

# **Opplesning av politiforklaringer**

Siktedes rett til å eksaminere vitner

Kandidatnummer: 680  
Leveringsfrist: 27.4.2009

Til sammen 17.496 ord

26.04.2009

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Situasjoner hvor siktedes eksaminasjonsmuligheter vanskeliggjøres	2
1.3	Adgangen til å føre vitner til å forklare seg om vitneforklaringens innhold	3
1.4	Rettskildebildet	3
1.4.1	Rettsregler av betydning for opplesningsadgangen	3
1.4.2	Forholdet mellom norsk rett og EMK	4
1.4.3	Kort om eksaminasjonsretten etter EMK	6
1.5	Videre fremstilling og avgrensning av oppgaven	7
1.5.1	Videre fremstilling	7
1.5.2	Avgrensning av oppgaven	8
<b><u>2</u></b>	<b><u>KORT HISTORIKK</u></b>	<b><u>9</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>BEGREPET "VITNE"</u></b>	<b><u>10</u></b>
3.1	Hvem har status som "vitne":	10
3.2	Forklaringer avgitt i anledning "saken"	12
<b><u>4</u></b>	<b><u>OPPLESNING HVOR VITNET ER TIL STEDE UNDER HOVEDFORHANDLINGEN</u></b>	<b><u>12</u></b>
4.1	Innledning	12
4.2	Opplesningsadgangen etter straffeprosessloven	12
4.2.1	Hovedregel om føring av vitnebevis	12
4.2.2	Unntak fra hovedregelen om muntlig vitneførsel	13

<b>4.3</b>	<b>Opplesningsadgangen etter EMK</b>	<b>15</b>
4.3.1	Kort om EMDs kontroll med konvensjonsrettighetene	15
4.3.2	Hovedregelen om føring av vitnebevis	16
4.3.3	Unntak fra hovedregelen om muntlig vitneførsel	17
4.3.4	Oppsummering	26
<b>5</b>	<b><u>OPPLESNING HVOR VITNET IKKE ER TIL STEDE UNDER HOVEDFORHANDLINGEN</u></b>	<b>28</b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>28</b>
<b>5.2</b>	<b>Opplesningsadgangen etter straffeprosessloven</b>	<b>28</b>
<b>5.3</b>	<b>Opplesningsadgangen etter EMK</b>	<b>30</b>
5.3.1	Siktede har på et tidligere tidspunkt fått anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet	30
5.3.2	Siktede har ikke på noe tidspunkt hatt anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet	33
5.3.3	Oppsummering	48
<b>5.4</b>	<b>Unntak fra hovedbevislæren</b>	<b>51</b>
5.4.1	Betydningen av tiltaltes egen opptreden for opplesningsadgangen	51
5.4.2	Vitnet er død	55
5.4.3	Oppsummering	56
<b>6</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>58</b>
<b>6.1</b>	<b>Bøker</b>	<b>58</b>
<b>6.2</b>	<b>Artikler</b>	<b>59</b>
<b>6.3</b>	<b>Lover</b>	<b>60</b>
<b>6.4</b>	<b>Traktater</b>	<b>60</b>
<b>6.5</b>	<b>Lovforarbeider</b>	<b>60</b>
<b>6.6</b>	<b>Domsregister</b>	<b>60</b>
6.6.1	Høyesterettsavgjørelser	60

6.6.2	Underrettsavgjørelser	61
<b>6.7</b>	<b>Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)</b>	<b>62</b>
6.7.1	Judgments	62
6.7.2	Decisions	62

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er påtalemyndighetens adgang til, under hovedforhandlingen av en straffesak, å lese opp vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen.

I norsk straffeprosess gjelder det som utgangspunkt et ulovfestet prinsipp om fri bevisførsel. Som hovedregel innebærer prinsippet at partene, påtalemyndigheten og den tiltalte, under hovedforhandlingen fritt kan føre de bevis de måtte ønske.<sup>1</sup> Dette skulle tilsi at påtalemyndigheten stod fritt til å føre tidligere avgitte vitneforklaringer som bevis. Slik er det imidlertid ikke. Partenes bevisførsel er underlagt en rekke begrensninger, både lovfestede og ulovfestede. De ulike typene begrensningene kan deles i inn i regler som fastslår at retten enten *kan* eller *skal* nekte partene å fremføre bestemte typer bevis, og regler som gir en part rett til å *nekte* å fremlegge visse typer bevis.<sup>2</sup> I tillegg til at ulike lovregler direkte begrenser partenes adgang til å føre bevis, fungerer også siktedes rett til å eksaminere vitner som en begrensning. Det er dette som er kjernen i problemstillingen for denne oppgaven; på hvilken måte begrenser siktedes rett til å eksaminere vitner adgangen til å lese opp tidligere avgitte vitneforklaringer.

De rettslige spørsmålene som oppstår i denne forbindelse, vil bli drøftet i forhold til reglene i Straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr 25 om opplesning av vitneforklaringer og reglene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. nov. 1950 (EMK, heretter også omtalt som konvensjonen) om siktedes krav på en rettferdig rettergang og retten til å eksaminere vitner.

---

<sup>1</sup> Se Hov I (2007) s. 291

<sup>2</sup> Se Hov I (2007) s. 301

Siktedes rett til å eksaminere vitner er en grunnleggende prosessuell rettighet,<sup>3</sup> og er regnet som en viktig side av kontradiksjonsprinsippet.<sup>4</sup> Gjennomføringen av det kontradiktoriske prinsipp i prosessen er regnet som en vesentlig rettssikkerhetsgaranti,<sup>5</sup> og bidrar til at saken blir best mulig opplyst. Det kontradiktoriske prinsipp innebærer blant annet at partene skal gis anledning til å kommentere hverandres anførsler og bevis, samt gis anledning til å fremsette motanførsler og motbevis. For den som er siktet for en straffbar handling kan det være av vesentlig betydning å få anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitner mot seg. Eksaminasjonsretten gir siktede mulighet til å stille spørsmål som ellers ikke ville blitt stilt, noe som gjør at ulike sider og nyanser i vitneforklaringen synliggjøres. Dette kan bidra til at forklaringens troverdighet svekkes.

I situasjoner hvor påtalemyndigheten ønsker å lese opp fra en tidligere avgitt forklaring, må domstolen foreta en avveining av hensynet til en effektiv bevisførsel opp mot hensynet til siktedes krav på en rettferdig rettergang. Hensynet til en effektiv bevisførsel tilsier at det bør være en vid adgang til å lese opp tidligere avgitte vitneforklaringer, mens hensynet til en rettferdig rettergang tilsier at opplesning av vitneforklaringer må praktiseres med varsomhet.

## 1.2 Situasjoner hvor siktedes eksaminasjonsmuligheter vanskeliggjøres

Siktedes eksaminasjonsrett forutsetter normalt at vitner avgir forklaring muntlig under hovedforhandlingen.<sup>6</sup> Dette skyldes at det som regel først er på dette tidspunktet at siktede vil få anledning til å stille spørsmål. Det hender derimot relativt ofte i praksis at et vitne ikke møter, eller at vitnet møter, men nekter å avgi forklaring. I slike tilfeller vil det fra påtalemyndighetens side ofte være ønskelig å lese opp tidligere forklaringer vitnet har gitt. Det kan også være aktuelt å lese opp tidligere forklaringer dersom vitnet møter til

---

<sup>3</sup> Se Matningsdal (2007) s. 15

<sup>4</sup> Se NOU 2006:10 s. 101

<sup>5</sup> Se Hov I (2007) s. 118

<sup>6</sup> Se Jebens (2004) s. 531

hovedforhandlingen, men da forklarer seg i strid med hva det tidligere har gjort. Det er størst risiko for at eksaminasjonsretten krenkes dersom vitnet ikke er tilstede, dette har betydning for opplesningsadgangen.

Bakgrunnen for at man kan komme i en situasjon hvor det eksisterer en forklaring å lese opp, er at vitnet under etterforskningen av saken kan ha avgitt forklaring under et rettslig avhør eller avgitt forklaring for politiet.

### 1.3 Adgangen til å føre vitner til å forklare seg om vitneforklaringens innhold

Dersom retten kommer til at det av hensyn til eksaminasjonsretten ikke er anledning til å lese opp en vitneforklaring, bør det heller ikke være anledning til at den som har opptatt forklaringen føres som vitne om forklaringens innhold.<sup>7</sup> Den som har mottatt forklaringen kan i utgangspunktet forklare seg om det vedkommende selv har sett eller hørt, men dette gjelder ikke dersom vedkommendes forklaring fungerer som en omgåelse av forbudet mot å lese opp vitneforklaringen.<sup>8</sup>

## 1.4 Rettskildebildet

### 1.4.1 Rettsregler av betydning for opplesningsadgangen

Adgangen til å lese opp tidligere avgitte vitneforklaringer reguleres i utgangspunktet av strpl. §§ 296 andre ledd og 297. § 296 andre ledd regulerer adgangen til å lese opp forklaringer fra vitner som er til stede under hovedforhandlingen, mens § 297 regulerer adgangen til å lese opp forklaringer fra vitner som ikke er til stede under hovedforhandlingen. Selv om utgangspunktet for opplesningsspørsmålet finnes i straffeprosesslovens regler, må bestemmelsene praktiseres i lys av Norges folkerettslige forpliktelser.

---

<sup>7</sup> Se Bjerke/Keiserud (2001) s. 1027

<sup>8</sup> Se Bjerke/Keiserud (2001) s. 1030

Flere internasjonale konvensjoner har betydning for innholdet av straffeprosesslovens regler om opplesning av vitneforklaringer. Av særlig betydning er EMK og FN's internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Verken EMK eller SP har bestemmelser som direkte regulerer adgangen til opplesning av vitneforklaringer, men konvensjonene har i henholdsvis artikkel 6 nr 3 bokstav d og artikkel 14 nr 3 bokstav e, bestemmelser som gir den som er siktet for et straffbart forhold rett til å eksaminere vitner som føres mot ham. Det er antatt at vernet etter de to konvensjonene stort sett er sammenfallende,<sup>9</sup> men rettspraksis vedrørende bestemmelsen i EMK er mer omfattende enn rettspraksis vedrørende bestemmelsen i SP. Av den grunn vil fokus i denne oppgaven være på vernet som følger av EMK og Den europeiske menneskerettighetsdomstols (EMD) praksis.

EMK artikkel 6 nr 3 bokstav d gir den som er siktet i en straffesak to rettigheter angående vitneførsel. Den ene gir siktede rett til å få innkalt og avhørt vitner på samme vilkår som vitner ført mot ham, den andre gir siktede rett til å avhøre vitner som føres mot ham. Det er den sistnevnte rettigheten som er tema i denne oppgaven.

#### 1.4.2 Forholdet mellom norsk rett og EMK

På straffeprosessens område fastsetter strpl. § 4 at lovens regler gjelder ”med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”. Bestemmelsen medfører at Norges folkerettslige forpliktelser på straffeprosessens område blir en del av norsk rett uten at det kreves en særskilt gjennomføringsakt. Utgangspunktet ellers er at folkerettslige forpliktelser må gjennomføres særskilt for at de skal gjelde som norsk rett.

Det har skjedd en enorm utvikling av menneskerettighetsvernet de siste tiårene, og menneskerettighetenes stilling i norsk rett ble ytterligere styrket ved vedtakelsen av menneskerettsloven (mnskrl.) av 21. mai 1999 nr 30. Lovens § 2 fastslår blant annet at

---

<sup>9</sup> Se Jebens (2004) s. 530



EMK med tilhørende protokoller skal gjelde som norsk lov, og § 3 fastslår at EMK skal ha forrang dersom det oppstår motstrid mellom konvensjonen og norske regler.

Forrangsbestemmelsen innebærer at det kan oppstå situasjoner hvor opplesning av en vitneforklaring må nektes på bakgrunn av EMK artikkel 6 nr 3 bokstav d, selv om vilkårene for opplesning etter straffeprosesslovens bestemmelser isolert er oppfylt.

Ved anvendelsen og tolkingen av EMK skal norske domstoler benytte seg av samme tolkingsprinsipper som EMD. For at konvensjonen skal gi et mest mulig effektivt vern, er EMD svært formålsrettet i sin tolking av dens bestemmelser.<sup>10</sup> Denne formålsrettede tolkingsstilen resulterer i at konvensjonsvernet stadig utvikles, og at eksisterende rettigheter utvides. Selv om norske domstoler skal benytte samme tolkingsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke skal utvikle konvensjonen. Dette synspunktet er kommet klart til uttrykk i Rt. 2000 s. 996, hvor Høyesterett uttalte følgende:

”Dersom norske domstoler skulle være like dynamiske i sin fortolkning av EMK som det EMD er, *ville man kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK.* (min kurs.) [...]”

På denne bakgrunn mener jeg at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen. Som alminnelig regel kan norske domstoler ved tolkingen av EMK heller ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.”<sup>11</sup>

Til grunn for dette synspunktet ligger et ønske om å unngå at norske domstoler går lenger enn det som er nødvendig for å oppfylle konvensjonsforpliktelsene. Norske domstolers oppgave er å anvende EMK i lys av de prinsipper som følger av EMDs praksis, ikke å videreutvikle konvensjonsvernet. Synspunktet om at norske domstoler skal anvende EMK,

---

<sup>10</sup> Se Høstmælingen (2004) s. 86

<sup>11</sup> Se dommen s. 1008

ikke bidra til utviklingen, har sammenheng med funksjonsfordelingen mellom lovgivende og dømmende makt. Domstolenes oppgave er å anvende lover gitt av Stortinget, ikke å skape nye regler. Dette innebærer at domstolene på lovregulerte områder, ikke har konstitusjonelt grunnlag for å oppstille begrensninger domstolene selv synes er fornuftige.<sup>12</sup> Synspunktet fra Rt. 2000 s. 996 er fulgt opp i en rekke senere saker.<sup>13</sup>

Oppsummeringsvis medfører det ovennevnte at dersom vilkårene for opplesning etter straffeprosessloven er oppfylt, er det praksis fra EMD som er avgjørende for om opplesning likevel må nektes.<sup>14</sup>

#### 1.4.3 Kort om eksaminasjonsretten etter EMK

EMK artikkel 6 nr. 1 jf. nr 3 bokstav d lyder som følger:

”1. In the determination of [...] any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair [...] hearing [...].

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

[...]

d. to examine or have examined witnesses against him [...].”

Siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK artikkel 6 nr 3 d synes etter ordlyden å være absolutt, men EMD har i en rekke avgjørelser presisert at bestemmelsen må leses i sammenheng med det overordnede kravet til rettferdig rettergang i artikkel 6 nr 1.<sup>15</sup>

Eksaminasjonsretten, som gjerne omtales som en av siktedes minimumsrettigheter, må derfor anses som spesifikke, ikke- utømmende elementer i det overordnede kravet om at siktede har krav på en rettferdig rettergang. En slik tolkning medfører at EMK art. 6 nr. 3 d

---

<sup>12</sup> Se Matningsdal (2007) s. 46

<sup>13</sup> Se bla. Rt. 2002 s. 557 (s. 656) og Rt. 2005 s. 833 punkt 45

<sup>14</sup> Se Matningsdal (2007) s. 46

<sup>15</sup> Se bla. Kostovski v. Nederland (1989) og Gossa v. Polen (2007).

ikke gir siktede en ubetinget rett til å avhøre vitner, samt at bestemmelsen heller ikke oppstiller et absolutt forbud mot opplesning av tidligere avgitte vitneforklaringer.<sup>16</sup> På bakgrunn av at siktedes minimumsrettigheter må anses for å være et av flere elementer i kravet til en rettferdig rettergang, kan svakheter på enkelte stadier av en straffesak oppveies ved at siktede gis fordeler på andre stadier av prosessen. Det som er avgjørende, er om siktede i sum har fått en rettferdig rettergang.<sup>17</sup>

EMK artikkel 6 er den bestemmelsen i EMK som i praksis oftest blir påberopt for EMD.<sup>18</sup> Kravet til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1 gjelder både i sivile saker og i straffesaker, mens siktedes eksaminasjonsrett etter artikkel 6 nr. 3 d gjelder kun i straffesaker.

## 1.5 Videre fremstilling og avgrensning av oppgaven

### 1.5.1 Videre fremstilling

Oppgavens hovedtyngde finnes i punkt 4 og 5. Punktene omhandler henholdsvis opplesningsadgangen i tilfeller hvor vitnet er til stede, og opplesningsadgangen der vitnet ikke er til stede. Bakgrunnen for denne inndelingen er at vitnets tilstedeværelse er et sentralt element ved vurderingen av om opplesning kan skje. Dette gjelder både for opplesningsadgangen etter EMK,<sup>19</sup> og etter systematikken i straffeprosessloven. Helt generelt kan det sies at opplesningsadgangen er større dersom vitnet er til stede, enn dersom vitnet ikke er til stede. Bakgrunnen for at opplesningsadgangen varierer i de to situasjonene, er at det er enklere å ivareta siktedes eksaminasjonsrett når vitnet er til stede. Under punkt 5 vil jeg se på om det har skjedd en endring i vilkårene for opplesning, herunder hva som må sies å være rettsstilstanden i dag. Punkt 4 er en ren redegjørelse for opplesningsadgangen, da rettsstilstanden må sies å være klar.

---

<sup>16</sup>Se Kjelby (2004) s. 14

<sup>17</sup> Se Kjelby (2004) s. 14

<sup>18</sup> Se Høstmælingen (2004) s. 188

<sup>19</sup> Se Skoghøy/Vang (2005) s. 290

Punkt 2 og 3 fungerer som en innføring til oppgavens hoveddeler, hvor punkt 2 er en kort gjennomgang av historikk og punkt 3 er en redegjørelse av "vitne"-begrepet.

### 1.5.2 Avgrensning av oppgaven

Oppgavens formål er på generelt grunnlag å redegjøre for påtalemyndighetens adgang til å lese opp tidligere avgitte vitneforklaringer. Dette medfører at det ikke vil bli redegjort for opplesningsadgangen i ulike typetilfeller som for eksempel opplesning i tilfeller hvor vitnet er mindreårig, psykisk utviklingshemmet eller opplesningsadgangen ved bruk av anonyme vitner. I slike tilfeller vil det gjøre seg gjeldende særlige hensyn, slik at adgangen til opplesning kan bli større eller mindre enn i de situasjonene oppgaven fokuserer på.

Praksis fra både EMD og fra Høyesterett viser at påtalemyndighetens anstrengelser for å sikre at vitnet møter opp i retten kan få betydning for opplesningsadgangen.<sup>20</sup> Da dette føyer seg inn i den konkrete helhetsvurdering domstolen må foreta når den vurderer opplesningsspørsmålet, vil heller ikke dette redegjøres for.

I tillegg til regler om opplesning av vitneforklaringer, har straffeprosessloven i § 299 bestemmelser om opplesning av forklaringer fra sakkyndige. Oppgavens ordbegrensning tillater ikke at det blir redegjort for disse bestemmelsene. Reglene om opplesning av forklaringer tiltalte har gitt i strpl. § 290 vil heller ikke behandles. Forholdet til eksaminasjonsretten er ikke relevant i slike tilfeller.

---

<sup>20</sup> Se blant annet Rt. 1995 s. 1956

## 2 Kort historikk

Da gjeldende straffeprosesslov ble utformet, viet man liten oppmerksomhet til spørsmålet om opplesningsadgangen etter §§ 296 og 297 var i overenskomst med siktedes eksaminasjonsrett etter EMK artikkel 6 nr 3 bokstav d.<sup>21</sup> Opplesningsspørsmålet ble da også i de første årene etter lovens ikrafttredelse vurdert utelukkende på bakgrunn av §§ 296 og 297, noe som medførte at opplesning ble praktisert i vid utstrekning. Rettspraksis fra slutten av 1980-tallet viser at lovens regler om opplesning ble praktisert relativt liberalt.<sup>22</sup> Selv om opplesning av tidligere forklaringer ble tillatt i stor utstrekning, påpekte Høyesterett ved flere anledninger viktigheten av at siktede gis anledning til å stille spørsmål til vitnet.<sup>23</sup> Til tross for dette, ble det tilsynelatende ikke oppstilt et krav om eksaminasjonsrett for siktede ved siden av lovens øvrige vilkår.

Mot slutten av 1980-tallet og begynnelsen av 1990-tallet ble man i norsk rett oppmerksom på at reglene for opplesning i straffeprosessloven kanskje ikke var i overenskomst med siktedes eksaminasjonsrett etter EMK. Spørsmålet ble reist av norske forsvarere, særlig på bakgrunn av EMD sin dom av 24. november 1986 i saken *Unterpertinger mot Østerrike*. Dommen var den første avgjørelsen fra EMD som omhandlet siktedes rett til krysseksaminasjon ved opplesning av vitneforklaringer. Dommen gjaldt en mann, *Unterpertinger*, som var tiltalt for vold mot sin daværende kone og stedatter. Kona og stedatteren hadde avgitt forklaringer til politiet under etterforskningen, men benyttet sin rett etter nasjonal lovgivning til ikke å avgi forklaring da saken kom opp for retten. Påtalemyndigheten ønsket derfor å lese opp de tidligere forklaringene, noe den nasjonale domstolen tillot. *Unterpertinger* ble, hovedsakelig på bakgrunn av forklaringene som ble lest opp, dømt i henhold til tiltalen. *Unterpertinger* klaget saken inn for EMD på grunnlag av at han ikke hadde fått anledning til å eksaminere kona og stedatteren. EMD kom til at hans eksaminasjonsrett ikke var overholdt, og at det derfor hadde skjedd en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 jf. nr. 3 d. Bakgrunnen for at domstolen konstaterte krenkelse i saken

---

<sup>21</sup> Se Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 214 og Jebens (2004) s. 545

<sup>22</sup> Se bla. Rt. 1987 s. 1318 og Rt. 1988 s. 78

<sup>23</sup> Se bla. Rt. 1988 s. 78 s. 80

var at domfellelsen hovedsakelig var basert på forklaringene, og at Unterperteringer ikke på noe stadium av rettsforfølgelsen hadde hatt anledning til å imøtegå og stille spørsmål til sin kone og stedatter.

I Rt. 1990 s. 312 ble spørsmålet om siktedes rett til krysseksaminasjon etter EMK for første gang forelagt Høyesterett. Spørsmålet i saken var om byretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å tillate påtalemyndigheten å lese opp en forklaring fra et vitne som ikke møtte. Høyesterett anså byrettens vurdering av opplesningsspørsmålet for å være korrekt, slik at opplesningen ikke utgjorde en saksbehandlingsfeil. Til tross for at Høyesterett kom til at opplesningen hadde vært rettmessig markerer denne avgjørelsen et skille i norsk rett, dette fordi Høyesterett for første gang trakk forholdet til EMK artikkel 6 nr. 3 d inn ved vurderingen av om det hadde vært rettslig adgang til å lese opp forklaringen.

Etter avgjørelsen i Rt. 1990 s. 312 har man i norsk rett blitt enda mer oppmerksom på de krav som EMK art. 6 (3) (d) stiller med hensyn til siktedes rett til krysseksaminasjon, og retten fremheves i dag som en sentral rettssikkerhetsgaranti.<sup>24</sup>

### **3 Begrepet "vitne"**

#### **3.1 Hvem har status som "vitne":**

Siktedes eksaminasjonsrett etter EMK art. 6 nr 3 d gjelder ovenfor personer som har status som "vitne". Dette innebærer at det for eksaminasjonsrettens omfang er avgjørende å fastlegge hvilke personer som omfattes av begrepet. Et viktig spørsmål i denne sammenhengen er om eksaminasjonsretten er begrenset til personer som etter konvensjonsstatenes rettsregler er å regne som vitner, eller om vitnebegrepet i konvensjonen må fastlegges uavhengig av nasjonal praksis. Problemstillingen er for eksempel aktuell i tilfeller hvor en person har gitt forklaring til politiet i forbindelse med

---

<sup>24</sup> Se for eksempel Rt 1994 s. 1324 og Rt. 1997 s 1178

etterforskningen, men ikke er stevnet som vitne i forbindelse med rettssaken, og påtalemyndigheten ønsker å bruke forklaringen som bevis.

En særlig problemstilling når det gjelder vitnebegrepets omfang, er forklaringer fra andre siktede i samme sakskompleks. Spørsmålet er om en forklaring fra en medskyldig er å regne som vitneforklaring eller ikke. Problemstillingen er aktuell fordi det ikke er uvanlig at en forklaring fra en som er mistenkt eller siktet for en straffbar handling, også omhandler kunnskap han har om andre som har vært involvert i det straffbare forholdet. Spørsmål om opplesning av forklaringer fra medskyldige kan forkomme i to situasjoner. Vedkommende kan enten føres som implisert vitne i den medsiktedes straffesak, eller så kan tiltalebeslutningene være forent til felles hovedforhandling. Spørsmålet i denne sammenheng er om den delen av den medsiktedes forklaring som angår de øvrige siktedes forhold, er å anse som en vitneforklaring eller ikke.

EMD har i sin praksis lagt til grunn at konvensjonen skal underlegges en autonom fortolkning, og at dette også gjelder for vitnebegrepet i artikkel 6 nr 3 d.<sup>25</sup> Med autonom fortolkning forstår man at innholdet av begrepet skal fastlegges uavhengig av konvensjonslandenes praksis, slik at det er uten betydning om vedkommende har status som vitne etter nasjonal rett eller ikke. Ved å underlegge vitnebegrepet en autonom fortolkning forhindrer man at tiltaltes rett til å avhøre vitner innskrenkes ved at personer som har forklart seg i saken gis en annen prosessuell stilling enn vitne, og man oppnår en effektiv beskyttelse av eksaminasjonsretten. Avgjørende for om en person skal anses som vitne etter EMK eller ikke, er betydningen av forklaringen og måten forklaringen er benyttet på av den nasjonale domstolen. Dersom forklaringen kan få betydning for avgjørelsen av saken, er den i forhold til EMK å regne som en vitneforklaring.<sup>26</sup> Dette medfører at siktedes rett til motavhør omfatter enhver forklaring som kan tenkes å få betydning for avgjørelsen, uavhengig av om forklaringen kommer fra en som etter nasjonal rett har status som vitne, siktet eller annen status.

---

<sup>25</sup> Se for eksempel *Delta v. Frankrike* (1990) og *Lucá v. Italia* (2001)

<sup>26</sup> Se *Jebens* (2004) s. 532

### 3.2 Forklaringer avgitt i anledning ”saken”

Strpl. §§ 296 andre ledd og 297 regulerer opplesningsadgangen for forklaringer vitnet har gitt i anledning ”saken”. Dette innebærer at forklaringer som vitnet ikke har gitt i anledning ”saken”, fritt kan leses opp.<sup>27</sup> Eksempler på forklaringer som fritt kan leses opp kan være forklaringer vitnet har gitt i en annen sak, eller forklaringer som er uten sammenheng med noen bestemt sak.<sup>28</sup>

## 4 Opplesning hvor vitnet er til stede under hovedforhandlingen

### 4.1 Innledning

Dersom vitnet er til stede under hovedforhandlingen, vil opplesningsadgangen jevnt over være større enn dersom vitnet ikke er til stede. Dette har sammenheng med at det i de to situasjonene gjør seg gjeldene forskjellige regler, og til dels ulike hensyn. I tilfellene hvor vitnet er til stede vil siktedes eksaminasjonsrett forholdsvis enkelt kunne ivaretas, noe som innebærer at innsigelsene mot opplesning er færre. En eventuell opplesning i tilfeller hvor vitnet møter vil ha karakter av å være et *supplement* til vitnets muntlige forklaring.

### 4.2 Opplesningsadgangen etter straffeprosessloven

#### 4.2.1 Hovedregel om føring av vitnebevis

Utgangspunktet for hvordan vitner skal føres som bevis for retten er fastslått i strpl. § 296 første ledd. Bestemmelsen fastslår at ”vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig”. Regelen anses for å være en prinsippbestemmelse, og forbyr som alminnelig regel partene å lese opp en tidligere avgitt

---

<sup>27</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1027 jf. 1012

<sup>28</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1013



forklaring fremfor å avhøre vitnet umiddelbart for retten.<sup>29</sup> § 296 første ledd er et utslag av muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet,<sup>30</sup> to sentrale prinsipper i norsk straffeprosess. Bevisumiddelbarhetsprinsippet innebærer at bevisførsel om faktiske forhold skal skje *direkte* for den dømmende rett.<sup>31</sup> For bevis i form av vitneforklaringer innebærer dette at vitnet skal forklare seg direkte for den domstol som skal avsi dom i saken. Muntlighetsprinsippet innebærer at vitner skal forklare seg muntlig. Flere hensyn ligger til grunn for prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlighet.<sup>32</sup> Blant annet er det antatt at muntlig og umiddelbar bevisførsel gir retten det beste grunnlag for å avsi dom i saken. Når domstolen selv hører vitnet avgi forklaring, er det lettere å oppfatte nyanser som kan gå tapt ved en skriftlig gjengivelse. I tillegg muliggjør muntlig og umiddelbar bevisførsel at domstolen, gjennom ytterligere spørsmål, kan oppklare eventuelle uklarheter ved forklaringen. Dette gjør at domstolen bedre kan danne seg en oppfatning av forklaringens troverdighet.

#### 4.2.2 Unntak fra hovedregelen om muntlig vitneførsel

Strpl. § 296 første ledd oppstiller adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen om muntlig vitneførsel når ”særegne forhold” er til hinder for det. Dersom vilkåret er oppfylt kan retten tillate at muntlig avhør unnlates, og nøye seg med at vitneforklaringen blir referert. Avgjørelsen av om det foreligger ”særegne forhold” er en skjønnsmessig avgjørelse som det er opp til retten å fatte.<sup>33</sup> Eksempler på situasjoner hvor retten kan beslutte at det foreligger ”særegne forhold” kan være at vitnet er alvorlig sykt, eller at vitnet er ute av stand til å forklare seg.<sup>34</sup> Vitnets betydning for avgjørelsen av saken står sentralt i rettens

---

<sup>29</sup> Se Andenæs (2000) s. 369

<sup>30</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1025

<sup>31</sup> Se Hov I (2007) s. 137

<sup>32</sup> Se Skoghøy/Vang (2005) s. 284

<sup>33</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1025

<sup>34</sup> Se Bjerke og Keiserud II (2001) s. 1025

vurdering av om vilkåret er oppfylt eller ikke.<sup>35</sup> Dette viser seg ved at det kreves større anstrengelser for å få sentrale vitner til å møte, enn det kreves for å få mindre sentrale vitner til å møte.

Adgangen til å fravike hovedregelen om muntlig vitneavhør dersom det foreligger ”særegne forhold”, suppleres av bestemmelsene i strpl. §§ 296 andre ledd og 297. Etter § 296 andre ledd er det, i tilfeller hvor vitnet er til stede under hovedforhandlingen, adgang til opplesning av vitneforklaringer i tre situasjoner. Opplesning kan for det første skje dersom det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, for det andre kan opplesning skje for punkter vitnet nekter å forklare seg om og for det tredje kan opplesning skje for punkter vitnet erklærer at det ikke husker. Det er i disse tre tilfellene det vil kunne tenkes størst behov for å lese opp forklaringer fra vitner som er til stede.<sup>36</sup>

Ordlyden i strpl § 296 andre ledd tilsier at opplesning uten videre kan skje dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Slik er det imidlertid ikke. Opplesningsadgangen må snevres inn ut fra hensynet til siktedes muligheter til å forsvare seg.<sup>37</sup> Høyesterett har derfor i flere avgjørelser lagt til grunn at det, på samme måte som etter § 297, må innfortolkes en begrensning ut fra forsvarlighets- og hensiktsmessighetsbetraktninger.<sup>38</sup> I Rt. 1994 s. 1324 uttalte Høyesterett at en slik innskrenkende fortolkning må legges til grunn uavhengig av forpliktelsene som følger av EMK, men at fortolkningen er i samsvar med de krav som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 jf. nr. 3 d. Spørsmålet i saken var om lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å tillate at påtalemyndigheten leste opp tidligere avgitte vitneforklaringer.

---

<sup>35</sup> Se Thorheim; Karl Otto. Kommentarer til straffeprosessloven: Norsk lovkommentar (online) note 2236 [sitert 3. april 2009]

<sup>36</sup> Se Andenæs (2000) s. 369

<sup>37</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1026

<sup>38</sup> Se bla. Rt. 1994 s. 1324 og Rt. 1999 s. 757

Vilkårene i § 296 andre ledd er i utgangspunktet ikke oppfylt dersom fjernavhør kan gjennomføres på en betryggende og hensiktsmessig måte.<sup>39</sup> Opplesningsadgangen er den samme for rettslige og utenrettslige forklaringer.

I tillegg til at det i opplesningsadgangen etter § 296 andre ledd må innfortolkes en begrensning basert på forsvarlighets- og hensiktsmessighetsbetraktninger, må opplesningsadgangen på bakgrunn av forrangsbestemmelsen i mnskrl. § 3 begrenses av hensyn til EMK artikkel 6 nr 1 jf. nr 3 d.

### 4.3 Opplesningsadgangen etter EMK

#### 4.3.1 Kort om EMDs kontroll med konvensjonsrettighetene

Det følger av EMK art. 19, at EMDs oppgave er å sikre at medlemsstatene overholder de konvensjonsforpliktelsene de har påtatt seg. Dette innebærer blant annet at domstolen skal kontrollere at siktedes eksaminasjonsrett etter artikkel 6 blir overholdt. Selv om domstolen skal kontrollere at siktedes rett til å eksaminere vitner ikke blir krenket, har domstolen gjentatte ganger, på generelt grunnlag, uttalt at det tilligger den nasjonale lovgivning å gi regler for bevisførsel og bevissikring.<sup>40</sup> EMD skal ikke bedømme de bevis som er ført for den nasjonale domstol, det domstolen skal ta stilling til er om en eventuell bruk av skriftlige forklaringer vil begrense siktedes forsvar slik at han samlet sett ikke har fått en rettfærdig rettergang.<sup>41</sup> Domstolen har en rekke ganger uttalt følgende:

”The Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court’s task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence,

---

<sup>39</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1026

<sup>40</sup> Se bla. Trofimov v. Russland (2008) og Gossa v. Polen (2007)

<sup>41</sup> Se Kjelby (2004) s. 15

but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair.”<sup>42</sup>

#### 4.3.2 Hovedregelen om føring av vitnebevis

EMK art. 6 nr 3 bokstav d regulerer ikke direkte på hvilken måte partenes vitneførsel skal foregå. Det bestemmes eksplisitt fastslår, er at en person som er siktet for en straffbar handling har rett til å avhøre og la avhøre vitner som føres mot ham. Regelen er et utslag av prinsippet om ”equality of arms”, som på norsk kan oversettes til prinsippet om våpenlikhet eller partslikhetsprinsippet. Prinsippet går, kort fortalt, ut på at partene under domstolsbehandlingen av en straffesak skal ha like muligheter, prinsippet knytter seg til alle sidene av rettergangen.<sup>43</sup> Prinsippet innebærer for eksempel at partene skal ha lik mulighet til å presentere saken, lik mulighet til advokatbistand og lik tilgang til sakens dokumenter. En viktig side av prinsippet er at begge partene skal ha tilgang til de faktaopplysninger og argumenter den andre fremmer for retten, og at partene skal ha like muligheter til å imøtegå disse.<sup>44</sup>

Partslikhetsprinsippet er særlig viktig i straffesaker, da partene her i utgangspunktet ikke kan sies å være likestilte.<sup>45</sup> Fra det iverksettes etterforskning eksisterer det en ubalanse mellom den mistenkte og påtalemyndigheten, hvor påtalemyndigheten kan sies å ha et overtak. Ubalansen skyldes blant annet at det er påtalemyndigheten som iverksetter etterforskning og reiser tiltale, og at påtalemyndigheten på etterforskningsstadiet har en rekke rettigheter som den mistenkte ikke har. Påtalemyndigheten har for eksempel etter strpl. §§ 192 flg. og 171 flg. rett til ransaking og rett til pågripelse. Partslikhetsprinsippet har som formål å sikre at partene under *domstolsbehandlingen* av saken stilles likt.<sup>46</sup> Selv

---

<sup>42</sup> Se Trofimov v. Russland (2008) punkt 32

<sup>43</sup> Se Høstmælingen (2004) s. 194

<sup>44</sup> Se Høstmælingen (2004) s. 194

<sup>45</sup> Se Jebens (2004) s. 327

<sup>46</sup> Se Jebens (2004) s. 327

om prinsippet innebærer at *partene* skal stilles likt, er det sett hen til de nevnte omstendigheter, særlig for den tiltalte at prinsippet har stor betydning.

Selv om det ikke fremgår av ordlyden i EMK artikkel 6 nr 3 d, viser praksis<sup>47</sup> fra EMD at utgangspunktet etter konvensjonen, i likhet med utgangspunktet etter norsk rett, er at vitneforklaringer som hovedregel skal avgis direkte for den dømmende rett. Det er vanlig at domstolen før den vurderer om det har skjedd en krenkelse av eksaminasjonsretten, kommer med en prinsipperklæring om at hovedregelen for bevisførsel er at de enkelte bevis skal legges frem i åpent rettsmøte med sikte på en kontradiktorisk behandling.

#### 4.3.3 Unntak fra hovedregelen om muntlig vitneførsel

Eksaminasjonsrettens innhold og dens betydning for adgangen til opplesning av vitneforklaringer er fastlagt gjennom en lang rekke avgjørelser fra EMD. Unterpertinger mot Østerrike (1986) var den første avgjørelsen hvor EMD tok stilling til adgangen til opplesning av politiforklaringer, sammenholdt siktedes rett til å eksaminere vitner. Domstolen uttalte, på prinsipielt grunnlag, at opplesning av vitneforklaringer isolert sett ikke er i strid med siktedes eksaminasjonsrett, men at en eventuell opplesning ikke må skje i strid med siktedes rett til å forsvare seg mot anklagene mot ham.<sup>48</sup> EMD kom i saken til at det hadde skjedd en krenkelse av Unterpertinger sine rettigheter, og at han således ikke hadde fått en rettferdig rettergang. Krenkelsen skyldtes at domfellelsen av Unterpertinger hovedsakelig var basert på de oppleste vitneforklaringene, og at Unterpertinger ikke på noe stadium av rettsforfølgelsen hadde hatt anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnene som hadde avgitt forklaringene. Selv om domstolen fremhevet at Unterpertinger ikke på noe tidspunkt hadde hatt anledning til å eksaminere de to vitnene, synes det avgjørende for domstolen å ha vært at forklaringene utgjorde det hovedsaklige bevis mot Unterpertinger.<sup>49</sup> Forklaringene var brukt som bevis for sannheten i beskyldningene fremsatt mot ham, ikke

---

<sup>47</sup> Se blant annet *Asch v. Østerrike* (1991) punkt 27 og *A.M v. Italia* (2000) punkt 25

<sup>48</sup> Se dommen punkt 31

<sup>49</sup> Se *Jebens* (2004) s. 537

bare som utfyllende opplysninger.<sup>50</sup> Domstolen kom til at de oppleste forklaringene hadde utgjort det hovedsakelige bevis mot Unterpertinger, til tross for at påtalemyndigheten hadde ført øvrige bevis mot ham. Dette skyldtes at det øvrige bevismaterialet ikke var vektlagt i nevneverdig grad av den nasjonale domstolen. EMD uttalte følgende om forklaringenes betydning for domfellelsen:

”It is true that the statements made by Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner were not the only evidence before the courts. [...]

However, it is clear from the judgment of 4 June 1980 that the Court of Appeal based the applicant’s conviction *mainly* [min kurs.] on the statements made by Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner to the police.”<sup>51</sup>

Noen år etter avgjørelsen i Unterpertinger-saken, tok EMD i saken Asch mot Østerrike (1991) på nytt stilling til adgangen til opplesning av politiforklaringer sammenholdt siktedes rett til å eksaminere vitner. Faktum i denne saken var tilnærmet likt faktum i Unterpertinger-saken. Asch var av påtalemyndigheten tiltalt for legemsbeskadigelse mot samboeren sin. Opprinnelig var det Asch sin samboer som hadde anmeldt ham, men hun hadde ved senere anledning trukket anmeldelsen tilbake. Under hovedforhandlingen møtte samboeren som vitne på påtalemyndighetens side, men hun nektet på dette tidspunkt å avgi forklaring. Av denne grunn ønsket påtalemyndigheten å lese opp forklaringen hun hadde gitt til politiet i forbindelse med anmeldelsen. Retten tillot at forklaringen ble lest opp, og Asch ble av den nasjonale domstolen dømt for legemskrenkelse. Asch mente at hans rett til vitneeksaminasjon var krenket, og klaget saken inn for EMD.

EMD tok utgangspunkt i prinsippene fra Unterpertinger-dommen, men kom under dissens 7-2 til at det ikke hadde skjedd en krenkelse av Aschs rett til vitneeksaminasjon. Som i Unterpertinger-dommen hadde hverken Asch eller hans forsvarer fått anledning til å eksaminere samboeren, men i motsetning til i Unterpertinger-dommen var ikke den

---

<sup>50</sup> Se dommens punkt 33

<sup>51</sup> Se dommen punkt 33

oppleste vitneforklaringen det eneste bevis av betydning for domfellelsen. Domfellelsen hadde skjedd etter en samlet bevisvurdering, hvor flere bevis hadde spilt en avgjørende rolle. I tillegg til den oppleste vitneforklaringen hadde påtalemyndighetens bevisførsel blant annet bestått av at politimannen som hadde mottatt anmeldelsen forklarte seg om kvinnens skader, samt at det ble fremlagt medisinske journaler. Domstolen uttalte følgende om forklaringens betydning for sakens utfall:

“Above all it is clear from the file that Mrs. J.L.’s statements, as related by Officer B, *did not constitute the only item of evidence* (min kurs.) on which the first-instance court based its decision. It also had regard to the personal assessment made by that officer as a result of his interviews with Mrs. J.L and the applicant, to the two medical certificates, to the police investigation and to the other evidence appearing in Mr Asch’s file [...]. In this respect, the present case is distinguishable from the *Unterpertinger* case [...]”.<sup>52</sup>

EMD kom til at forklaringen som ble lest opp i Asch-saken ikke hadde utgjort det avgjørende bevis, og at saken således skilte seg fra situasjonen i *Unterpertinger*-dommen. På denne bakgrunn er avgjørelsen i samsvar med prinsippene fra *Unterpertinger*-dommen, til tross for at resultatet ble et annet.

Fra EMDs avgjørelser i *Unterpertinger*- og *Asch*-saken kan man utlede at det ved avgjørelsen av om opplesning av en tidligere avgitt vitneforklaring vil være i strid med siktedes eksaminasjonsrett, må tas utgangspunkt i en samlet vurdering av om siktede har fått en rettfærdig rettergang. I denne vurderingen spiller flere momenter inn, men særlig to momenter er av betydning. Det første momentet er hvilken betydning forklaringen har hatt for domfellelsen av siktede, det andre er om siktede eller hans forsvarer har fått anledning til å eksaminere vitnet. EMD har ved en rekke senere avgjørelser gjentatt prinsippene fra *Unterpertinger*- og *Asch*-saken.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Se dommens punkt 30

<sup>53</sup> Se bla. *A.M v. Italia* (1999) og *Lucá v. Italia* (2001)

Selv om både forklaringens betydning for domfellelsen og siktedes eksaminasjonsmuligheter er av betydning for opplesningsadgangen, fremgår det av Unterpertinger- og Asch-saken at det vesentlige er om siktede har fått anledning til å eksaminere vitnet.<sup>54</sup> Dette innebærer at forklaringens betydning for sakens utfall i tilfeller hvor vitnet møter, spiller liten rolle. Dette kommer særlig tydelig frem i EMDs avgjørelse i *Lucà mot Italia* (2001). Luca var av nasjonale myndigheter tiltalt for narkotikakriminalitet. Under hovedforhandlingen hadde påtalemyndigheten lest opp en politiforklaring som en av de øvrige medsiktede hadde avgitt på etterforskningsstadiet. Den medsiktede var til stede under hovedforhandlingen, men nektet å gjenta forklaringen. Lucà klaget saken inn for EMD på bakgrunn av at han mente at hans rett til vitneeksaminasjon var krenket. EMD kom til at det hadde skjedd en krenkelse av Lucàs rett til vitneeksaminasjon, og at han således ikke hadde fått en rettferdig rettergang. Bakgrunnen for at EMD konstaterte at det hadde skjedd en krenkelse, var at Lucà ikke hadde hatt anledning til å eksaminere vitnet som hadde avgitt forklaringen. Domstolen uttalte at opplesning av vitneforklaringer ikke vil være i strid med eksaminasjonsretten dersom siktede har fått anledning til å eksaminere vitnet. Motsatt vil gjelde dersom domfellelsen hovedsakelig er basert på vitneforklaringen uten at siktede har fått mulighet til å stille spørsmål til vitnet.<sup>55</sup> I slike situasjoner vil opplesning innebære en krenkelse av siktedes eksaminasjonsrett.

Dette medfører at det sentrale for opplesningsadgangen i tilfeller hvor vitnet møter, er om siktede har fått anledning til å eksaminere vitnet eller ikke.

#### 4.3.3.1 EMDs praksis om kravet til at siktede må ha fått anledning til å eksaminere vitnet

I avgjørelsen *Lucá mot Italia* (2001) utdypet EMD nærmere hva som skal til for at siktede kan sies å ha fått anledning til å eksaminere vitner som føres mot ham. I dommen uttalte

---

<sup>54</sup> Se *Unterpertinger v. Østerrike* punkt 31 og *Asch v. Østerrike* punkt 27

<sup>55</sup> Se dommens punkt 40



domstolen på generelt grunnlag at siktedes rett til å eksaminere vitner, innebærer at siktede eller hans forsvarer må være gitt en "adequate and proper opportunity" til å imøtegå vitneforklaringen.<sup>56</sup>

Etter dette er det av interesse å finne ut hva som må til for at siktede kan sies å ha fått en "adequate and proper opportunity" til å imøtegå vitnets forklaring.

"Adequate and proper opportunity" kan på norsk oversettes til "tilstrekkelig og passende anledning". Hva som ligger i kravet om en "passende og tilstrekkelig anledning" er nærmere presisert gjennom EMDs praksis. Et særskilt spørsmål er hva som skal til for å si at siktedes rett til krysseksaminasjon er ivaretatt i situasjoner hvor vitnet med hjemmel i nasjonal lovgivning kan nekte å avgi forklaring. I slike tilfeller kan ikke vitnet tvinges til å svare på spørsmål siktede måtte ha.

I avvisningsavgjørelsen Peltonen mot Finland (1999) var saken nettopp den at vitnet på bakgrunn av nasjonal rett kunne nekte å avgi forklaring. EMD utdypet i denne avgjørelsen nærmere hva som ligger i kravet om at tiltalte skal gis en "tilstrekkelig og passende anledning" til å stille spørsmål til vitnet. Peltonen var av nasjonale myndigheter, sammen med andre, tiltalt for grove narkotikaovertrедelser og ulovlig besittelse av våpen. Under hovedforhandlingen førte påtalemyndigheten en av de medsiktede som vitne mot Peltonen. Vitnet nektet imidlertid å avgi forklaring, og påtalemyndigheten ønsket å lese opp forklaringene vitnet hadde avgitt på etterforskningsstadiet. Retten tillot at forklaringene ble lest opp, og Peltonen ble dømt til fengsel i henhold til tiltalebeslutningen. Domfellelsen av Peltonen skjedde hovedsakelig på grunnlag av de oppleste vitneforklaringene. Peltonen klaget saken inn for EMD og hevdet at hans rett til vitneeksaminasjon var krenket. Bakgrunnen for at det hadde skjedd en krenkelse var i følge Peltonen, at hverken han selv eller hans forsvarer hadde vært til stede da vitnet hadde *avgitt* forklaringene. Etter

---

<sup>56</sup> Se dommens punkt 40

Peltonens mening var det ikke tilstrekkelig at vitnet hadde møtt i retten, da vitnet på det tidspunktet nektet å avgi forklaring og nektet å svare på spørsmål.

EMD avviste klagen som ”manifestly ill-founded”. Avvisningen ble begrunnet med at det ikke hadde skjedd en krenkelse av Peltonens eksaminasjonsrett. EMD tok som vanlig utgangspunkt i at alle bevis som hovedregel skal føres direkte for den dømmende rett, men at det kan tenkes unntak. I den aktuelle saken hadde det vært flere rettsmøter hvor både Peltonen og vitnet hadde vært til stede, samt at vitnet hadde vært til stede under hovedforhandlingen. Peltonens forsvarer hadde ved alle anledningene fått mulighet til å stille spørsmål til vitnet, men hadde kun benyttet seg av muligheten ved et par av anledningene. EMD uttalte at selv om vitnet ikke hadde svart på spørsmålene Peltonens forsvarer hadde stilt, utelukket ikke dette at Peltonen hadde fått en ”passende og tilstrekkelig” anledning til å eksaminere vitnet. EMD uttalte følgende om eksaminasjonsmulighetene som hadde vært:

”In the present case there were five hearings at which the applicant and N were both present. On 30 August the applicants counsel put to N certain questions concerning the latters health. On 11 November 1994 the applicants counsel again put a question to N, but it is not known whether the question was answered. It appears that the applicants counsel did not put any further questions to N even though he had the opportunity on several other occasions. *While N’s persistence to remain silent may have made further questioning futile, in the circumstances of the case this neither discloses lack of equality of arms nor justifies the conclusion that the judicial authorities denied the applicant the possibility of examining witnesses in conformity with Article 6 § 1 and § 3 (d) of the Convention (min kurs.).*”<sup>57</sup>

Fra denne avgjørelsen kan man utlede at dersom siktede får anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet, kan forklaringen leses opp selv om vitnet ikke svarer på spørsmålene

---

<sup>57</sup> Se Peltonen v. Finland s. 7

som blir stilt. Det fremgår også av avgjørelsen at eksaminasjonsretten er ivaretatt dersom siktede eller forsvareren ikke benytter seg av muligheten til å stille spørsmål til vitnet. Det avgjørende er om siktede eller forsvareren har fått *reell* anledning til å stille spørsmål, ikke at spørsmål faktisk er blitt stilt eller at spørsmålene er besvart. Avgjørelsen i Peltonen-saken er i norsk rett tatt til inntekt for at manglende svar fra vitnet, ikke er til hinder for at forklaringer som må anses for å være det hovedsakelige bevis leses opp.<sup>58</sup>

Det må videre ut fra dommen kunne legges til grunn at selv om siktede gis anledning til å stille spørsmål til vitner som etter nasjonal lovgivning er fritatt fra å vitne, krenker ikke dette vitnets rett til å nekte å avgi forklaring.<sup>59</sup> Fritaket fra forklaringsplikten setter imidlertid en grense for hvor langt eksaminasjonen kan drives, Dersom vitnet utsettes for utilbørlig press, vil det kunne representere en krenkelse av vitnets rett til å nekte å forklare seg.<sup>60</sup>

EMK artikkel 6 nr 3 d regulerer ikke på hvilken måte siktedes rett til motavhør skal gjennomføres, dette er overlatt til statene å bestemme.<sup>61</sup> Ordlyden dekker både prosesssystemer hvor det er siktede eller hans forsvarer som eksaminerer vitnet, og prosesssystemer hvor det er dommeren som stiller kontrollerende spørsmål til vitnet.

#### 4.3.3.2 Høyesterettspraksis om kravet til "passende og tilstrekkelig anledning"

Høyesterett har i en rekke nyere avgjørelser fulgt opp synet fra Peltonen-saken om at det avgjørende for om eksaminasjonsretten er tilfredsstilt eller ikke, er om siktede faktisk er gitt mulighet til å stille spørsmål. Avgjørelsen i Rt. 2003 s. 1808 var den første norske avgjørelsen hvor Høyesterett inngående behandlet opplesningsadgangen i tilfeller hvor vitnet møter, men nekter å forklare seg. Saken gjaldt spørsmål om lagmannsretten

---

<sup>58</sup> Matningsdal (2007) s.103

<sup>59</sup> Se Skoghøy/Vang (2005) s. 294

<sup>60</sup> Se Skoghøy/Vang (2005) s. 294

<sup>61</sup> Se Jebens (2004) s. 534

rettmessig hadde nektet påtalemyndigheten å lese opp to politiforklaringer og en rettslig forklaring. Bakgrunnen for at påtalemyndigheten ønsket å lese opp forklaringene, var at vitnet med hjemmel i strpl. § 123 hadde nektet å avgi forklaring. Lagmannsretten hadde under henvisning EMK artikkel 6 nr. 3 d kommet til at siktedes eksaminasjonsrett var til hinder for opplesning. Høyesterett kom til at opplesning i det aktuelle tilfellet ikke ville vært i strid med siktedes eksaminasjonsrett, og opphevet lagmannsrettens dom på grunn av saksbehandlingsfeil. Høyesterett uttalte følgende:

”Det kan etter min oppfatning ikke være noe vilkår for å tillate opplesning at vitnet svarer på de spørsmål tiltalte eller hans forsvarer stiller. Såfremt tiltalte eller hans forsvarer under hovedforhandlingen har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, må en forklaring som er avgitt under etterforskningen, normalt kunne leses opp selv om vitnet påberoper en gyldig grunn til å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare, se for eksempel EMDs avvisningsavgjørelse fra 1999 i saken Peltonen mot Finland (...).”<sup>62</sup>

Synet fra avgjørelsen i Rt. 2003 s. 1808 er fulgt opp i flere senere avgjørelser fra Høyesterett. I Rt. 2004 s. 97 tok Høyesterett stilling til om lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å tillate at en forklaring fra en medsiktet ble lest opp. Etter at påtalemyndigheten hadde lest opp forklaringen, ønsket forsvareren til en av de øvrige siktede å stille spørsmål til den medsiktede hvis forklaring var blitt lest opp. Lagmannsretten minnet om at den medsiktede hadde påberopt seg sin rett til ikke å avgi forklaring etter strpl. § 123, og at det derfor ikke var tillatt å stille spørsmål direkte til ham. Dommeren spurte derfor den medsiktede om han ville avgi forklaring, noe den medsiktede sa at han ikke ville. Han sa også at han ikke ville svare på det konkrete spørsmålet han hadde hørt at advokaten ønsket å stille. Høyesterett fremhevet også i denne avgjørelsen at siktede skal gis adgang til å eksaminere vitner, men kom til at anken måtte forkastes. Begrunnelsen for at anken ikke førte frem, var at siktedes eksaminasjonsrett var tilfredsstillt

---

<sup>62</sup> Se dommens avsnitt 21

når vitnet var tilstede i retten og på spørsmål fra dommeren tilkjennega at han ikke ville svare på spørsmål.

#### 4.3.3.2.1 EMDs syn på Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 s. 97

Avgjørelsen fra Rt. 2004 s. 94 ble klaget inn for EMD, og ble behandlet i det som blir omtalt som Kaste og Mathisen mot Norge (2006). Klagen ble begrunnet med at de tiltalte ikke hadde fått en ”passende og tilstrekkelig anledning” til å eksaminere vitnet hvis forklaring var blitt lest opp. EMD kom til at det hadde skjedd en krenkelse av eksaminasjonsretten, og at de siktede derfor ikke hadde fått en rettferdig rettergang. EMD kom altså til et annet resultat enn det Høyesterett hadde gjort. Bakgrunnen for at EMD konstaterte krenkelse var at de tiltalte ikke på noe tidspunkt før forklaringen ble lest opp hadde fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, og at de heller ikke etter at forklaringen ble lest opp hadde fått slik anledning. Det var ikke tilstrekkelig at dommeren på *generelt* grunnlag hadde spurt vitnet om han ønsket å svare på spørsmål. Domstolen uttalte følgende:

”[...] The High Court president responded that, since D had invoked his right of silence, it would not be permitted to question him directly. It is true that the president nevertheless asked D if he wished to give oral evidence in full or in part, and that D replied that he still did not wish to give oral evidence even in relation to the specific question put to him by the second applicants counsel... However, even at this stage, with the High Court president acting as an intermediary filter [...], it cannot be said that the second applicant was given a *real* (min kurs.) opportunity to confront D [...].”<sup>63</sup>

Fra EMDs avgjørelse i Kaste og Mathisen mot Norge kan utledes at krevet til ” passende og tilstrekkelig anledning” innebærer at siktede eller forsvareren må være gitt anledning til å stille konkrete spørsmål til vitnet. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at retten på

---

<sup>63</sup> Se dommens punkt 52

generelt grunnlag spør vitnet om han ønsker å svare. Flere reelle hensyn taler for at dette bør være regelen.<sup>64</sup> Dersom forsvaret gis anledning til å stille konkrete spørsmål til vitnet, fremfor at retten på generelt grunnlag spør om vitnet ønsker å svare, kan det tenkes at vitnet velger å svare på enkelte av spørsmålene. I tillegg til at konkrete spørsmål kan øke muligheten for svar, er det slik at taushet i forhold til konkrete spørsmål kan være påfallende. Dette kan være med på å svekke vitnets troverdighet, og er derfor av stor betydning for siktede.

Dersom forholdene legges til rette for at forsvaret gis anledning til konkret utspørring av vitnet, er en eventuell taushet fra vitnets side ikke til hinder for at siktedes eksaminasjonsrett er ivaretatt. På bakgrunn av at forsvaret skal gis en reell anledning til å stille spørsmål til vitnet, er det uten betydning om utsiktene til å få svar på spørsmålene er gode eller dårlige.<sup>65</sup> Siktede skal gis anledning til å stille spørsmål uansett.

#### 4.3.4 Oppsummering

I tilfeller hvor vitnet er til stede under hovedforhandlingen, avhenger opplesningsadgangen i praksis av om siktede eller forsvareren har fått anledning til å eksaminere vitnet. Dette skyldes at forklaringen kan leses opp uavhengig av dens bevismessige vekt, dersom siktede har fått anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet.

For at eksaminasjonsretten skal kunne sies å være tilfredsstillt, har EMD i sin praksis oppstilt et krav om at siktede må ha fått en ”passende og tilstrekkelig” anledning til å eksaminere vitnet. I dette ligger at eksaminasjonsmuligheten må ha vært reell. Siktede eller hans forsvarer må ha fått anledning til å stille konkrete spørsmål, uavhengig av om utsiktene for å få svar er gode eller dårlige. Eksaminasjonsretten innebærer ikke at siktede må ha fått svar på spørsmålene som er stilt, bare at det må ha vært anledning til å stille spørsmål.

---

<sup>64</sup> Se Aall [b] (2007) s. 57

<sup>65</sup> Se Aall [a] (2007) s. 395

Et spørsmål som oppstår i forbindelse med kravet om at siktede må ha fått en ”passende og tilstrekkelig” anledning til å eksaminere vitnet, er på hvilket tidspunkt siktede må ha fått slik anledning. Er det for eksempel tilstrekkelig at siktede gis anledning til å stille spørsmål før opplesning finner sted, eller er det også nødvendig at siktede gis anledning etter at opplesning har skjedd. Jeg har funnet relativt lite rettskilder om dette spørsmålet, noe som medfører at drøftelsen i stor grad baseres på generelle prinsipper og reelle hensyn.

Utgangspunktet både etter norsk rett og etter EMK er at vitner skal forklare seg direkte for den dømmende rett. Dette tilsier at siktede i hvert fall må gis anledning til å stille spørsmål til vitnet *før* opplesning finner sted. Dersom retten i det aktuelle tilfellet kommer til at det er adgang til opplesning, taler sterke reelle hensyn for at siktede eller forsvareren også *etter* at opplesning har funnet bør gis anledning til å stille spørsmål. Dette skyldes at opplesningen kan foranledige nye spørsmål, og som siktede av hensyn til kontradiksjonsprinsippet bør gis anledning til å stille. Kjernen i kontradiksjonsprinsippet er som nevnt at partene skal gis anledning til å kommentere hverandres anførsler og bevis, noe som tilsier at siktede også bør få anledning til å stille spørsmål etter at opplesning har funnet sted.

Selv om et vitne etter nasjonal lovgivning kan nekte å avgi forklaring, er ikke dette til hinder for at siktede gis anledning til å eksaminere vitnet. Eventuelle fritak fra vitneplikten har kun betydning for hvor langt eksaminasjonen kan drives. Det er uten betydning for opplesningsadgangen om vitnet er fritatt fra vitneplikt eller ikke.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Se Kjelby (2004) s. 13

## 5 Opplesning hvor vitnet ikke er til stede under hovedforhandlingen

### 5.1 Innledning

Dersom vitnet ikke er til stede under hovedforhandlingen, vanskeliggjøres siktedes eksaminasjonsmuligheter. Dette medfører at det kan tenkes flere innsigelser mot opplesning, noe som resulterer i at opplesningsadgangen jevnlig vil være mindre enn når vitnet er til stede. En eventuell opplesning i tilfeller hvor vitnet ikke er til stede, vil ha karakter av å være en *erstatning* for et muntlig avhør.

### 5.2 Opplesningsadgangen etter straffeprosessloven

Strpl. § 297 regulerer adgangen til opplesning av vitneforklaringer i tilfeller hvor vitnet ikke er til stede under hovedforhandlingen. Bestemmelsen kommer til anvendelse uavhengig av om vitnet har gyldig forfall eller ikke, og det gjelder ikke et krav om at vitnet må ha vært stevnet.<sup>67</sup> På samme måte som § 296 andre ledd, likestiller § 297 rettslige og utenrettslige forklaringer.

Opplesning etter § 297 kan skje i to situasjoner. Opplesning kan for det første skje dersom muntlig avhør ”ikke er mulig”. Vilkåret synes å være relativt strengt, noe som taler for at terskelen for når vilkåret må anses oppfylt ligger forholdsvis høyt. Kriteriet er oppfylt dersom vitnet er død, men ikke nødvendigvis oppfylt dersom vitnet er sykt eller befinner seg i utlandet.<sup>68</sup>

Den andre situasjonen hvor § 297 fastslår at opplesning kan skje, er dersom muntlig avhør vil medføre ”uforholdsmessig ulempe eller utgift”. Dette vilkåret er svært skjønnsmessig. Ved avgjørelsen av om vilkåret er oppfylt eller ikke, må retten foreta en totalvurdering hvor både sakens alvor og bevisets betydning vil spille en sentral rolle.<sup>69</sup> Dersom saken er av

---

<sup>67</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1028

<sup>68</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1029

<sup>69</sup> Se Andenæs (2000) s. 370



svært alvorlig karakter og beviset kan ha stor betydning, kreves det større ulemper eller utgifter for at vilkåret skal være oppfylt.<sup>70</sup> Av betydning for opplesningsadgangen vil også være om forklaringen er opptatt på en betryggende måte, generelt vil en forklaring som er avgitt i et rettslig avhør kunne sies å være mer betryggende enn en forklaring gitt i et politiavhør.<sup>71</sup> I totalvurderingen vil det også være av betydning hvor store anstrengelser politiet har gjort for å få tak i vitnet.<sup>72</sup>

I Rt. 1990 s. 312, avgjørelsen er referert i punkt 2, gav Høyesterett uttrykk for at forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 297 medfører at opplesningsadgangen etter bestemmelsen er i samsvar med kravene til kontradiksjon som følger av EMK artikkel 6 nr 1 jf. nr 3 bokstav d.

På samme måte som ved vurderingen av om vilkårene etter § 296 er oppfylt, må det i forhold til vilkårene i § 297 vurderes om fjernavhør kan være et betryggende og hensiktsmessig alternativ.<sup>73</sup>

§ 297 første ledd andre punktum utvider opplesningsadgangen dersom tiltalte uten gyldig forfall uteblir i sak hvor forelegg er utferdiget, og i saker som bare gjelder inndragning. I slike tilfeller er det generell adgang til å lese opp vitneforklaringer. Begrunnelsen for regelen er at det er antatt at slike saker er lite belastende for tiltalte, slik at det kan stilles mindre krav til eksaminasjonsmuligheter for siktede.<sup>74</sup> For skriftlige erklæringer fastsetter bestemmelsens andre ledd at opplesning bare kan skje dersom begge parter samtykker eller dersom rettslig avhør ikke kan foretas.

---

<sup>70</sup> Se bla. Rt. 1990 s. 312 s. 316

<sup>71</sup> Se Andenæs (2000) s. 370

<sup>72</sup> Se blant annet Rt. 1995 s.1956

<sup>73</sup> Se Bjerke/Keiserud II (2001) s. 1029

<sup>74</sup> Se Hov I (2007) s. 291

På samme måte som § 296 andre ledd må § 297 ved motstrid, på bakgrunn av forrangsregelen i mnskr. § 3, tolkes innskrenkende ut fra kravene i EMK artikkel 6 nr 1 jf. nr 3 d.

### 5.3 Opplesningsadgangen etter EMK

#### 5.3.1 Siktede har på et tidligere tidspunkt fått anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet

Redegjørelsen under punkt 4.3.3 viser at EMD i sin praksis har lagt til grunn at det for opplesning av vitneforklaringer som må anses for å være det hovedsakelige bevis, er et vilkår at siktede eller forsvareren har fått anledning til å eksaminere vitnet. Dersom siktede ikke har fått slik anledning og forklaringen leses opp, vil eksaminasjonsretten etter EMK være krenket. Et spørsmål som oppstår i den anledning, er på hvilket tidspunkt siktede må være gitt eksaminasjonsadgang. Problemstillingen er om det er tilstrekkelig at siktede på et eller annet tidspunkt har fått anledning til å eksaminere vitnet, eller om eksaminasjonsretten forutsetter at siktede må gis anledning til å stille spørsmål til vitnet under hovedforhandlingen.

Allerede i Unterpertinger-saken fremhevet EMD at siktedes rett til å eksaminere vitner, som utgangspunkt ikke er ivaretatt dersom vedkommende ikke "at any stage" har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet.<sup>75</sup> I avgjørelsen Kostovski mot Nederland (1989) utdypet domstolen nærmere uttalelsen fra Unterpertinger-dommen. Kostovski var av nasjonale domstoler domfelt for væpnet ran. Under hovedforhandlingen hadde den nasjonale domstolen tillatt at det ble lest opp politiforklaringer fra to anonyme vitner. Kostovski klaget på denne bakgrunn saken inn for EMD, og domstolen kom til at det hadde skjedd en krenkelse av hans eksaminasjonsrett. Begrunnelsen for at EMD konstaterte krenkelse var at Kostovski var domfelt hovedsakelig på bakgrunn av de oppleste

---

<sup>75</sup> Se dommen punkt 31

vitneforklaringene, uten at han hadde fått anledning til å avhøre vitnene. Domstolen uttalte følgende om eksaminasjonsretten:

”As a rule, these rights require that an accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, *either at the time the witness was making his statements or at some later stage of the proceedings* [...] (min kurs.)”<sup>76</sup>

EMD har i senere praksis opprettholdt synspunktet fra Kostovski-saken. Et sentralt spørsmål i Isgrò mot Italia (1991) var på hvilket tidspunkt siktede må ha fått anledning til å eksaminere vitner. Isgrò var av nasjonale domstoler dømt til 20 års fengsel for en alvorlig kidnappings sak. Under hovedforhandlingen tillot den nasjonale domstolen at en vitneforklaring ble lest opp, selv om vitnet var forsvunnet. Isgrò klaget derfor saken inn for EMD. EMD kom til at det ikke hadde skjedd en krenkelse av Isgròs rettigheter. Det er noe uklart om domfellelsen av Isgrò hovedsakelig skyldtes den oppleste forklaringen, men det som imidlertid synes å ha vært avgjørende for EMD var at Isgrò under etterforskningen av saken hadde fått anledning til å stille spørsmål til vitnet.<sup>77</sup> Eksaminasjonsretten var derfor ivaretatt. Domstolen uttalte følgende:

”[...] the confrontation of 10 April 1979 enabled the applicant to put questions directly to Mr. D and to discuss his statements, thus providing the investigating judge with all the information which was capable of casting doubt on the witness’s credibility.”<sup>78</sup>

Fra disse avgjørelsene kan man utlede at siktedes eksaminasjonsrett ikke forutsetter at siktede må gis anledning til å stille vitnet spørsmål under hovedforhandlingen. Eksaminasjonsretten er ivaretatt dersom siktede har fått anledning til å imøtegå og stille

---

<sup>76</sup> Se dommens punkt 41

<sup>77</sup> Se Skoghøy/Vang (2005) s. 299

<sup>78</sup> Se dommens punkt 35

spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere tidspunkt. Det avgjørende er altså om siktede *på et eller annet tidspunkt* har fått anledning til å eksaminere vitnet, ikke på hvilket tidspunkt dette har skjedd.

Hvorvidt siktede har benyttet seg av muligheten til å imøtegå vitneforklaringen, er som nevnt under punkt 4.3.3.1, uten betydning for om eksaminasjonsretten er ivaretatt. Et spørsmål i denne sammenheng som har vært vurdert i praksis, er om handlinger foretatt av siktedes forsvarer kan identifiseres med siktede. I Solakov mot Makedonia (2001) tok EMD stilling til dette spørsmålet. Solakov var i Makedonia tiltalt for innførsel av et stort parti narkotika til USA. De mest sentrale vitnene i saken mot Solakov sonet fengselsstraffer i USA, det var derfor nødvendig å foreta bevisopptak av deres vitneforklaringer der. Solakovs forsvarer ønsket å være med på vitneavhørene i USA, men fikk på grunn av feil ved utfyllingen av visumsøknaden ikke innvilget visum. Forsvareren søkte ikke om visum på nytt. Solakov byttet forsvarer underveis, og den andre forsvareren syntes ikke at det var nødvendig å reise til USA for å overvære vitneavhørene. Under hovedforhandlingen ble forklaringene fra vitnene som sonet i USA tillatt lest opp. Solakov ble av den nasjonale domstolen dømt i henhold til tiltalen, og klaget saken inn for EMD på bakgrunn av at han ikke hadde fått anledning til å eksaminere vitnene som hadde avgitt de oppleste vitneforklaringene. EMD kom til at det ikke hadde skjedd en krenkelse av eksaminasjonsretten. Bakgrunnen for at domstolen kom til at det ikke hadde skjedd en krenkelse var at Solakovs forsvarere hadde fått anledning til å være med da vitnene ble avhørt, men at de ikke hadde benyttet seg av denne muligheten. Den første forsvareren hadde ikke søkt om visum på nytt, og den andre forsvareren hadde verken uttrykt noe ønske om å delta, eller ønske om at bevisopptaket skulle utsettes.

Det som synes å ha vært avgjørende for EMD i denne saken var at forsvarerne hadde fått reell anledning til å overvære vitneavhørene, men at de ikke hadde benyttet seg av muligheten. Solakov ble identifisert med forsvarernes handlinger, og hadde derfor etter domstolens mening fått en reell eksaminasjonsanledning. Selv om det ikke ble uttrykkelig sagt i Solakov-saken, har EMD ved andre anledninger eksplisitt uttalt at tiltalte i relasjon til

EMK art. 6 nr 3 d kan identifiseres med sin forsvarer<sup>79</sup>. Domstolen har også i tilfeller hvor siktede underveis har byttet forsvarer, identifisert siktede med sin første forsvarers handlinger.<sup>80</sup>

Et ytterligere spørsmål i forbindelse med eksaminasjonsretten, er om siktede kan gi avkall på retten til å eksaminere vitner. EMD har i sin praksis lagt til grunn at tiltalte eller hans forsvarer kan samtykke til at en vitneforklaring leses opp, fremfor at vitnet avhøres muntlig.<sup>81</sup> I Craxi mot Italia (2002) uttalte domstolen at konvensjonen ikke er til hinder for at tiltalte frivillig gir avkall på eksaminasjonsretten, men at et eventuelt avkall må være utvetydig og ikke støte an mot noen offentlig interesse.<sup>82</sup> Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at utgangspunktet er at domstolene av eget tiltak skal håndheve bestemmelsene i straffeprosessloven og EMK art. 6<sup>83</sup>, noe som kan medføre at retten ikke vil godta et avkall fra siktede. Selv om det her gis uttrykk for at retten av eget tiltak skal håndheve opplesningsreglene, har Høyesterett lagt til grunn at et samtykke til opplesning fra tiltalte kan være et moment i vurderingen av om opplesning skal tillates eller ikke.<sup>84</sup>

### 5.3.2 Siktede har ikke på noe tidspunkt hatt anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet

Dersom vitnet ikke er til stede under opplesningen og siktede verken da forklaringen ble avgitt eller på et senere tidspunkt har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, beror opplesningsadgangen på forklaringens bevismessige vekt. Dette ble lagt til grunn allerede i Unterpertinger – saken,<sup>85</sup> og kommer som nevnt i punkt 4.3.3 særlig tydelig frem i avgjørelsen Lucà mot Italia. De nevnte avgjørelsene fra EMD viser forklaringen ikke kan

---

<sup>79</sup> Se Doorson v. Nederland (1996) punkt 74

<sup>80</sup> Se S.N v. Sverige (2002)

<sup>81</sup> Se bla. Kamasinski v. Østerrike (1989)

<sup>82</sup> Se avgjørelsen avsnitt 91, sitert etter Matningsdal (2007) s. 126 da avgjørelsen kun er tilgjengelig på fransk

<sup>83</sup> Se Rt. 1996 s. 666 s. 668

<sup>84</sup> Se Rt. 2001 s. 747 s. 750

<sup>85</sup> Se dommens avsnitt 33

leses opp dersom den utgjør hovedbeviset i saken, og siktede ikke har fått anledning til å eksaminere vitnet. Motsatt gjelder for mindre sentrale vitneforklaringer, disse kan leses opp selv om siktede ikke har hatt anledning til å eksaminere vitnet.<sup>86</sup>

Både EMD og Høyesterett har brukt flere ulike formuleringer når de har tatt stilling til om en forklaring er så sentral for domfellelsen, at den må avskjæres som bevis av hensyn til eksaminasjonsretten. I *Unterpertinger*-dommen uttalte EMD at domfellelsen ”mainly”<sup>87</sup> var basert på den oppleste forklaringen, men domstolen har også brukt formuleringer som: ”solely or to a decisive degree”<sup>88</sup> og ”to a decisive extent”<sup>89</sup>. Høyesterett har gjentatte ganger brukt formuleringene ”hovedsakelig bevis”<sup>90</sup> og ”avgjørende bevis”<sup>91</sup>.

For å finne ut om en vitneforklaring vil utgjøre det hovedsakelige bevis mot tiltalte, vil forklaringens samspill med sakens øvrige bevis være av sentral betydning.<sup>92</sup> Enklest er det å avgjøre forklaringens betydning dersom forklaringen er det eneste bevis mot tiltalte. I slike situasjoner er det åpenbart at forklaringen vil utgjøre det hovedsakelige bevis. Det er derimot lite vanlig at en vitneforklaring er det eneste bevis<sup>93</sup>, og praksis fra EMD viser at en vitneforklaring kan utgjøre det hovedsakelige bevis selv om det også foreligger andre bevis.<sup>94</sup> Felles for de tilfellene hvor EMD har konstatert krenkelse av siktedes eksaminasjonsrett, gjelder at de nasjonale domstolene har basert domfellelsen *alene eller i avgjørende grad* på oppleste vitneforklaringer uten at siktede har hatt anledning til å imøtegå eller stille spørsmål til vitnet.<sup>95</sup>

---

<sup>86</sup> Se *Jebens* (2004) s. 537

<sup>87</sup> Se *dommen* punkt 33

<sup>88</sup> Se bla. *Lucá v. Italia* (2001) punkt 40

<sup>89</sup> Se bla *P.S. v. Tyskland* (2001) punkt 30

<sup>90</sup> Se blant annet *Rt. 1997* s. 1778 s. 1783

<sup>91</sup> Se blant annet *Rt. 1991* s. 1096 s. 1099

<sup>92</sup> Se *Rt. 1990* s. 1221 s. 1225

<sup>93</sup> Se *Aall* (1994) s. 403

<sup>94</sup> Se for eksempel *Unterpertinger v. Østerrike* (1986)

<sup>95</sup> Se *Kjelby* (2004) s. 17

### 5.3.2.1 Forklaringens betydning for skyldspørsmålet eller for straffespørsmålet

Et spørsmål som oppstår når man skal vurdere hvilken betydning en vitneforklaring vil ha for sakens utfall, er om det er forklaringens betydning i forhold til skyldspørsmålet, straffespørsmålet eller begge deler vurderingen må knyttes til. Helt klart må det være at vurderingen av forklaringens betydning i hvert fall refererer seg til skyldspørsmålet.<sup>96</sup> Avgjørelsen av skyldspørsmålet er avgjørende for om tiltalte i det hele tatt kan domfelles, det er derfor viktig at avgjørelsen av skyldspørsmålet har vært underlagt en kontradiktorisk behandling.

Spørsmålet blir derfor om vurderingen av forklaringens betydning også må knytte seg til forklaringens betydning for avgjørelsen av straffespørsmålet. I Rt. 1995 s. 1956 kom Høyesterett til at fornærmedes forklaring i en sak om legemskrenkelse ikke skulle vært tillatt lest opp, selv om det var på det rene at forklaringen kun hadde betydning for straffespørsmålet. Bakgrunnen for at Høyesterett kom til at forklaringen ikke skulle vært lest opp, var at opplesning var i strid med strpl. § 297 og EMK art. 6 nr 1 jf nr. 3 d. Selv om avgjørelsen kan tas til inntekt for at vurderingen av forklaringen også må knytte seg til straffespørsmålet, må det tas høyde for at avgjørelsens rekkevidde er noe uklar.<sup>97</sup> Bakgrunnen for at avgjørelsens rekkevidde ikke er klar, skyldes at Høyesterett mente at det forelå en mulighet for at fornærmede ville forklare seg muntlig i retten og at det derfor burde vært gjort mer for å få til muntlig avhør. I Rt. 2004 s. 943 uttalte Høyesterett at lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å kun vurdere forklaringens betydning for skyldspørsmålet. Domstolen uttalte følgende: ”Bevisets betydning for straffutmålingen må også tas med i vurderingen av om opplesning skal tillates.”<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Se Kjelby (2004) s. 20

<sup>97</sup> Se Kjelby (2004) s. 21

<sup>98</sup> Se dommen avsnitt 16

Etter dette kan det synes som om vurderingen av hvilken betydning forklaringen vil ha for sakens utfall må knyttes til både avgjørelsen av skyldspørsmålet, og til avgjørelsen av straffespørsmålet. Reelle hensyn taler også for en slik løsning. Avgjørelsen av straffespørsmålet kan være av stor betydning for tiltalte, slik at bevis knyttet til straffespørsmålet også bør være underlagt kontradiksjon. Et moment som taler for at man ikke kan la skillet mellom skyldspørsmålet og straffespørsmålet være avgjørende for rekkevidden av siktedes eksaminasjonsrett, er at det er usikkert om EMD vil la sondringen være avgjørende for eksaminasjonsrettens omfang.<sup>99</sup> Selv om det etter dette kan synes som om skillet mellom skyld- og straffespørsmålet ikke kan være avgjørende for siktedes rett til å eksaminere vitner, vil en forklaring som bare gjelder straffutmålingsmomenter i praksis sjelden kunne anses for å være hovedsakelig.<sup>100</sup> Dette kan derimot stille seg annerledes dersom forklaringen dreier seg om forhold som har betydning for subsumsjonen, slik tilfellet for eksempel er for kvantum i forhold narkotikaforbrytelser.

Høyesterett har i flere avgjørelser lagt til grunn at en forutsetning for at retten skal kunne bedømme hvilken betydning en vitneforklaring vil ha for sakens utfall, er at vurderingen gjøres etter at sakens øvrige bevis er ført.<sup>101</sup> Det er først på dette tidspunktet at retten vil ha den nødvendige oversikt over bevisbildet, og dermed de beste forutsetninger for å kunne vurdere forklaringen som bevis.

### 5.3.2.2 Hovedbevislæren vs. dråpeprinsippet

På begynnelsen av 2000- tallet endret Høyesterett formuleringen av hvor stor vekt en forklaring kan ha før den må avskjæres som bevis. Høyesterett gikk fra formuleringer som ”hovedsakelig” og ”avgjørende” bevis, til formuleringer om at det var en ”reell mulighet for at forklaringen kunne ha utslagsgivende betydning” for domfellelsen. Denne endringen førte til en diskusjon i juridisk teori, og til dels i rettspraksis om vilkårene for opplesning

---

<sup>99</sup> Se Matningsdal (2007) s. 81

<sup>100</sup> Se Langbach (2007) s. 289

<sup>101</sup> Se bla. Rt. 1995 s. 1295 s. 1297 og Rt. 1995 s. 1956 s. 1957



måtte sies å ha blitt endret. Diskusjonen har pågått mellom det man kan kalle tilhengere av hovedbevislæren, og tilhengere av dråpeprinsippet. Hovedbevislæren kan sies å bygge på en oversettelse av EMDs formulering i Unterpertinger- saken.<sup>102</sup> Med hovedbevislæren siktes her til læren om at det som er avgjørende for om en vitneforklaring kan leses opp i den aktuelle situasjon, er om forklaringen sett i sammenheng med sakens øvrige bevis vil utgjøre det ”hovedsakelige” eller ”vesentlige bevis”.<sup>103</sup> Dette er egentlig et spørsmål om det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng mellom forklaringen og domfellelsen av siktede. Dersom forklaringen må anses for å være det hovedsakelige bevis og siktede ikke har fått anledning til å eksaminere vitnet, kan forklaringen etter hovedbevislæren ikke leses opp uten at det vil komme i konflikt med eksaminasjonsretten.

Med dråpeprinsippet siktes her til oppfatningen om at opplesning er avskåret dersom forklaringen vil utgjøre ”den nødvendige dråpen” for domfellelse.<sup>104</sup> Etter denne oppfatningen er det tilstrekkelig for å begrunne avskjæring at forklaringen fjerner all tvil, selv om den alene ikke er tilstrekkelig til å begrunne domfellelse. Opplesningsadgangen etter dråpeprinsippet er derfor snevrere enn opplesningsadgangen etter hovedbevislæren. Siktede får etter dråpeprinsippet, i forhold til hovedbevislæren, en utvidet rett til vitneeksaminasjon.

Jeg vil nå gjennomgå relevant EMD praksis og Høyesterettspraksis for å forsøke å finne ut om det har skjedd en endring i opplesningsadgangen i løpet av det siste tiåret.

#### 5.3.2.2.1 Rettstilstanden frem til, og i årene etter Rt. 2001 s. 29

På 1990-tallet og frem til avgjørelsen i Rt. 2001 s. 29, tok Høyesterett utgangspunkt i hovedbevislæren. Høyesterettspraksis på 1990-tallet og frem til avgjørelsen i Rt. 2001 s. 29 var derfor i samsvar med praksis fra EMD.

---

<sup>102</sup> Se Matningsdal (2007) s. 55

<sup>103</sup> Se Matningsdal (2007) s. 55

<sup>104</sup> Se Matningsdal (2007) s. 59

I avgjørelsen i Rt. 2001 s. 29 kan det derimot synes som om Høyesterett foretok en kursendring, fra hovedbevislæren til læren om dråpeprinsippet. Spørsmålet i saken var om lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å tillate påtalemyndigheten å lese opp vitneforklaringen fra et vitne som ikke møtte. Vitnet som hadde avgitt forklaringen hadde angivelig sett hendelsen, slik at forklaringen var av vesentlig betydning for domfellelsen av tiltalte. Høyesterett kom til at lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å tillate forklaringen lest opp. Førstvoterende uttalte følgende om hvilken betydning forklaringen hadde hatt for domfellelsen av tiltalte:

”På denne bakgrunn er det en *reell mulighet* for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en *utslagsgivende betydning* i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis (min kurs.).”<sup>105</sup>

Med denne formuleringen oppstilte Høyesterett et strengere kriterium for å tillate opplesning, enn det som tidligere hadde vært vanlig. Høyesteretts bruk av formuleringen ”reell mulighet” for at forklaringen kunne ha ”utslagsgivende betydning” innebar en utvidelse av siktedes eksaminasjonsrett, fordi formuleringen stiller mindre krav til hvor stor betydning forklaringen kan ha før opplesning må nektes. Høyesterett begrunnet ikke i avgjørelsen hvorfor det ble foretatt en endring i forhold til tidligere rettspraksis, faktisk så ble ikke hovedbevislæren nevnt.

Høyesterettsdommer Magnus Matningsdal har gitt uttrykk for at avgjørelsen i Rt. 2001 s. 29 kanskje ikke innebar noen kursendring,<sup>106</sup> som begrunnelse for sitt synspunkt viser han til flere omstendigheter. Han viser for det første til at det i avgjørelsen i Rt. 1990 s. 312 ble uttalt at man ”regelmessig” vil være avskåret fra å lese opp forklaringer fra helt sentrale vitner. Dette, hevder han, medfører at også andre forklaringer enn forklaringer fra helt

---

<sup>105</sup> Se dommen s. 33

<sup>106</sup> Se Matningsdal (2007) s. 56

sentrale vitner kan tenkes avskåret. I Rt. 2001 s. 29 var vitnet som hadde avgitt forklaringen av andre vitner utpekt som gjerningsmann, det forelå derfor særlig tvil om forklaringens troverdighet. Matningsdals synspunkt er derfor at det var tvilen som heftet ved forklaringen, som førte til at den ikke kunne leses opp. I tillegg til dette, fremhever Matningsdal at førstvoterende i saken avsluttet med å si at den aktuelle vitneforklaringen var gitt av et vitne som det var mulig å finne og føre. Dette innebærer, i følge Matningsdal, at Høyesterett mente at det ikke var foretatt tilstrekkelig for å sikre umiddelbar bevisførsel, og at dette også kan tenkes å ha innvirket på avgjørelsen om at forklaringen ikke skulle vært tillatt opplest. Selv om Høyesterett ikke begrunnet eller uttrykkelig fremhevet at det ble foretatt en kursendring, og selv om det i følge Matningsdal kan tenkes at avgjørelsen ikke innebar en endring i opplesningsadgangen, er avgjørelsen i Rt. 2001 s. 29 i senere praksis oppfattet som en kursendring.

Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 97, som er gjengitt ovenfor under punkt 4.3.3.2, er et eksempel på at avgjørelsen fra 2001 ble tatt til inntekt for at det hadde skjedd en endring i opplesningsadgangen. Førstvoterende uttalte følgende om den rettslige adgangen til å lese opp tidligere avgitte vitneforklaringer:

”I de tilfeller hvor forklaringen vil være et vesentlig bevis for tiltaltes skyld, har Høyesterett lagt til grunn at opplesning av rettslig forklaring og politiforklaring som regel vil måtte avskjæres når tiltalte ikke har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet. I tidligere praksis har problemstillingen vært om en fellende dom «hovedsakelig» vil måtte bygge på de forklaringer det er spørsmål om å lese opp, jf. blant annet Rt-1991-1096. I dommen i Rt-2001-29, hvor opplesning av vitnes politiforklaring ledet til at lagmannsrettens dom ble opphevet, uttalte førstvoterende at det var « en reell mulighet for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis ». Jeg bygger på den

*presisering - og antagelig modifikasjon (min uth.) - i vurderingstemaet som fremgår av avgjørelsen i Rt-2001-29.*<sup>107</sup>

Det nevnte sitatet viser at førstvoterende oppfattet avgjørelsen fra 2001 som en modifikasjon i adgangen til å lese opp tidligere forklaringer. En innvending som kan rettes mot avgjørelsen i Rt. 2004 s. 97, er at saken ikke er sammenlignbar med avgjørelsen fra 2001.<sup>108</sup> Avgjørelsen fra 2001 gjaldt opplesningsadgangen i et tilfelle hvor vitnet *ikke var til stede*, mens avgjørelsen i 2004 s. 97 gjaldt adgangen til opplesning av forklaring fra et vitne som *var til stede*. Opplesningsadgangen for forklaringer fra vitner som er til stede, avhenger som redegjort for under punkt 4, i praksis av om siktede har fått eller får anledning til å eksaminere vitnet.

I Rt. 2004 s. 897 og Rt. 2004 s. 943 dukket spørsmålet om adgangen til opplesning av tidligere avgitte vitneforklaringer på nytt opp. I Rt. 2004 s. 897 hadde lagmannsretten tillatt påtalemyndigheten å lese opp politiforklaringen fra et vitne som ikke møtte. Høyesterett kom til at opplesningen utgjorde en saksbehandlingsfeil, og opphevet lagmannsrettsavgjørelsen. Førstvoterende uttalte at det ved avgjørelsen av om en tidligere avgitt forklaring skal tillates opplest, er avgjørende om ”det er en reell mulighet for at opplesningen kan ha hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis [...]”.<sup>109</sup> Som grunnlag for dette utgangspunktet viste førstvoterende til de nevnte avgjørelsene fra 2001 og 2004, uten at praksis før disse avgjørelsene ble kommentert. Førstvoterende redegjorde for de lavere instansenes behandling av opplesningsspørsmålet, hvor det kommer frem at begge instansene tok utgangspunkt i hovedbevislæren. De tidligere instansene hadde ikke ansett forklaringen for å være det avgjørende bevis, fordi det i tillegg til vitneforklaringen forelå øvrig bevis av betydning. Høyesterett kommenterte ikke underinstansenes utgangspunkt, domstolen uttalte bare at ”opplesning av en politiforklaring i en situasjon

---

<sup>107</sup> Se dommen punkt 17

<sup>108</sup> Se Matningsdal (2007) s. 57

<sup>109</sup> Se dommen punkt 9

som den foreliggende, må nektes dersom det er en reell mulighet for at forklaringen vil kunne få utslagsgivende betydning ved den samlede bevisbedømmelse.”<sup>110</sup>

Avgjørelsen er et godt eksempel på forskjellen mellom hovedbevislæren og dråpeprinsippet. Førstvoterende uttalte at forklaringen ”utfyller og bekrefter” det bildet som de øvrige bevis viste, og at avgjørelsesgrunnlaget med dette ble ”sikrere”. Dette er vesensforskjellig fra situasjoner hvor forklaringen må sies å være avgjørende for sakens utfall.

Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 943 bygger på samme kriterium som avgjørelsen i Rt. 2004 s. 897. Spørsmålet var også her om lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å tillate påtalemyndigheten å lese opp forklaringen fra et vitne som ikke møtte. Høyesterett kom til at lagmannsrettens begrunnelse for å tillate opplesning ikke var holdbar, og at opplesningen følgelig utgjorde en saksbehandlingsfeil. Høyesterett opphevet imidlertid ikke dommen, da domstolen på bakgrunn av en konkret vurdering kom til at opplesningen ikke hadde innvirket på dommens innhold. I avgjørelsen uttalte Høyesterett på generelt grunnlag at det som er avgjørende for om en tidligere avgitt forklaring skal tillates opplastet i tilfeller hvor vitnet ikke er tilstede, er om det er en reell mulighet for at opplesningen kan ha en utslagsgivende betydning for den samlede bevisbedømmelse.<sup>111</sup> Heller ikke i denne avgjørelsen kommenterte Høyesterett tidligere rettspraksis hvor utgangspunktet var hovedbevislæren.

#### 5.3.2.2 Vurdering av Høyesteretts kursendring

Som allerede nevnt, begrunnet ikke Høyesterett i 2001- avgjørelsen hvorfor det ble foretatt en endring i opplesningsadgangen for tilfeller hvor siktede ikke har hatt noen mulighet til å eksaminere vitnet.. Da avgjørelsen i Rt 2001 s. 29 ble avsagt, forelå det ingen praksis fra EMD som tilsa at Norges praksis rundt opplesningsspørsmålet ikke var korrekt. Tvert i mot

---

<sup>110</sup> Se dommen avsnitt 17

<sup>111</sup> Se dommens avsnitt 15

viser EMDs praksis fra den tiden at domstolen opprettholdt tidligere praksis, hvor det avgjørende var om domfellelsen alene eller i hovedsakelig grad var basert på den oppleste forklaringen.<sup>112</sup> På denne bakgrunn kan det derfor stilles spørsmål om årsaken til den kursendring Høyesterett foretok. Enkelte<sup>113</sup> har gitt uttrykk for at endringen i opplesningsadgangen kan ha skjedd som en følge av Andenæs' artikkel "Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk straffeprosess".<sup>114</sup> I artikkelen gir Andenæs uttrykk for at det kanskje bør være slik at også forklaringer som ikke er å regne som det hovedsaklige bevis, men som rydder av veien tvil som ellers kunne vært til hinder for domfellelse, heller ikke bør tillates lest opp av hensyn til EMK art. 6 nr. 1 jf. nr. 3 d. Det er imidlertid viktig å merke seg at Andenæs ikke argumenterer for at rettstilstanden faktisk er slik at mindre sentrale forklaringer ikke kan leses opp, men at han argumenterer for standpunktet de lege ferenda.<sup>115</sup>

I tillegg til at Høyesterett i avgjørelsen fra 2001 verken kommenterte eller begrunnet endringen i opplesningsadgangen, gjorde heller ikke de senere avgjørelsene det.<sup>116</sup> I den første avgjørelsen fra 2004 gav førstvoterende uttrykk for at avgjørelsen fra 2001 representerte en modifikasjon, men det var alt som ble sagt. I de senere avgjørelsene viser Høyesterett kun til at det følger av "Høyesteretts praksis" at opplesning er avskåret dersom det er en "reell mulighet for at forklaringen kan få utslagsgivende betydning ved den samlede bevisbedømmelsen". Det sies ingenting om praksisen er langvarig, velbegrunnet, i strid med tidligere praksis eller annet. I tillegg til at det kan reises kritikk mot at endringen i opplesningsadgangen ikke ble kommentert og at endringen skjedde uten holdepunkter i praksis fra EMD, kan det reises innvendinger mot å operere med at også mindre sentrale forklaringer skal nektes opplest.<sup>117</sup> Dersom dråpeprinsippet legges til grunn blir siktedes

---

<sup>112</sup> Se blant annet Luca v. Italia (2001) punkt 40

<sup>113</sup> Se Matningsdal (2007) s. 60 og Skoghøy/Vang (2005) s. 296

<sup>114</sup> Se LoR 1992 s. 375-387

<sup>115</sup> Se Matningsdal (2007) s. 60

<sup>116</sup> Se Matningsdal s. (2007) s. 60

<sup>117</sup> Se Matningsdal (2007) s. 58 flg.

eksaminasjonsrett tilnærmet en absolutt rettighet, noe som vil gå på bekostning av hensynet til sakens opplysning.

#### 5.3.2.2.3 Tilbake til utgangspunktet om læren om det hovedsaklige bevis?

I Rt. 2004 s. 1425 benyttet Høyesterett på nytt formuleringen ”det avgjørende eller hovedsakelige bevis”.<sup>118</sup> Retten uttalte at dersom det dreier seg om slike bevis, er utgangspunktet at opplesning må nektes dersom tiltalte ikke på noe tidspunkt har fått anledning til å eksaminere vitnet. Til tross for at Høyesterett her uttalte at utgangspunktet for om opplesning kan finne sted i tilfeller hvor vitnet ikke er tilstede er hovedbevislæren, kan dommen ikke oppfattes som et oppgjør med dråpeprinsippet fordi saken primært gjaldt et annet spørsmål.<sup>119</sup>

Først i avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1789 kan man si at Høyesterett vendte tilbake til den praksis som tidligere var fulgt, og som følger av EMD. Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsretten feilaktig hadde tillatt påtalemyndigheten å lese opp to tidligere avgitte vitneforklaringer. Høyesterett kom til at opplesningen av vitneforklaringene ikke utgjorde en saksbehandlingsfeil, avgjørelsen fra lagmannsretten ble derfor opprettholdt. I sin begrunnelse viste førstvoterende til EMDs avgjørelse i *Lucà mot Italia*, og uttalte at det avgjørende etter EMDs praksis er om sakens utfall ”bare eller i avgjørende grad” vil være basert på de oppleste forklaringene.<sup>120</sup> Videre gav førstvoterende en kort gjennomgang av norsk rettspraksis angående opplesning av vitneforklaringer. Først viste hun til at det også i norsk rett har vært vanlig å ta utgangspunkt i om forklaringen må anses som det hovedsaklige bevis, men at vurderingstemaet i senere avgjørelser har vært formulert noe annerledes. Avgjørelsene fra 2001 og 2004 ble referert, og førstvoterende uttalte følgende om vurderingstemaet oppstilt der:

---

<sup>118</sup> Se dommens punkt 10

<sup>119</sup> Se Matningsdal (2007) s. 63

<sup>120</sup> Se dommens avsnitt 16

”Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om hvorvidt den endrede måten å formulere vilkårene for å lese opp forklaringer er et uttrykk for et endret syn på hvilke krav som gjelder. Avgjørende for meg er at § 296 ikke selv stiller opp begrensninger i adgangen til å lese opp forklaringer når et vitne nekter å forklare seg. Jeg finner derfor ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke inn strengere begrensninger enn dem som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d, slik begrensningene er forstått av EMD. Og det er ikke noe i de nevnte avgjørelsene som tyder på at Høyesterett har ment å legge til grunn strengere krav enn EMD har stilt opp.”<sup>121</sup>

Man ser her at førstvoterende ikke tar stilling til om endringen i formuleringen av vurderingstemaet skyldes en endring i vilkårene eller ikke. Det som er avgjørende for førstvoterende er at strpl. § 296 ikke selv oppstiller begrensninger i opplesningsadgangen, og at eventuelle begrensninger derfor må følge av EMK art. 6 (1) jf. (3) (d).

Førstvoterende trekker videre frem at ingen av avgjørelsene hvor det rettslige utgangspunktet er dråpeprinsippet, gir uttrykk for at meningen har vært å oppstille strengere vilkår enn de som følger av EMDs praksis. Dette kan tyde på at førstvoterende mener at dersom meningen var å endre vilkårene for opplesning, burde dette vært kommentert og begrunnet. Som nevnt ovenfor skjedde endringen i vurderingstemaet uten at det ble kommentert eller begrunnet, noe som svekker vekten av dommene. Selv om førstvoterende gir uttrykk for at meningene i de tidligere avgjørelsene ikke kan ha vært å oppstille strengere vilkår enn de som følger av EMDs praksis, synes det å være vanskelig å være enig i dette, tatt i betraktning noen av uttalelsene Høyesterett kom med i de aktuelle avgjørelsene.<sup>122</sup> I Rt. 2004 s. 97 oppfattes avgjørelsen fra 2001 som en kursendring, og førstvoterende uttalte eksplisitt at avgjørelsen medførte en ”presisering – og antakelig modifikasjon”.<sup>123</sup> Etter dette synes det sannsynlig at Høyesterett mente å oppstille strengere

---

<sup>121</sup> Se dommens avsnitt 20

<sup>122</sup> Se Matningsdal (2007) s. 64

<sup>123</sup> Se dommens avsnitt 17



vilkår for opplesning enn det tidligere praksis hadde operert med, noe som medførte at Høyesterett oppstille en strengere praksis enn hva praksis fra EMD skulle tilsi.

Som man ser fra sitatet ovenfor, viste førstvoterende i Rt. 2004 s. 1789 til strpl. § 296. Som redergjort for ovenfor under punkt 4.2 regulerer denne bestemmelsen opplesningsadgangen i tilfeller hvor vitnet er til stede i retten. Vitnet som hadde avgitt forklaringen hadde møtt i retten, men var dimittert da opplesningen skjedde, men Høyesterett fant likevel at det riktige måtte være å anvende § 296, ikke § 297 som lagmannsretten hadde gjort. Det at det var § 296 som ble anvendt hadde imidlertid ikke betydning for opplesningsadgangen da begrensningene i opplesningsadgangen følger av EMK, og ikke av straffeprosessloven.<sup>124</sup>

Spørsmålet etter dette er om avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1789 medfører at det for opplesning av vitneforklaringer når siktede ikke har hatt eksaminasjonsadgang, må antas at det er hovedbevislæren som er gjeldende rett.

I Rt. 2004 s. 1974 og Rt. 2006 s. 120 gjentok Høyesterett standpunktet om at dersom en domfellelse "utelukkende eller i avgjørende grad" baseres på en opplest vitneforklaring, må tiltalte på et eller annet tidspunkt ha fått anledning til å eksaminere vitnet.<sup>125</sup> Har tiltalte ikke fått slik anledning, kan forklaringen ikke føres som bevis. Disse dommene forsterker synspunktet fra avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1789. I tillegg til at senere rettspraksis styrker avgjørelsens rettskildemessige vekt, er det med på å styrke avgjørelsen at tidligere motstridende rettspraksis ble kommentert av førstvoterende, og at avgjørelsen ble begrunnet. På denne bakgrunn må det kunne argumenteres for at det i dag er hovedbevislæren som er gjeldende rett.

---

<sup>124</sup> Se Matningsdal (2007) s. 64

<sup>125</sup> Se Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 12 og Rt. 2006 s. 120 avsnitt 19

#### 5.3.2.2.4 Betydningen av EMDs avgjørelse i Kaste og Mathisen mot Norge

I juridisk teori de senere år har det i Norge foregått en diskusjon rundt EMDs avgjørelse i Kaste og Mathisen mot Norge (2006). Enkelte har hevdet at EMD i avgjørelsen, i tråd med Høyesteretts praksis i de nevnte avgjørelsene fra 2001 og 2004, oppstilte et strengere vurderingstema enn det domstolen tidligere har operert med. Synspunktet er at avgjørelsen fastslår at det er dråpeprinsippet som er gjeldende rett for opplesning av vitneforklaringer, og at den rettsoppfatning som Høyesterett gav uttrykk for i Rt. 2004 s. 1789 derfor må justeres i samsvar med dette. Blant de som har argumentert for at Kaste og Mathisen-saken må oppfattes slik, finner man blant annet Professor Jørgen Aall<sup>126</sup> og høyesterettsadvokat John Christian Elden<sup>127</sup>. Aall skriver i sin artikkel at EMDs avgjørelse i Kaste og Mathisen mot Norge indikerer at forbudet mot å lese opp tidligere avgitte vitneforklaringer ikke er begrenset til bare å gjelde forklaringer som utgjør det eneste eller helt sentrale bevis. Aall mener at også reelle hensyn taler for at dette bør være regelen. Han hevder at dersom forklaringen er nødvendig, i den forstand at dersom man tenker forklaringen bort så må tiltalte frifinnes, er dette tilstrekkelig til at forklaringen ikke kan føres som bevis dersom tiltalte ikke har fått anledning til å eksaminere vitnet.

Som begrunnelse for sine synspunkter viser Aall til enkelte uttalelser i Kaste og Mathisen-saken. Han viser blant annet til domstolens uttalelse om at "[...] where a deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction then, irrespective of whether it was made by a witness in the strict sense or by a co-accused, it constitutes evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention apply (see *Lucà* [...])".<sup>128</sup> Som videre begrunnelse viser han til at EMD, under henvisning til Høyesteretts bevisbedømmelse, konstaterte krenkelse av eksaminasjonsretten fordi norske domstoler hadde tillatt opplesning av forklaringer som måtte antas å ha hatt "decisive influence"<sup>129</sup> på utfallet av saken. Siden EMD henviste til Høyesteretts

---

<sup>126</sup> Aall [b] (2007) s. 58

<sup>127</sup> Elden (2006) s. 41

<sup>128</sup> Se Kaste og Mathisen v. Norge punkt 53

<sup>129</sup> Se Kaste og Mathisen v. Norge punkt 54

bevisbedømmelse, mener Aall at man må gå til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 s. 97 for å finne ut nærmere hva som menes med ”decisive influence”. Som nevnt ovenfor brukte Høyesterett i denne avgjørelsen formuleringen ”reell mulighet” for at forklaringen kan ha hatt ”utslagsgivende betydning”. Aall mener etter dette, at EMD i Kaste og Mathisen-saken bekreftet at Høyesterett hadde tatt riktig utgangspunkt i den nevnte avgjørelsen, og at det derfor nå må være dråpeprinsippet som er gjeldende rett.

Elden deler Aalls synspunkter, men går et skritt lenger. Elden skriver nemlig at EMD i Kaste og Mathisen- saken har ”fastslått” at den rettsoppfatningen som Høyesterett praktiserte etter avgjørelsen i 2001 er gjeldende rett.

Flere har sagt seg uenige i Aall og Elden sine synspunkter, blant disse finner vi Magnus Matningsdal<sup>130</sup> og universitetslektor Gert Johan Kjelby<sup>131</sup>. Matningsdal mener at EMDs avgjørelse i Kaste og Mathisen-saken ikke kan begrunne dråpeprinsippet som gjeldende rett av flere grunner. For det første gjaldt saken primært de tiltalte og deres forsvareres mangelfulle adgang til å eksaminere vitnet, ikke hvilken bevisvekt vitneforklaringen hadde hatt ved Høyesteretts bevisbedømmelse. Matningsdal mener derfor at EMD ikke uttalte seg om bevisvektsnormen, og at avgjørelsen derfor ikke kan ha endret gjeldende rett.

Matningsdal argumenterer for at uttalelsen Aall viser til, angår det faktum at begrepet ”vitne” i konvensjonen skal tolkes autonomt. Bakgrunnen for uttalelsen er at lagmannsretten ved behandlingen av opplesningsspørsmålet hadde lagt til grunn at den aktuelle forklaringen ikke var en vitneforklaring fordi den var avgitt av en medsiktet. EMD påpeker at dette var feil, da vitnebegrepet i konvensjonen omfatter alle personer som kan gi forklaring som kan få betydning for sakens utfall. Formuleringen er hentet fra EMDs avgjørelse i *Lucà mot Italia*, hvor EMD for første gang fastslo at forklaringer fra medsiktete også er å regne som vitneforklaringer.

---

<sup>130</sup> Se Matningsdal (2007) s. 114 flg.

<sup>131</sup> Se Kjelby (2007) s. 190

I tillegg til dette påpeker Matningsdal at dersom EMD mente å oppstille en strengere bevisvektsnorm enn tidligere, ville det vært oppsiktsvekkende om dette ble gjort uten at det ble fremhevet at eksisterende praksis ble lagt om. Kjelby har fremmet de samme innvendinger som Matningsdal, mot at Kaste og Mathisen mot Norge kan oppfattes som at EMD har oppstilt en ny og strengere bevisvektsnorm.

Et siste argument som taler for at avgjørelsen i Kaste og Mathisen mot Norge ikke kan tas til inntekt for at EMD i avgjørelsen tok utgangspunkt i dråpeprinsippet, er at domstolen i avgjørelsen fastslår at den vil løse saken i lys av prinsippene utledet i tidligere praksis.<sup>132</sup> Tidligere praksis har jo nettopp tatt utgangspunkt i en vurdering av om domfellelsen av tiltalte i *avgjørende eller hovedsakelig* grad skyldes den oppleste vitneforklaringen.

Aall har i sin bok<sup>133</sup> kommentert kritikken Matningsdal har fremsatt mot hans tolkning av Kaste og Mathisen-saken. Aall skriver blant annet at EMDs formuleringer av bevisvektsnormen har variert, og at det derfor ikke er snakk om noen klar og entydig praksis. Dette innebærer at man ikke står ovenfor en endring av praksis som krever storkammerbehandling.

### 5.3.3 Oppsummering

Dersom vitnet ikke møter under hovedforhandlingen, må det vurderes om eksaminasjonsretten er ivaretatt på et tidligere tidspunkt. EMD har i sin praksis lagt til grunn at eksaminasjonsretten er ivaretatt dersom siktede da forklaringen ble avgitt eller på et senere tidspunkt har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet. Opplesning kan da skje uten hinder av EMK artikkel 6 nr. 1 jf. nr. 3 d.

Der hvor eksaminasjonsretten ikke er tilfredsstilt på et tidspunkt forut for hovedforhandlingen, beror opplesningsadgangen på forklaringens bevismessige vekt. Som

---

<sup>132</sup> Se dommen punkt 47

<sup>133</sup> Aall [a] (2007) s. 398

det fremgår ovenfor, har det både i rettspraksis og i juridisk teori versert en diskusjon om hvilken bevisvekt en forklaring må ha for at siktedes eksaminasjonsrett skal aktualiseres. Diskusjonen fikk ny giv etter EMDs avgjørelse i Kaste og Mathisen-saken. Spørsmålet her er om diskusjonen må sies å ha fått en slutt, slik at rettstilstanden må sies å være avklart. For å finne ut av dette, er det nødvendig å se hen til nyere rettspraksis fra både EMD og Høyesterett.

Som redegjort for under punkt 1.4.2, skal Høyesterett ved anvendelsen av EMK følge de prinsipper som følger av EMDs praksis. Dette medfører at det er av vesentlig betydning å avklare hvilken bevisvektsnorm EMD har benyttet etter avgjørelsen i Kaste og Mathisen-saken. I *Gossa mot Polen* (2007) var tiltalte av nasjonale domstoler domfelt for heleri. Under hovedforhandlingen hadde domstolen tillatt påtalemyndigheten å lese opp fra en tidligere avgitt vitneforklaring. Gossa klaget saken inn for EMD, men EMD kom etter en konkret vurdering til at hans eksaminasjonsrett ikke var krenket. Det som er interessant i denne sammenhengen, er at EMD gjentok det generelle utgangspunktet om at dersom siktede ikke på noe tidspunkt har fått anledning til å eksaminere vitnet, og domfellelsen "solely or to a decisive" må baseres på forklaringen, kan den ikke brukes som bevis.<sup>134</sup> Dette samsvarer med domstolens tidligere praksis, og taler for at EMD fortsatt tar utgangspunkt i hovedbevislæren.

Også i *Mirilashvili mot Russland* (2008) var vurderingstemaet hvorvidt forklaringen måtte anses for å være det hovedsaklige bevis eller ikke. *Mirilashvili* var av nasjonale domstoler domfelt for å ha beordret et menneske drept, og for kidnapping og drapstrusler. Påtalemyndigheten hadde under rettssaken lest opp flere vitneforklaringer uten at han eller hans forsvarer hadde fått anledning til å eksaminere vitnene som hadde avgitt forklaringene. EMD konstaterte at det hadde skjedd en krenkelse av *Mirilashvilis* rett til å eksaminere vitner, og at han derfor ikke hadde fått en rettferdig rettergang. Domstolen uttalte følgende om hva eksaminasjonsretten innebærer:

---

<sup>134</sup> Se dommens punkt 54

” There will be no violation if a witness not questioned in adversarial proceedings was not a ”key” witness, that is, if ”the conviction was not based solely or to a decisive degree” on his statements [...]”.<sup>135</sup>

Det fremgår av det som er sagt ovenfor, at EMD helt nylig har opprettholdt uttalelsene fra blant annet Unterpertinger-saken og Lucà-saken. Det må derfor kunne legges til grunn at det i dag er hovedbevislæren som må sies å være gjeldende rett.

Dernest må det tas stilling til om norske domstoler i dag, ved vurderingen av opplesningsspørsmålet, tar utgangspunkt i hovedbevislæren. I Rt. 2006 s. 120 var spørsmålet for Høyesterett om opplesningen av forklaringen fra en avdød medsiktet, var i strid med siktedes rett til vitneeksaminasjon. Domstolen kom til at opplesningen ikke var i strid med EMK artikkel 6 nr 1 jf. nr 3 d, fordi forklaringen ikke kunne anses for å være noe avgjørende bevis.<sup>136</sup> Jeg har ikke funnet noen avgjørelse fra Høyesterett etter denne dommen, slik at det kan synes som om Rt. 2006 s. 120 er den siste avgjørelsen hvor Høyesterett har vurdert opplesningsspørsmålet. I avgjørelsen tok Høyesterett utgangspunkt i hovedbevislæren, noe som taler for at rettstilstanden i Norge er avklart og i overensstemmelse med EMDs praksis.

En nyere avgjørelse som taler for at det er hovedbevislæren som må antas for å være gjeldende rett, finner man i en dom fra Frostating lagmannsrett.<sup>137</sup> Tingretten hadde i en sak om vold i samboerforhold, nektet påtalemyndigheten å lese opp fra samboerens politiforklaringer. Bakgrunn for at opplesning ble nektet, var at det heftet feil ved måten forklaringene var opptatt på. Selv om hovedspørsmålet i saken var om det heftet saksbehandlingsfeil ved opptaket av forklaringene, gav lagmannsretten generelt uttrykk for hvilken bevisvektsnorm som gjelder for opplesning av vitneforklaringer. Retten uttrykte at

---

<sup>135</sup> Se dommens punkt 164

<sup>136</sup> Se dommen punkt 22

<sup>137</sup> LF-2007-175527

forklaringen måtte anses for å være et ”hovedsakelig bevis”, og at det da er et vilkår for å tillate opplesning at tiltalte eller hans forsvarer har fått anledning til å eksaminere vitnet. Selv om lagmannsrettsdommer rettskildemessig ikke har samme vekt som Høyesterettsdommer, kan avgjørelsen sies å gi en indikasjon på rettstilstanden i Norge.

## 5.4 Unntak fra hovedbevislæren

### 5.4.1 Betydningen av tiltaltes egen opptreden for opplesningsadgangen

Siktedes eksaminasjonsrett etter EMK artikkel 6 nr. 3 d må, som nevnt i punkt 1.4.3, sees i sammenheng med siktedes krav på en rettferdig rettergang etter bestemmelsens første ledd. Dette åpner for at det av ulike grunner kan tenkes unntak fra hovedregelen om at opplesning ikke kan skje dersom vitneforklaringen er det hovedsakelige bevis, og siktede ikke på noe tidspunkt har fått anledning til å eksaminere vitnet.<sup>138</sup> Et eksempel på situasjoner hvor unntak kan tenkes, er tilfeller hvor tiltaltes klanderverdige opptreden tilsier at forklaringen likevel skal tillates lest opp. Jeg har ikke funnet noen avgjørelse fra EMD som oppstiller et slikt unntak, redegjørelsen nedenfor baseres derfor på Høyesterettspraksis. Selv om jeg ikke har funnet noen EMD avgjørelse som direkte tar stilling til spørsmålet, taler visse uttalelser i Lucà- saken på at det også i tilfeller hvor siktede er skyld i at vitnet ikke møter, må kreves at siktede har hatt eksaminasjonsmuligheter dersom forklaringen utgjør det hovedsakelige bevis mot ham.<sup>139</sup> EMD uttalte i saken at dersom et vitne nekter å forklare seg av frykt for egen sikkerhet, kan dette medføre at opplesning tillates.<sup>140</sup> Til tross for dette, understreket domstolen at det vil være i strid med siktedes eksaminasjonsrett dersom forklaringer som må antas å være det hovedsakelige bevis leses opp uten at siktede har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet.<sup>141</sup> Dette taler for at EMD oppstiller et absolutt krav om eksaminasjon i tilfeller hvor vitneforklaringen må anses for å være

---

<sup>138</sup> Se Matningsdal (2007) s. 73

<sup>139</sup> Se Skoghøy/Vang (2005) s. 302

<sup>140</sup> Se dommen punkt 40

<sup>141</sup> Se dommen punkt 40

avgjørende for domfellelse. Rettstilstanden for betydningen av trusler og press fra tiltalte må derfor etter dette sies å være noe uavklart.<sup>142</sup>

I avgjørelsen i Rt. 1994 s. 469 tok Høyesterett stilling til hvilken betydning trusler og press fra tiltalte har for opplesningsadgangen. Tiltalte var i byretten dømt til fengselsstraff for trusler mot sin hustru og sine to døtre. Tiltaltes kone og barn hadde under etterforskningen avgitt forklaring, men de nektet å gjenta forklaringen da saken kom opp for retten. Byretten besluttet derfor at de fornærmedes tidligere forklaringer kunne leses opp. Byretten la til grunn at vitneforklaringene var helt sentrale for å domfelle mannen, men at opplesning var rettmessig fordi den anså det ”som sterkt overveiende sannsynlig” at kona og barna var blitt presset av tiltalte til ikke å avgi forklaring for retten. Høyesterett kom til at opplesningene ikke utgjorde en krenkelse av tiltaltes eksaminasjonsrett. Som begrunnelse viste Høyesterett til at byretten hadde funnet det ”sterkt overveiende sannsynlig” at tiltalte hadde presset vitnene til å ikke forklare seg, og uttalte følgende:

”Det er for Høyesterett ikke fremkommet noe som kan svekke riktigheten av dette, og jeg legger til grunn at det er press fra domfelte som er årsak til at vitnene ikke ville forklare seg for retten. I denne situasjonen kan det ikke være i strid med kravet til "fair trial" at domfelte ikke fikk eksaminere vitnene. *Han har selv valgt å fremtvinge den situasjon han beklager seg over* (min kurs.).”<sup>143</sup>

Høyesterett gav videre uttrykk for at domstolene ikke skal måtte akseptere at press eller trusler fra tiltalte i en straffesak, skal få betydning for skyldspørsmålet. Reelle hensyn taler for løsningen domstolen kom til i denne saken. Dersom press og trusler fra tiltalte i en straffesak resulterer i at eventuelle vitner ikke møter til hovedforhandling, ville det være sterkt urimelig om dette skulle ha betydning for om vitneforklaringen kan leses opp eller ikke. Det er i slike tilfeller tiltalte selv som er skyld i at vitnet uteblir; dersom tiltalte ikke hadde fremsatt trusler hadde vitnet møtt, og tiltalte ville fått anledning til å eksaminere

---

<sup>142</sup> Se Skoghøy/vang (2005) s. 302

<sup>143</sup> Se dommen s. 470



vitnet. På bakgrunn av at retten i den nevnte avgjørelsen kom til at det var ”godtgjort” at det var tiltalte som var skyld i at vitnene uteble, kan det tenkes at avgjørelsens rekkevidde er begrenset.<sup>144</sup> Dette skyldes at det i praksis svært ofte kan være vanskelig å bevise at det har forekommet trusler og press fra tiltaltes side. Synspunktet fra denne avgjørelsen om at det kan oppstilles unntak dersom tiltalte kan bebreides at vitnet ikke møter, er opprettholdt i blant annet Rt. 2004 s. 1425. Dette styrker avgjørelsens vekt.

I Rt. 2004 s. 1425 var også spørsmålet hvilken betydning press og trusler fra tiltalte skal få for opplesningsadgangen. Tiltalen gjaldt alvorlige trusler mot en kvinne for å få henne til å gifte seg med fetteren sin. Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsretten ved å nekte opplesning på tross av de fremsatte truslene, hadde begått en saksbehandlingsfeil. Kvinnen hadde ikke møtt i lagmannsretten, og det var ikke tvilsomt at forklaringene utgjorde det hovedsaklige bevis mot mannen. Høyesterett kom til at forklaringen av hensyn til siktedes eksaminasjonsrett ikke kunne leses opp, og at lagmannsretten således ikke hadde begått en saksbehandlingsfeil. Det var i saken godtgjort at det ikke hadde vært noen direkte kontakt mellom kvinnen og tiltalte etter at det straffbare forholdet hadde funnet sted, spørsmålet var derfor om kvinnens generelle frykt for represalier ved å vitne var tilstrekkelig for å tillate opplesning. Tiltalen mot mannen gjaldt alvorlige trusler, spørsmålet var derfor om det straffbare forholdet i seg selv kunne begrunne unntak. Høyesterett uttalte at vitner i enkelte typer straffesaker i større eller mindre grad kan ha berettiget frykt for represalier, men at dette i seg selv ikke er tilstrekkelig til å frarøve tiltaltes rett til kontradiksjon. Domstolen uttalte følgende:

”For at det skal stilles opp ett unntak fra retten til kontradiksjon i tilfeller der vitneprovet er det avgjørende eller hovedsakelige bevis, må etter min mening tiltalte *direkte kunne bebreides* (min kurs.) for å ha skapt den situasjon at vitnet uteblir eller nekter å forklare seg.”<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> Se Jebens (2004) s. 560

<sup>145</sup> Se dommen punkt 16

Høyesterett kom til at det ikke var godtgjort at tiltalte direkte hadde fremprovosert situasjonen hvor fornærmede ikke møtte. Forskjellen fra Rt. 1994 s. 469 er åpenbar, i den saken la Høyesterett til grunn at det var godtgjort at tiltalte selv var skyld i at vitnene ikke møtte. Det forelå i denne saken et direkte press fra tiltalte mot de fornærmede om ikke å vitne. Selv om Høyesterett uttalte at det som hovedregel må kreves at tiltalte direkte kan bebreides at vitnet ikke møter, gav domstolen uttrykk for at det kan tenkes tilfeller hvor det allerede på gjerningstidspunktet eller tidligere, kan foreligge trusler og press som er så klare at de er egnet til å påvirke en fremtidig vitnesituasjon.<sup>146</sup> Det fremgår av avgjørelsen at Høyesteretts synspunkt er at det kreves en sammenheng mellom truslene og vitnesituasjonen for å fravike hovedregelen.<sup>147</sup> Et eksempel på at det kan foreligge sammenheng mellom truslene og vitnesituasjonen kan for eksempel være at tiltalte allerede på tidspunktet for den straffbare handlingen ovenfor fornærmede, fremsetter alvorlige trusler om konsekvenser av å vitne.

Selv om avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1425 kan virke streng, har synspunktet de beste grunner for seg. Som Høyesterett påpekte kan vitner i visse typer straffesaker mer eller mindre velbegrunnet frykte represalier, men dette i seg selv kan ikke frata siktede retten til å eksaminere vitner. Eksaminasjonsretten er ansett for å være svært viktig for retten til en rettferdig rettergang, noe som innebærer at det kreves noe særskilt for å gjøre unntak fra hovedregelen. Det er først når tiltalte *direkte* kan bebreides for at vitnet ikke møter, at det bør være adgang til å gjøre unntak.

Et spørsmål som har vært drøftet i rettspraksis, er om det kan legges vekt på trusler og press fra andre enn tiltalte selv. Dersom det kan legges til grunn at det i realiteten er tiltalte som står bak presset eller truslene, eller at tiltalte på en eller annen måte har medvirket til truslene, må synspunktet fra avgjørelsen i Rt. 1994 s. 469 ha gyldighet.<sup>148</sup> I slike tilfeller kan tiltalte direkte bebreides for at vitnet ikke møter, tiltalte bør derfor ikke dra nytte av at

---

<sup>146</sup> Se dommen punkt 17

<sup>147</sup> Se dommen punkt 17

<sup>148</sup> Se Matningsdal (2007) s. 75-76

vitnet ikke er tilstede. På samme måte kan det tenkes at opplesningsadgangen kan utvides der truslene kommer fra personer som har nær tilknytning til tiltalte.<sup>149</sup> Dette kan for eksempel være tilfelle dersom tiltalte har begått den straffbare handlingen som et ledd i organisert kriminalitet, og truslene stammer fra personer i tiltaltes kriminelle gruppe. På dette punkt er finnes det imidlertid lite klare holdepunkter i rettspraksis. Det er vanskelig i seg selv å bevise at det har foregått trusler og press, og det er enda vanskeligere å bevise at trusler fremsatt av andre enn tiltalte i realiteten skyldes tiltalte. De innsigelser som gjør seg gjeldende mot opplesning i situasjoner hvor truslene stammer fra tiltalte, gjør seg derfor gjeldende i enda større grad hvor truslene stammer fra noen andre enn tiltalte.

#### 5.4.2 Vitnet er død

En annen situasjon hvor det også har oppstått spørsmål om det er adgang til å utvide opplesningsadgangen, er i tilfeller hvor vitnet er død. Dette var spørsmålet i Rt. 1992 s. 792. Både forhørsretten og lagmannsretten hadde, på bakgrunn av at forklaringen måtte anses for å være det hovedsakelige bevis mot tiltalte, nektet forklaringen til et avdødt vitne lest opp. Den straffbare handlingen hadde ingen sammenheng med at fornærmede senere døde. Høyesterett opphevet lagmannsrettens kjennelse og uttalte at det også i de tilfeller hvor forklaringen må regnes for å være det hovedsakelige bevis, må være rom for en totalvurdering av om tiltalte har fått en rettfærdig rettergang. Momenter av betydning vil være den straffbare handlingens art, om det er grunn til å tvile på forklaringens riktighet og tiltalte hadde grunn til å stille konkrete spørsmål til vitnet. Domstolen uttalte videre at: ” [...] det vil kunne virke støtende om man ut fra rent formelle betraktninger skal avskjære den eneste mulige bevisføring i en alvorlig straffesak”.<sup>150</sup> På denne bakgrunn tillot Høyesterett, på tross av at tiltalte ikke hadde fått anledning til å eksaminere vitnet før det døde, forklaringen lest opp.

---

<sup>149</sup> Se Matningsdal (2007) s. 77

<sup>150</sup> Se kjennelsen s. 795-796

Selv om synspunktet Høyesterett gjorde gjeldende i Rt. 1992 s. 792 synes å ha mye for seg, er det usikkert om synspunktet kan opprettholdes i dag.<sup>151</sup> EMDs avgjørelse i Craxi mot Italia (2002) tyder på at siktede ikke kan fratas sin eksaminasjonsrett selv om vitnet er død. Et av vitnene i saken var død, og tiltalte hadde ikke på noe tidspunkt fått anledning til å eksaminere vitnet. EMD kom på denne bakgrunn til at opplesningen av vitnets forklaring representerte en krenkelse av siktedes eksaminasjonsrett. Domstolen tok utgangspunkt i at dødsfall kan utgjøre en omstendighet som tilsier at det kan være adgang til å lese opp politiforklaringer, men fremhevet umiddelbart at et dødsfall ikke kan frata tiltalte retten han har til å eksaminere vitner.<sup>152</sup> Denne avgjørelsen taler for at et dødsfall ikke endrer utgangspunktet om at vitneforklaringer som er hovedbevis i saken ikke kan leses opp, dersom siktede ikke på noe tidspunkt har fått anledning til å eksaminere vitnet.

Et spørsmål som har vært drøftet i norsk rettspraksis, er om opplesningsadgangen kan utvides dersom tiltalte er skyld i vitnets død. Avgjørelsen i Rt. 2006 s. 120 kan tale for at dette er tilfellet etter norsk rett. Høyesterett viste til EMDs avgjørelser i Luca- og Craxi-sakene, og uttalte at det også i tilfeller hvor vitnet er avgått ved døden, kreves at tiltalte har fått anledning til å eksaminere vitnet. Denne uttalelsen kan tyde på at unntaket fra eksaminasjon som ble oppstilt i Rt. 1992 s. 792, ikke lenger kan opprettholdes i norsk rett. Til tross for dette, uttalte Høyesterett at det må gjøres reservasjoner for situasjoner hvor *tiltalte kan bebreides* for at vitnet er død.<sup>153</sup> Det er imidlertid ikke sikkert hvor stor vekt denne uttalelsen har, da Høyesterett ikke utdypet den nærmere.

#### 5.4.3 Oppsummering

I forhold til EMK og EMDs praksis kan det synes som om det ikke er rom for å gjøre unntak fra utgangspunktet om at vitneforklaringer som er det hovedsakelige bevis mot

---

<sup>151</sup> Se Skoghøy/Vang (2005) s. 302

<sup>152</sup> Se dommen avsnitt 86 sitert etter Skoghøy/Vang (2005) s. 302 da dommen kun er tilgjengelig på fransk

<sup>153</sup> Se dommen punkt 19

siktede, ikke kan leses opp i situasjoner hvor siktede ikke har fått anledning til å eksaminere vitnet.

Høyesterettspraksis viser at det i norsk rettspraksis er gjort unntak fra forbudet mot opplesning dersom siktede *direkte* kan bebreides for at vitnet ikke møter. Synspunktet er at siktede ikke bør dra fordel av at vitnet ikke møter, når det er siktede selv som er skyld i uteblivelsen. Synspunktet har de beste grunner for seg, men det er usikkert om EMD vil komme til samme resultat. Høyesterett har tidligere også oppstilt unntak i tilfeller hvor vitnet er død. På grunn av uttalelser i Rt. 2006 s. 120 er det ikke sikkert at resultatet ville blitt det samme i dag.

## 6 Litteraturliste

### 6.1 Bøker

Aall, Jørgen [a] *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen, 2007

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. Bind I, 3. utg. Oslo, 2000.

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud *Straffeprosessloven, Kommentarutgave*. Bind I, 3. utg. Oslo, 2001

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud *Straffeprosessloven, Kommentarutgave*. Bind II, 3. utg. Oslo, 2001.

Eckhoff, Thorstein *Rettskildelære* 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001

Hov, Jo *Rettergang I*. Oslo, 2007

Hov, Jo. *Rettergang II Straffeprosess* Oslo, 2007

Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter* 2. opplag. Oslo, 2004

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

Langbach, Tor. *Straffesaksbehandling i tingrettene*. Oslo, 2007

Matningsdal, Magnus *Siktetes rett til å eksaminere vitner*. Bergen, 2007.

Torheim, Karl Otto. *Kommentar til straffeprosessloven: Norsk lovkommentar* (online)

## 6.2 Artikler

Aall, Jørgen [b] *Reell anledning til å teste motpartens vitner EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d – En kommentar til Kaste og Mathisen-dommen mot Norge*. I: Lov og Rett. 2007 s. 55

Aall, Jørgen *Siktedes rett til vitne-eksaminasjon etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon og etter norsk rett*. I: Lov og Rett. 1988 s. 478

Andenæs, Johs. *Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk straffeprosess*. I: Lov og Rett. 1992 s. 375

Elden, John Christian *Opplesning av politiforklaringer etter Norges tap I EMD*. I: Juristkontakt 2006 hefte 9, s. 40-41

Hennum, Ragnhild Helene *Dommeravhør og menneskerettigheter - konvensjonspraksis om særlig sårbare vitner*. I: Festskrift til Carl August Fleischer, Dog Fred er ej det Bedste. 2006 s. 247

Kjelby, Gert Johan *Betydningen av Kaste og Mathisen mot Norge – en replikk*. I: Lov og rett. 2007 s. 190

Kjelby, Gert Johan. *Bevissikring og bevisførsel i familievoldsaker*. I: Tidsskrift for strafferett. 2004 s. 7

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

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

### 6.3 Lover

- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr 25
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

### 6.4 Traktater

- 1950 Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 4. nov. 1950
- 1966 Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. des. 1966

### 6.5 Lovforarbeider

- |                          |                                                                    |
|--------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| Ot.prp.nr.35 (1978-1979) | Rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)                  |
| NOU<br>2006:10           | Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter |

### 6.6 Domsregister

#### 6.6.1 Høyesterettsavgjørelser

- Rt. 1987 s. 1318
- Rt. 1988 s. 78
- Rt. 1990 s. 312
- Rt. 1990 s. 1221
- Rt. 1991 s. 1096



Rt. 1992 s. 792  
Rt. 1994 s. 469  
Rt. 1994 s. 1324  
Rt. 1995 s. 1295  
Rt. 1995 s. 1956  
Rt. 1996 s. 666  
Rt. 1997 s. 1178  
Rt. 1997 s. 1778  
Rt. 1999 s. 757  
Rt. 2000 s. 996  
Rt. 2001 s. 29  
Rt. 2001 s. 747  
Rt. 2002 s. 557  
Rt. 2003 s. 1808  
Rt. 2004 s. 97  
Rt. 2004 s. 897  
Rt. 2004 s. 943  
Rt. 2004 s. 1425  
Rt. 2004 s. 1789  
Rt. 2004 s. 1974  
Rt. 2005 s. 833  
Rt. 2006 s. 120

#### 6.6.2 Underrettsavgjørelser

Frostating lagmannsrett 11. april 2008, publisert på Lovdata: LF-2007-175527

## 6.7 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

### 6.7.1 Judgments

Parter:	Dato:	Application no:
Unterpertinger v. Østerrike	24. nov. 1986	9120/80
Barbera, Messegue og Jabardo v. Spania	6. des. 1988	10588/83 - 10590/83
Kostovski v. Nederland	20. nov. 1989	11454/85
Kamasinski v. Østerrike	19. des. 1989	9783/82
Delta v. Frankrike	19. des. 1990	11444/85
Isgrò v. Italia	19. feb. 1991	11339/85
Asch v. Østerrike	26. april 1991	12398/86
Doorson v. Nederland	26. mars 1996	20524/92
A.M v. Italia	14. des. 1999	37019/97
Solakov v. Makedonia	31. okt. 2001	47023/99
P.S v. Tyskland	20. des. 2001	33900/96
Lucà v. Italia	27. feb. 2001	33354/96
Craxi v. Italia	5. des. 2002	34896/97
S.N v. Sverige	2. juli 2002	34209/96
Kaste og Mathisen v. Norge	9. nov. 2006	18885/04, 21166/04
Gossa v. Polen	9. jan. 2007	47986/99
Trofimov v. Russland	4. des. 2008	1111/02
Mirilashvili v. Russland	11. des. 2008	6293/04

### 6.7.2 Decisions

Parter:	Dato:	Application no:
Peltonen v. Finland	11. mai 1999	30409/96

