. Som ofte må behandle et avskjæringsspørsmål plutselig og mens forhandlingen er i gang.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 286.

⁴⁰⁶ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 286.

⁴⁰⁷ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 286.

⁴⁰⁸ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 286. I Rt. 2015 s. 404, avsnitt 23, viste mindretallet også til at det rettslige vurderingstema knyttet til bevisavskjæring bør være at det foretas en selvstendig vurdering av det enkelte bevis som er begjært avskåret. En samlet vurdering som er gjeldende rett, er en adekvat tilnærming ved en etterfølgende vurdering.

Utvalget foreslår at det 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. Standarden som bør legges til grunn når det ikke har vært anledning for forsvaret til å foreta krysseksaminasjon er at forklaringen som bevis ubetinget skal avskjæres. Dersom det foreligger andre bevis som støtter opp forklaringen kan opplesning likevel skje. Det er kun i saker der forklaringen ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon på noe som helst tidspunkt og den er å anse som et sentralt bevis, at det skal foretas avskjæring av beviset.⁴⁰⁹

Om forklaringen er et avgjørende bevis har i norsk rettspraksis hatt mange ulike formuleringer og ulike synspunkter på hvor terskelen bør ligge. Det har blant annet vært brukt formuleringer som «avgjørende eller hovedsakelige bevis»,⁴¹⁰ «Reell mulighet for at opplesningen kan ha hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis»,⁴¹¹ og den oppfatningen som har vært dominerende «bare eller i avgjørende grad».⁴¹²

Utvalget mener at disse ulike formuleringene har hatt betydning for dommerens tankeprosess og dermed også praktiseringen av avskjæringsregelen. Utvalget viser til at der forklaringen er «en av flere bevis» istedenfor «det hovedsakelige eller eneste beviset» er det ikke samme grunner for å stille krav om krysseksaminasjon. Så lenge de øvrige bevisene støtter vitneforklaringen på en slik måte at retten til rettferdig rettergang ikke er krenket. Avslutningsvis konkluderer utvalget med at en forklaring som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon og som har hatt utslagsgivende effekt kan ikke danne grunnlag for domfellelse. Det vises til at rettergangen vil i et slikt tilfelle vil ikke være rettferdig og det vil foreligge krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d.⁴¹³

NOU-en er sterkt kritisert av Matningsdal. Han påpeker at det ikke er et problem at Norge går lengre i å avskjære opplesning enn hva som følger av våre folkerettslige forpliktelser, men at et totalforbud mot opplesning av en forklaring som ikke har vært gjenstand for

⁴⁰⁹ NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov, s. 287.

⁴¹⁰ Rt. 1999 s. 757, s. 760.

⁴¹¹ Rt. 2004 s. 897, avsnitt 9.

⁴¹² Rt. 2004 s. 1789, avsnitt 16 og 21.

⁴¹³ NOU 2016: 24, s. 288.

krysseksaminasjon vil vanskeliggjøre påtalemyndighetens bevisførsel på en unødvendig måte.⁴¹⁴

7.7 Er totalforbud mot opplesning av politiforklaringer et steg i riktig retning?

I NOU-en blir Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia gjennomgått, mens modifiseringen som er gjort av EMD i Schatschaswili mot Tyskland ikke blir nevnt. Den siste EMD avgjørelsen er tross alt styrende for våre folkerettslige forpliktelser.⁴¹⁵

Et totalforbud mot opplesning av forklaringer som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon vil nok føre til at bevisførselen blir mer komplisert enn nødvendig. Selv om den siktede har viktige rettssikkerhetsgarantier, klarer jeg ikke helt å slutte meg til utvalgets syn.

På den annen side vil en egen bestemmelse om kontradiksjon og en større rett til krysseksaminasjon styrke den siktedes rett og ivareta prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode. Da en avgjørende forklaring kan ha bevismessig usikkerhet dersom den ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon.

I tillegg kan et totalforbud også bidra til at påtalemyndigheten legger bedre til rette for krysseksaminasjon på et tidligere tidspunkt i saken for at forklaringen skal kunne føres som bevis. Dette vil igjen bidra til at saken blir bedre opplyst på et tidligere tidspunkt og vil være ressursbesparende og prosessøkonomisk.

Samtidig vil et totalforbud kunne ha motsatt effekt. Ved at færre blir dømt da det vil være vanskeligere å få ført viktige bevis for påtalemyndigheten. Matningsdal synes å legge samme syn til grunn.⁴¹⁶

Et totalforbud kan også føre til at den siktede får en fordel ved at han kan true vitner slik at de ikke tør å møte til hovedforhandlingen. Da vil det heller ikke være anledning til å lese opp

⁴¹⁴ Matningsdal (2017), s. 291.

⁴¹⁵ Matningsdal (2017), s. 291.

⁴¹⁶ Matningsdal (2017), s. 291.

politiforklaringen hvis det er snakk om et viktig bevis som ikke har vært gjenstand for krysseksaminasjon ifølge utvalget.

Dette er i strid med EMDs redegjørelse i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og Høyesterett i Rt. 2013 s. 1412 om at frykt som skyldes den tiltalte ikke skal komme han til gode. Regelen som utvalget foreslår, vil kunne føre til at den siktede kan dra fordel av den styrkede retten ved å opptre på en måte som gjør at viktige vitner ikke møter til hovedforhandlingen.

Det siktes i NOU-en til at en regel med klarere innhold vil være lettere å anvende enn hva dagens rettstilstand er.

Etter min mening er vurderingstemaene som følger av nåværende rettstilstand ganske klare etter EMDs presisering i Schatschaswili mot Tyskland. Momentene i tretrinnssteden er fleksible, og dette er nødvendig siden faktum i hver enkelt sak vil være forskjellig.

På bakgrunn av dette støtter jeg meg til Matningsdals syn og mener at et totalforbud med en så streng regel vil virke mot sin hensikt og gjøre at påtalemyndighetens bevisførsel blir vanskeliggjort.

8 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen viser at for å kunne foreta opplesning av politiforklaringer stilles det strenge krav. Det er nødvendig med strenge kriterier for opplesning av en politiforklaring da politiforklaringen kan ha avgjørende vekt i en straffesak og hvis det foreligger feilkilder i den kan det føre til at uskyldige blir dømt og skyldige blir ustraffet.

Tidligere var det ikke like strenge vilkår for opplesning av en politiforklaring. Dommen som gjorde at Norge ble mer oppmerksom på de krav som følger av EMK var Unterperinger mot Østerrike og Aall sin redegjørelse i Lov og Rett 1988. Dette førte til at adgangen til opplesning ble strengere etterhvert.

Utviklingen gjennom EMD-praksis har også ført til at norsk rett, deriblant norsk lov og Høyesterett, har endret seg i samsvar med EMD. Dette er for å ivareta menneskerettighetene samtidig som myndigheten ønsker å unngå konvensjonsbrudd mot EMK.

Adgangen til opplesning har blitt mer operativ som følge av EMD-praksisen. For møtende vitner er det særlig tretrinns-testen som ble utviklet i Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia og presisert i Schatschaschwili mot Tyskland, mens for ikke-møtende vitner er det Kaste og Mathisen mot Norge og Cabral mot Nederland som har bidratt til å utvikle rettstilstanden.

I NOU til ny straffeprosesslov går utvalget lengre enn EMD ved at de ønsker å oppstille et totalforbud i forslaget § 10-9 fjerde ledd mot opplesning av forklaringer som ikke har vært gjenstand for krysskriminalundersøking.

På den ene siden er det bra med tanke på at det gir den siktede en større rettssikkerhetsgaranti og ivaretar hans rett til rettfærdig rettergang. På den annen side kan dette i praksis gi den siktede en større fordel enn hva som er tilsiktet.

Et totalforbud mot opplesning av forklaringer som ikke har vært gjenstand for krysskriminalundersøking er nok neppe et realistisk alternativ.

Forkortelser

EMK - Den europeiske menneskerettskonvensjon.

EMD – Den europeiske menneskerettsdomstolen.

Grl. – Grunnloven.

dl. – domstolloven.

mrl. – Menneskerettsloven.

SP - Den internasjonale konvensjonen og sivile og politiske rettigheter.

strpl. – Straffeprosessloven.

NOU – Norges offentlige utredninger.

Referanseliste

Lover:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.).

Lov 1. juli 1887 nr. 5 om rettergangsmaaden i straffesager (straffeprosessloven).

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

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

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

Konvensjoner:

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

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

Lovforarbeider og offentlige dokumenter:

NOU 2016: 24, Ny straffeprosesslov.

Forskrift:

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

Rettspraksis:

Høyesterett

Rt. 1912 s. 785

Rt. 1987 s. 1318

Rt. 1988 s. 78

Rt. 1990 s. 8

Rt. 1990 s. 312

Rt. 1991 s. 1096

Rt. 1992 s. 35

Rt. 1992 s. 792

Rt. 1994 s. 469

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1994 s. 1566

Rt. 1995 s. 1295

Rt. 1998 s. 1182

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1999 s. 757

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2003 s. 1319

Rt. 2003 s. 1808

Rt. 2004 s. 97

Rt. 2004 s. 897

Rt. 2004 s. 1425

Rt. 2004 s. 1789

Rt. 2004 s. 1974

Rt. 2006 s. 120

Rt. 2008 s. 605

Rt. 2010 s. 1414

Rt. 2011 s. 93

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-2016-2591-A

HR-2018-694-U

HR-2018-1948-U

HR-2020-2137-A

HR-2022-955-A

HR-2022-976-U

HR-2022-1703-A

Lagmannsrett

LB-2002-1805-2

LG-2012-188340

Tingrett

TOSLO-2000-2884

Avgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD):

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

Asch v. Austria, Application no. 12398/86, Judgment 26 April 1991

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

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

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

Craxi v. Italy, Application no. 24896/97, Judgment 5 December 2002

Deweere v. Belgium, Application no. 6903/75, Judgment 27 February 1980

Doorson v. The Netherlands, Application no. 20524/92, Judgment 26 March 1996

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Şandru v. Romania, Application no. 33882/05, Judgment 15 October 2013

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

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

Štefančič v. Slovenia, Application no. 58349/09 Judgment 25 October 2012

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

Nettartikler:

<https://rett24.no/articles/arbeidet-med-ny-straffeprosesslov-er-lagt-pa-vent> (sist lest 02.05.23).

Litteratur:

Aall (1988)

Aall, Jørgen, «Siktetes rett til vitne-eksaminasjon etter den europeiske menneskerettskonvensjon og etter norsk rett», *Lov og Rett*, vol. 27, nr. 8, Universitetsforlaget, 1988, side 478-488.

- Aall (2007) Aall, Jørgen, «*Reell anledning til å teste motpartens vitner -EMK artikkel 6 nr. 1 og nr.3 bokstav d*», *Lov og Rett*, vol. 46, nr. 1, Universitetsforlaget, 2007, side 55-59.
- Aall (2014) Aall, Jørgen, «*Grunnloven og EMK*». *Lov og Rett*, vol. 53, nr. 9, Universitetsforlaget, 2014, side 507-508.
- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2018.
- Aall (2020) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 2 statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*, Fagbokforlaget, Bergen 2020.
- Aarli (2021) Aarli, Ragna, «§ 92». Mestad, Ola og Michalsen, Dag (red.), *Grunnloven Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget, Oslo 2021, side 897-908.
- Andenæs (2009) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2009.
- Cape, Namoradze,
- Smith og Spronken (2010) Cape, Ed, Zaza, Namoradze, Roger, Smith og Taru Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland 2010.
- Clayton og Tomlinson (2010) Clayton, Richard og Hugh Tomlinson, *Fair trial rights*, 2. Edition, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Hagerup (1904) Hagerup, Francis, *Den norske straffeproses*, Første bind, Aschehoug forlag, Kristiania 1904.
- Hov (2017) Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, Papinian, Oslo 2017.
- Jahre (2015) Jahre, Hans-Petter, «*Bruk av tidligere avgitte forklaringer*». Aarli, Ragna, Hedlund, Mary-Ann og

- Jebens, Sverre Erik (red.), *Bevis i straffesaker utvalgte emner*, Gyldendal juridisk, Oslo 2015, side 257-307.
- Jebens (2004) Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Cappelen akademisk forlag, Oslo 2004.
- Kjelby (2007) Kjelby, Gjert Johan, «*Betydningen av Kaste og Mathisen mot Norge*», *I Lov og Rett*, Vol. 46, nr. 3, Universitetsforlaget, 2007, side 190-192.
- Kjelby (2015) Kjelby, Gjert Johan, «*Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler*», Aarli, Ragna, Hedlund, Mary-Ann og Jebens, Sverre Erik (red.), *Bevis i straffesaker utvalgte emner*, Gyldendal juridisk, Oslo 2015, side 79-152.
- Matningsdal (2007) Matningsdal, Magnus, «*Siktetes rett til å eksaminere vitner – opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn*», *Lov og Rett*, Vol. 47, nr. 1, Fagbokforlaget, Oslo 2007, side 58-63.
- Matningsdal (2013) Matningsdal, Magnus, «*Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker*», *Jussens Venner*, Vol. 48, Nr. 1-2, Universitetsforlaget, side 1-115.
- Matningsdal (2017) Matningsdal, Magnus, «*Straffeprosesslovforslaget – et kritisk blikk*». *Tidsskrift for strafferett*, Vol. 17, nr. 4, Universitetsforlaget, 2017, side 279-296.
- Matningsdal (2019) Matningsdal, Magnus, «*Opplesning av politiforklaring etter Schatschaschwili v. Germany*». *Integritet og ære Festskrift til Henry John Mæland*, Gyldendal, Oslo, 2019, side 281-310.
- Pedersen og Skoghøy (2020) Pedersen, Jussi Erik, Jens Edvin A., Skoghøy, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget, Tromsø 2020.

- Robberstad (1999) Robberstad, Anne, *Mellom tvekamp og inkvisisjon*, Universitetsforlaget, Oslo 1999.
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget, Oslo 2018.
- Rui (2014) Rui, Jon Petter, «*Straffeprosessen i perspektiv*», *Jussens Venner*, Vol. 49, nr. 6, Universitetsforlaget, 2014, side 382-443.
- Rui (2020) Rui, Jon Petter, «*Fra menneskerettighetsdomstolen*», *Tidsskrift for strafferett*, Vol. 20, nr. 1, Universitetsforlaget, 2020.
- Skoghøy (2012) Skoghøy, Jens Edvin A., «*Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik*», *Lov og Rett*, vol. 51, nr. 3, Universitetsforlaget 2012, side 170-178.
- Skoghøy (2015) Skoghøy, Jens Edvin A., «*Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven*», *Lov og Rett*, vol. 54, nr. 4, Universitetsforlaget, 2015, side 195-196.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Tromsø 2017.
- Øyen (2012) Øyen, Ørnulf, «*Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme, eller miljøtilhørighet: - rettsstilstanden etter storkammersaken Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*». *Tidsskrift for strafferett*, vol. 12, nr. 2, Gyldendal akademisk, Oslo 2012, side 166-184.
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2019.

