

Det juridiske fakultet

Adgangen til å avholde hovedforhandling i straffesak uten tiltaltes tilstedeværelse

Siw Skogstad Johnsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2014

INNHALDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	3
1.1. PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING	3
2. AVHANDLINGENS RETTSLIGE UTGANGSPUNKT	4
2.1. STRAFFESIKTEDES MØTE- OG TILSTEDEVÆRELSESPLIKT	4
2.2. KONTRADIKSJONSPRINSIPPET	5
2.3. EFFEKTIVITETSPRINSIPPET	7
2.4. AVHANDLINGENS VIDERE FREMSTILLING	8
3. ADGANGEN TIL Å AVHOLDE HOVEDFORHANDLING UTEN TILTALTE TIL STEDE ETTER NORSK RETT	8
3.1. GENERELT OM STRAFFEPROSESSLOVEN § 281	8
3.2. HISTORISK TILBAKEBLIKK PÅ STRAFFEPROSESSLOVEN § 281	9
3.3. VILKÅR OM STEVNING INNENFOR LOVBESTEMT FRIST	10
3.4. STRAFFBAR HANDLING HVOR PÅTALEMYPDIGHETEN IKKE VIL PÅSTÅ IDØMT FENGSEL I MER ENN ETT ÅR	12
3.5. TILTALTES NÆRVÆR IKKE MÅ ANSES NØDVENDIG FOR SAKENS OPPLYSNING	12
3.6. KUMULATIVE TILLEGGSVILKÅR	17
3.6.1. TILTALTE KAN SAMTYKKE TIL AT SAKEN BEHANDLES I HANS FRAVÆR	17
3.6.2. TILTALTE HAR UTEBLITT UTEN OPPLYST ELLER SANNSYNLIGGJORT GYLDIG FRAVÆR	18
3.6.3. TILTALTE HAR UNNVEKET ETTER FORKYNNING AV TILTALEBESLUTNING	21
3.7. UNNTAKSBESTEMMELSER I STRAFFEPROSESSLOVEN § 281	22
3.8. RETTSVIRKNINGER AV BRUDD PÅ VILKÅRENE I STRAFFEPROSESSLOVEN § 281	23
3.9. OPPSUMMERING	23
4. HAR STATEN EN PLIKT ETTER EMK TIL Å SIKRE TILTALTES TILSTEDEVÆRELSE UNDER HOVEDFORHANDLINGEN?	25
4.1. INNLEDENDE BEMERKNINGER	25
4.2. METODEREDEGJØRELSE EMK KONTRA NORSK RETT	25
4.2.1. MENNESKERETTIGHETENES FORANKRING ETTER NORSK RETT	25
4.2.2. TOLKNING AV MENNESKERETTSPORPLIKTELSE NORGE HAR PÅTATT SEG	26
4.2.3. HVORDAN DOMSTOLENE FORHOLDER SEG I TILFELLE REGELKONFLIKT MELLOM NORSK LOV OG INKORPORERT MENNESKERETTIGHET	26
4.3. RETTEN TIL EN RETTFERDIG RETTERGANG	27
4.3.1. STRAFFESIKTEDES RETT TIL EN RETTFERDIG RETTERGANG	27
4.3.2. GENERELT OM EMK ARTIKKEL 6 NR. 3	29
4.3.3. MINSTERETTIGHETER I FØLGE EMK ARTIKKEL 6 NR 3 BOKSTAV C	29
4.3.4. MINSTERETTIGHETER I FØLGE EMK ARTIKKEL 6 NR 3 BOKSTAV D	31
4.3.5. RETTSLIGE PRINSIPPER SOM ANERKJENNER TILTALTES RETTIGHETER	34
4.3.5.1. UTLEDEDE RETTSPRINSIPPER I FORBINDELSE MED DOMFELLELSE IN ABSENTIA	34
4.3.5.2. "TAKE PART IN THE HEARING AND TO OBTAIN A NEW TRIAL"	35
4.3.5.3. "WAIVER OF THE RIGHT TO APPEAR AT THE TRIAL"	38
4.3.5.4. "RIGHT OF A PERSON CHARGED WITH A CRIMINAL OFFENCE TO BE INFORMED OF THE ACCUSATIONS AGAINST HIM"	39
4.3.5.5. "REPRESENTATION BY COUNSEL OF DEFENDANTS TRIED IN ABSENTIA"	40
4.4. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	42

5. ER EFFEKTIVITETSHENSYN TILLAGT STØRRE VEKT I NORSK RETT ENN DET EMK ARTIKKEL 6 ÅPNER FOR?	43
5.1. TENKBARE SITUASJONER DER TILTALTES RETT TIL EN RETTFERDIG RETTERGANG KRENKES	43
5.2. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	46
6. KILDEREGISTER	47
6.1. LOVER OG KONVENSJONER	48
6.2. FORARBEIDER	48
6.3. RETTSAVGJØRELSER	48
6.4. LITTERATURLISTE	48
6.5. JURIDISK ARTIKLER	49
6.6. ANDRE KILDER OG NETTSTEDER	49

1. INNLEDNING

1.1. Presentasjon av tema og problemstilling

Avhandlingens formål er å undersøke hvorvidt adgangen til å avholde hovedforhandling uten tiltalte tilstede etter norsk rett, er i samsvar med tiltaltes rett til en rettferdig rettergang etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter kalt EMK).

Interessen for temaet fikk jeg under praksistiden gjennomført i tingrett høsten 2012. Min nysgjerrighet ble vekket i en sak der tiltalte unnlot å møte til hovedforhandlingen, uten lovlig forfall. Vedkommende var tiltalt for flere forhold, deriblant seksuell omgang med barn under 16 år. Han var ikke avhørt av politiet om dette forholdet, og derved forelå ingen politiforklaring som erstatning for tiltaltes vitnemål. Under rettsforhandlingen var det ingen gjennomgang av vilkårene i Lov om rettergangsmåten i straffesaker 1981 (heretter kalt straffeprosessloven) § 281, det var aldri tale om å kontakte tiltalte på telefon eller avhente han og rettssaken forløp uten tiltalte til stede. Verken dommer, bistandsadvokat, forsvarer eller aktor stilte spørsmål ved om saken var godt nok opplyst i tiltaltes fravær, ei heller om hans rettssikkerhet var ivaretatt. I rettsboken fantes ingen begrunnelse for rettens vurderingen av vilkårene i § 281. Begrunnelsen for mitt engasjement var først og fremst varetakelsen av tiltaltes rettssikkerhet og hans rett til kontradiksjon. Jeg fant det vanskelig å akseptere hvordan en straffesiktet kunne idømmes syv måneders fengsel basert på kun ett bevis, fornærmedes vitnemål. Det forelå ingen kunnskap om tiltalte overhodet hadde møtt fornærmede, annet enn fra fornærmede selv.

Fra et straffeprosessuelt ståsted er statens ansvar for å ivareta menneskers rettssikkerhet særdeles viktig, dette av den grunn at tilfeldig saksbehandling eller domstolsprosess kan medføre store belastninger både på fornærmede, pårørende og straffesiktede. Rettssikkerheten for en mistenkt eller siktet, innebærer beskyttelse for sin ”personlig integritet og autonomi”, mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side.¹ Alle mennesker skal ”ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser”. Innfortolket i dette er også hensynet til likhet og rettferdighet.

¹ NOU 2009: 15 side 60-61.

Relevante straffeprosessuelle prinsipper skal være ledestjerner i prosessen. Siktede skal sikres en materiell og prosessuell rettferdig rettssak, som også fører til at alle involverte og offentligheten for øvrig, får tillit til rettssystemet.

Adgangen til å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede støter an mot sentrale prosessrettslige prinsipper. Først og fremst gjelder dette tiltaltes rett til kontradiksjon, inkludert det grunnleggende prinsipp om rett og plikt til å være til stede i egen rettssak. På den andre side står effektivitetsprinsippet som blant annet skal ivareta statlige prosessøkonomiske hensyn.

Hovedproblemstillingen i avhandlingen er hvorvidt tiltaltes rett til kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt når retten beslutter å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede. Herunder, hvorvidt effektivitetshensyn i medhold av straffeprosessloven § 281 krenker retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6.

En annen problemstilling under hovedproblemstillingen er om staten har en positiv forpliktelse, i disse tilfeller delegert til domstolene jfr. straffeprosessloven §294, til å besørge at tiltalte er til stede i retten slik at ”saken blir fullstendig opplyst”.

Det er mange prinsipper til fremme av en riktig avgjørelse og en rettssikker prosess. Det redegjøres kortfattet for kontradiksjonsprinsippet og effektivitetsprinsippet, de prinsipper jeg anser gjør seg konkret gjeldende når det blir tale om å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede. Årsaken til at prinsippene er av betydning er at det helt enkelt disse to hensyn som trekker i hver sin retning når dette spørsmålet settes på spissen. Staten må besørge tiltaltes rettssikkerhet i form av kontradiksjon samtidig som staten skal ivareta effektiviteten i domstolen.

2. AVHANDLINGENS RETTSLIGE UTGANGSPUNKT

2.1. Straffesiktedes møte- og tilstedeværelsesplikt

I følge forarbeidene til straffeprosessloven 1887 var ”Sigtede pliktig til at møte til Hovedforhandlingen”². Dette utgangspunkt har ikke endret seg og straffeprosessloven § 85 første ledd bokstav a oppstiller samme møteplikt. Selv om det ikke følger direkte av EMK

² Indst. O II (1887), Sigtedes indkaldelse for Retten og Afhørelse side 16.

artikkel 6 nr. 1 er hovedregelen, også etter menneskerettighetskonvensjonen, at tiltalte har krav på tilstedeværelse under hovedforhandlingen.³

Imidlertid hender det likevel at vedkommende, av ulike årsaker, ikke er til stede ved berammet hovedforhandling. Eksempelvis at han ikke er besørget varsel, har unnlatt å møte, har fraveket sin domstolsadgang eller er utestengt/utelukket fra retten.

Av hensyn til rettsapparatets effektivitet, er det innrømmet en viss adgang til å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede. Straffeprosessloven § 281 oppstiller vilkårene for å avholde en hovedforhandling uten tiltalte til stede. I disse tilfeller må retten, på selvstendig grunnlag, vurdere muligheten for adgang til å avholde hovedforhandlingen uten tiltalte til stede.

2.2. Kontradiksjonsprinsippet

Kontradiksjonsprinsippet er en sentral rettssikkerhetsgaranti i behold fra mistanke om straffbart forhold, i saksbehandlingen, under hovedforhandlingen og helt inntil rettskraftig dom foreligger. Prinsippet henger sammen med retten til en rettferdig rettergang.

Kontradiksjonsprinsippet består av at partene skal gis anledning til å redegjøre for sitt syn på hendelsen, avgi forklaring, uttale seg om hverandres anførsler samt innsynsrett i sakens dokumenter.⁴ Kontradiksjonsprinsippet, i sin fulle oppfyllelse, utelukker adgangen til å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede.

Prinsippet er både nasjonalt og internasjonalt forankret og anerkjent. I norsk rett er det implisitt lovfestet i flere bestemmelser i straffeprosessloven og i Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. Mai 1999 nr. 30 (heretter kalt menneskerettighetsloven), der EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, sammenholdt med artikkel 6 nr. 1, kodifiserer retten til kontradiksjon. Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (heretter kalt SP) del III artikkel 14 nr. 3 bokstav e gir tiltalte rett til å avhøre eller få avhøre vitner som føres mot ham så vel som å innkalle egne vitner.

I norsk rett følger det av straffeprosessloven § 92 første ledd andre setning at siktede ”skal gis anledning til å gjendrive” de forhold mistanken beror på. Utløp av prinsippet finnes også i

³ 12. Februar 1985 *Colozza mot Italia* avsnitt 27.

⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 167.

straffeprosessloven § 303 første setning der tiltalte, så vel som fornærmede og etterlatte, gis uttalelsesrett i forbindelse med hvert vitnemål og opplesning.

Føring av muntlige bevis er en viktig faktor for å realisere partenes rett til kontradiksjon, også som følge av at muntlige bevis som regel føres i partenes nærvær.⁵ Følgelig er muntlighetsprinsippet en viktig bestanddel av kontradiksjonsprinsippet. Muntlighetsprinsippet ble innført allerede i straffeprosessloven av 1887 og er fortsatt et viktig prinsipp.⁶ Det følger av straffeprosessloven § 278 at hovedforhandlingen skal være muntlig. Prinsippet er også innfortolket i retten til en rettferdig rettergang, i EMK artikkel 6 nr. 1.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet er en del av muntlighetsprinsippet og innebærer at bevis, vitnemål og skriftlige bevis skal fremføres muntlig, og direkte, for den dømmende rett. Når retten skal ta stilling til skyldspørsmålet er det kun bevis som er ført for retten som tillates vektlagt.⁷

Den grunnleggende tilstedeværelsesretten i egen rettssak er en forutsetning for å kunne utøve kontradiksjon. Grunnloven § 96 sier at ingen kan straffes ”uden efter Dom” og straffeprosessloven § 280 stadfester at tiltalte har krav på tilstedeværelse i retten under rettssaken. Tilstedeværelsesretten pågår helt til dom foreligger. Tiltalte har på alle stadier av rettssaken, krav på å få imøtegå fremlagte bevis. Møteplikten og tilstedeværelsesretten er også innfortolket i kravet til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6.

Avhenting av tiltalte i medhold av straffeprosessloven § 88 er også en bestanddel av kontradiksjonsprinsippet, da man ved avhenting sørger for at tiltalte er til stede i rettsalen når møteplikten er brutt.

Kontradiksjonsprinsippet innebærer at ingen skal dømmes uten anledning til å imøtegå påstander, bevis og vitnemål. Tiltalte må gis anledning til å komme med innvendinger til motpartens påstander og anførsler før domstolen skal avgjøre saken. Å kommentere eller imøtegå alle påstander og vitnemål, kalles å krysseksaminere. Krysseksaminasjonsretten kan begrenses som følge av omstendigheter omkring vitnet, eller tiltalte selv.

⁵ Ulf Strindbeck *Muntlighet ved domstol i Norge*, 2005 side 97.

⁶ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. Utgave, 2009 side 783.

⁷ Straffeprosessloven § 305

Dersom kontradiksjonsprinsippet skulle varetas fullt ut i alle saker, ville det ta urimelig lang tid før en avgjørelse og andre saker måtte utsettes, når den tiltalte ikke møtte. Staten ville da blitt påført store økonomiske og personelle utfordringer.

Det problematiske er hvordan tiltaltes rett til kontradiksjon varetas når han ikke er til stede under hovedforhandlingen. Det er vanskelig å forestille seg hvordan han får uttale seg om hendelsesforløpet, imøtegå aktors påstander, høre og imøtegå beviser fremsatt i retten, når han ikke er der. Han har en lovfestet rett til ikke å dømmes uten at nevnte rettigheter er ivarett.

2.3. Effektivitetsprinsippet

Hovedbegrunnelsen for at domstolen har adgang til å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede er effektivitetshensyn. Effektivitetshensyn som gjør seg gjeldende er bruken av offentlige økonomiske og personelle ressurser, en på forhånd beregnelig saksavvikling, advokatens ressurser og hensyn til fornærmede og pårørende. Effektivitetsprinsippet, i sin fulle utbredelse, gir en vid adgang til å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede.

Prosessøkonomisk effektivitet er et viktig moment med tanke på hvilke ressurser som er satt i drift i forbindelse med å avholde en hovedforhandling samt rettsprosessen forøvrig.

Dommere, advokater, sakkyndige, vitner og andre aktuelle aktører har satt av tid for gjennomføringen. Dersom man skulle tillate en saksavvikling der tiltalte administrerer domstolens ressurser ville vi hatt en situasjon med uforholdsmessig store kostnader, og belastningen ville bli uendelig, dersom en sak skulle kunne utsettes gjentatte ganger.

I en Høyesterettskjennelse fremkommer det uttalelser om betydningen av effektivitet i saksavviklingen.⁸ Spørsmålet var om det var en saksbehandlingsfeil at hovedforhandling ikke ble utsatt som følge av tiltaltes helsetilstand. Tiltalen gikk ut på forsettlig drap av stedatter. Domfelte anket saken, det hadde vært en lang og omfattende ankebehandling med mange utsettelse samt mange berørte parter. Tiltalte hadde ikke fulgt oppfordringer hun hadde fått som kunne bedret hennes helsetilstand. Førstvoterende uttalte at det er av vesentlig betydning at berammede saker ikke utsettes uten tvingende grunn og heller ikke urimelig å forlange at tiltalte bidrar til avviklingen. Høyesteretts avgjørelse var begrunnet i hensyn til tiltalte selv, fornærmede/etterlatte samt domstolens avvikling av straffesaker. Dette i tillegg til at en utsettelse ville berøre en rekke aktører som hadde satt av tid.

⁸ Rt. 2004 s. 1314 avsnitt 46-47.

Primært tolkes Høyesterett først og fremst dit hen at tiltalte ikke var så syk at en utsettelse var nødvendig. Videre var tiltalte selv å skylde ved at hun ikke hadde bidratt til bedring av helsen og av effektivitetshensyn kunne ikke forhandlingene utsettes ytterligere.

Det er av vesentlig betydning at ikke effektivitetshensyn går på bekostning av vår rettsfølelse samt at tiltalte og omgivelsene opplever den rettslige prosessen som betryggende og rettferdig.

2.4. Avhandlingens videre fremstilling

Først redegjøres for rettsregelen i straffeprosessloven §281, deretter analyseres og klarlegges omfanget av statens plikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon når siktede ikke er til stede under hovedforhandlingen. Jeg vil vurdere om norsk rett er i henhold til de inngåtte konvensjonsforpliktelser eller om de effektivitetshensyn straffeprosessloven § 281 gir adgang til å ivareta, krenker retten til en rettferdig rettergang etter EMK. Analysen bygger på praksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettighetsdomstol samt generelle prinsipper for avholdelse av rettssak in absentia.

3. ADGANGEN TIL Å AVHOLDE HOVEDFORHANDLING UTEN TILTALTE TIL STEDE ETTER NORSK RETT

3.1. Generelt om straffeprosessloven § 281

Norge har lang, rettslig tradisjon i å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede.

Bestemmelsen ble kodifisert allerede i Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager 1. Juli 1887 (heretter kalt Straffeprosessloven 1887), da som § 310. I hovedsak fremstår bestemmelsen lik i dag, som straffeprosessloven § 281, men med noen justeringer.

Bestemmelsen anvendes ved domstolsbehandling av straffbare handlinger. De praktiske hensyn bak lovbestemmelsen er å forenkle og effektivisere domstolsbehandlingen i mindre alvorlige saker.⁹ Først og fremst må tiltalte være lovlig stevnet jfr. straffeprosessloven §§ 85 jfr. 86. Videre må kumulative hovedvilkår i første ledd samt ett av tre tilleggsvilkår være oppfylt for pådømmelse skal kunne gjennomføres. Når tiltalte er fraværende må retten gjøre en skjønnsmessig vurdering hvorvidt om vilkårene er oppfylt. Etter beslutning om å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede må en fortløpende vurdering avgjøre om saken fortsatt

⁹ Ot.prp. nr. 13 (2008-2009) pkt. 4.2 og ot.prp. nr. 35 (1978-1979) side 211.

kan forløpe, uten tiltalte til stede. Dersom det skulle fremkomme opplysninger som krever tiltaltes tilstedeværelse, må saken utsettes.

I forarbeidene uttaler departementet at det skal utvises forsiktighet vedrørende pådømmelse av straffesaker av noen betydning, når tiltalte uteblir.¹⁰ Begrunnelsen for dette er innlysende men må tåle innskrenkinger, av praktiske hensyn.

3.2. Historisk tilbakeblikk på straffeprosessloven § 281

Adgangen til å avholde hovedforhandling uten tiltaltes tilstedeværelse i Straffeprosessloven 1887 § 310 gjaldt hovedforhandlinger for lagmannsrett. I medhold av § 366 kunne § 310 anvendes for domstolsbehandling i herreds- og byrett. Straffeprosessloven 1887 bygget på muntlighetsprinsippet og prinsippet om fri bevisvurdering. Bestemmelsen ga retten adgang til å benytte unntaksbestemmelsen for å avholde hovedforhandling uten tiltaltes tilstedeværelse.¹¹

Når det gjelder pådømmelse uten tiltalte til stede i tingrett var det ingen begrensninger ved Straffeprosessloven 1887, mens for lagmannsrettsbehandling var det begrensning i antall år fengsel vedkommende kunne idømmes.¹²

I lovutkastet til loven av 1981 ble det foreslått at adgangen til pådømmelse uten tiltalte til stede burde ha en øvre begrensning på ett års fengsel. Ulike instanser meddelte sitt syn i denne forbindelse, de fleste var uenig i endringen og mente den anviste for stramme vilkår for pådømmelse samt at lovforslaget ville innebære en ikke ubetydelig økt arbeidsbyrde for første instans. Høringsinstansene mente at tiltaltes ankeadgang var en årsak for at man ikke skulle innføre en så streng regel. Statsadvokaten i Troms og Finnmark gikk så langt som til å si at han hadde vondt for å forstå ”barnekikementaliteten” overfor tiltalte. Han mente tiltalte holdt de rettslige aktører for narr ved at han bare kunne få saken utsatt og omberammet.¹³

Departementet uttalte at det skal utvises forsiktighet vedrørende pådømmelse i straffesaker av noen betydning, når tiltalte uteblir, men at det i mindre alvorlige saker kan gjøres så lenge saken er tilstrekkelig opplyst.¹⁴ For lagmannsrettsbehandling konkluderte utvalget med at saker der straffesanksjon var inntil tre års fengsel, kunne tiltalte pådømmes uten

¹⁰ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) side 211.

¹¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 29.

¹² NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen side 299.

¹³ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) side 211.

¹⁴ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) side 211-212.

tilstedeværelse. Årsaken til dette var at det var såkalt, ikke alvorlige straffbare handlinger og småkriminalitet, med strafferamme inntil tre års fengsel, som egnet seg for behandling uten tiltaltes tilstedeværelse.

Ved ikraftsetting av straffeprosessloven 1981 ble imidlertid bestemmelsen innskrenket. Påtalemyndighetens påståtte straff skulle danne grunnlaget for pådømmelse av tiltalte.¹⁵ Påstått straff måtte ikke overstige ett års fengsel. Regelen trådte i kraft i 1986.

Disse lovmessige endringer gjenspeiler en innstramming fra statens side, gjort av hensyn til tiltaltes rettsikkerhet og behovet for at saken skal bli godt nok opplyst. Tiltalte til stede i rettssalen forhøyer mulighetene for en tilstrekkelig opplyst sak.

3.3. Vilkår om stevning innenfor lovbestemt frist

Innkalling til hovedforhandling var tidligere tilstrekkelig å forkynne ved ”oppslag på rettsstedet”.¹⁶ Dette ble endret ved straffeprosessloven 1981 der lovendringen besto i at innkallingen til hovedforhandling skulle forkynnes for tiltalte med lovlig varsel.¹⁷

Statens ansvar følger av straffeprosessloven § 263 ved at tiltalen skal forkynnes for siktede, utført i henhold til kapittel 9 i Lov om domstolene 13. August 1915 nr. 5 (heretter kalt domstolloven). En lovlig forkynning kan skje via brev med mottakskvittering eller i rekommandert sending. Ellers skal den forkynnes av stevnevitne eller annen i tjeneste jfr. domstolloven §165. I en del tilfeller forestås forkynningen av forsvareren.

Dersom fremmøte til hovedforhandlingen er nødvendig av hensyn til sakens opplysning, skal stevningen informere om at siktede kan avhentes dersom han uteblir. Eventuelt opplysning om at saken tillates fremmet uten vedkommendes tilstedeværelse.

I følge rettspraksis er det utbredt praksis at rettsavgjørelser oppheves i tilfeller hvor det ikke kan synliggjøres at domfelte er lovlig stevnet.¹⁸ Det er således en absolutt prosessforutsetning at staten har besørget stevning i medhold av loven.

¹⁵ Ot.prp. nr. 53 (1983:1984) side 169.

¹⁶ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) side 170.

¹⁷ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) side 170.

¹⁸ HR-1989-650-S, Rt. 2005 s. 966, HR-1991-414-S.

En forkynning må skje innen rett tid, jfr. straffeprosessloven § 86. Annet ledd gir siktede rett til minimum tre dagers varsel før hovedforhandling. Nyere forarbeider i forbindelse med endring i straffeprosessloven antyder at, i praksis, er tre dager fort kort tid.¹⁹

I Høyesterett kjæremålsutvalgs kjennelse hadde tiltalte begjært ny hovedforhandling i medhold av straffeprosessloven § 282 da domfelte mente han ikke var lovlig innkalt.²⁰ Hovedforhandling i saken var berammet til 11. November og påtalemyndigheten forkynte stevningen ved oppslag på døren til tiltaltes bopel den 4. November. Tiltalte hevdet han ikke hadde sett innkallingen før 10. November, men fikk ikke medhold. I følge Høyesterett er det ikke krav om at innkallingen er kommet til siktedes kunnskap innen fristen, men at stevningen er lovlig forkynt i rett tid. Domstolens konklusjon at det er forkynningstidspunktet som er skjæringstidspunktet.

Etter min mening, kan det være variabelt når forkynnelsen kommer til tiltaltes kunnskap. I følge domstolloven § 176 annet ledd ansees forkynnelse utført når man har hengt forkynningen på en dør. I saken nevnt ovenfor mente lagmannsretten at tingretten burde undersøkt om innkallingen var blitt kjent for tiltalte, før de fremmet saken. Domstolsloven anerkjenner også at forkynning gjøres til andre mennesker enn tiltalte selv. Tidspunkt stevningen kommer frem kan være noe tilfeldig, dette kan oppleves som krenkende for tiltalte.

En annen Høyesterettskjennelse var anket på grunn av saksbehandlingen og et av ankepunktene var at forkynning ble utført til tiltaltes far, ikke til tiltalte selv. Høyesterett konkluderte at det ikke kunne tillegges vekt at domfelte selv fikk kunnskap om stevningen først kvelden før hovedforhandlingen.²¹ I følge domstolloven § 169 var innkallingen lovlig forkynt når den var utført til en ”voksen person av dennes husstand”.

Den overordnede årsaken for vilkåret om stevning og den lovbestemte fristen er at staten skal sikre tiltalte en rettfærdig rettergang og i dette innbefattet tid til å forberede sitt forsvar.

Det er unntak fra vilkåret om stevning i spesielle tilfeller, dette går jeg ikke nærmere inn på.

¹⁹ Prop. L 141 (2009-2010) side 107-110.

²⁰ Rt. 2003 s. 1281 avsnitt 15.

²¹ Rt. 1987 s. 620 side 622.

3.4. Straffbar handling hvor påtalemyndigheten ikke vil påstå idømt fengsel i mer enn ett år

Dersom pådømmelse skal kunne foretas, uten tiltalte til stede, er vilkåret at påstått straff for brudd på straffebudet skal ha en øvre strafferamme på ett års fengsel. I tilfelle flere straffbare forhold skal pådømmes, anvendes felles frihetsstraff jfr. Almindelig borgerlig Straffelov 22. Mai 1902 nr. 10 (heretter kalt straffeloven) § 62. Påstått straff for alle forhold siktelsen omhandler må til sammen utgjøre under ett års fengsel, for at hovedforhandling skal kunne avholdes jfr. straffeprosessloven § 281. Regelen åpner ikke for pådømmelse av straff over ett år selv om deler av straffen er betinget.²²

En sak omhandlende anke over saksbehandlingen som følge av pådømmelse i tiltaltes fravær, jfr. straffeprosessloven §§ 310 jfr. 366 (opphevd), ble opphevet siden strafferammen for straffebudsbruddet var strengere enn det § 310 ga adgang til. Øvre strafferamme for handlingen var seks års fengsel mens den øvre grense for pådømmelse in absentia var tre år.²³

Av juridisk teori fremkommer at aktor skal nedlegge straffepåstanden ved starten av hovedforhandlingen, dersom tiltalte ikke er tilstede, ikke til sist slik som er vanlig.²⁴ Årsaken er at dersom straffepåstanden er over ett år skal hovedforhandlingen utsettes. Dersom opplysninger fremkommer under rettssaken som medfører en skjerpelse av straffepåstanden utover ett års fengsel, må dette tas opp umiddelbart da rettssaken må utsettes for å besørge tilstedeværelse.

Selv om aktors påstand er avgjørende for om det kan avholdes hovedforhandling uten tiltalte tilstede, hindres ikke retten sin adgang til å skjerpe straffen under straffutmålingen, også utover ett års fengsel.²⁵ Forarbeidene presiserer imidlertid at retten kun unntaksvis går utover ett års fengsel.

3.5. Tiltaltes nærvær ikke må anses nødvendig for sakens opplysning

At ”tiltaltes nærvær ikke finnes nødvendig av hensyn til sakens opplysning” er et ufravikelig vilkår for pådømmelse.²⁶

²² www.kommentarutgaver.no til § 281 (29.11.12)

²³ Rt. 1984 s. 674 side 674-675.

²⁴ Andenæs, *Norsk straffeprosess* side 423.

²⁵ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) side 169.

²⁶ Andenæs, *Norsk straffeprosess* side 424.

I følge ordlyden er det med tanke på ”sakens opplysning” at ”nærværet” ikke må være ”nødvendig”. Det er vesentlig at saken blir godt nok opplyst slik at avgjørelsen blir korrekt for varetakelse av tiltaltes rettssikkerhet. Imidlertid kan situasjonen være slik at saken blir godt nok opplyst, også uten tiltaltes vitnemål i retten, og hovedforhandlingen kan avholdes uten vedkommende fysisk tilstede. Sakens kompleksitet er en avgjørende faktor for om man kan avholde hovedforhandlingen uten tiltalte tilstede.

Dersom nærværet er avgjørende for å få tilstrekkelig informasjon om saken, kan hovedforhandlingen ikke avholdes i straffesiktedes fravær. ”Nærvær” kan være av fysisk karakter eller eventuell tilstedeværelse på telefon. Saken kan også bli godt nok opplyst ved at det foreligger politiforklaringer som kan erstatte tiltaltes forklaring i retten.

Forarbeidene til gjeldende straffeprosesslov presiserer rettens ansvar ved pålagt plikt til å gripe inn dersom det er mangler ved sakens opplysning.²⁷ Når det gjelder pådømmelse i medhold av straffeprosessloven § 281 er retten pålagt å beordre eksempelvis ytterligere etterforskning ved å utsette saken dersom det avdekkes mangler som skulle tilsi at saken ikke blir fullstendig opplyst.²⁸ Retten må foreta en skjønnsmessig vurdering og begrunne denne.

Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet en byrettsavgjørelse i en sak der verken forsvaren eller tiltalte møtte til hovedforhandlingen.²⁹ Tingretten valgte likevel å fremme saken, men i rettsboken manglet begrunnelsen for rettens vurdering av om tiltaltes nærvær var nødvendig for sakens opplysning og heller ingen vurdering av tilleggsvilkårene i § 281. Tiltalte mente det var meldt gyldig forfall. Kjæremålsutvalget mente saksbehandlingsfeilen hadde innvirket på dommens innhold og opphevet byrettsdommen. Konklusjonen er at både prosedyren for vurdering av vilkårene i straffeprosessloven § 281 så vel som begrunnelsesplikten er essensiell for varetakelsen av en rettferdig rettergang.

I en Høyesterettskjennelse omhandlende tiltaltes manglende ”nærvær” var tiltalte verken forkynt tiltalebeslutning eller stevning til hovedforhandling.³⁰ Hans forsvarer og hjelpeverge var tilstede. Tiltalte var tidligere idømt 1,5 år fengsel samt 5 års sikring. Årsaken til den manglende tilstedeværelse var at en av de sakkyndige mente at tiltaltes tilstedeværelse var utilrådelig. Etter den nye rettssaken fikk domfelte ytterligere 5 års sikring. Tiltalte var ikke

²⁷ NUT 1969: 3 side 303.

²⁸ Straffeprosessloven § 294.

²⁹ HR-1992-698-S, Rt. 1977 s. 774.

³⁰ Rt. 1970 s. 122.

kjent med saken før dommen forelå. Høyesterett opphevet dommen siden saken ikke skulle vært fremmet uten hans tilstedeværelse. Tiltalte hadde fulle partsrettigheter, skulle fått tiltalebeslutning og stevning og rett til å være tilstede slik at han fikk uttale seg. Konklusjonen er at han regelrett ble utestengt fra retten og hans manglende ”nærvær” og mulighet for å forsvare seg selv var utslagsgivende for opphevelsen.

I en sedelighetssak der siktede var tiltalt for utuktig handling mot seks piker, opphevet kjæremålsutvalget herredsrettens dom som følge av bevisvurderingen under skyldspørsmålet så vel som straffeutmålingen.³¹ Hovedforhandlingen ble avholdt uten tiltalte tilstede. Når det gjelder bevisvurderingen under skyldspørsmålet kom et enstemmig kjæremålsutvalg frem til at det var antatt at tiltaltes manglende tilstedeværelse hadde hatt innvirkning på dommen. Dommen ble opphevet da saken ikke burde vært behandlet siden sakens opplysning var avhengig av hans forklaring.

Hovedregelen er at vitner skal avhøres muntlig under hovedforhandlingen. I enkelte tilfeller kan opplesing av politiforklaringer erstatte tiltaltes, eller andre vitners, forklaring i retten. Eksempelvis i tilfelle motstrid mellom forklaringer, vitnet nekter å uttale seg eller ikke husker, kan opplesning av politiforklaring eller rettsbok vurderes. Dette følger av straffeprosessloven § 296. Dersom vitnet ikke er tilstede under hovedforhandlingen, kan opplesing av rettsbok eller politiforklaring som tidligere er avgitt kun leses opp, dersom muntlig avhør ikke er mulig eller uforholdsmessig. Dette følger av straffeprosessloven § 297. Bestemmelsen gir også hjemmel for opplesning av skriftlige erklæringer der et rettslig avhør ikke kan foretas, dog med begge parters samtykke.

Unntak fra hovedregelen i § 296 første ledd ved særegne forhold kan være tilfeller der tiltalte, av ulike årsaker, utestenges fra hele eller deler av rettssaken. Eksempelvis ved alvorlige trusler fra tiltalte overfor vitnet der følgen er vitner som nekter å forklare seg med tiltalte til stede. En kjennelse fra Høyesterett presiserte at kun tilfeller der tiltalte ”direkte kunne bebreides for å ha skapt den situasjon at vitnet uteblir eller nekter å forklare seg”, kunne man godta opplesing istedenfor muntlig forklaring.³² Denne siste uttalelsen presiserer hvor sterkt kontradiksjonsprinsippets forankring er i Norge. Utestegning behandles mer utførlig i neste del av avhandlingen.

³¹ Rt. 1988 s. 852 side 852-853.

³² Rt. 2004 s. 1425.

En høyesterettskjennelse som ikke omhandlet straffeprosessloven § 281, men som egner seg som eksempel ved fremstillingen om ”tiltaltes nærvær er nødvendig for sakens opplysning”. Høyesterett kom frem til at lagmannsrettens dom måtte oppheves, som følge av at tiltalte ikke evnet å forklare seg under ankebehandlingen. Retten konkluderte med at tiltalte var fysisk, men ikke psykisk tilstede.³³ Etter første rettsdag i lagmannsretten, i en sak som blant annet omhandlet overlagt drap, ble en av to tiltalte funnet besvimt mens han befant seg i varetekt. Tredje rettsdag skulle han avgi forklaring, men var ikke i stand til dette og rettsdag fire besluttet retten opplesing av hans politiforklaring. Høyesterett fant det nødvendig å vurdere om tiltaltes rett til å avgi forklaring var respektert og konkluderte at det ikke fantes tilstrekkelig å lese opp en politiforklaring i de tilfeller tiltalte er tilstede. Hans rett til å avgi forklaring er sterkere enn retten til å lese opp politiforklaring. Høyesterett opphevet dommen som følge av manglende psykisk tilstedeværelse. Dette også som følge av sakens alvorlighetsgrad da aktors påstand var 17 års fengsel og 10 års sikring, innebar domfeltes rett å forklare seg direkte for den dømmende rett. Høyesterett konkluderte at ankeforhandlingen burde vært utsatt for å gi han anledning til å forklare seg muntlig.³⁴ At saken blir tilstrekkelig opplyst er altså av subsidiær karakter, tiltaltes rett til å avgi forklaring er viktigere.

Høyesterett konkluderte motsatt i en avgjørelse omhandlende en kvinne som hadde opptrådt truende overfor to offentlige tjenestemenn i forbindelse med en forhåndsvarslet inspeksjon vedrørende hennes dyrehold.³⁵ Forholdene hun var tiltalt for ble karakterisert som meget grove. Ved herredsrettens behandling ble hun idømt 18 dagers fengsel in absentia. Domfelte anket til Høyesterett over flere forhold, blant annet at hun ikke var tilstede under hovedforhandlingen, samt at saken ikke ville bli fullt opplyst uten hennes tilstedeværelse. Høyesterett mente det ikke forelå saksbehandlingsfeil siden saken var grundig nok opplyst da tiltalte hadde avgitt en omfattende politiforklaring, fornærmede hadde avgitt forklaring og hun hadde ikke godtgjort lovlige forfall.

En avgjørelse som eksemplifiserer retten til kontradiksjon er en sak som omhandler dommeravhør av barn i en sak om familievold.³⁶ Det var gjennomført dommeravhør av barna uten at tiltaltes forsvarer hadde hatt anledning til å samtale med siktede forut for avhørene. Barna vitnet ikke under hovedforhandlingen og dommeravhørene var avgjørende bevis i saken. Forsvareren hadde ikke vært i kontakt med tiltalte før politiavhørene og i den

³³ Rt. 2001 s. 524 side 534-536.

³⁴ Rt. 2001 s. 524 side 529 og 532.

³⁵ Rt. 1995 s. 521.

³⁶ Rt. 2011 s. 93.

forbindelse fikk ikke tiltalte anledning til å imøtegå barnas vitnemål. Saksbehandlingsfeilen var krenkende mot retten til kontradiksjon og dommen ble opphevet. Saken omtaler også et annet viktig prinsipp i norsk rett, tiltalte skal ikke identifiseres med sin forsvarer.³⁷ Dette omtales nærmere senere i avhandlingen.³⁸

Forhold kan oppstå som leder til behov for anonyme vitneforklaringer, adgangen til dette finnes i straffeprosessloven § 130 a. Vilkårene for anvendelse av bestemmelsen er at det er fare for en ”alvorlig forbrytelse som krenker livet, helsen eller friheten til vitnet”, eventuelt til nærstående av vitnet jfr. straffeprosessloven § 122, eventuelt at vitnet har behov for å bevare identiteten skjult som følge av at det skal muliggjøres å delta skjult i etterforskningen av andre saker nevnt i bestemmelsen. Vilkår for de ulike grader av anonym vitneførsel er at det ”besluttet bare dersom det er strengt nødvendig og det ikke medfører vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar”. Dette er forhold som kan være med på å begrense tiltaltes rett til krysseksaminasjon og kontradiksjon for øvrig.

Dersom tiltaltes tilstedeværelse er nødvendig av hensyn til sakens opplysning har staten anledning til å bruke lovfestede virkemidler for å sikre tilstedeværelsen. Alternativt kan tiltalte avhentes dersom han uteblir, i medhold av straffeprosessloven § 87. Det er gitt hjemmel for pågrepelse av tiltalte i § 88 fordi hans rett til kontradiksjon og/eller sakens alvorlighetsgrad tilsier at tilstedeværelse er påkrevd. Dette gjøres enten ved at han fremstilles for hovedforhandling umiddelbart eller holdes fengslet inntil fremstilling gjøres. Et annet alternativ er bistand til å betale nødvendige reise- og oppholdsutgifter i forbindelse med rettssaken jfr. § 89.

Konklusjonen er at det anses betydningsfullt om saken er godt nok opplyst dersom hovedforhandling skal avholdes uten tiltalte tilstede. Man må sikre en rettslig betryggende avgjørelse basert på foreliggende beviser, eventuelle politiforklaringer og vitnemål. Høyesterett opphever avgjørelser der vurderingen og dokumentasjonen på oppfyllelsen av vilkårene er mangelfull. En fysisk tilstedeværelse er ikke tilstrekkelig, tiltalte må også være psykisk tilstede under hovedforhandlingen. Sakens alvorlighetsgrad er også av betydning. Det er ikke formålstjenelig at saken er godt nok opplyst dersom tiltaltes kontradiksjonsrettigheter ikke er varetatt i saksbehandlingen.

³⁷ Rt. 2011 s. 93 avsnitt 28.

³⁸ Viser til punkt 4.3.5.4.

3.6. Kumulative tilleggsvilkår

Ett av følgende tre tilleggsvilkår må være oppfylt for at hovedforhandling kan avholdes uten tiltalte til stede.

Jeg tar i det følgende utgangspunkt at øvrige vilkår for å avholde hovedforhandling uten tiltaltes tilstedeværelse i straffeprosessloven §§ 281 første ledd jfr. §§ 62 og 86, er oppfylt.

3.6.1. Tiltalte kan samtykke til at saken behandles i hans fravær

Et ”samtykke” til at saken behandles uten tiltaltes tilstedeværelse må erklæres der det påses at tiltalte blir forklart, og at han forstår, rekkevidden av samtykket. Et samtykke medfører en forenkling av rettergangen og kan som utgangspunkt trekkes tilbake dersom tiltalte ønsker det. Effektivitetshensyn er årsaken til adgangen til domstolsbehandling i tiltaltes fravær etter samtykke. Et samtykke fra tiltalte om at hovedforhandling avholdes uten tiltalte innebærer også samtykke til domsavsigelse.³⁹

En sak Høyesteretts kjæremålsutvalg behandlet omhandlet lagmannsrettens beslutning om å nekte å fremme en anke der tiltalte i politiavhør hadde samtykket til domstolsbehandling, men tiltaltes lettere psykiske retardasjon gjorde at han ikke forsto innholdet og konsekvensene av samtykkeerklæringen avgitt i politiavhøret.⁴⁰ Kjæremålsutvalget konkluderte med at påtalemyndigheten burde gjort nærmere undersøkelser av tiltalte da han hadde ”begrenset forståelse av egne handlinger”.

I en annen kjennelse kom Høyesterett til det motsatte resultat der saksforholdet var at tiltalte, i samtaler med psykolog, hadde truet ulike tjenestemenn.⁴¹ Psykologen informerte politiet om truslene. Ved tingrettens behandling av saken samtykket siktede til at psykologen kunne vitne mot ham i rettsaken i Sandefjord tingrett. Som følge av habilitetsfeil ble dommen opphevet og det ble besluttet ny domstolsbehandling ved Larvik tingrett. Ved anken til lagmannsretten anførte tiltaltes advokat at det var en saksbehandlingsfeil å tillate psykologen å forklare seg siden samtykket var avgitt til en annen domstol og heller ikke avgitt til lagmannsretten. Det følger av rettspraksis at samtykke som hovedregel kan trekkes tilbake ved offentliggjøring av taushetsbelagt informasjon helt inntil forklaring avgis.⁴² Imidlertid fant Høyesterett støtte i

³⁹ Kjell V. Andorsen, ”Strafferettslig samtykke”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1992 s. 305-375 side 409.

⁴⁰ Rt. 2008 s. 18.

⁴¹ Rt. 2008 s. 504.

⁴² Rt. 1991 s. 1499, Rt. 2003 s. 219.

juridisk teori for at samtykket ikke kunne trekkes tilbake i dette tilfellet, da samtykke avgitt til Sandefjord tingrett ikke ble trukket tilbake *før* saken ble behandlet i Larvik tingrett. Det neste spørsmålet var om samtykke avgitt i tingretten, kunne trekkes tilbake ved lagmannsrettens behandling av saken. Høyesterett viste til en tidligere avgjørelse som konkluderte at når anken går på bevisvurderingen må den høyere rettsinstans vurdere alle sakens beviser, slik de fremsto for tingrettens behandling av saken.⁴³

Konklusjonen er at dersom domstolsbehandling skal gjøres i medhold av straffeprosessloven § 281 første ledd nr. 1 må det være klart at det foreligger et samtykke der tiltalte er klar over rekkevidden av samtykket. Videre kan samtykket trekkes tilbake når som helst, så lenge dette gjøres innen tiltalte selv eller vitnet forklarer seg. Imidlertid er det en begrensning ved at avgitt samtykke ikke kan trekkes tilbake når saken bringes inn for en høyere rettsinstans.

3.6.2. Tiltalte har uteblitt uten opplyst eller sannsynliggjort gyldig fravær

Det neste alternative tilleggsvilkår anføres hyppig som saksbehandlingsfeil i norsk rett. Når tiltalte ”uteblir” uten ”gyldig fravær”, meldt eller sannsynliggjort overfor domstolen, kan retten beslutte å avholde hovedforhandling uten tiltalte tilstede. Å ”utebli” er å unnlate å møte til hovedforhandlingen. Når tiltalte verken ”opplyser” eller ”sannsynliggjør” fraværet gir han ingen melding til domstolen om årsaken for fraværet. Bestemmelsen henviser til Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17. Juni 2005 nr. 90 (heretter kalt tvisteloven) § 13-4 som definerer et gyldig fravær. Det må være ”sykdom eller andre hindringer utenfor vedkommendes kontroll” som umuliggjør eller gjør oppmøte byrdefullt. Når fraværet er ”utenfor vedkommendes kontroll” er det ikke noe tiltalte kunne gjort for å unngå fraværet og det er ute av hans styring. Det må sies at et ugyldig fravær imidlertid ikke medfører samme konsekvenser som i følge tvisteloven. Når straffesiktede melder fravær blir det blir opp til domstolen å vurdere om fraværet er ”gyldig”. Dette gjør at effektivitetshensyn ikke skal gå på bekostning av kontradiksjonsretten.

Når det gjelder spørsmålet om gyldig fravær fra hovedforhandlingen, er det to avgjørelser fra kjæremålsutvalget som er sentral for utpensling av en rettsregel.

En kjennelse fra 1899 omhandlet tre kjøpmenn tiltalt for å selge vin uten bevilgning.⁴⁴ I saken var det spørsmål om gyldig fravær samt hjemmel for innhenting av politiforklaringer. De

⁴³ Rt. 1995 s. 376.

⁴⁴ Rt. 1899 s. 139.

tiltalte hadde meddelt advokaten at de ikke kunne møte til hovedforhandlingen og ønsket advokaten skulle representere dem under hovedforhandlingen. Advokaten meddelte retten at han, på grunn av andre berammede saker, ikke kunne møte til hovedforhandlingen og anmodet utsettelse. Påtalemyndigheten var ikke enig og mente forsvareren kunne ivareta de tiltaltes tarv ved skriftlig forsvarsskrift for opplesing under hovedforhandlingen. Videre hadde påtalemyndigheten innhentet de tiltaltes forklaring under rettsmøtet på deres hjemsted. Det ble, fra domstolens side, avsagt kjennelse på at slikt avhør ikke kunne finne sted begrunnet i manglende hjemmel for dette i straffeprosessloven. Domstolen begrunnet med at en analogisk tolkning av straffeprosessloven § 308 annet ledd (opphevd) hjemlet utsettelse av hovedforhandling når forsvareren ikke kunne møte. Det var grunn til å tro at i alle fall to av tre tiltalte hadde lovlig forfall. Høyesterett konkluderte med at når en person, ikke hjemmehørende på stedet der domstolen befinner seg, på forhånd melder at han ikke kan møte til hovedforhandlingen, og at hans påstand om lovlig forfall ikke kan forkastes, kan ikke straffesaken fremmes i hans fravær.

Fra denne saken kan det slutes at det er begrenset adgang til å fremme en sak såfremt det ikke er grunn til å anta, at tiltalte har lovlig forfall. En sak med lovlig forfall eller antatt lovlig forfall kan ikke fremmes. En politiforklaring kan ikke erstatte en muntlig forklaring i retten, dersom det antas lovlig fravær.

Høyesterett kjæremålsutvalg presiserte ytterligere adgangen til å fremme, i en sak der en svensk statsborger, hadde fått lovlig forkynt innstevning til hovedforhandling i forbindelse med overtredelse av en bestemmelse i vegtrafikkloven.⁴⁵ Advokaten meddelte retten at hun hadde behov for utsettelse slik at hun kunne organisere permisjon. Retten valgte likevel å avholde hovedforhandlingen i medhold av straffeprosessloven §310 (opphevd) og idømte bot, subsidiært fengsel. Et enstemmig Høyesterett kom frem til at dom fra hovedforhandling måtte oppheves som følge av saksbehandlingsfeil siden det ble foretatt vitneavhør som ikke var nevnt i bevisoppgaven samt at når en siktet på forhånd, melder forfall til hovedforhandlingen må nærmere undersøkelser utføres dersom saken likevel skal fremmes.

Det som kan utledes fra dommen er at retten må foreta en skjønnsmessig vurdering om informasjonen som gis angående tiltaltes fravær, hva som skulle tilsi og være årsaken til at tiltalte var forhindret fra å møte.

⁴⁵ Rt. 1969 s. 1456.

I en tidligere nevnt kjennelse konkluderte Høyesterett med at tiltalte kun var fysisk tilstede, ikke psykisk, kom førstvoterende med uttalelsen at man manglet en ”uttrykkelig standpunkttagen” i underrettens dom om domfelte selv kunne bebreides for at han ikke forklarte seg.⁴⁶ Førstvoterende peker på at det skal stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt, dersom konklusjonen skal gå i domfeltes disfavør. Ved avgjørelsen om tiltalte har lovlig forfall, er det vesentlig om vedkommende selv er å bebreide for fraværet. Dersom han selv er å bebreide er det selvfølgelig egen feil at han ikke får forklart seg, men dette må ses opp i mot vilkårene for avholdelse av hovedforhandling uten tiltalte tilstede.

Å ikke inneha gyldige reisepapirer kan være legitim årsak for å ikke kunne møte til hovedforhandling i egen straffesak. En russisk statsborger hadde misforstått norske innreiseregler og hans forsvarer ba om utsettelse av hovedforhandling siden tiltalte ikke ville rekke å få visum i rett tid.⁴⁷ Tiltalte hadde for sent blitt klar over at sjømannspasset ikke var gyldig når han ikke ankom Norge om bord i sitt fartøy. Lagmannsretten nektet å utsette hovedforhandlingen da de mente det hadde vært tilstrekkelig med tid til å ordne innreisepapirer mens Høyesteretts ankeutvalg anså dette som et særskilt tilfelle. I tillegg påpekte ankeutvalget, som opphevd den tidligere dommen, at tilstedeværelse under hovedforhandlingen er en grunnleggende rettighet for tiltalte og at lagmannsretten skulle utsatt ankebehandlingen.

Et annet tilfelle kan være at tiltalte påberoper seg utsatt hovedforhandling som følge av eksamen. En 21-åring unnlot å møte til hovedforhandling siden han var opptatt med eksamensforberedelser og meddelte herredsretten at han ikke kunne møte.⁴⁸ Etter nærmere undersøkelser viste det seg at han hadde eksamen etter rettssaken og tilstrekkelig med tid i forkant av rettssaken for å tilpasse eksamensforberedelser. Den skjønsmessige vurdering domstolen foretok anså ikke hans eksamensforberedelser som tilstrekkelig fraværsgrunn.

Rettspraksis viser også at ikke all sykdom klassifiseres som gyldig fraværsgrunn. En tiltalt var undergitt omfattende psykiatriske undersøkelser, både i forkant av hovedforhandling for tingrett og i forkant av ankesaken, der tiltalen omhandlet drap på sitt stebarn.⁴⁹ Hun var tilstede under hovedforhandlingen for tingrett og ble idømt 12 års fengsel, men som følge av domfeltes sykdom ble ankesaken utsatt gjentatte ganger og når ankesaken endelig ble

⁴⁶ Rt. 2001 s. 524 side 533.

⁴⁷ Rt. 2011 s. 815 avsnitt 15.

⁴⁸ Rt. 1990 s. 493 side 494.

⁴⁹ Rt. 2004 s. 1314.

fremmet hevdet tiltalte at hun ikke var i stand til å avgi forklaring. Mot forsvarernes protester besluttet retten å lese opp hennes politiforklaringer, hvorpå tiltalte forlot rettssalen. Når det gjelder saksbehandlingen konkluderte Høyesterett med at siden tiltalte ikke fulgte de råd hun hadde fått for å endre sykdomsbildet, hadde hun selv bidratt til at sykdomstilstanden forble uendret. Domstolen anså det ikke som urimelig at hun selv måtte bidra til at egen sak skulle gå som planlagt, det var tross alt hun som hadde anket.

Den samme avgjørelsen viser hvordan domstolen må la tiltalte ha en åpen mulighet for tilbakekomst underveis i rettssaken for ivaretagelse av kontradiksjon. Gjennom den 12 dager lange rettssaken ble det jevnlig spurt om tiltalte var i stand til å komme til retten.⁵⁰ Dette ble det svart benektende på. Effektivitetshensyn talte for at domstolen måtte avholde hovedforhandlingen, både for tiltalte, fornærmede, etterlatte samt domstolens saksavvikling.

Fra rettspraksis ovenfor kan det slutes at det kun er adgang til å fremme en sak såfremt det ikke er grunn til å anta, at tiltalte har lovlig forfall. Saker med lovlig forfall eller antatt lovlig forfall kan ikke fremmes. Årsaken til fraværet danner grunnlaget for domstolens avgjørelse og dersom straffesiktede selv er å bebreide kan det tale for å avholde hovedforhandlingen likevel. Kun nevnte vitneavhør påført i bevisoppgaven kan føres dersom tiltalte er fraværende. Årsaken er at det ikke vært anledning til kontradiksjon som følge av nye, uventede momenter som tiltalte ikke var kjent med. Straffesiktedes krav på kontradiksjon og å forklare seg er hovedgrunn for utsettelse mens effektivitetshensyn er hovedårsaken for at domstolen må være kritiske til hvilken hindring som er akseptabel fraværsgrunn.

3.6.3. Tiltalte har unnveket etter forkynning av tiltalebeslutning

Når siktede unnviker domstolsbehandling, har vedkommende til hensikt å ”unndra seg forfølgningen”⁵¹. En naturlig språklig forståelse av ”å unndra” er å holde seg unna eller å lure seg bort. Dersom hovedforhandling skal avholdes in absentia må sikker kunnskap finnes for at han med vilje prøver å unnvike hovedforhandlingen og at vedkommende bevisst er med på å trenere saken. Vilkåret anvendes i tilfeller det er snakk om å avhente tiltalte og at man ikke finner vedkommende siden han har til hensikt å komme seg unna samt at man anser det mulig å avholde hovedforhandlingen uten tiltalte til stede, siden øvrige vilkår i bestemmelsen er oppfylt.

⁵⁰ Rt. 2004 s. 1314 avsnitt 34.

⁵¹ www.kommentarutgaver.no til §281 (29.11.12).

Bestemmelsen gir anledning til å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede i tilfeller der man, som følge av unnvikelsen, ikke får forkynt innkalling for ham.

I Høyesterett kjæremålsutvalgs kjennelse var hovedspørsmålet om stevningen ikke kunne forkynnes fordi siktede var unnveket.⁵² Påtalemyndigheten lyktes ikke med å forkynne stevningen overfor tiltalte og han møtte følgelig ikke til hovedforhandlingen. Han idømtes ett års fengsel og inndragning av penger og utstyr. I forkant av ankeforhandlingen lyktes forkynning nok en gang ikke og han møtte heller ikke i lagmannsretten. Lagmannsrettens helhetlige vurdering av samtlige bevis førte til konklusjonen at det forelå ”sannsynlighetsovervekt for at siktede har unnveket” og at de derved kunne avvise anken. Domfelte påkjærte kjennelsen som igjen ble avvist. For Høyesterett sto saken slik at de skulle vurdere lagmannsrettens begrunnelse og konkluderte med at domfelte ”forsettlig har holdt seg uvitende på en slik måte at han må anses unnveket”.

For anvendelse av det tredje alternative tilleggsvilkår må domstolen kunne konkludere at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at tiltalte har unnveket og hensiktsforsett for at tiltalte har ønsket å unnvike høringen.

3.7. Unntaksbestemmelser i straffeprosessloven § 281

Det fremkommer i forarbeidene til straffeprosessloven at det ikke er adgang til å fremme saken uten tiltalte til stede når det gjelder unge førstegangsforbrytere.⁵³ Dette når det antas at påstanden er ubetinget fengsel og tiltalen gjelder flere og grove forhold. Forarbeidene er ikke utdypende på dette området men en resonert årsak for dette er de individ preventive hensyn som gjør seg gjeldende når man har unge førstegangsforbrytere i rettssalen, eventuelt at de er under den kriminelle lavalder.

Det følger av tredje ledd at saker om forvaring kan ikke fremmes uten tiltalte tilstede. Årsaken er at forvaring ikke karakteriseres som en ”mindre alvorlig sak”, slik meningen er med unntaksbestemmelsen straffeprosessloven § 281. Forvaringsdommer innebærer også andre momenter, som f.eks personundersøkelser og lengre fastsatte minstetider. Imidlertid fastslår forarbeidene et unntak fra tredje ledd i saker der siktede er utilregnelig.⁵⁴ Det er også unntak fra bestemmelsen for overføring til tvunget psykisk helsevern.

⁵² Rt. 2006 s. 51 avsnitt 11-12.

⁵³ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) side 169.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) side 120.

Bestemmelsens fjerde ledd gir adgang til å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede når saken omhandler frifinnelse eller avvising. De samme hensyn gjør seg gjeldende for frifinnelser. Det er ingen behov for kontradiksjon fra tiltaltes side når han frifinnes eller saken avvises.

3.8. Rettsvirkninger av brudd på vilkårene i straffeprosessloven § 281

Saksbehandlingsfeil som antas å ha virket inn på dommens innhold fører til opphevelse, dette følger av straffeprosessloven § 343 nr. 6. Bestemmelsen legger føringer for hvilke saksbehandlingsfeil som skal tillegges virkning, imidlertid er bestemmelsen ikke uttømmende. I en kjennelse stadfester Høyesterett at det skal ”svært lite til før det legges til grunn at brudd på kontradiksjon kan ha hatt betydning for avgjørelsen”.⁵⁵ Så lenge feilen har virket inn på dommens innhold er det grunnlag for opphevelse.

Dersom tiltalte er dømt i strid med reglene i §281 kan saken begjæres gjenopptatt i medhold av straffeprosessloven §282. Eksempelvis dersom domfelte kan sannsynliggjøre fraværet eller unnvikelsen, har han anledning til å begjære saken behandlet på nytt. Det er et krav om at domfelte selv ikke kan lastes for at han ikke fikk varslet om fraværet. Regelen oppstiller også ytterligere vilkår for gjenbehandling. Dersom ankefristene overholdes kan tiltalte begjære saken gjenopptatt men dersom han ikke møter til den nye hovedforhandlingen, uten gyldig fravær, blir den opprinnelige dom rettskraftig.

3.9. Oppsummering

For å forenkle og effektivisere domstolsbehandlingen er det åpnet opp for, i enkelte tilfeller, å tillate domstolsbehandling uten tiltalte til stede. Det skal utvises forsiktighet med pådømmelse i medhold av straffeprosessloven § 281 og bestemmelsen er ment benyttet i tilfeller med ikke alvorlige kriminelle handlinger og småkriminalitet. I tillegg til det som fremkommer direkte av lovteksten, viser drøftelsen at tiltaltes rettssikkerhet og krav på kontradiksjon må varetas når tiltalte ikke er til stede i retten.

En siktet kan avgi et utvetydig samtykke på domstolsbehandling i hans fravær men det må forsikres at han kjenner konsekvensen av samtykket, samtykket kan også tilbaketrekkes.

⁵⁵ Rt. 2013 s. 1224 premiss 20.

Vilkår for pådømmelse i medhold av straffeprosessloven § 281 er at tiltalte må være lovlig innstevnet, straffepåstanden må være under ett år ellers vil dommen bli opphevet. Mangler ved sakens opplysning medfører at siktedes nærvær er nødvendig og slike saker kan ikke pådømmes. Siktede har krav på å få forklare seg muntlig for retten og retten til kontradiksjon veier tyngre enn at saken blir opplyst. En politiforklaring kan ikke erstatte nærværet dersom ikke krysseksaminasjonsretten er varetatt og politiforklaring kan ikke leses opp dersom tiltalte er tilstede. Når det gjelder fravær fra hovedforhandlingen er det essensielt om tiltalte kan bebreides for ikke å kunne avgi forklaring. Dersom han ikke kan bebreides, kan ikke domstolen avholde hovedforhandlingen uten han til stede. Dersom det er sannsynlighetsovervekt for at tiltalte har ønsket å unnvike domstolsbehandlingen kan hovedforhandling avholdes uten han til stede. Å utestenge tiltalte fra rettssaken utsetter rettsikkerhet hans for fare ved at han da ikke får utøvd sin rett til kontradiksjon og imøtegå vitneforklaringer og øvrige bevis.

Domstolens skjønnsvurdering avgjør hvorvidt saken er godt nok opplyst for pådømmelse. Når det gjelder tiltaltes nærvær under hovedforhandlingen er det avgjørende at retten har tilstrekkelig kunnskap om saken, dokumentasjon, politiforklaring m.m. hvis tiltalte ikke er til stede. I disse tilfeller må retten fortløpende avveie gjennomføringen av hovedforhandlingen opp mot at tiltaltes nærvær anses nødvendig. Det oppstilles begrunnelseskrav til domstolen når det gjelder grunnen til at de anser saken som godt nok opplyst. Antatt at tiltaltes fravær har hatt innvirkning på dommens innhold, er det grunn for å oppheve avgjørelsen. En dom som idømmer mer enn ett års fengsel, uten tiltalte tilstedeværelse, er en absolutt opphevelsesgrunn.

En mulighet for å sikre tiltaltes tilstedeværelse, for å ivareta både hans rettsikkerhet og statens effektivitet, er å avhente eller fengsle tiltalte.

I norsk rett praktiseres toinstans ordningen som går ut på at domfelte får prøvd saken på nytt etter anke til lagmannsretten. Dermed elimineres det meste av risiko for uriktige avgjørelser i første instans. Tiltalte har da, som utgangspunkt, krav på fullstendig ny domstolsbehandling. Men ikke helt. Ankemulighetene er noe begrenset, også når domfelte er dømt in absentia. En dom med strafferamme på seks års fengsel eller mer har alltid krav på ny behandling i ankeinstansen. Dette angår ikke in absentia dommer som følge av at de ikke overstiger ett års fengsel. For dommer med strafferamme under seks års fengsel er det lagmannsrettens ankeutvalg som avgjør om saken tillates fremmet. Imidlertid er det et krav om begrunnelse

dersom lagmannsretten finner det klart at anken ikke fører frem. Begrunnelseskravet forsterker domfeltes rettferdighet. Toinstans ordningen behandles ytterligere i punkt 5.2. Det er alltid en mulighet for at saken ikke blir behandlet igjen og det viktigjør tingrettens begrunnelse av deres vurdering av vilkårene i bestemmelsen.

4. HAR STATEN EN PLIKT ETTER EMK TIL Å SIKRE TILTALTES TILSTEDEVÆRELSE UNDER HOVEDFORHANDLINGEN?

4.1. Innledende bemerkninger

Når straffesiktede ikke er til stede under hovedforhandlingen blir det et spørsmål om hva staten må ha gjort for i tilstrekkelig grad å ha sikret seg tiltaltes tilstedeværelse.

Det er i denne forbindelse nødvendig med en gjennomgang av hvilke rettigheter tiltalte har krav på i medhold av EMK artikkel 6. Innledningsvis er det nødvendig å plassere EMKs innflytelse i norsk rett. Deretter analyseres retten til en rettferdig rettergang der artikkel 6 nr. 1 og 3 bokstav c og d ses i sammenheng da artikkel 6 nr. 3 er bestemte aspekter ved retten til en rettferdig rettergang.⁵⁶ Deretter presiseres de generelle prinsipper utarbeidet av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter kalt EMD) i forbindelse med avholdelse av rettssak i tiltaltes fravær.⁵⁷

4.2. Metoderedegjørelse EMK kontra norsk rett

4.2.1. Menneskerettighetenes forankring etter norsk rett

I forbindelse med andre verdenskrig merket man behovet for et felles regelverk for å ivareta individers menneskerettigheter i Europa og i 1950 ble Den europeiske menneskerettighetskonvensjon vedtatt av FN. I Norge trådte konvensjonen i kraft i 1953 og ble i 1999 inkorporert som en del av menneskerettsloven.

Grunnloven har flere bestemmelser når det gjelder grunnleggende menneskerettigheter. Til syne kommer det særlig i Grunnloven §110 c som pålegger staten å respektere og sikre menneskerettighetene.

⁵⁶ 13. Mai 2001 *Krombach mot Frankrike* avsnitt 82.

⁵⁷ 1. Mars 2006 *Sejdovic mot Italia* avsnitt 81-95.

4.2.2. Tolkning av menneskerettsforpliktelser Norge har påtatt seg

Tolkningsprinsipper nedfelt i Wien-konvensjonen om traktatretten 23. Mai 1969 (heretter kalt Wien-konvensjonen) må legges til grunn ved tolkning av traktaten. Seksjon 3 regulerer inngåelse, forandringer og tolkninger av folkerettslige avtaler. Selv om Wien-konvensjonen ikke er ratifisert av Norge antas prinsippene for tolkning i det vesentlige kodifisert som gjeldende ulovfestet folkerett.⁵⁸ Tolkningen utføres med utgangspunkt i ordlyden men skal tolkes helhetlig slik at den ikke kommer i konflikt med andre konvensjonsbestemmelser eller konvensjonens formål. Offisielle språk er fransk og engelsk.⁵⁹ I tilfelle motstrid skal, i følge Wien-konvensjonen artikkel 33, den språkvariant gjelde som oppfyller traktatens formål best.⁶⁰

Tolkningen til EMD er dynamisk og følger samfunnsutviklingen. Dette følger av flere EMD-dommer, eksempelvis *Tyrer mot Storbritannia*.⁶¹ EMD anser EMK som et "living instrument" som skal bli "interpreted in the light of present day conditions", et dynamisk verktøy som skal tolkes i henhold til tiden vi lever i.

4.2.3. Hvordan domstolene forholder seg i tilfelle regelkonflikt mellom norsk lov og inkorporert menneskerettighet

Rundt midten av 90-tallet var det klarhetsprinsippet som gjaldt ved motstrid. I følge Bølgepappkjennelsen oppstilte prinsippet krav om at dersom den folkerettslige bestemmelsen skulle gå foran den nasjonale bestemmelsen måtte folkerettsregelen "fremtre som tilstrekkelig klar og entydig".⁶² Prinsippet besto inntil Rest-Jugoslavia-kjennelsen⁶³ i 1999 der Høyesterett kritiserte klarhetskravet. I år 2000 ble prinsippet satt helt til side i Bøhlerdommen⁶⁴. Etter den tid har det ikke vært satt klarhetsforutsetninger i tilfelle motstrid. Menneskerettsloven § 3 stadfester at dersom motstrid mellom en norsk bestemmelse og en menneskerettighetsbestemmelse skal inkorporerte menneskerettigheter skal ha forrang.

⁵⁸ NOU 2003: 7 pkt. 9.1.3.

⁵⁹ I avhandlingen benyttes engelsk versjon samt norsk oversettelse.

⁶⁰ NOU 2003: 7 pkt. 9.1.3.

⁶¹ 25. April 1978 *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31.

⁶² Rt. 1994 s. 610 side 616.

⁶³ Rt. 1999 s. 961 side 973.

⁶⁴ Rt. 2000 s. 996 side 1007.

Forrangsregelen innebærer at ”lovbestemmelser som strider mot menneskerettighetskonvensjonen § 2 skal vike.”⁶⁵

Dette innebærer at dersom det skulle vise seg å være motstrid mellom menneskerettighetene, i mitt tilfelle EMK artikkel 6, og straffeprosessloven § 281, har EMK forrang.

4.3. Retten til en rettferdig rettergang

4.3.1. Straffesiktedes rett til en rettferdig rettergang

For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter har enhver med straffesiktelse mot seg, rett til en rettferdig og offentlig rettergang, innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol. Dommen skal avsies offentlig, med unntak for enkelte saker. Dette er kjerneelementene i retten til en ”fair trial”, på norsk ”retten til en rettferdig rettergang”.

I EMDs storkammerdom *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* stadfestes at man må gjøre en overordnet vurdering av om rettergangen har vært rettferdig etter EMK artikkel 6 nr. 1.

Domstolen skal bedømme om

”the proceedings as a whole having regard to the rights of the defence but also to the interests of public and the victims”.⁶⁶

Helhetsvurderingen skal konkludere med at rettergangen har vært betryggende og både siktede, offentligheten og ofre er varetatt i prosessen.

En naturlig språklig forståelse av ”rettferdig rettergang” er at straffesiktede skal sikres en rettergangsprosess der han ikke behandles urettferdig eller urimelig. Ordet ”rettferdig” sikter til at rettergangen skal være forsvarlig, fordomsfri og etterprøvbar. Man tenker da at siktede sikres å være til stede under rettergangen og får lov til å forklare seg. En rettferdig rettergang forutsetter habilitet blant rettens medlemmer og myndighet til å dømme saken. Når ”rettergangen” skal være uavhengig betyr dette eksempelvis at beslutninger basert på utenforliggende hensyn ikke vil være rettferdig. Prosessens viktige faktor er å ivareta rettergangen på et forsvarlig vis.

Siden lovens ordlyd ikke er uttømmende må andre rettskilder bidra til å klargjøre hva en ”rettferdig rettergang” innebærer. Det er innfortolket i artikkel 6 nr. 1, at en person som har en

⁶⁵ NOU 1993: 18 side 170.

⁶⁶ 15. Desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 118.

”criminal charge against him”, har rett til å være til stede under hovedforhandlingen mot ham.⁶⁷ I medhold av dette og tiltaltes kontradiktoriske rettigheter i artikkel 6 nr. 1 og 3 bokstav c og d består retten også under ankeforhandlingene.⁶⁸ Dette for at tiltaltes kontradiksjonsrettigheter fortfarende skal bestå. Inkludert i retten til en rettferdig rettergang er retten til å bli hørt, likebehandling, kontradiktorisk saksbehandling, reell og forsvarlig vurdering av bevismaterialet og en adekvat begrunnelse av avgjørelsen.⁶⁹ Retten skal møte siktede med et åpent sinn, ikke være forutinntatt eller favorisere en part.⁷⁰ Når det gjelder ”rettergangen” så menes det at ”tvisten skal avgjøres ved et judisielt organ som kan fremby tilstrekkelige garantier for sin uavhengighet og upartiskhet, og etter en fastsatt saksbehandling.”⁷¹

Domstolsadgangen strekker seg lengre enn tilstedeværelsesretten, adgangen betegnes også som en møteplikt. I *Kari-Pekka Pietiläinen mot Finland* stadfester EMD viktigheten av tiltaltes oppmøte ved uttalelsen at det er av ”capital importance” at tiltalte møter i retten.⁷² ”Capital importance” forstås som at det er av betydelig viktighet at tiltalte møter. Han har plikt til å møte slik at han kan ta del i høringen, avgi forklaring og retten kan sammenholde forklaringen opp i mot øvrige vitnemål. Hans vitnemål skal holdes opp mot offerets forklaring. I EMD-dommen *Poitrimol mot Frankrike* presiseres at det er statens ansvar å sørge for at uberettiget fravær ikke forekommer.⁷³ Dette for å ivareta nevnte viktige bestanddeler av en rettferdig rettergang.

En kontradiktorisk rettssak er der partene har full tilgang til informasjon om saken, mulighet til å kommentere alle bevis og få vite alle grunnlag retten bedømmer saken på. Dette kalles også retten til en ”adversarial trial” og ble utdypet i *Edwards and Lewis mot Storbritannia*.⁷⁴ Både forsvaret og påtalemyndigheten skal gis kjennskap til, og få kommentere alle bevis og observasjoner som påberopes av den annen part. For ikke å krenke artikkel 6 nr. 1 betyr dette at påtalemyndigheten må formidle alt bevismateriale til forsvaret. Det må også, i følge

⁶⁷ 12. Februar 1985 *Colozza mot Italia* avsnitt 27.

⁶⁸ 26. Mai 1988 *Ekbatani mot Sverige* avsnitt 24.

⁶⁹ NOU 2005: 9 side 32.

⁷⁰ NOU 2009: 9 side 31.

⁷¹ NOU 2009: 9 side 31.

⁷² 18. November 2009 *Kari-Pekka Pietiläinen mot Finland* avsnitt 31.

⁷³ 23. November 1993 *Poitrimol mot Frankrike* avsnitt 35.

⁷⁴ 27. Oktober 2004 *Edwards and Lewis mot Storbritannia* avsnitt 46.

Brandstetter mot Østerrike, påses at det gis en reell mulighet til å imøtegå alle saksdokumenter.⁷⁵

Oppsummert er utgangspunktet at den straffesiktede har møteplikt og tilstedeværelsesrett ved avholdelse av hovedforhandling. Det stilles krav til staten å påse at rettergangen blir gjennomført på et kontradiktorisk, uavhengig og upartisk vis slik at siktede og øvrige parters rettssikkerhet varetas. Staten har ansvar å sørge for at ikke uberettiget fravær skjer.

4.3.2. Generelt om EMK artikkel 6 nr. 3

Det følger av EMD-dommen *Krombach mot Frankrike* at krav oppstilt i artikkel 6 nr. 3 er bestemte aspekter ved retten til en rettferdig rettergang i artikkel 6 nr. 1.⁷⁶ For å oppfylle kravet om en rettferdig rettergang må staten yte straffesiktede de grunnleggende minimumsrettighetene i artikkel 6 nr. 3. EMK artikkel 6 nr. 3 er fundamentale utslag av det kontradiktoriske prinsipp.⁷⁷ Det finnes ingen adgang til å yte et lavere nivå rettigheter til noen enn minsterrettighetene og fokus må reflektere kravet til en rettferdig rettergang. Minsterrettighetene blir i særdeleshet viktig når tiltalte ikke er til stede under hovedforhandlingen, nettopp for å ivareta retten til en rettferdig rettergang.

I det følgende gjennomgås de vesentligste minsterrettigheter i artikkel 6 nr. 3 bokstav c og d.

4.3.3. Minsterrettigheter i følge EMK artikkel 6 nr 3 bokstav c

Straffesiktede skal garanteres rett til å ”forsvare seg personlig”, eller gjennom ”rettslig bistand etter eget valg”. Videre har den straffesiktede krav på ”vederlagsfri rettslig bistand”, dersom dette kreves i rettferdighetens interesse. Bestemmelsen er tilsvarende SP artikkel 14 nr. 3 bokstav d.

En naturlig språklig forståelse av å ”forsvare seg personlig” er at han har en ”personlig” rett til å utøve sitt ”forsvar”. ”Personlig” betyr at det er straffesiktede selv som har retten. Tiltaltes rett til ”forsvar” betyr retten til å bistå seg selv og å håndheve sine rettigheter. Adgangen tiltalte har til å ”forsvare seg personlig” henviser til tilstedeværelsesretten.⁷⁸ Hans krav på ”rettslig bistand etter eget valg” betyr at han selv skal kunne bestemme hvem som skal yte

⁷⁵ 28. August 1991 *Branstetter mot Østerrike* avsnitt 67.

⁷⁶ 13. Mai 2001 *Krombach mot Frankrike* avsnitt 82.

⁷⁷ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, 2011 side 401.

⁷⁸ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave 2011 side 437.

den rettslige bistand, å kunne velge sin egen forsvarer. Bestemmelsen garanterer retten til et tilstrekkelig forsvar, personlig eller gjennom forsvarer.

Et tilstrekkelig forsvar skal være praktisk og effektivt og må ses i sammenheng med både kontradiksjons- og effektivitetsprinsippet. Statene kan selv definere hva som er praktisk og effektivt så lenge det samsvarer med en rettferdig rettergang.

Som følge av sakens kompleksitet kan tiltaltes tilstedeværelse være nødvendig for at rettergangen skal kunne konstateres å ha vært rettferdig. EMD-dommen *Kremzow mot Østerrike* omhandlet en tidligere dommer tiltalt for drap, som han også hadde tilstått.⁷⁹ Etter pågripelsen ble han internert i et mentalsykehus, som følge av selvmordsfare, deretter tiltalt for drap og idømt 20 års fengsel til soning i mentalinstitusjon. Under ankeforhandlingene var tiltalte ikke tilstede, men representert ved oppnevnt forsvarer. Domfelte var til soning ved ankerettssaken og mislyktes, av ukjente grunner, å forespørre sin tilstedeværelse. Høyesterett skulle avgjøre om straffen skulle økes til livsvarig fengsel samt hvorvidt Kremzow skulle sone i ordinært fengsel eller mentalinstitusjon. Tiltaltes motiv for gjerningen ble også avdekket, i tillegg til sinnstilstand og karakter på gjerningstidspunktet. For EMD anførte staten at Kremzow selv burde søkt om permisjon siden han som tidligere dommer, kjente til reglene. Utfallet av saken kunne føre til stor skade for domfelte. Nasjonal rett ga adgang til avhenting og fremstilling for retten når personlige tilstedeværelse er nødvendig. EMD konkluderte med krenkelse av retten til ”å forsvare seg personlig” i følge artikkel 6 nr. 3 bokstav c ved at tiltalte ikke var avhentet siden hans tilstedeværelse var av essensiell betydning for ”fairness” i rettergangen. Det var statens positive plikt å besørge hans tilstedeværelse.

Bestemmelsen stadfester også statens ansvar til å yte vederlagsfri ”legal assistance” til en ”charged with a criminal offence” dersom han selv ikke kan betale for den, dette følger av blant annet *Benham mot Storbritannia*.⁸⁰ Dette er med på å sørge for rettferdighet i saken. Det er avgjørende for tilliten til rettssystemet, at tiltalte får et tilstrekkelig forsvar både i første instans og i en eventuell ankeinstans.⁸¹

Det kan vanskelig tenkes at retten til å ”forsvare seg personlig” ivaretas når tiltalte ikke er til stede i retten. Som følge av at manglende tilstedeværelse, har tiltalte heller ingen mulighet til

⁷⁹ 21. September 1993 *Kremzow mot Østerrike* avsnitt 8 og 67-68.

⁸⁰ 10. Juni 1996 *Benham mot Storbritannia* avsnitt 64.

⁸¹ 22. September 1994 *Lala mot Nederland* avsnitt 33.

å uttale seg eller personlig imøtegå vitnemål og beviser. For at retten til en rettferdig rettergang skal varets på en god måte må det spesielt vises aktsomhet når tiltalte ikke er til stede. Det er også et spørsmål om tiltaltes rettigheter i realiteten blir tilstrekkelig ivaretatt, eller om effektivitetshensyn veier tyngre når domstolens skjønn avgjør at rettssaken kan avholdes uten siktede til stede.

4.3.4. Minsterrettigheter i følge EMK artikkel 6 nr 3 bokstav d

Bestemmelsen gir tiltalte rett til å ”avhøre” eller ”la avhøre” vitner som føres imot ham samt på egne vegne innkalle og avhøre vitner. Det er av vesentlig betydning at dette skjer ”under samme vilkår” som vitner som føres mot ham. Bestemmelsen er tilsvarende SP artikkel 14 nr. 3 bokstav e.

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen er at tiltalte skal gis anledning til selv å bli avhørt ved å avgi sin forklaring. Han kan kreve innkalt vitner under hovedforhandlingen samt, vanligvis ved advokat, imøtegå og spørre ut vitner i forbindelse med deres vitnemål eller fremføring av øvrige bevis. Dette skal skje under ”samme vilkår”, som betyr at påtalemyndigheten og tiltalte skal ha omtrentlig like forhold under rettssaken, kalt ”equality of arms”.

I artikkel 6 nr. 3 bokstav d fremkommer både kontradiksjonsprinsippet og retten til krysseksaminasjon klart. Tiltaltes rett til krysseksaminasjon er kjernen i kontradiksjons- og bevisumiddelbarhetsprinsippet.⁸² Som hovedregel skal alle beviser, inkludert vitnemål, fremføres foran den dømmende rett. Situasjoner kan imidlertid tenkes der dette ikke er mulig. Tiltaltes kontradiksjonsrett kan være problematisk når han selv eller vitnet ikke er til stede. Eksempelvis mindreårige vitner som har avgitt politiforklaring og ikke er pliktig å vitne under hovedforhandlingen. Et annet eksempel er at tiltalte, som følge av omstendigheter, bortvises fra retten. Det kan også være tilfeller der anonymisering av vitner er nødvendig av hensyn til rikets sikkerhet, etterforskning eller vitnet selv.

I *Idalov mot Russland* var tiltalte utelukket fra retten som følge av utilbørlig opptreden og derved ute av stand til å krysseksaminere vitnene.⁸³ I ankesaken, der domstolen hadde adgang til å bedømme både juss og faktum, var både han og forsvareren til stede. Imidlertid tillot ikke

⁸² Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave 2011 side 441.

⁸³ 22. Mai 2012 *Idalov mot Russland* avsnitt 175, 178 og 180-182.

ankedomstolen at bevis ble vurdert på nytt eller at vitner ble avhørt på nytt. EMD konstaterte krenkelse som følge av manglende mulighet for kontradiksjon.

I *Vidal mot Belgia* hevdet tiltalte at retten, ved å nekte ham å avhøre egne vitner, hadde frarøvet ham eneste mulighet til å bevise sin uskyld.⁸⁴ I tingretten ble det ført flere vitner som bekreftet tiltaltes uskyld. Tiltalte ble frikjent men påtalemyndigheten anket. I denne saken hadde lagmannsretten ikke hørt vitneforklaringer, verken fra forsvaret eller påtalemyndigheten, og det forelå ingen nye bevis. Lagmannsretten idømte fire års fengsel, utelukkende på foreliggende dokumenter, men begrunnet ikke avgjørelsen. EMD konkluderte følgelig med krenkelse siden forsvarets rettigheter var så innskrenket at det ikke var forenelig med kravet til en rettferdig rettergang.

Å garantere en rettferdig rettergang kan være problematisk der eneste vitner er nærstående som ikke er pålagt å avgi forklaring. Dette fikk man se i *Unterpertinger mot Østerrike* der tiltalte var dømt for legemsbeskadigelse mot sin kone og datter, utelukkende på avgitte politiforklaringer.⁸⁵ De nærstående var ikke pliktige til å avgi forklaring for domstolen og påtalemyndigheten krevde at tidligere avgitt politiforklaring skulle fremlegges som bevis. EMD uttalte at det ikke var konvensjonsstridig å lese opp politiforklaringer men at det ikke måtte stride mot forsvarets rettigheter. EMD konkluderte med krenkelse som følge av at Unterpertinger, ikke på noe stadium i saksgangen, hadde fått imøtegå politiforklaringene. Siden hans kone også var mistenkt for eventuelt å ha beskadiget ham var det ekstra viktig at han fikk imøtegå forklaringene hennes, dette for å kunne sette hennes troverdighet i søkelyset. Det er krav til at også vitnets forklaring skal verifiseres og da blir tiltaltes rett til imøtegåelse viktig.

I saken *Craxi mot Italia* var ikke tiltalte til stede og som følge av hans manglende tilstedeværelse ble saken ført av hans advokater.⁸⁶ Et av vitnene var død men hadde avgitt politiforklaring. Den nasjonale domstolen tillot opplesing, denne opplesningen fant EMD krenkende ovenfor tiltalte, som følge av manglende mulighet for krysseksaminasjon av vitnet. EMD uttalte at det var uforenelig med garantiene i artikkel 6 å tillate opplesning når bevisets styrke i forbindelse med domfellelse utelukkende, eller i avgjørende grad, var basert på vitnemålet fra denne personen.

⁸⁴ 22. April 1992 *Vidal mot Belgia* avsnitt 30 og 33-35

⁸⁵ 24. November 1986 *Unterpertinger mot Østerrike* avsnitt 30-31 og 33-34.

⁸⁶ 5. Desember 2002 *Craxi mot Italia* avsnitt 70, 86 og 94.

Som nevnt i de foregående dommer er det to vilkår for bruk av politiforklaringer, dersom vitnet ikke kan avgi forklaring i retten. For det *første* må være en god grunn for at vitnet ikke kan avgi vitnemål.⁸⁷ For det *andre* er det spørsmål om bevisets stilling når vitnemålet er fellende bevis i saken, fra en som det ikke hadde vært anledning for å krysseksaminere. Dette var forhold retten måtte ta stilling til i storkammeravgjørelsen *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*. I førstnevnte sak var en av to fornærmede død, det forelå da en god grunn for at hun ikke kunne vitne. I retten ble det avgitt vitnemål samsvarende med avdødes politiforklaring, både fra hennes venner og fornærmede nummer to. Særlig siden den døde kvinnens vitnemål var i samsvar med medfornærmedes forklaring, mente EMD at det vanskeligere kunne oppdrives en mer avgjørende stadfestelse når det gjaldt hennes vitnemål. Selv om det var til ulempe for forsvaret at politiforklaringen ble lest opp, ble det ikke ansett som krenkende for tiltalte, nettopp fordi vitnemålet samsvarte med andre avgitte forklaringer.

I Taherys tilfelle konkluderte et enstemmig EMD med krenkelse.⁸⁸ Et vitne hevdet at represaliefrykt var årsaken til at han ikke turte å vitne. Vitnet var det eneste vitne, og hovedbevis, i forbindelse med en knivstikking der selv fornærmede ikke visste hvem knivstikkeren var. Domfellelse uten dette vitnemålet ble ansett umulig og politiforklaring ble tillatt opplest. EMDs konkluderte med at tiltaltes rett til en rettferdig rettergang ikke var varetatt som følge av at han ikke hadde fått krysseksaminere vitnet samt som følge av at vitnets pålitelighet ikke ble prøvet.

Hva angår opplesning av politiforklaringer er også Norge dømt for konvensjonskrenkelse. Saken *Kaste og Mathisen mot Norge* omhandlet påstand om krenkelse av artikkel 6 nr. 1 og 3 bokstav d.⁸⁹ Saksfremstilling var at under ankesaken mot to personer nektet den ene å avgi forklaring i retten og hans politiforklaring ble da besluttet lest opp. Advokaten ønsket å stille spørsmål til straffesiktede men ble nektet dette grunnet at straffesiktede ikke hadde avgitt forklaring. EMD konkluderte med krenkelse av begge bestemmelser. Å ikke avgi forklaring er ingen plausibel grunn for å nekte kontradiksjon.

Bokstav d gjenspeiler ”equality of arms”, jevnbyrdighet eller likestilling mellom partene og må også reflektere kravet til en rettferdig rettergang og tiltaltes rett til å forsvare seg selv. Likhet i de prosessuelle ressurser er et grunnleggende element av bestemmelsen om fair

⁸⁷ 15. Desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 119-120 og 153-158.

⁸⁸ 15. Desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* avsnitt 159-165.

⁸⁹ 9. November 2006 *Kaste og Mathisen mot Norge* avsnitt 51-56.

trial.⁹⁰ Innfortolket i retten er eksempelvis omtrentlig likt antall vitner, lik tilgang på saksdokumenter, samme fasiliteter i forbindelse med pauser fra rettssaken, samme tid og mulighet til å prosedere m.m. Jevnbyrdighet mellom partene ble godt beskrevet i *Dombo Beheer m.fl. mot Nederland* der et vitne ble nektet å avgi forklaring mens ett av motpartens vitner ble tillatt hørt. EMD anså dette å være i strid med retten til en ”fair balance” mellom partene da hver part må gis rimelig mulighet til å presentere sin sak på en slik måte at ikke den ene får betydelig ulemper i forhold til motparten. ”Equality of arms” var ikke ivaretatt av den nasjonale domstolen.⁹¹

4.3.5. Rettslige prinsipper som anerkjenner tiltaltes rettigheter

Europarådet har utarbeidet generelle prinsipper for ”Judgements in absentia”.⁹² Disse er sammenfattet i storkammerdommen *Sejdovic mot Italia* og oppstiller statens generelle plikter i forbindelse med domfellelse in absentia.⁹³

4.3.5.1. Utledelede rettsprinsipper i forbindelse med domfellelse in absentia

For det *første* har staten plikt til å sørge for tiltaltes rett til tilstedeværelse ved høringen, slik at han kan utøve sin rett til å forsvare seg personlig. Staten skal sikre at deres lover er i samsvar med artikkel 6 og at de prosessuelle virkemidler er effektive. Straffesiktede skal gis adgang til å anke og hans tilstedeværelse må garanteres enten i første instans eller ved ankeforhandlingen, noe annet vil være en underoppyllelse av rettsikkerheten. Det må kunne forsikres at høringen har vært ubetinget rettferdig.

For det *andre* skal staten vareta tiltaltes rettssikkerhet når han fraskriver seg retten til å være tilstede under rettssaken. Staten skal sikre at fraskrivelsen skjer på en utvetydig måte i samsvar med konvensjonens mål og at straffesiktede kan forutberegne konsekvensen av fraskrivelsen. Videre er det ikke straffesiktede som skal bevise en eventuell unnvikelse fra domstolsbehandling men samtidig er det opp til statens skjønn å vurdere om fraværet er legitimt.

⁹⁰ NOU 2001: 32 A side 143 og 172.

⁹¹ 27. Oktober 1993 *Dombo Beheer m.fl. mot Nederland* avsnitt 33.

⁹² www.coe.intl

⁹³ 1. Mars 2006 *Sejdovic mot Italia* avsnitt 81-95.

For det *tredje* har staten plikt til å informere straffesiktede om siktelsen så raskt som mulig, på et språk han forstår. Plikten oppstiller også krav til detaljert beskrivelse av tiltalen, dette for å sikre en rettferdig rettergang.

Det *fjerde* kravet som stilles til staten er å sørge for tiltaltes rett til å bli representert av forsvarer, eventuelt offentlig oppnevnt. Dette er en fundamental virkning av retten til en rettferdig rettergang da en straffesiktet har rett til et tilstrekkelig forsvar, både når han ikke er tilstede, i første instans og i ankeforhandlingene. Også av denne grunn er det viktig at tiltalte møter og staten må være i stand til å motvirke uberettiget fravær. Staten skal også sørge for at tiltaltes rettigheter ikke kun er teoretisk eller illusorisk, men at de er praktiske og effektive. Forsvareropdraget er i hovedsak mellom tiltalte og forsvareren men staten må gripe inn dersom svikt i rettshjelpen avdekkes.

I det følgende analyseres ovennevnte med eksempler fra praksis fra EMD.

4.3.5.2. “Take part in the hearing and to obtain a new trial”

Ovennevnte prinsipp innebærer krav både på faktisk adgang til retten så vel som møteplikt, ta del i høringen, krav på tilstedeværelse og rett til ankebehandling. Domstolsadgangen kommer delvis til syne i artikkel 6 nr. 1 første setning og EMD har slått fast at domstolsbehandlingen også følger implisitt av bestemmelsen.⁹⁴ Imidlertid er den faktiske domstolsadgangen ikke absolutt og en avholdelse av hovedforhandling uten tiltalte til stede er ikke alltid i strid med konvensjonen.⁹⁵

Staten må påse at domstolsadgangen til individet ikke krenkes. Anledning til å ta ut søksmål, er en del av retten til å forsvare seg personlig. I EMD-saken *Golder mot Storbritannia* var anliggende at fangen Golder mistenktes å ha påført en fangevokter skader i forbindelse med et fangeopprør.⁹⁶ Som følge av siktelsen ble det opprettet sak som i ettertid ble dementert av fangevokteren. Golder ønsket å begjære søksmål for ærekrenkelse men ble nektet av staten å ta kontakt med advokat. Menneskerettighetsdomstolen konkluderte at myndighetene hadde ”prevent him from commencing an action”⁹⁷, ved at han ble fratatt sin faktiske mulighet til å få sine borgerlige rettighets- og plikter avgjort av en domstol. I *Ashingdane mot Storbritannia* fremkommer det rettslige rom for begrensninger i domstolsadgangen. Saken omhandlet i

⁹⁴ NOU 2003: 7 side 32.

⁹⁵ 22. Mai 2012 *Idalov mot Russland* avsnitt 171.

⁹⁶ 21. Februar 1975 *Golder mot Storbritannia* avsnitt 35-36.

⁹⁷ 21. Februar 1975 *Golder mot Storbritannia* avsnitt 26.

hovedsak Ashingdanes langvarige frihetsberøvelse i spesialisert sykehus selv om han var erklært overflytningsklar til ordinær psykiatrisk sykehusbehandling. Årsaken til den manglende overflytning var lokale myndigheters vegring mot å ta han imot. Klagen for EMD var begrunnet i krenkelse av flere bestemmelser, deriblant artikkel 6 nr. 1. EMD konstaterte at domstolsadgangen eller begrensningen staten kan tillate seg, i medhold av nasjonale regler, må ta hensyn til rettssikkerheten i et demokratisk samfunn. Når det er adgang til å begrense domstolsadgangen betyr det at staten har anledning til å utvise et visst skjønn. I dette tilfellet var skjønnsutøvelsen legitim og EMD konkluderte at det ikke forelå noen krenkelse. EMD uttalte også at begrensningene staten kan utøve overfor borgerne ikke må degradere selve kjernen i domstolsadgangen og heller ikke gå på bekostning av individuelle rettigheter slik at rettighetene svekkes. For at begrensningen som statene kan gjøre, ikke skal stride mot artikkel 6 nr. 1, må den forfølge et legitimt mål samt at det må være rimelig proporsjonalitet mellom midler som anvendes og målet som søkes oppnådd.⁹⁸

Det viktigste staten må påse når det gjelder ivaretagelsen av en rettferdig rettergang, er at straffesiktedes rett til kontradiksjon varetas. I EMD-dommen *Goddi mot Italia* var forholdet slik at rettssaken mot Goddi var utsatt gjentatte ganger, av ulike årsaker. Ved avholdelse av hovedforhandling møtte verken tiltalte eller forsvareren. Tiltalte satt i fengsel og fikk ikke mulighet til å være til stede under straffesaken mot ham.⁹⁹ I følge ham selv fikk han ikke gehør av de fengselsansatte for at han var innstevnet til rettssak og han fikk ikke meldt i fra til domstolen at han ikke kunne møte. Advokaten hans fikk ikke tilsendt innstevningen, da denne var sendt til tiltaltes tidligere advokater, og den ad hoc oppnevnte advokat fikk ikke tid til å forberede Goddis forsvar. Goddis rett til å forsvare seg selv og bli hørt var ikke respektert. Det ble konstatert krenkelse av artikkel 6 nr. 3 bokstav c som følge av at bestemmelsens formål ikke var oppfylt. EMD uttalte imidlertid at staten ikke kunne lastes for manglende oppfyllelse av bestemmelsen med tanke på Goddis fengsling men at staten hadde unnlatt å varsle Goddis advokat fratok han muligheten til et praktisk og effektivt forsvar. Dommen stadfester at det ikke er alle feil staten kan lastes for. Dersom det er slik at manglende fraværsmelding skyldes tiltaltes egne forhold kan ikke staten ansvarliggjøres for konvensjonsbrudd men når staten ikke evner å melde fra om hovedforhandlingen til forsvareren, som allerede har representert tiltalte i retten, anses det som en krenkelse.

⁹⁸ 28. Mai 1985 *Ashingdane mot Storbritannia* avsnitt 57.

⁹⁹ 9. April 1984 *Goddi mot Italia* avsnitt 26-27 og 30.

Det kan vanskelig ses hvordan straffesiktedes forsvar blir tilstrekkelig effektivt og praktisk, og ikke minst rettferdig, eksempelvis i tilfeller der han bortvises. I EMD-dommen *Idalov mot Russland* var saksforholdet at tiltalte ble bortvist fra retten som følge av utilbørlig opptreden og fikk ikke være til stede ved bevisførsel og vitneavhør.¹⁰⁰ Idalov fikk først komme tilbake når sluttinnleggene skulle presenteres. Domstolen idømte 15 års fengsel men, etter advokatens anke, ble straffen redusert til 10 års fengsel. EMD konstaterte at det er akseptabelt å bortvise tiltalte som følge av uheldig oppførsel men det påhviler rettens formann, før utestegning, å påse at tiltalte forutser konsekvensen av oppførselen.¹⁰¹ Dette gjøres i form av advarsler eller kort utsettelse for å informere om konsekvensen oppførselen kan medføre. Videre må domstolen synliggjøre vurderingen av tiltalte mulige tilbakekomst, dersom han oppfører seg tilfredsstillende. Som følge av at det verken ble gitt advarsel, informert om konsekvenser eller vurdert mulig retur for tiltalte, konkluderte EMD med krenkelse av artikkel 6 siden Idalov ikke fikk vareta tilstedeværelsesretten.

Tiltaltes tilstedeværelse i retten gir mulighet for å bedømme hans reaksjoner, ansiktsuttrykk osv., noe som kan være med på å gi et rettferdig bilde av den antatte gjerningsperson. Retten kan se ham, vurdere hans sannferdighet og forklaring osv. I EMD-dommen *Ekbatani mot Sverige* var Ekbatani dømt skyldig for å ha fornærmet en trafikkassistent i tjeneste. Etter prosesskriv partene imellom besluttet ankedomstolen, mot Ekbatanis innsigelser, at ankesaken skulle forløpe skriftlig, uten nye vitnemål eller vitner.¹⁰² Lagmannsretten kunne, etter nasjonal rett, ikke øke straffen og avsa dom i samsvar med første instans. Når det gjelder behandling i første instans, uttalte EMD, at det er et generelt prinsipp om at tiltalte bør ha tilstedeværelsesrett. Dette kravet var oppfylt, men i den foreliggende sak skulle lagmannsretten undersøke både fakta og juss. Da spesielt siden det var snakk om avgjørelse av skyld eller ikke skyld siden Ekbatani hevdet han ikke hadde gjort ugjerningen. For å ivareta retten til en ”rettferdig rettergang” skulle tiltalte og fornærmede vært gitt adgang til å vitne på nytt, også i ankebehandlingen. EMD konstaterte krenkelse.

I tilfelle tiltalte ikke er tilstede gir prinsippet ovenfor en som er dømt in absentia, krav på ny rettergang der både juss og faktum kan prøves. Dette følger av SP artikkel 14 nr. 5 og EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 2. Ankeadgangen følger også av atskillige EMD-dommer. I EMD-dommen *Idalov mot Russland* konstaterer EMD at det avgjørende er at det er mulig å få prøvd

¹⁰⁰ 22. Mai 2012 *Idalov mot Russland* avsnitt 18-20.

¹⁰¹ 22. Mai 2012 *Idalov mot Russland* avsnitt 177-178.

¹⁰² 26. Mai 1988 *Ekbatani mot Sverige* avsnitt 24-33.

saken hos en høyere rettsinstans der både lov og faktum tillates prøvd.¹⁰³ Det er et vilkår ved ankebehandlingen at tiltalte tillates å være til stede i retten.

Slutningen er at det anses som en rettferdig rettergang selv om tiltalte ikke er til stede, så lenge alle sider av saken kan prøves ved ankebehandlingen. Dette betyr en fullstendig ny rettssak foretas der både bevisførsel, vitnemål og høring av tiltalte og vitner føres.

4.3.5.3. “Waiver of the right to appear at the trial”

Straffesiktede kan fraskrive seg retten til tilstedeværelse ved domstolsbehandlingen, samtykket betyr å frasi seg retten til å forsvare seg personlig. Imidlertid er det vilkår for å fraskrive seg denne retten og det er statens ansvar å påse at disse vilkårene ikke krenkes. Dersom det er mistanke om at tiltalte har unnveket domstolsbehandlingen må unnvikelsen bevises.

Det følger av EMD-dommen *Idalov mot Russland* at det ikke er konvensjonsstridig at tiltalte samtykker til at hovedforhandling avholdes uten ham selv til stede. Han skal likevel sikres en rettferdig rettergang. Det må med rimelighet garanteres at vedkommende har forstått konsekvensen av sitt samtykke og ytrer dette utvetydig. Samtykket må heller ikke stride mot viktige offentlige interesser.¹⁰⁴

Når tiltalte har samtykket til domstolsbehandling uten han til stede blir det et spørsmål om han har samme rettigheter til forsvarer som ved ordinær domstolsbehandling. I EMD-dommen *Poitrimol mot Frankrike* hadde Poitrimol unnlatt å møte til hovedforhandling, som følge av at han sto i fare for å bli arrestert siden han hadde kidnappet sine barn. Han hadde bedt om at hans advokat skulle representere han. Men i følge nasjonal rett, gjaldt ikke retten til forsvarer for personer det var utstedt arrestordre på. Poitrimol hevdet at statens nektelse av advokatrepresentasjon var konvensjonsstridig og at han ikke hadde fått en rettferdig rettergang, siden han ikke kunne møte i rettssalen grunnet arrestordren. Spørsmålet EMD måtte ta stilling til var om straffesiktede, som frivillig hadde oppgitt sine rettigheter til et personlig forsvar, automatisk også mistet retten til ”legal assistance of his own choosing”. EMD konkluderte at alle som er straffesiktet har krav på et effektivt forsvar av en advokat og konstaterte konvensjonskrenkelse.

¹⁰³ 22. Mai 2012 *Idalov mot Russland* avsnitt 170-171.

¹⁰⁴ 22. Mai 2012 *Idalov mot Russland* avsnitt 171-173.

Dersom tiltalte mistenkes for å ha unnveket domstolsbehandlingen er det ikke han selv som har bevisbyrden for at han ikke søkte å unngå dom eller at hans fravær skyldes force majeure.¹⁰⁵ Bevisbyrden ligger hos staten.

4.3.5.4. “Right of a person charged with a criminal offence to be informed of the accusations against him”

En bestanddel av en rettferdig rettergang og retten til å forsvare seg personlig er at staten må dokumentere at tiltalte har fått informasjon om rettssaken. Plikten presiserer varslingens viktighet og gir staten ansvar for å sørge for å underrette straks på et språk han forstår samt innhold i og grunnen til siktelsen.

Dette følger av storkammerdommen *Sejdovic mot Italia* der domfelte klaget på at han var dømt in absentia til 21 års fengsel for drap og ulovlig besittelse av våpen, uten at han hadde fått anledning til å presentere sitt forsvar overfor italienske domstoler.¹⁰⁶ EMD konkluderte med krenkelse av artikkel 6 da tiltaltes rett til forsvar var krenket. Det var ikke, i tilstrekkelig grad, dokumentert at domfelte offisielt hadde fått informasjon om siktelsen mot ham. Georg Brozicek i EMD-dommen *Brozicek mot Italia* var bosatt i Tyskland men mottok stevning på italiensk, returnerte denne med krav om å få den tilsendt på et språk han forsto. Dette mottok han ikke og idømtes 5 måneders betinget fengsel in absentia.¹⁰⁷ Han fikk ikke kjennskap til dommen før tre år etterpå. EMD konkluderte med krenkelse som følge av at Italia ikke gjorde nok for å sørge for at Brozicek fikk kunnskap om hovedforhandlingen mot ham. Staten kommuniserte ikke med han på et språk han forsto i tillegg til at de unnlot å informere han om dommen.

I EMD-dommen *T. mot Italia* ble det avholdt hovedforhandling uten tiltalte til stede. Staten klarte ikke godtgjøre at straffesiktede bevisst hadde unngått rettssaken mot ham.¹⁰⁸ T. var klar over voldtektsanklagen men denne kunnskapen var imidlertid kommet fra ikke-offisielt hold. Domstolen uttalte at en vag og uformell kunnskap ikke er nok, de prosessuelle og materielle krav må overholdes da de skal garantere effektiv gjennomføring av tiltaltes rettigheter. Straffesiktede må få anledning til å utøve sin rett til et effektivt forsvar. EMD konkluderte at

¹⁰⁵ 12. Februar 1985 *Colozza mot Italia* avsnitt 30.

¹⁰⁶ 1. Mars 2006 *Sejdovic mot Italia* avsnitt 13-17 og 57-58.

¹⁰⁷ 19. Desember 1989 *Brozicek mot Italia* avsnitt 38-41 og 43-46.

¹⁰⁸ 12. Oktober 1992 *T. mot Italia* avsnitt 28-30.

staten hadde krenket artikkel 6 om kravet om en rettførdig rettergang når de avholdte hovedforhandlingen in absentia.

4.3.5.5. “Representation by counsel of defendants tried in absentia”

Når tiltalte ikke er til stede under hovedforhandlingen, som følge av møteunntakelse eller er utestengt, oppstår spørsmålet om hva som er innholdet i statens ansvar for å sørge for rettslig bistand i medhold av artikkel 6 nr. 3 bokstav c.

Det er en del av nevnte artikkel og straffesiktedes rett til å forsvare seg personlig at han har rett til forsvarerrepresentasjon, også når han ikke er til stede i retten. Retten til rettslig bistand starter fra første politiavhør i en kriminalsak, dette stadfestet EMD i storkammeravgjørelsen *Salduz mot Tyrkia*.¹⁰⁹ Det ble videre beskrevet av domstolen, i nevnte sak, at selv om det ikke er et helt absolutt krav, så har alle straffesiktede krav på et effektivt forsvar av en advokat. Når tiltalte ikke er til stede under hovedforhandlingen blir retten til ”rettslig bistand” viktigere, dette konstaterte EMD i *Karatas og Sari mot Frankrike* der forsvarerne ble nektet å bistå i forbindelse med tiltaltes uteblivelse.¹¹⁰ Selv om uteblivelsen ikke var unnskyldelig, slo domstolen fast at straffesiktede ikke kan fratras rett til advokatbistand fra en advokat som han selv har anerkjent. Domstolen skal sikre at advokaten som opptrer på vegne av sin klient får utføre forsvarerjobben. Det kan ikke rettførdiggjøres at advokatene ikke blir hørt som følge av omstendigheter omkring tiltaltes fravær siden retten til et effektivt forsvar er en av de grunnleggende elementer av en rettførdig rettergang.

Når tiltalte ikke er til stede under rettergangen er ikke hans rett til å utøve forsvarergjerningen personlig, men det følger av *Melin mot Frankrike* at dersom vedkommende ikke vil ha advokat må en helhetsvurdering avgjøre om han skal tvinges til å la seg bistå.¹¹¹ I følge EMD-dommen *Vyerentsov mot Ukraina*, kan ikke retten til en forsvarer begrenses, dette kan skade tiltaltes rett til et forsvar.¹¹² I denne saken hadde tiltalte uttrykkelig bedt om forsvarer men ble nektet dette som følge av at han var forsvarer selv. Når sakens kompleksitet tilsier bruk av forsvarer kan ikke en juridisk bakgrunn nekte ham det. Et slikt avslag er både ulovlig og vilkårlig.

¹⁰⁹ 27. November 2008 *Salduz mot Tyrkia* avsnitt 52.

¹¹⁰ 16. Mai 2002 *Karatas og Sari mot Frankrike* avsnitt 52, 54 og 57-62.

¹¹¹ 22. Juni 1993 *Melin mot Frankrike* avsnitt 24-25.

¹¹² 11. Juli 2013 *Vyerentsov mot Ukraina* avsnitt 78.

En straffesiktet har krav på juridisk bistand etter eget valg, ”after own choosing”. Dette følger av *Pakelli mot Tyskland*.¹¹³ Det følger av praksis fra EMD at man skal ta hensyn til ønsker fra siktede om en bestemt forsvarer men retten er imidlertid ikke absolutt.¹¹⁴ Dersom valg av en bestemt forsvarer, fører til store forsinkelser i rettergangen kan effektivitetshensyn være et unntak fra det frie forsvarervalg.

I dommen *Idalov mot Russland* hadde tiltalte krevd å bytte advokat, ønsket ble ikke etterkommet av retten. Idalov mente det var hans rett til å velge egen rettslig bistand.¹¹⁵ Det er flere momenter som veies opp mot tiltaltes ønske om forsvarerbytte, blant annet fremdrift av saken, rimelig tidsbruk og øvrige effektivitetshensyn. Videre må en vurdering av tiltaltes begrunnelse for forsvarerbyttet, hvor saken står, om den nye forsvarer er kvalifisert og har anledning til å ta saken samt på hvilket tidspunkt vedkommende kan stille.¹¹⁶

Dersom tiltalte ikke er fornøyd med hvordan forsvareren utøver sin forsvarergjerning blir spørsmålet om staten er ansvarlig for kvaliteten på arbeidet til den offentlig oppnevnte eller tiltaltes ønskede forsvarer. I EMD-dommen *Artico mot Italia* uttales at staten ikke holdes ansvarlig for enhver brist i at oppnevnt rettshjelper kommer til kort, men forholdene tatt i betraktning skal myndighetene ta nødvendige skritt for å sikre tiltaltes rett til et effektivt forsvar.¹¹⁷

Det neste spørsmålet er om tiltalte kan identifiseres med sin forsvarer. Dette besvarer EMD, blant annet i saken *Solakov mot Makedonia*. EMD måtte avgjøre om forhandlingene i sin helhet, og om prosedyren ved bevisopptakene, hadde vært rettferdig overfor tiltalte.¹¹⁸ Solakov var mistenkt for narkotikasmugling og forsvarerne hans, som befant seg i Makedonia, deltok ikke ved vitneavhør i USA. Dette selv om de var lovlig innkalt. EMD fant at Solakov og hans forsvarere ikke på noen stadier i saksbehandlingen, hadde ytret ønske om krysseksaminasjon og konkluderte at det ikke var krenkende at tiltalte ikke hadde fått anledning til å krysseksaminere vitnene.¹¹⁹

¹¹³ 25. April 1983 *Pakelli mot Tyskland* avsnitt 31.

¹¹⁴ NOU 2006: 10 side 99.

¹¹⁵ 22. Mai 2012 *Idalov mot Russland* avsnitt 167.

¹¹⁶ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave 2011 side 438.

¹¹⁷ 13. Mai 1980 *Artico mot Italia* avsnitt 33.

¹¹⁸ 31. Oktober 2001 *Solakov mot Makedonia* avsnitt 57.

¹¹⁹ 31. Oktober 2001 *Solakov mot Makedonia* avsnitt 61-62.

4.4. Oppsummering og konklusjon

Statens plikter å ikke hindre tiltaltes domstolsadgang, både når det gjelder å ta ut søksmål og tilstedeværelse under hovedforhandlingen. Dette i medhold av tiltaltes rett til å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter, hans rett til kontradiksjon og en rettferdig rettergang.

Domstolsadgangen er imidlertid ikke absolutt og staten tillates skjønnsutøvelse, men skjønnet må ikke komme i konflikt med hovedregelen om en rettferdig rettergang. Det er statens ansvar å besørge straffesiktede med detaljert kunnskap om beskyldningene mot ham så raskt som mulig på et forståelig språk. Videre må staten gjøre det de makter for å kommunisere siktelsen og innkalling til hovedforhandling.

Staten er ansvarlig for at tiltalte får et effektivt og praktisk forsvar og i dette ligger også et krav om tid og anledning til å forberede forsvaret. Som hovedregel har straffesiktede krav på forsvarer, imidlertid ikke ubetinget rett til å velge denne selv. I enkelte tilfeller tillates det at tiltalte forsvare seg selv. Tiltalte har mulighet for forsvarerbytte dersom det ikke er tyngende for fremdriften og effektiviteten i saken. Dersom han ikke møter i retten har hans forsvarere rett til å utøve deres tjeneste for tiltalte og om han ikke kan betale forsvareren selv, kan han ha krav på forsvarer gratis. Staten er ansvarlig for å sikre at tiltaltes rettigheter ivaretas av forsvareren, men i hovedsak, er utførelsen av forsvarerjobben en sak mellom tiltalte og forsvarer.

En straffesiktet har adgang til å fraskrive seg retten til å forsvare seg selv men dette må gjøres på en utvetydig måte som ikke krenker det overordnede kravet om en rettferdig rettergang. Myndighetene skal ikke stole på antagelser, straffesiktede må gi avkall i klartekst. Bevisbyrden for at en person har forsøkt å unnvike rettergangen, ligger hos staten.

Dersom tiltalte hindres i å møte til hovedforhandlingen eller utestenges, har han rett til en fullstendig ankebehandling der alle sider av saken hans behandles på nytt. En skriftlig ankebehandling er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig. Staten kan imidlertid ikke lastes for alle eventualiteter, eksempelvis forhold som ikke er kommet til deres kunnskap som at tiltalte er forhindret fra å møte til hovedforhandlingen. Videre er det krav om at en tilbakeføring vurderes fortløpende, dersom tiltalte utestenges fra retten.

Opplesing av politiforklaringer og andre opplesninger er ikke i strid med konvensjonen så lenge retten til kontradiksjon er varetatt. Bruken av politiforklaringer begrenses til tilfeller der det er anledning til krysseksaminasjon eller at politiforklaringen kan verifiseres med andre

vitnemål. Dersom opplesningen er hovedbevis i saken og det ikke er, eller har vært mulighet for krysseksaminasjon, skal beviset avskjæres. En siktet som selv har nektet å avgi forklaring har fortsatt rett til selv å bli krysseksaminert. Et vitnes frykt kan være en legitim grunn for å ikke avgi vitnemål i retten. Dette vil igjen medføre begrenset mulighet for krysseksaminasjon fra forsvarets side.

Det overordede prinsippet er at rettergangen, etter en helhetsvurdering, anses rettferdig for både siktede, ofre og offentligheten. I helhetsvurderingen inngår muntlighet, mulighet for kontradiksjon, jevnbyrdighet mellom partene, kjennskap til og rett til å kommentere alle bevis, som også skal gjennomgås skikkelig av retten. Et av de viktigste vilkår, for å avholde hovedforhandling uten tiltalte til stede, er muligheten for å anke til en høyere rettsinstans der både juss og faktum kan prøves.

Konklusjonen på problemstillingen er at staten har en positiv plikt etter EMK å sikre at tiltalte er tilstede under hovedforhandlingen eller ankeforhandlingen, dette for at saken skal bli fullstendig opplyst.

5. ER EFFEKTIVITETSHENSYN TILLAGT STØRRE VEKT I NORSK RETT ENN DET EMK ARTIKKEL 6 ÅPNER FOR?

5.1. Tenkbare situasjoner der tiltaltes rett til en rettferdig rettergang krenkes

Norsk rett gir på mange områder bedre rettigheter til tiltalte enn de krav EMK oppstiller. Imidlertid er det noen særlige forhold jeg vil peke på når det gjelder tiltaltes rett til kontradiksjon ved avholdelse av hovedforhandling in absentia:

Det *første* angår statens virkemidler og hvorvidt de er effektive når det gjelder å besørge tilstedeværelse. Det følger av EMD-praksis at staten er ansvarlig for å hindre uberettiget fravær. Staten har en positiv plikt til å vareta tiltaltes rettsikkerhet og personlige rett til å forsvare seg, derfor må staten besørge tilstedeværelse og gjøre sitt ytterste for at tiltalte kommer til retten. Etter min mening kan dette gjøres ved at tiltak vurderes for å sikre tilstedeværelse. Eksempelvis med telefonoppringninger til tiltalte når han ikke møter eller aktivt benytte avhenting. Dette vil vareta effektivitetshensyn da man i større grad slipper utsettelse av saker som ikke kan avholdes uten tiltalte. I tillegg besørges tiltaltes rettsikkerhet og personlige tilstedeværelse i de saker, som i utgangspunktet kunne vært tillatt avholdt in absentia. Dette ville sikret tiltaltes personlige nærvær.

Etter min mening kunne tilfellet jeg opplevde i praksistiden, nevnt i min innledning, vært unngått dersom tiltalte hadde vært forsøkt kontaktet eller avhentet. Tiltaltes rett til kontradiksjon ville blitt varetatt samtidig som hans rettsikkerhet.

Det *andre* jeg vil trekke frem angår EMDs stadfestelse av ankeadgang. I medhold av EMK er det en forutsetning, for pådømmelse i straffesiktedes fravær, at saken kan prøves både rettslig og faktisk av en høyere domstol.¹²⁰ Rettigheten er lovfestet i SP artikkel 14 nr. 5 og P7-2, innfortolket i domstolsadgangen i EMK artikkel 6 og fremgår av en stort antall avgjørelser fra EMD.

Etter norsk rett er toinstans ordningen en sikkerhetsventil for å få saken behandlet av en ankeinstans.¹²¹ Men, ankemulighetene er noe begrenset. Ved dom på seks års fengsel eller mer har tiltalte alltid krav på ankebehandling. For dommer under seks års fengsel vil lagmannsrettens ankeutvalg, bestående av tre lagdommere, forhåndsvurdere om saken skal behandles på nytt. I medhold av straffeprosessloven § 321 har lagmannsretten adgang til å sile ut saker som ikke overstiger seks års fengsel og i medhold av andre ledd kan anken nektes fremmet. Statistikk viser at kun 37 % av innkomne ankesaker fremmes for lagmannsrettsbehandling.¹²² Eventuelt kan tiltalte anke til Høyesterett, men også her praktiseres ankesiling, i større grad enn i lagmannsretten. Om lag 11 % av innkomne saker i år 2013 ble behandlet av Høyesterett.¹²³ Det oppstilles imidlertid krav om begrunnelse for avgjørelsen om anken tillates fremmet eller ikke, og avgjørelsen må være enstemmig. En følge av begrunnelsesplikten er at det muliggjøres for neste instans å kontrollere ankeutvalgets vurderinger, dette er en rettsikkerhetsgaranti for straffesiktede. Siden man presumerer at norsk rett er i samsvar med folkeretten må det, etter min vurdering, være slik at ankeinstansen ikke nekter å fremme saken, når første instans har pådømt in absentia. Dette for at tiltaltes rett til kontradiksjon og rett til personlig forsvar skal varetas. Det vil være en krenkelse mot konvensjonen dersom tiltalte ikke er blitt hørt på noe stadium i rettsprosessen.

En *tredje* forhold gjelder når siktede, etter å blitt dømt in absentia i tingretten, anker til lagmannsretten over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Dersom vedkommende ikke har opplyst eller sannsynliggjort gyldig fravær, vil anken bli avvist i medhold av straffeprosessloven § 336 første ledd. En avvisning vil si tapt adgang til en ny prøving av

¹²⁰ 22. Mai 2012 *Idalov mot Russland* avsnitt 170.

¹²¹ Viser til punkt 3.9.

¹²² www.domstol.no/statistikk (2013)

¹²³ www.domstol.no/statistikk (2013)

faktum. Dette er heller ikke i henhold til de krav EMD oppstiller om en fullstendig ny domstolsbehandling i ankeinstansen. Imidlertid har også lagmannsretten mulighet for avhenting av tiltalte, dersom han uteblir.

Ut fra foregående redegjørelser kan jeg ikke se at det foreligger noen garanti for en behandling av lov og faktum i en høyere rettsinstans for en person dømt in absentia. Som følge av at lagmannsrettens adgang til ankesiling og nekte å fremme en sak der tiltalte ikke er tilstede, mener jeg norsk rett ikke er i samsvar med retten til ny prøving etter EMK. Dette siden man etter en helhetsvurdering, ikke kan konkludere at tiltalte har fått en rettfærdig rettergang uten noen gang å ha blitt hørt. For å hindre menneskerettighetsbrudd må det legges til grunn at lagmannsretten eller Høyesterett ikke siler bort saker der tiltalte er dømt in absentia.

De samme regler gjør seg gjeldende dersom tiltalte beskyldes for å ha unnveket for en tiltalt som er dømt in absentia i første instans og så anker til en høyere instans. Dersom stevningen ikke forkynnes fordi han er unnveket kan domstolen, i medhold av straffeprosessloven § 336, avvise anken vedrørende bevisbedømmelsen. Det vil si at han ikke får en fullstendig prøving slik menneskerettighetene sikrer ham. Naturlig nok er dette imidlertid vanskelig når vedkommende har unnveket.

Et *fjerde* forhold som også er aktuelt når det gjelder tiltaltes unnvikelse er at det i følge EMD ikke er tiltalte som har bevisbyrden for at han har unnveket, ansvaret ligger hos staten. I *Colozza mot Italia* uttaler domstolen: ”Mr. Colozza must not be left with the burden of proving that he was not seeking to evade justice or that his absence was due to force majeure”.¹²⁴ Etter norsk rett jfr. straffeprosessloven § 337 første ledd siste setning kan en kjennelse om avvisning omgjøres, dersom siktede sannsynliggjør at han ikke var unnveket. Det er da tiltalte som sitter med bevisbyrden for at han ikke er unnveket. Dette er ikke i henhold til EMDs praksis.

Det *siste* forhold jeg vil trekke frem viser et eksempel på at norsk rett er strengere enn EMK hva gjelder ivaretagelsen av tiltaltes kontradiksjonsrettigheter når det gjelder identifikasjon med forsvareren. I en tidligere nevnt avgjørelse omhandlende familievold hadde tiltalte ikke fått imøtegå påstanden om straffebudsbrudd i forbindelse med dommeravhør.¹²⁵ Tiltaltes forsvarer hadde unnlatt å begjære nye avhør etter den manglende rett til krysseksaminasjon.

¹²⁴ 12. Februar 1985 *Colozza mot Italia* avsnitt 30.

¹²⁵ Rt. 2011 s. 93 avsnitt 27-28.

Høyesterett konstaterte at forsvarerens passivitet ikke kunne legges tiltalte til last. Dommeravhøret hadde avgjørende bevisvekt, tiltaltes rett til kontradiksjon var ikke varetatt og dommen ble opphevet. Ut fra dette konkluderes med at prinsipielt i norsk rett skal ikke tiltalte identifiseres med forsvareren. Praksis viser imidlertid at EMD ikke oppstiller et slikt krav. EMD har uttrykkelig uttalt at tiltalte kan identifiseres med sin forsvarer når det gjelder artikkel 6 nr. 3 bokstav d og retten til krysseksaminasjon. Dette viser drøftelsen når det gjelder *Solakov mot Makedonia*.¹²⁶ Norsk rett er strengere enn EMK når det gjelder identifikasjon med forsvarer.

5.2. Avsluttende bemerkninger

Det fremkommer i forarbeidene til ikraftsettingsloven til straffeprosessloven 1981 at vanlige tyveritilfeller var det vesentligste formålet med den opprinnelige adgangen til å kunne fastsette uteblivelsesdom.¹²⁷ I Straffeprosesslovkomiteens innstilling uttalte departementet at man skulle være meget forsiktig med pådømmelse men at man i mindre alvorlige saker kunne tillate å fremme saken.¹²⁸ Ut i fra dagens praksis ser det ut til at anvendelsen av bestemmelsen fra tyveritilfeller og mindre alvorlige tilfeller er noe strukket. I norsk rett behandles også såkalt grove forhold uten tiltalte tilstede.¹²⁹ Domstolen har attpåtil utført dommeravhør uten at forsvareren får konferere med tiltalte på forhånd, dette strider også i mot retten til kontradiksjon.¹³⁰ Et annet eksempel er den saken jeg nevnte i min innledning der tiltalte ble idømt 7 måneders fengsel in absentia. Derav konstaterer jeg at det må være effektivitetshensyn som slår inn når det ser ut til at bruken av bestemmelsen tøyes. Eventuelt at det er en eskalering i antall saker der tiltalte uteblir og at effektivitetshensyn, av den grunn, taler for å anvende bestemmelsen også i saker forarbeidene mente bestemmelsen var uegnet.

Norsk rett konstaterer at retten til kontradiksjon og adgangen til å avgi sin forklaring er sterkere enn at saken blir opplyst. Dette taler for at effektivitetshensyn ikke må gå på bekostning av retten til et effektivt forsvar. Mulig at en ordning der staten i større grad må søke å sikre tiltaltes tilstedeværelse, kan medføre større effektivitet.

I utgangspunktet er ikke tiltaltes rett til kontradiksjon ivaretatt når domstolen velger å avholde hovedforhandling in absentia. Imidlertid er det flere måter å veie opp for det underskudd av

¹²⁶ Viser til punkt 4.3.5.4.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) side 95.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) side 211.

¹²⁹ Rt. 1995 s. 521.

¹³⁰ Rt. 2011 s. 93.

rettssikkerhet som en hovedforhandling uten tiltaltes tilstedeværelse representerer. Det innebærer at Norge, ved uteblivelsestilfeller, besørger tiltaltes tilstedeværelse ved ankeforhandlingen og setter retten til kontradiksjon foran effektivitetshensyn.

6. KILDEREGISTER

6.1. **Lover og konvensjoner**

- Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager 1. Juli 1887 nr. 5 (opphevd)
- Lov om rettergangsmåten i straffesaker 22. Mai 1981 nr. 25
- Lov om domstolene 13. August 1915 nr. 5
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett med konvensjoner og protokoller 21. Mai 1999 nr. 30
- Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17. Juni 2005 nr. 90

6.2. **Forarbeider**

- NOU 1969: 3
- NOU 2001: 32 A
- NOU 2003: 7
- NOU 2005: 9
- NOU 2009: 9
- NOU 2009: 15
- NOU 1993: 18
- Indst. O II (1887)
- Ot.prp nr. 53 (1983-1984)
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)
- Ot.prp. nr. 87 (1993-1994)
- Ot.prp. nr. 13 (2008-2009)
- Ot.prp. nr. 35 (1978-1979)
- Prop. 141 L (2009-2010)

6.3. **Rettsavgjørelser**

- Rettsavgjørelser nevnes fortløpende i fotnoter

6.4. **Litteraturliste**

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (2011)
- Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgave 2. opplag (2010)

- Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, (Oslo 2007)
- Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo"* (2003)

6.5. Juridisk artikler

- Garde, Peter, "Straffedom in absentia", 1993
- Øyen, Ørnulf, "Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet", *Tidsskrift for strafferett*, 2012 s. 165-183
- Strindbeck, Ulf, "Muntlighet ved domstol i Norge", 2005
- Andenæs, Mads og Bjørge, Eirik, "Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene" *Jussens Venner*, 2011s. 251-286
- Andorsen, Kjell, "Strafferettslig samtykke", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1992

6.6. Nettsteder

- www.regjeringen.no
- www.domstol.no
- www.kommentarutgaver.no (29.11.2012)
- www.coe.int
- <http://hudoc.echr.coe.int>