

ADGANG TIL OPPLESNING AV FORKLARINGER I STRAFFESAK



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 700
Leveringsfrist: 25.04.10

Til sammen 17 981 ord

26.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Prinsipper ved bevisførselen	2
1.2.1	Muntlighetsprinsippet	2
1.2.2	Bevisumiddelbarhetsprinsippet	3
1.2.3	Kontradiksjonsprinsippet	4
1.3	Tidligere avgitte forklaringer	5
1.4	Avgrensning av oppgaven	6
1.5	Oppsett av oppgaven	7
<u>2</u>	<u>ADGANGEN TIL Å BRUKE FORKLARINGER SOM BEVIS</u>	<u>8</u>
2.1	Hvilken adgang er det til å lese opp forklaringer fra siktede?	8
2.1.1	Adgang til opplesning etter straffeprosessloven § 290	8
2.1.2	Typetilfeller	9
<u>3</u>	<u>ADGANG TIL Å BRUKE FORKLARINGER SOM BEVIS</u>	<u>17</u>
3.1	Hvilken adgang er det til å lese opp forklaringer fra vitner?	17
3.1.1	Adgang til opplesning etter straffeprosessloven § 296	17
3.1.2	Adgang til opplesning etter straffeprosessloven § 297	19
3.1.3	Adgang til opplesning etter EMK	22
3.1.4	Typetilfeller	27
<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>
4.1	Lover	58

4.2	Dommer	58
4.2.1	Rettstidende	58
4.2.2	EMD	60
4.3	Litteratur	60
4.3.1	Bøker	60

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens tema er adgangen til opplesning av tidligere avgitte forklaringer, og hvordan disse kan brukes som bevis i hovedforhandling i straffesak.

Utgangspunktet for føring av forklaring fra siktede og vitner som bevis i hovedforhandling er at disse selv forteller sin historie direkte for retten. Dette følger av lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (heretter kalt straffeprosessloven eller strpl) § 278 første ledd, hvor det stadfestes at ”*hovedforhandlingen er muntlig*”. Videre er det i § 296 første ledd presisert at vitner skal forklare seg ”*under hovedforhandlingen*”, som medfører det utgangspunkt at man skal forklare seg direkte. I denne vurderingen kommer også Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (heretter kalt EMK), gjort til norsk lov ved Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 § 2.

Imidlertid vil det ikke alltid være mulig å høre vitners og siktedes forklaringer direkte for retten under hovedforhandling. Det er flere grunner til at det kan skje, noe jeg vil komme tilbake til i kapittel 2 og 3. Retten har etter strpl § 294 en særskilt plikt til å våke over at saken blir ”*fullstendig opplyst*”. Hovedregelen er at forklaringer ikke kan leses opp, men i noen situasjoner kan tillatelse til å lese opp en tidligere avgitt forklaring fra et vitne eller siktet som ikke kan eller vil forklare seg i hovedforhandling, bidra til å opplyse saken bedre. Gode grunner taler altså for å tillate opplesning av en slik tidligere avgitt forklaring.

Å lese opp en forklaring i den hensikt å bedre opplyse saken i de tilfeller hvor vitnet eller siktede ikke kan eller vil forklare seg, er likevel ikke problemfritt. Man søker muntlig og direkte bevisføring fordi dette oppfyller de kravene norsk straffeprosess stiller til blant annet kontradiksjon og øvrige prinsipper som søker å ivareta rettssikkerhet. Videre er slik bevisføring viktig da man verdsetter dommernes mulighet til selv å kunne gjøre seg opp en mening om den siktede eller vitnet under deres forklaring, blant annet med hensyn til forklarerens kroppsspråk, som kan utgjøre en viktig del av forklaringen. En opplesning av en allerede avgitt forklaring vil kunne bryte med hensynet til kontradiksjon, og frata dommerne muligheten til selv å gjøre seg opp et inntrykk av vitnet eller den siktede. Av denne grunn må det en grundig vurdering til i hvert tilfelle hvor det kan være aktuelt å skulle lese opp en forklaring. Denne oppgaven går ut på å gi en fremstilling av de tilfellene det er adgang til å kunne føre innholdet i et slikt skriftlig dokument som bevis for retten, og oppgaven vil gi en oversikt over rettspraksis på området i den anledning.

1.2 Prinsipper ved bevisførselen

Årsaken til at det er begrensninger i adgangen til opplesning av tidligere avgitte forklaringer er hensynene det kolliderer med. Jeg vil derfor her gi en presentasjon av hensynene som kan tale mot opplesning av forklaring som bevis i stedet for muntlig, direkte bevisføring.

Ved bevisførsel under hovedforhandlingen i norsk rett regnes det som et grunnprinsipp at partene står fritt til selv å legge frem de bevis de finner vedrører saken.

Hovedforhandlingen er imidlertid preget av en rekke regler og prinsipper som skal ivareta rettssikkerheten til de involverte. En opplesning av en forklaring etter §§ 290, 296 annet ledd eller 297 vil kunne bryte med disse prinsippene.

1.2.1 Muntlighetsprinsippet

Vår prosessrett bygger på at forhandlingene skal være muntlige. Dette er et prinsipp som blant annet har kommet til uttrykk i straffeprosessloven § 278 om at *”[h]ovedforhandlingen er muntlig”*.

Muntlighetsprinsippet medfører at eventuelle skriftlige bevis en part ønsker å legge frem under hovedforhandling, må leses opp. Dette er kommet til uttrykk i strpl § 302 om at skriftlig bevis *”leses opp av den som fører beviset”*. Dette har betydning da det bare er de bevis som er kommet frem muntlig under hovedforhandlingen dommeren kan vektlegge, jf § 305. Dokumentbevis som legges frem uten at de er ført ignoreres av retten.

Muntlighetsprinsippet tillater blant annet at man som publikum kan følge rettssaken. På denne måten håpet man å unngå en skriftlig *”inkvisisjonsprosess”*, slik Andenæs snakker om i sin bok Norsk Straffeprosess¹. Også Lovkomiteen til den gamle straffeprosesslov av 1887 understreket viktigheten av muntlighetsprinsippet og bevisumiddelbarhetsprinsippet:

*”Der hersker og har altid hersket Enighed om, at Vidnesbyrd vel i Kraft af dette Princip maa afgives i Form af mundtlig Forklaring for selve den dømmende Ret, men at dette ikke lader sig gennemføre som ufravigelig Regel, da det dels er fysisk umulig, dels ialfald forbundet med uforholdsmæssige Ulemper og Opofrelser at bringe alle Vidner for Retten under Hovedforhandlingen. Man er derfor ligeledes enig om, at der maa gjøres Undtagelser fra Regelen”*².

1.2.2 Bevisumiddelbarhetsprinsippet

Bevisumiddelbarhet i hovedforhandling kom inn i norsk straffeprosess ved straffeprosessloven av 1887 og er ansett som et bærende prinsipp i vår prosessrett – unntatt i Høyesterett, hvor bevisførselen foregår gjennom dokumentfremleggelse. Prinsippet

¹ Andenæs Straffeprosess side 111.

² Indst.O. II (1887) s. 75-76

innebærer at man søker å få beviset for retten gjennom så få kildetrinn som mulig, direkte fra den som sitter med informasjonen, enten det er en person eller en gjenstand. For hvert ledd en forklaring må gå gjennom – fra vitnets muntlige forklaring til en nedskrevet politirapport – er det fare for at noe av det opprinnelige meningsinnholdet forsvinner på veien.

Begrunnelsen for bevisumiddelbarhetsprinsippet er at det umiddelbare bevis er bedre enn det middelbare. Dommeren får anledning til å se den siktedes eller vitnets opptreden under forklaringen, og dermed selv bedømme deres pålitelighet.

Både § 290 første setning siste alternativ og § 297 første ledd tillater opplesning av forklaringer fra henholdsvis siktede og vitnet i de tilfellene de ikke møter i hovedforhandling. Her er ikke umiddelbarhet mulig. Føring av et middelbart bevis er bare et brudd på umiddelbarhetsprinsippet så lenge det umiddelbare bevis ikke kan skaffes³. For opplysningen av saken vil det i utgangspunktet være bedre at en forklaring på dette viset kommer frem i lyset og blir en del av dommernes vurderingsgrunnlag ved domsavsigelsen enn om det ikke skulle komme frem i det hele tatt.

Til sist må påpekes at opplesningsadgangen av vitnets forklaring etter annet ledd i § 296 ikke anses som brudd på bevisumiddelbarheten, da vitnet er til stede i rettssalen i de tilfellene hvor § 296 annet ledd kommer til anvendelse. Det er da adgang til å stille vedkommende spørsmål i forbindelse med forklaringen, og den regnes da som umiddelbart bevis. Det er derfor viktig å presisere at opplesning av forklaring ikke nødvendigvis er brudd på umiddelbarhetsprinsippet.

1.2.3 Kontradiksjonsprinsippet

³ Andenæs, Norsk straffeprosess, s. 393.

Vår prosessrett bygger også på hensynet til kontradiksjon. Partene skal få mulighet til å møtes slik at man kan rette opp misforståelser og få en sjanse til å motbevise påstander den annen part fremsetter. Dette muliggjøres blant annet ved at partene møtes i en rettssal, men også ved at prinsippet gir partene rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, og eventuelt få de viktigste oversatt til et språk man forstår, om man har behov for det. Uten denne adgangen til dokumentinnsyn har man ikke mulighet til å beskytte seg mot anklager mot ens egen person. Prinsippet sier også at siktede ikke kan holdes i uvitenhet om hva et vitne har forklart for retten i siktedes fravær etter § 245 første ledd.

Videre skal parten (siktede i straffesaker) varsles til rettsmøter etter § 86 og ha anledning til å være tilstede i rettsforhandlingene etter § 244. Som siktet har man også plikt til å møte i hovedforhandling og andre rettsmøter etter § 85, skjønt dette skyldes heller hensynet til sakens oppklaring og at siktede skal svare for seg, enn kontradiksjonsprinsippet. Prinsippet grunn gir også hvorfor det bare er det som er kommet frem i rettsforhandlingene som skal legges til grunn for domsavsigelsen etter § 305, da det som er kommet frem utenfor, har siktede ikke hatt anledning til å imøtegå med motbevis eller kritikk. Prinsippet gir også grunnlag for siktedes eller dennes forsvarers rett til å følge avhør av vitner etter § 271 jf § 244 jf og rett til å stille spørsmål til vitnet under slike møter etter § 271 jf § 107 c tredje ledd.

1.3 Tidligere avgitte forklaringer

Med tidligere avgitte forklaringer menes her forklaringer avgitt før hovedforhandling, som en av partene velger å føre som bevis i hovedforhandlingen. Vilkåret for at det skal være adgang til opplesning er at forklaringen må være avgitt ”i saken”, jf §§ 290 første setning, 296 annet ledd første setning og 297 første ledd første setning. Det er altså snakk om en forklaring som er avgitt under etterforskningen. Dette omfatter blant annet forklaringer gitt til politiet, rettslige forklaringer avgitt under etterforskning og andre typer forklaringer, som for eksempel legerklæringer og sakkyndigerklæringer.

Adgang til opplesning av tidligere avgitte forklaringer er hjemlet i § 290 for siktedes forklaring og §§ 296 og 297 for vitnets forklaring. Selv om disse paragrafene gir vilkårene for opplesning, er det likevel ikke sagt at det er en ubegrenset rett til opplesning om vilkårene er oppfylt. I mange tilfeller vil det fordre en vurdering fra rettens side på hvorvidt opplesning vil være til det beste for opplysningen av saken, for å avgjøre om opplesning kan foretas eller ikke. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 2 og 3. Adgangen til opplesning av forklaringer muliggjør bruk av innholdet av en forklaring som bevis i en rettssak, hvor forklaringens innhold på annet vis ikke hadde kunnet blitt gjort kjent for retten. Hovedregelen er muntlighet, og dermed at opplesning ikke kan skje. I de tilfeller hvor man vurderer opplesning er det fordi det middelbare bevis – en forklaring – er bedre enn ikke noe bevis, og kan brukes der hvor det umiddelbare bevis ikke kan føres muntlig og direkte. Selv om det ofte vil være adgang til å stille vitnet spørsmål, kan opplesning av forklaring medføre at den oppleste hendelsesversjonen står uimotsagt der hvor vitnet eller siktede ikke møter eller velger å ikke svare på spørsmål. Opplesning vil med andre ord ikke nødvendigvis være det beste for å opplyse saken, da om den står uimotsagt, kan gi et galt bilde av hendelsesforløpet. Hvorvidt man skal gi adgang til å lese opp en avgitt forklaring eller avskjære den som bevis må det en vurdering til for å avgjøre.

I min oppgave forutsetter jeg at slik forklaring er avgitt på etterforskningsstadiet. Dette er det normale i saker som tas til rettssalen, da politiet gjennomfører avhør som en metode for å avdekke om det er grunnlag for å ta ut tiltale, jf strpl § 226 første ledd litra a. Rettslig avhør tas for å sikre bevis, eller hvor siktede ber om det, jf § 237 første ledd og § 241 første ledd.

1.4 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven vil avgrense seg mot opplesning av dokumentbevis. Den vil også avgrense mot opplesning av forklaringer fra personer som har taushetsplikt, mot erklæringer fra

sakkyndige samt mot de nærmere reglene for føring av ulovlig ervervet bevis. Jeg vil heller ikke behandle reglene for saksbehandlingsfeil og deres betydning for resultatet.

Jeg holder meg til avgjørelser avgitt ”i saken”, slik begrensningene viser seg i §§ 290, 296 andre ledd og 297, jf praksis i Rt.1900.521 og Rt.1968.762. Forklaringer avgitt til kontrollkommisjoner faller dermed utenfor, jf Rt.1994.610 Bølgepappsaken. Her kom man til at en forklaring avgitt til en kontrollkommisjon ”anses som erklæringer avgitt ”i anledning saken” i straffeprosesslovens forstand, og at de derfor bare kan brukes under hovedforhandlingen innenfor de rammer som § 290 og § 296 setter, det vil si til ”konfrontasjon” med de tiltalte og vitnenes muntlige forklaringer”⁴.

1.5 Oppsett av oppgaven

Jeg vil i det følgende først ta for meg opplesningsadgangen av siktedes forklaringer i kapittel 2, før jeg går over til adgangen til opplesning av vitners forklaringer i kapittel 3. Jeg vil starte hvert kapittel med en presentasjon av hjemmelen for opplesning i de respektive tilfellene, og forklare kort hvilke forpliktelser og begrensninger som foreligger på området etter folkeretten. Deretter vil jeg i hvert kapittel gi en presentasjon av situasjonene som kan oppstå i hovedforhandling, som kan tale for eller hindre opplesning av forklaringene.

Det er i norsk straffeprosess tre bestemmelser som hjemler adgang til opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra siktede og vitner, §§ 290, 296 andre ledd og 297. Jeg vil se på opplesningsadgangen i de forskjellige situasjonene som kan oppstå etter disse bestemmelsene, og EMKs innflytelse på vurderingen av opplesningsadgangen etter disse bestemmelsene.

⁴ Rt.1994.610 side 620.

2 ADGANGEN TIL Å BRUKE FORKLARINGER SOM BEVIS

2.1 Hvilken adgang er det til å lese opp forklaringer fra siktede?

2.1.1 Adgang til opplesning etter straffeprosessloven § 290

Hovedregelen for bevisføring i hovedforhandling i tingrett og lagmannsrett er muntlighet og umiddelbarhet. § 290 regulerer de tilfellene hvor muntlighet og umiddelbarhet ikke lar seg gjøre, og gir anvisning på hvordan man løser de tilfellene. Bestemmelsen omhandler vilkårene som kan åpne for adgang til opplesning av siktedes forklaring i hovedforhandling. Her gis det tillatelse til opplesning av ”[g]jengivelse i rettsbok eller politirapport” som siktede tidligere har avgitt, i en rekke tilfeller. Før det første kan dette gjøres hvor det foreligger ”*motstrid mellom hans forklaringer*”, jf bestemmelsens første punktum første alternativ. Motstrid oppstår hvor forklaringen som avgis i retten, ikke stemmer overens med en tidligere avgitt forklaring, det være seg forklaring avgitt i politiavhør, i rettslig avhør eller annet, slik som forklaring avgitt til kontrollkommissjon. Det kan også oppstå hvor én tidligere avgitt forklaring ikke stemmer overens med en annen tidligere avgitt forklaring, dette fremgår av formuleringen ”*forklaringer*”. Man ønsker på denne måten å kunne se samtlige forklaringer i sammenheng⁵.

Hva som ligger i selve begrepet ”*motstrid*” har ikke skarpe skillelinjer. Det kan i prinsippet brukes i saker hvor siktede ordlegger seg litt annerledes ved avhøret i retten enn i

⁵ Ot.prp.nr.78 (1992-93) s. 80 og Matningsdal side 43.

politiforklaringen, men begrepet vil nok helst begrepet brukes om der hvor det er en meningsforskjell i innholdet mellom to forklaringer. Her er det mange nyanser.

For det annet er det adgang til opplesning av forklaringen eller deler av den i de tilfeller hvor det gjelder punkter som siktede ”*nekter å uttale seg om*” eller ”*erklærer at det ikke husker*”, jf bestemmelsens første setning annet alternativ.

For det tredje er det adgang til opplesning dersom tiltalte ikke møter. I slike tilfeller er det ingen begrensninger i adgangen til opplesning⁶.

2.1.2 Typetilfeller

2.1.2.1 Siktede møter i hovedforhandling

Siktede plikter, etter § 85, etter lovlig innkalling som beskrevet i § 86 å møte til hovedforhandling, andre rettsmøter og domsforkynning. Denne møteplikten er begrunnet i prinsippet om at rettsforhandlingene skal gå muntlig og direkte for retten.

Siktede har likevel ikke plikt til å forklare seg, bare til å møte. Retten til å forholde seg taus i hovedforhandling er hjemlet i prinsippet om forbud mot selvinkriminering, som er uttrykket i § 90 siste alternativ, at siktede ”*ikke har plikt til å forklare seg*”. Hensynet til forbudet mot selvinkriminering skal hindre siktede i å bidra til egen domfellelse.

Om siktede møter i hovedforhandlingen, men velger å ikke ville avgi forklaring eller er uklar, blir det et spørsmål om hans eller hennes eventuelle tidligere avgitte forklaringer kan leses opp, med hjemmel i § 290 om punkter som siktede ”*nekter å uttale seg om*”. Man anser en slik opplesning til ikke å bryte med prinsippet om selvinkriminering da

⁶ Bjerke og Keiserud, Straffeprosessloven s. 1014.

eksistensen av en slik forklaring betyr at siktede allerede har tatt et valg og avgitt forklaring. Opplesning av denne forklaringen vil da bare være en opplesning av resultatet av siktedes valg, og ikke bryte med hans eller hennes rett til å ikke bidra til egen domfellelse.

Det er altså i utgangspunktet ikke adgang til å lese opp forklaring, da dette strider mot muntlighets- og kontradiksjonsprinsippet. Det er imidlertid åpnet for opplesningsadgang om vilkårene i § 290 er oppfylt.

2.1.2.2 Siktede møter ikke i hovedforhandling

Om siktede ikke møter i hovedforhandling etter lovlig innkallelse, har man i straffeprosessloven andre bestemmelser som trer i kraft. Er siktedes fremmøte nødvendig etter loven eller det antas at det er nødvendig for sakens stilling, kan siktede etter § 87 avhentes om det er sagt i stevningen. I motsatt fall kan saken bli fremmet ved siktedes uteblivelse, j § 87 andre ledd. Det er også muligheter for pågripelse etter § 88 om siktede uteblir fra lovlig innkalling uten gyldig grunn.

Imidlertid er det også eksempler på at forhandlingene fortsetter selv om tiltalte ikke har gyldig fravær. Tiltalte har i utgangspunktet plikt til å ”*være til stede under forhandlingene inntil dom er avsagt*” etter § 280, men i Rt.2004.32 i en sak om sedelighetsforbrytelse kunne forhandlingene fortsette etter at tiltalte hadde gitt sin forklaring. Her gjaldt det ikke adgangen til opplesning av forklaring, men jeg tar med dommen som et eksempel på hvordan retten kan forholde seg i et tilfelle hvor siktede ikke møter. Høyesterett uttalte i denne forbindelse at selv om ”*det var framlagt en sykemelding, måtte [retten] foreta en konkret vurdering av om det forelå en aktuell og gyldig fraværsgrunn*”⁷. Momentene i denne vurderingen var tiltaltes uttalelse om hvordan han følte seg den dagen han møtte i hovedforhandling, og rettens forvissing om at forsvareren ville ha grepet inn og begjært

⁷ Rt.2004.32 avsnitt 13.

utsettelse av saken om han så at tiltalte ”var i en mental tilstand som kunne likestilles med fysisk fravær”⁸. Resultatet ble at retten godtok at tiltalte uteble uten gyldig forfall, som det er adgang til etter § 280 tredje punktum. Det var da ingen saksbehandlingsfeil at forhandlingene fortsatte i siktedes fravær.

Imidlertid vil prinsippet om at retten skal våke over at saken blir fullstendig opplyst, som regel hindre fravær i straffesaker. Uteblir tiltalte, er det en videre adgang til å lese opp forklaringer enn ellers. Vurderingen av om pådømmelse kan skje uten at tiltalte er til stede er at retten ikke finner tiltaltes nærvær nødvendig av hensyn til sakens opplysning, jf § 281.

I Rt.2006.51 var spørsmålet om stevningen ikke kunne forkynnes fordi siktede var unnveket. Saken gjaldt ankeforhandling hvor siktede med vilje unnlot å motta stevning om ankeforhandling. Han oppholdt seg ikke på oppgitt adresse, svarte ikke på oppringning på oppgitt telefonnummer, og dro utenlands en måned før hovedforhandling begynte. Retten kom til at det var sannsynlig at siktede måtte ha fått med seg datoen for oppsatt ankeforhandling gjennom kontakt med sin forsvarer, og at det måtte ”under disse omstendigheter sies at han forsettlig har holdt seg uvitende på en slik måte at han må anses unnveket”⁹. Det ble da ikke tillatt å fremme anke over lagmannsrettens avvisning av anke over tingrettens beslutning.

Rt.1988.314 er også verdt å merke seg. Saken gjaldt siktelse mot fire engelske statsborgere for innførsel av narkotika. En av de tiltalte orket av medisinske grunner ikke å forklare seg i hovedforhandling, og det ble da uttalt i forbindelse med tolkningen av § 290 om vilkår for adgang til opplesning at ”den omstendighet at en tiltalt møter, men av medisinske grunner ikke er i stand til å forklare seg, må sidestilles med at vedkommende ikke har kunnet møte”¹⁰.

⁸ Rt.2004.32 avsnitt 15.

⁹ Rt.2006.51 avsnitt 12.

¹⁰ Rt.1988.314 side 323.

Hvor siktede ikke møter i hovedforhandling strider det mot kontradiksjonsprinsippet, bevisumiddelbarhetsprinsippet og muntlighetsprinsippet å lese opp forklaring. § 290 gir imidlertid adgang til at forklaring kan føres som bevis i de tilfellene hvor prinsippene ikke fullt ut kan overholdes. Som regel vil man helst strekke seg langt for å få tiltalte for retten ved utsettelse og avhenting av siktede.

2.1.2.3 Siktede er ikke gjort kjent med sin rett til å nekte å forklare seg

Siktede skal etter § 90 forklares at han eller hun ikke har plikt til å forklare seg i retten, og etter § 232 at det heller ikke er forklaringsplikt overfor politiet. Det er de samme hensynene som ligger bak de to bestemmelsene, hensynet til forbud mot selvinkriminering. Siktede skal slippe å måtte bidra til egen domfellelse.

Hvilken adgang det er til å lese opp en forklaring som er avgitt uten at siktede ble gjort kjent med denne retten, er det et eksempel på i Rt.2003.549. Dette var en narkotikasak, hvor siktede ble pågrepet i sin leilighet. Samtalen mellom politibetjentene og den siktede gled over i et avhør av ham, uten at det på noe tidspunkt ble opplyst om hans rett til å tie etter § 232. Samtalen ble nedskrevet i en rapport, og det var denne rapporten det var spørsmål om å lese opp. Høyesterett kom frem til at samtalen kunne betegnes som avhør på grunn av spørsmålenes karakter og den konfrontasjon som ved spørsmålene fant sted¹¹. Her ble det lagt avgjørende vekt på som argument mot opplesning at siktede ikke hadde blitt gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter før politibetjentene begynte avhøret. Som det blir sagt i dommens avsnitt 17 er det ”*et grunnleggende prinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, her rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse*”. Det ble imidlertid ikke ansett at forklaringen i dette tilfellet hadde betydning for lagrettens avgjørelse av skyldspørsmålet, da spørsmålet for lagmannsretten var begrenset til oppbevaringen av den beslaglagte heroin funnet i siktetes hjem og ikke det som kom frem under samtalen med siktede. Det var da ikke brudd på EMK art 6.

¹¹ Jf Rt.2003.549 avsnitt 16.

I avgjørelsen ble det henvist til Rt.1999.1269, en sak hvor en fengselsbetjent hjalp en fange til å rømme og senere ble villedet til å fortelle om sin rolle i hendelsen på lydbånd til en annen politibetjent i sivil. Denne måten å foreta avhør på mente Høyesterett ikke i tilstrekkelig grad hadde ”*respektert mistenktes rett til å forholde seg taus*”¹².

I Rt.2003.1814 om kjøring i påvirket tilstand, kom det samme spørsmålet opp da politibetjenter arresterte en mann for fyllekjøring. Det ble her med henvisning til Rt.2003.549 repetert at det må skilles mellom innledende samtale og avhør, jf avsnitt 15, og at det er lov med samtale med siktede, jf sitat i avsnitt 15. Ved skillet her er det at det er nødvendig å avbryte samtalen om man ikke velger å gjøre mistenkte kjent med § 232, da Høyesterett uttaler at det normalt er ”*naturlig å si at man da er over i en fase som må henføres til etterforskning av et sannsynlig straffbart forhold. En slik nærmere avklaring av om vilkårene for straffbart forhold foreligger, må anses som et avhør i relasjon til bestemmelsen i straffeprosessloven § 232*”¹³.

Disse tre avgjørelsene omhandler alle avhør foretatt av siktede av politiet i etterforskningsfasen. Det er på det rene at den samme konklusjonen må gjelde om siktede i hovedforhandling ikke hadde blitt gjort oppmerksom på sin rett til å nekte å forklare seg etter § 90. I hovedforhandling vil det imidlertid være klare rutiner på å opplyse siktede om denne bestemmelsen, og en forglemmelse er sjelden. Dessuten vil man kunne spørre seg om ikke det at siktede på et tidspunkt under etterforskningen er blitt gjort kjent med nektelsesretten etter § 232 vil kunne oppveie en hypotetisk forglemmelse i å gjøre siktede kjent med § 90 i hovedforhandling, da siktede på det tidspunktet allerede er klar over at han eller hun ikke har plikt til å forklare seg.

Med andre ord vil det, når siktede ikke er gjort kjent med sin rett til å nekte å forklare seg, ikke være adgang til å lese opp forklaringen. Et avhør uten at siktede er gjort kjent med sin

¹² Rt.1999.1269 side 1272.

¹³ Rt.2003.1814 avsnitt 13.

rett etter § 232 til å forholde seg taus vil ikke kunne føres som bevis i hovedforhandling. Det er viktig av hensyn til siktedes rettssikkerhet at han eller hun er gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter. Prinsippet om at tiltalte ikke selv skal måtte bidra til egen domfellelse står svært sterkt i norsk og utenlandsk rett, og det er opp til påtalemyndigheten å sannsynliggjøre at siktede er skyldig etter tiltale.

Opplesningsadgangen i de tilfellene hvor siktede endrer status til vitne før hovedforhandling kommer jeg tilbake til i 3.1.4.10.

2.1.2.4 Opplesningsadgang ved prosessuelle feil ved avhøret

Opplesningsadgangen i slikt tilfelle at det foreligger prosessuelle feil ved innhenting av avhøret vil være sterkt begrenset. Det er viktig for rettssikkerheten til siktede at hensynene til hans eller hennes rettferdige rettergang blir ivaretatt. For at dette skal sikres fullt ut er det også nødvendig med notoritet på dette feltet, slik at man kan etterbevise at hensynene er ivaretatt under etterforskningen og under rettsforhandlingene.

Hvilken adgang det er til å lese opp forklaringer dersom det er mistanke om prosessuelle feil ved avhøret, kommer til syne i rettspraksis. Spørsmålet kom opp i Rt.1994.1139, som gjaldt salg av narkotika. Siktede motsatte seg opplesning av sin politiforklaring da han ikke ville forklare seg i hovedforhandling, fordi han mente det forelå prosessuelle feil ved avhøret ved at han fikk et løfte fra politiet om at det ikke skulle reageres strafferettslig overfor ham for forhold han forklarte seg om i avhøret. Høyesterett kom til at selv om det etter § 290 er adgang til å lese opp siktedes tidligere avgitte forklaringer i saken hvor siktede nekter å uttale seg, er det imidlertid ”*antatt at denne adgangen ikke gjelder ubetinget dersom det hefter prosessuelle feil ved avhøret*”¹⁴. Grunnlaget for denne uttalelsen var at det strider mot strpl § 92 om forbud mot bruk av løfter for å få mistenkte til å forklare seg i avhør. Høyesterett kom til at et avhør innhentet på denne måten vil være ”*et*

¹⁴ Rt.1994.1139 side 1141.

*ulovlig ervervet bevis*¹⁵. Her går Høyesterett nærmere inn på adgangen til å føre ulovlig ervervet bevis og sier i den anledning at det ikke er slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført, ”*avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse*”¹⁶. Det ble her reist to innvendinger mot føringen av forklaringen; det kunne reises tvil om riktigheten av forklaringen når den ble fremkalt på en slik måte, samt at det kunne virke støtende om politiet skulle kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede, som det her vil være tale om. Imidlertid kom man her frem til at det ikke forelå noe brudd på strpl § 92, så Høyesterett tok ikke noe standpunkt til dette spørsmålet.

I Rt.1999.1269 om innhenting av forklaring fra siktede via utradisjonelle etterforskningskritt, kommer Høyesterett igjen inn på adgangen til å føre en forklaring hvor det foreligger prosessuelle feil ved innhenting som bevis. Siktede hadde hjulpet en innsatt å rømme fra fengselet hvor siktede jobbet. Politiet fikk hjelp av en annen innsatt til å få siktede til å planlegge flukt nr to, og fikk ham til å møte en medhjelper, en politibetjent, som tok opp samtalen på bånd. Siktede snakket da både om den forestående flukten og om den han allerede hadde hjulpet til med. Spørsmålet her var om man kunne dømme siktede ut i fra samtalen for det han allerede hadde gjort, i tillegg til det han planla å utføre. Høyesterett kom til at ”*det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt*”¹⁷. Her har man brutt siktedes rett etter § 232 til å forholde seg taus, og retten uttaler i den forbindelse at det ”*at etterforskningskrittene også hadde andre formål, kan under disse omstendigheter ikke gjøre dem rettmessige*”¹⁸.

Rt.2004.858 gjaldt trusler om legemsbeskadigelse. Man kom her til at det var en prosessuell feil at avhøret ble gjennomført uten tiltaltes mor til stede, deretter gikk retten over til en vurdering av adgangen til å føre ulovlig ervervet bevis. I denne saken kom

¹⁵ Rt.1994.1139 side 1141.

¹⁶ Rt.1994.1139 side 1141.

¹⁷ Rt.1999.1269 side 1271.

¹⁸ Rt.1999.1269 side 1272.

Høyesterett til at det til tross for den prosessuelle feilen bør være adgang til å lese opp politiforklaringen fra den mindreårige tiltalte. En prosessuell feil vil med andre ord ikke nødvendigvis være utslagsgivende for opplesningsadgangen.

Foreligger det en feil ved innhenting av beviset kan det altså hindre fremleggelse av beviset i hovedforhandling da det bryter de bestemmelsene som er satt opp for å sikre siktede rettssikkerhet og for å sikre seg at beviset er pålitelig. Av samme grunn vil ikke en prosessuell feil automatisk medføre bevisavskjæring, da det i det enkelte tilfelle må vurderes hvorvidt feilen har hatt betydning for resultatet – både for siktedes rettssikkerhet og hensynet til bevisets pålitelighet.

3 ADGANG TIL Å BRUKE FORKLARINGER SOM BEVIS

3.1 Hvilken adgang er det til å lese opp forklaringer fra vitner?

3.1.1 Adgang til opplesning etter straffeprosessloven § 296

I straffeprosessloven er det §§ 296 andre ledd og 297 første ledd som regulerer adgangen til opplesning av vitners forklaring i hovedforhandling.

Hovedregelen for vitners forklaringer i retten er å finne i § 296 første ledd, hvor det sies at vitner som kan gi forklaring som antas å være av betydning for saken, bør ”*avhøres muntlig under hovedforhandlingen*”. Dette reflekterer hovedprinsippet i norsk straffeprosess om muntlighet og bevisumiddelbarhet. Det er mulig å gjøre unntak fra denne hovedregelen, om det foreligger ”*særegne forhold*”.

Hva som ligger i denne formuleringen er opp til rettens skjønn å avgjøre. For innholdet av ”*særegne forhold*” kan vises til Rt.1992.569. Saken gjaldt en psykisk utviklingshemmet kvinne som fortalte at hun hadde blitt befølt av en pleier ved hjemmet der hun bodde. Det ble foretatt mange psykologiske undersøkelser og samtaler med kvinnen for å få på det rene om det kvinnen fortalte faktisk hadde skjedd, men det ble ikke foretatt bevisopptak på noen måte, heller ikke vitnet kvinnen i hovedforhandling. Det ble hevdet fra forsvarerhold at dette ga grunnlag for saksbehandlingsfeil, mens man i Høyesterett kom til at kvinnens psykiske utviklingshemming utgjorde et ”*særegent forhold*” etter § 296 første ledd, som var til hinder for hennes direkte vitneforklaring da den gjorde det umulig for henne å vitne. Videre ble det lagt vekt på at det ellers var en bred bevisføring, og at det var umulig å få

noen forklaring fra fornærmede. Her er altså formuleringen ”*særegne forhold*” brukt om et så spesifikt område som at det er en psykisk utviklingshemming som er til hinder for at det ikke kan avgis forklaring.

Imidlertid er det ikke gitt at formuleringen er avgrenset til slike alvorlige forhold. Også et vitnes død vil medføre at muntlig og direkte forklaring for retten er utelukket, og det må gå inn under formuleringen ”*særegne forhold*”. At vitnet befinner seg i utlandet vil også kunne komme inn under formuleringen. Etter § 109 kan retten fritta et vitne for forklaringsplikt om reiseveien er lang. Hvorvidt man til tross for avstanden kan kreve at vitnet møter, er en vurdering som må tas i det konkrete tilfelle, hvor vitnets forklarings antatte bevismessige verdi vil spille inn, en vurdering som minner om den etter § 297 første ledd. Jeg kommer tilbake til denne vurderingen i punkt 3.1.2.

Andre ledd i § 296 regulerer opplesningsadgangen for vitnets tidligere avgitte forklaringer i de tilfellene hvor vitnet møter i hovedforhandling. En slik forklaring kan leses opp ved ”*motstrid mellom vitnets forklaringer*” eller når det gjelder punkter som vitnet ”*neker å uttale seg om*” eller ”*erklærer at det ikke husker*”.

Etter § 296 kan en tidligere avgitt forklaring til politiet eller i rettslig avhør i saken leses opp såfremt det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer. Denne bestemmelsen tilsvarer den likelydende formuleringen i § 290, og jeg henviser til punkt 2.1.1 for en grundigere gjennomgang av begrepet ”*motstrid*”.

Imidlertid er ikke vilkårene for opplesningsadgangen ferdig opplistet etter dette. Man vil etter praksis tolke inn i vurderingen av opplesningsadgangen etter § 296 andre ledd begrensninger fra folkeretten. I en sak i Rt.1994.1324 hvor det var spørsmål om opplesning av politiforklaringer fra vitner som var avgjørende for domfellelse, hvor vitnene møtte, men valgte å holde seg tause i henhold til strpl § 123, uttalte Høyesterett om anvendelsen av § 296 andre ledd at bestemmelsen ”*kan imidlertid ikke reservasjonløst anvendes etter ordlyden. Etter min mening må det innfortolkes en begrensning i opplesningsadgangen*”.

*etter § 296 annet ledd 1. punktum, hvor – som i § 297 første ledd 1. punktum – forsvarlighets- og forholdsmessighetsbetraktninger kommer sentralt inn*¹⁹. Dette ble begrunnet med at man ikke kan fastslå en ubetinget rett til opplesning av vitnets forklaringer for politiet når disse fremstår som det avgjørende grunnlag for domfellelse, i de tilfeller det er nærliggende at vitnet senere vil komme til å forklare seg for den dømmende rett. Forutsetningen for § 296 andre ledd første punktum om opplesningsadgang hvor vitnet ikke kan eller vil forklare seg, brister om man kan anta at vitnet vil forklare seg på et senere tidspunkt. Høyesterett mener at en opplesningsadgang direkte etter ordlyden i bestemmelsen vil være for vidtgående, og ikke kunne harmonere med *”det lovgivningspolitisk sterkt forankrede utgangspunkt om umiddelbar og muntlig bevisførsel eller med det alminnelige og grunnleggende krav til forsvarlig saksbehandling*²⁰. Slik begrunnes en forsvarlighets- og forholdsmessighetsvurdering også etter § 296 andre ledd første punktum. Det ser altså ut til at Høyesterett tolker inn denne begrensningen i § 296 andre ledd første punktum i alle tilfeller hvor det er snakk om opplesningsadgang etter bestemmelsen, og ikke bare i de tilfeller hvor det er *”nærliggende”* at vitnet senere vil komme til å forklare seg. Man hevdet også i Rt.1990.1221, at det skulle vært foretatt en nærmere drøftelse av hvilken anvendelse § 296 annet ledd får i den konkrete sak tolket i lys av Menneskerettighetskonvensjonen. Dette tok Høyesterett til følge, med det resultat at også § 296 andre ledd skal tolkes i lys av EMK art 6. Jeg kommer nærmere tilbake til dette under drøftelsen av § 297 første ledd i 3.1.2

3.1.2 Adgang til opplesning etter straffeprosessloven § 297

Den siste bestemmelsen som hjemler opplesningsadgang av vitnets forklaringer er § 297 første ledd. Den anvendes i de tilfeller hvor vitnet ikke er til stede under hovedforhandlingen. Også her er det et krav at forklaringen må være avgitt *”i saken”*.

¹⁹ Rt.1994.1324, side 1326-1327.

²⁰ Rt.1994.1324, side 1327.

Den første mulighet for adgang til opplesning etter denne bestemmelsen er at ”*muntlig avhør ikke er mulig*”. Dette er en rent faktisk avveining. Eksempelvis vil dette være tilfellet hvor vitnet er død, men Høyesterett har også gitt uttrykk for at psykisk lidelse kan være i veien for at vitnet gir forklaring, se Rt.1992.569. Videre kan det være umulig å føre vitnet om det med vilje eller tilfeldigheter ikke mottar stevning til hovedforhandling, slik at man ikke får tak i vedkommende.

Hvor det er mulig å få vitnet for retten for muntlig og direkte forklaring, vil det bero på en forholdsmessighetsvurdering om man i stedet kan nøye seg med en opplesning av vitnets forklaring. Vurderingen går ut på hvorvidt det ville medføre ”*uforholdsmessig ulempe eller utgift*” å få ordnet en muntlig forklaring for retten. Forholdsmessighetsvurderingen etter § 297 første ledd går ut på å veie bevisenes antatte verdi opp mot vanskeligheten med å få beviset ført for retten. Begrepet ”*uforholdsmessig*” tilsier at hvert tilfelle må vurderes konkret av retten og at det ikke finnes fastsatte grenser for hvilke bevis som skal føres. Grensene er forsøkt trukket opp i rettspraksis, men selv om dette gir en mer detaljert oversikt over hvordan grensene skal trekkes, er det fremdeles en vurdering som må tas i det konkrete tilfelle. I følge Rt.1988.78 om en narkotikasak hvor vitnet B ikke møtte i hovedforhandling, er ”*betydningen av at retten kan få en umiddelbar forklaring av vitnet*”²¹ og ”*betydningen av at det kan stilles spørsmål til vitnet*”²² vektige momenter.

I Rt.1990.312 om spørsmål om opplesning av vitnets forklaring etter at vitnet ikke møtte etter lovlig innkalling, uttalte Høyesterett om anvendelsen av vurderingen i § 297 at ved ”*vurderingen av de forskjellige momenters vekt er det ... av betydning å se på hva som følger av Menneskerettighetskonvensjonen når det gjelder domfeltes rett til å eksaminere vitner*”²³, slik at momentene i Konvensjonen tillegges vekt også ved vurderingen av § 297.

²¹ Rt.1988.78 side 80.

²² Rt.1988.78 side 80.

²³ Rt.1990.312 side 314.

At konvensjonsbestemmelsen kommer inn som moment i vurderingen etter § 297, medfører at det er nødvendig å se nærmere på momentene i denne bestemmelsen. I Rt.1990.312 ble det henvist til to avgjørelser avsagt av EMD, EMD-1980-9120 *Unterpertinger v. Austria* og EMD-1985-11454 *Kostovski v. the Netherlands*. Man kom etter en gjennomgang av disse til at ”*opplesning av tidligere avgitte forklaringer, herunder politiforklaringer, under forhandlingene i en straffesak ikke i seg selv er i strid med konvensjonen*”²⁴, men at bruken av en slik skriftlig forklaring som bevis i en sak ”*må skje under hensyntagen til tiltaltes rettigheter*”²⁵. Som eksempel på disse tiltaltes rettigheter nevnes spesifikt hans eller hennes rett til å gis ”*anledning til å eksaminere vitner*”²⁶. Etter *Unterpertinger* hvor tiltalte var dømt hovedsakelig på grunnlag av vitneforklaringer fra vitnene i saken, som han ikke hadde fått anledning til å eksaminere, og det var konkludert med at dette brøt siktedes krav etter EMK art 6 til fair trial, uttaler Høyesterett at synspunktene de nevnte dommene ga uttrykk for, ”*harmonerer etter min mening godt med en rimelig forståelse av forholdsmessighetskriteriet i straffeprosessloven § 297 i lys av de prinsippene også vår straffeprosess bygger på*”²⁷. Videre oppsummeres det med at hvis ”*det dreier seg om helt sentrale vitner, som det er mulig å føre for den dømmende rett, må hensynet til tiltaltes rettssikkerhet regelmessig slå igjennom i forhold til utgifter og ulemper ved en utsettelse av saken*”²⁸.

At et vitne regnes som helt sentralt vil bety at det er foretatt en helhetsvurdering hvor bevisets antatte verdi regnes opp mot de øvrige bevisene, etter en vurdering foretatt etter at hele bevisførselen er holdt. Et sentralt vitne vil for eksempel kunne være voldsofferet i en familievoldssak, eller som i Rt.2003.1511 hvor det bare var de to kameratene til stede da en brann brøt ut i en kjellerbod og det var uklart hvem av dem som hadde startet brannen. Et sentralt vitne er en person som vil kunne gi et vitneprov av betydning, gjerne den som

²⁴ Rt.1990.312 side 315.

²⁵ Rt.1990.312 side 315.

²⁶ Rt.1990.312 side 315.

²⁷ Rt.1990.312 side 316.

²⁸ Rt.1990.312 side 316.

anmeldte forholdet i utgangspunktet. Det kreves ikke nødvendigvis at saken står eller faller med dette vitneprovet, det er opp til retten å avgjøre, men den som har best befatning med hendelsesforløpet vil gjerne være et slikt sentralt vitne.

Også Rt.1992.143 om adgangen til å la politivitner forklare seg om hva to andre impliserte i saken hadde forklart til politiet, hvor de to impliserte ikke var stevnet som vitner, vektlegger spørsmålsadgangen. Retten henviste til uttalelsen fra dommen i 1990, og uttalte at det ”er av stor betydning at tiltalte får anledning til å stille spørsmål til de vitner påtalemyndigheten fører”²⁹. Videre la retten vekt på hvorvidt det var forbundet med særlig vansker å stevne vitnene, sakens alvorlige karakter, og hvorvidt ulempen ved utsettelse av saken kan anses uforholdsmessig. I denne dommen var Høyesterett svært ordknapp i sin begrunnelse, og konstaterte bare at vilkårene etter § 297 ut i fra de ovennevnte momentene ikke var oppfylt.

Som retten slo fast i Rt.1990.312 må § 297 første ledd leses i lys av EMK art 6 tredje ledd litra d og første ledd. Dette er lagt til grunn i en omfattende rettspraksis som alle slår fast at spørsmålet om tiltaltes rett til å eksaminere vitner må tas med utgangspunkt i EMK art 6; Rt.1990.1221, Rt.1991.1096, Rt.1994.1324, Rt.1995.1295 og Rt.2004.1425. Man må altså ta inn EMK art 6 tredje ledd om siktedes rett til å eksaminere vitner som et moment ved forholdsmessighetsvurderingen etter strpl § 297.

3.1.3 Adgang til opplesning etter EMK

Norge er etter lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 § 3 bundet av sine folkerettslige forpliktelser etter Menneskerettighetskonvensjonen slik at konvensjonens bestemmelser skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning ved motstrid. Relevant for oppgaven er bestemmelsen i konvensjonen om siktedes rett til ”fair

²⁹ Rt.1992.143 side 144.

... *hearing*” i konvensjonens artikkel 6. I denne bestemmelsen er det siktedes adgang til å stille vitnet spørsmål som er av størst betydning, da det går på prinsippet om kontradiksjon.

Artikkelens tredje ledd omhandler siktedes rett til å eksaminere vitner mot seg i en straffesak, og lyder slik at siktede skal ha retten til å ”*examine or have examined witnesses against him*”. Isolert sett gir dette siktede eller dennes forsvarer et krav på å få stille spørsmål til vitner, slik at det er et brudd på siktedes rettigheter etter bestemmelsen om dette ikke er oppfylt. Imidlertid er det ikke slik at bestemmelsen i artikkel 6 gir siktede en rett til ubegrenset bevisumiddelbarhet. Man kan ikke med hjemmel i denne bestemmelsen kreve at alle vitner møter.

Dette er nærmere forklart i rettspraksis. Jeg henviser først til saken i Rt.1990.319, hvor det på side 321 uttales at forsvaret etter konvensjonen ”*as a rule*” må gis anledning til å stille spørsmål til vitnet, enten når forklaringen blir gitt eller senere, og at det i reservasjonen *as a rule* ”*synes å ligge at det må foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i det grunnleggende krav om fair trial*”³⁰. Rt.1990.312 støtter opp om det og sier på side 315 at ”*samlet gir bestemmelsene i artikkel 6 uttrykk for det generelle prinsipp om ”fair trial*”.³¹”. Bestemmelsens tredje ledd skal altså leses i sammenheng med dens første ledd, slik at vurderingen etter EMK art 6 blir en helhetsvurdering hvor det overordnede momentet er hvorvidt siktedes rettergang har vært rettferdig, altså ”*fair trial*”, på en slik måte at brudd på tredje ledd i seg selv ikke kan medføre brudd på konvensjonsbestemmelsen. Tredje ledd om siktedes adgang til å eksaminere eller få eksaminert vitner er etter en slik helhetsvurdering bare et moment i vurderingen for om siktedes rettigheter er ivaretatt. Dette følger av Rt.1990.312 og Rt.1990.1221, som begge sier at opplesning av tidligere avgitte forklaringer i seg selv ikke er i strid med konvensjonen. Imidlertid, sier de videre, vil avgjørelsen av om konvensjonsbestemmelsene er overtrådt, bero på en helhetsvurdering av begrepet ”*fair trial*”, og i denne vurderingen vil momentet om hvorvidt forsvarersiden

³⁰ Rt.1990.319 side 321.

³¹ Rt.1990.312 side 315.

har hatt adgang til å stille vitnet spørsmålet være et viktig moment³². Likevel er det viktig å huske på at det i seg selv bare er et moment. Man kan lese opp når det ikke er kontradiksjon også, skjønt adgangen er snever. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i kapittel 3.1.3.

Andre momenter som skal inn i vurderingen er etter avgjørelser i Høyesterett samspillet mellom den aktuelle forklaringen og sakens øvrige bevis. Denne oppdelingen er hentet fra en avgjørelse fra EMD, Unterpertinger, som jeg allerede har nevnt. Saken gjaldt legemsfornærmelser mot siktedes ekskone og stedatter, og EMD kom til at det var et brudd på hans rettigheter etter EMK art 6 første ledd om prinsippet om ”*fair trial*” at han ble dømt ”*mainly*” på grunnlag av vitnenes forklaringer. Selv om det forelå annet bevismateriale i saken, ble vitneforklaringene uten videre lagt til grunn som sanne. Denne avgjørelsen ga opphav til det Høyesterett kaller hovedbevislæren. Hovedbevislæren går ut på at man i vurderingen av om en tidligere avgitt forklaring kan leses opp, ser på en totalvurdering hvor samspillet mellom den aktuelle forklaringen og sakens øvrige bevis har vesentlig betydning³³. Etter en periode fra Rt.2001.29 hvor Høyesterett la ned strengere krav for opplesningsadgangen, gikk de tilbake til den tidligere linje, som var i tråd med EMD, om at en forklaring ikke kan leses opp om den utgjør det ”*hovedsaklige eller avgjørende bevis*”³⁴ i en sak, jf Rt.2004.1789, om det ikke har vært adgang for forsvarersiden å stille spørsmål til vitnet. Det ville gå ut over siktedes rettigheter, fordi han eller hun ikke ville kunne verne seg mot det.

Hva som ligger i formuleringen ”*hovedsakelige eller avgjørende bevis*” eller hvorvidt domfellelsene ”*bare eller i avgjørende grad*”³⁵ er basert på de vitneforklaringer som blir lest opp, som er en annen måte å uttrykke det samme på, vil man måtte avgjøre i det

³² Rt.1990.312 side 315 og Rt.1990.1221 side 1225.

³³ Matningsdal s. 55

³⁴ Rt.2004.1789 avsnitt 17.

³⁵ Rt.2004.1789 avsnitt 21.

konkrete tilfellet. I Rt.2004.1789 opplyses det at siktemålet er hvor omfattende den øvrige bevisførsel er³⁶.

Likevel er siktedes rett til å avhøre vitner mot seg en grunnleggende rettighet som veier tungt i denne vurderingen. I Kostovski-saken kommer retten frem til at *”bruken av en slik skriftlig forklaring som bevis i en sak må skje under hensyntagen til tiltaltes rettigheter”*, og at disse rettighetene gjør at tiltalte må gis anledning til å *”eksaminere vitner mot ham på et eller annet stadium i saken”*. Problemet er *”hvorvidt rettergangen – betraktet som helhet – tilfredsstiller kravet til fair trial”*, altså at man foretar en helhetsvurdering for om siktedes rettigheter etter EMK art 6 er brutt, hvor adgangen til å stille vitnet spørsmål er et tungtveiende moment. Til slutt kommer Høyesterett i Rt.1990.312 til at *”[h]vis det dreier seg om helt sentrale vitner, som det er mulig å føre for den dømmende rett, må hensynet til tiltaltes rettssikkerhet regelmessig slå igjennom i forhold til utgifter og ulemper ved en utsettelse av saken”*. Med andre ord, selv om artikkelens tredje ledd kun er et moment i helhetsvurderingen etter første ledd, er siktedes spørsmålsadgang et viktig moment som det må legges stor vekt på i vurderingen av om siktedes rettigheter etter artikkelen er brutt.

Disse synspunktene er fulgt opp i blant annet Rt.1990.1221 og Rt.1999.757.

Siktedes spørsmålsadgang er viktig da det ikke gjelder noe prinsipp om muntlighet og bevisumiddelbarhet under etterforskningen, og dermed kan det stride mot rettssikkerheten om forklaringer avgitt under denne perioden legges frem uten spørsmålsadgang fra siktede. For å ta hensyn til siktedes rettssikkerhet for kontradiksjon er det viktig at forholdsmessighetsvurderingen etter §§ 296 annet ledd og 297 første ledd jf EMK art 6 tredje ledd jf første ledd gjennomgås grundig, for å se hva som best sikrer siktedes rettigheter og best er egnet til å opplyse saken, som kravet er etter strpl § 294. Men om man anser det sannsynlig at vitnet ikke vil komme til å forklare seg for retten, bør man søke å

³⁶ Rt.2004.1789 avsnitt 21.

sikre alle bevis på forhånd, og da også ta hensyn til siktedes spørsmålsrett. Her vil da prinsippet bli overholdt.

I prinsippet om ”fair trial” som uttrykkes i EMK art 6, som §§ 296 andre ledd og 297 leses i lys av, har man gjennom rettspraksis kommet frem til at hvor domfellelsen beror på et hovedsakelig eller avgjørende bevis, kan forklaringen ikke leses opp med mindre det har vært spørsmålsadgang til vitnet fra forsvarersiden.

3.1.4 Typetilfeller

Jeg vil nå gi en oversikt over rettspraksis i de forskjellige situasjonene som kan oppstå ved spørsmålet om opplesning av en tidligere avgitt forklaring som bevis i hovedforhandling.

Oppdelingen går på de tilfellene som kan oppstå, herunder de argumenter som kan bli gitt for å hindre eller fremme opplesning. Jeg forsøker å ta dem i en så naturlig rekkefølge som mulig.

3.1.4.1 Vitnet møter

Om vitnet møter i hovedforhandling, følger hovedregelen for vitnets forklaring etter § 296 første ledd, vitnet ”*bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen*”, altså muntlig og direkte for retten. Vitnet har en lovpålagt plikt til å forklare seg etter § 108, hvor det slås fast at ”*enhver plikter ... å møte og forklare seg overfor retten*”.

Når særegne forhold ikke foreligger til hinder for opplesning, og vitnet møter, kan det etter § 296 andre ledd bli spørsmål om å lese opp vitnets eventuelle tidligere avgitte forklaringer når det er motstrid mellom vitnets forklaringer, eller om det er punkter som vitnet nekter å forklare seg om eller erklærer at det ikke husker. Forklaringen leses da opp for på den måten å kunne fremvise hele forklaringshistorien, eller når vitnet ikke husker eller ikke vil forklare seg.

Et vitne som møter etter innkalling i tråd med § 108, men nekter i strid med rettskraftig kjennelse å avgi forklaring, kan etter § 137 holdes i fengslig forvaring til det oppfyller sin plikt etter § 108. Imidlertid er oppgavens tema hvilken adgang det er til opplesning i slike tilfeller, og jeg går da ikke nærmere inn på sanksjonsmulighetene mot vitnet.

En rekke dommer har bidratt til å øke forståelsen av hvordan § 296 skal anvendes. En av disse er en sedelighetssak i Rt.1998.1182, hvor vitnet møtte i hovedforhandling, men besvarte de fleste spørsmål med at hun ikke husket. Dette reiste spørsmålet om hele hennes tidligere avgitte forklaring kunne leses opp, eller om opplesningen skulle begrenses til de punkter vitnet erklærte at det ikke husket³⁷, da § 296 andre ledd bruker formuleringen ”punkter som vitnet ... erklærer at det ikke husker”. Høyesterett kom til at det etter ordlyden kunne synes som om adgangen til opplesning hvor vitnet ikke husker eller ikke vil forklare seg var begrenset til punkter i forklaringen slik at bare de delene hun ikke husket kunne leses opp, men uttalte på side 1187 at det kunne ”likevel ikke være tvilsomt at hele politiforklaringen må kunne leses opp dersom vitnet helt eller i det alt vesentlige nekter å forklare seg for retten. Det samme må gjelde der vitnet overhodet ikke, eller bare i uvesentlig grad, husker et hendelsesforløp som det tidligere har forklart seg om”³⁸. Opplesningen til tross for manglende hukommelse hos vitnet ble begrunnet med rettens plikt til å sørge for opplysning av saken etter § 294, og rettens ansvar etter denne bestemmelsen til å sørge for at bevisførselen ikke ”etterlater uklarheter eller gir grunn til misforståelse”³⁹. Politiforklaringen ville i dette tilfelle, grunnet vitnets dårlige hukommelse vedrørende hendelsesforløpet, kunne gi en langt større detaljrikdom. I de tilfellene hvor vitnet husker og vil forklare seg om de vesentligste deler av hendelsesforløpet, vil opplesning som konfrontasjon måtte begrense seg til de enkelte punktene.

Etter Rt.1994.1324 skal det også skal leses inn i § 296 en forholdsmessighetsvurdering hvor EMK art 6 som omhandler prinsippet om rettferdig rettergang kommer inn som et moment. Spørsmålet er hvilke konsekvenser det har for opplesningsadgangen. Ved å lese § 296 annet ledd i lys av konvensjonsbestemmelsen, vil nye momenter komme inn i vurderingen. Dette gjelder momenter som er listet opp i konvensjonens artikkel, og det første momentet som kommer inn i vurderingen er artikkelens første ledd om ”fair ... hearing”. Etter Rt.1990.312 skal bestemmelsens første og tredje ledd leses samlet, slik at

³⁷ Jf Rt.1998.1182 side 1186.

³⁸ Rt.1998.1182 side 1187.

³⁹ Rt.1998.1182 side 1187.

bestemmelsen etter en helhetsvurdering gir uttrykk for krav om oppfyllelse av prinsippet om ”*fair trial*”⁴⁰. Dette er et stort prinsipp som rommer mye, og hva som ligger i det søkes løst gjennom bestemmelsens andre momenter. Tredje ledd litra d i artikkelen gir siktede en rett til å ”*examine or to have examined witnesses against him*”, altså en rett for siktede til å avhøre og stille spørsmål til vitnet. Dette momentet er ikke enestående for Menneskerettighetskonvensjonen, det rimer overens med prinsippet om kontradiksjon som er generelt utbredt i de fleste rettssystemer. Som det blir formulert i Rt.1992.792 – om legemsbeskadigelse på en samboer som senere var avgått ved døden – etter artikkelen må det være et ”*minimumskrav at tiltaltes interesser var blitt ivaretatt ved at han selv eller gjennom forsvareren hadde fått stille spørsmål til fornærmede*”⁴¹. For at kontradiksjonsprinsippet til hensyn for tiltalte skal være oppfylt, er det altså nødvendig å tillate spørsmålsadgang. Videre nevner dommen på side 795 at det ”*må ellers blant annet tas hensyn til forbrytelsens art, om det er grunn til å betvile riktigheten av den foreliggende forklaring, og om det er konkrete spørsmål tiltalte hadde grunn til å stille vitnet*”⁴².

EMDs avgjørelse i *Unterpertinger v. Austria* av EMD-1980-9120, stiller opp enda et moment. Saksforholdet gjaldt legemsbeskadigelse av kone og stedatter, og resultatet i avgjørelsen ble en stadfestelse av brudd på konvensjonsrettighetene etter art 6 i EMK overfor tiltalte. Begrunnelsen for resultatet ble utbrodert i avsnitt 33 hvor det stadfestes at ”*the Court of Appeal based the applicant’s conviction mainly on the statements made by Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner [vitnene] to the police. It did not treat these simply as items of information but as proof of the truth of the accusations made by the women at the time*”⁴³. Det som brøt mot konvensjonsrettighetene i denne saken var altså at domsavsigelsen ”*mainly*” ble basert på de avgitte forklaringer. Her ble altså grunnlaget for at man må veie bevisene opp mot hverandre lagt.

⁴⁰ Rt.1990.312 s. 315.

⁴¹ Rt.1992.792 side 794.

⁴² Rt.1992.792 side 795.

⁴³ EMD-1980-9120 avsnitt 33.

Dette blir fulgt opp i EMDs avgjørelse *Lucà v. Italy* EMD-1996-33354 i avsnitt 40, hvor det uttales at *"[i]f the defendant has been given an adequate and proper opportunity to challenge the depositions, either when made or at a later stage, their admission in evidence will not in itself contravene Article 6 §§ 1 and 3 (d). The corollary of that, however, is that where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6"*⁴⁴.

Videre er dette fulgt opp i norsk rettspraksis gjennom Rt.1990.1221 og Rt.1999.757, som begge skriver om at skyldspørsmålet *"hovedsakelig vil måtte bygge på"* forklaringen og formuleringen *"det avgjørende eller hovedsakelige bevis"* med henvisning til bruken av formuleringen *"solely or to a decisive degree"* fra *Lucà*-dommen. Momentet trukket fra disse avgjørelsene er altså hvorvidt forklaringen er det avgjørende eller hovedsakelige bevis i en straffesak. Utgjør forklaringen det avgjørende eller hovedsakelige bevis, vil hensynet til kontradiksjon stå veldig sterkt. Det er i disse tilfellene avgjørende hvorvidt tiltalte har fått anledning til å stille vitnet spørsmål i forbindelse med opplesningen av forklaringen, som det sies i *Lucà*-avgjørelsen, det bryter med sikredes rettigheter etter EMK art 6 om siktede ikke har hatt adgang *"to examine or to have examined"* et vitne.

I forlengelsen av dette reises spørsmålet om hvordan situasjonen er i de tilfeller hvor vitnet møter, nekter å forklare seg, og også nekter å svare på spørsmål. Svarer ikke vitnet på spørsmål fra forsvarersiden, rimer det dårlig overens med konvensjonsteksten i EMK art 6 at tiltalte da har fått adgang til å eksaminere vitnet. Imidlertid uttaler en Høyesterettsavgjørelse om innførsel av narkotika, Rt.2003.1808, at det ikke kan *"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*

⁴⁴ EMD-1996-33354 avsnitt 40.

*kunne leses opp selv om vitnet påberoper en gyldig grunn for å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare*⁴⁵. Som begrunnelse for dette henvises til EMD-avgjørelsene EMD-1996-30409 Peltonen v. Finland, EMD- Asch, EMD- Craxi og EMD- Lucà og prinsippet om ”*equality of arms*”, på norsk partslikhetsprinsippet. Har forsvarersiden fått anledning til å stille spørsmål, ”*er dette prinsippet tilfredsstilt, selv om vitnet nekter å svare*”⁴⁶. Opplesning av en tidligere avgitt forklaring kan da, i følge disse avgjørelsene, ikke være i strid med rettighetene etter EMK art 6. Som det sies i Peltonen-saken, ”*[w]hile N. ’s persistence to remain silent may have made further questioning futile, in the circumstances of the present 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*”⁴⁷.

Likevel er dette ikke absolutt. Man må hele tiden basere seg på det bakenforliggende prinsippet om rettferdig rettergang for tiltalte, slik at også i denne vurderingen, hvor vitnet ikke vil svare på spørsmål, er det bare aktuelt med opplesning av forklaring om det er klart at han eller hun får en rettferdig rettergang.

Momentene som kommer inn ved vurderingen av § 296 lest i lys av EMK art 6 er som følger: Hvorvidt domsavsigelsen hovedsakelig eller i avgjørende grad er basert på vitneforklaringer avgitt av personer som den tiltalte ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre.

I norsk rett brukes mange ord for å uttrykke dette, som for eksempel at fellende dom ”*bare eller i avgjørende grad*”⁴⁸ er basert på vitneforklaringen. Uansett ordbruk har dette utviklet seg til det Høyesterett kaller ”*hovedbevislæren*” i norsk rett⁴⁹.

⁴⁵ Rt.2003.1808 avsnitt 18.

⁴⁶ Rt.2003.1808 avsnitt 18.

⁴⁷ EMD-1996-30409 avsnitt.

⁴⁸ Rt.2004.1789 avsnitt 16.

⁴⁹ Matningsdal s. 55

Disse er altså de viktigste momentene etter § 296 og EMK art 6. Hvilken vekt de forskjellige momentene skal tillegges, derimot, avhenger etter Rt.1995.1295 på det ”konkrete saksforhold”⁵⁰. Av den grunn er det ”av stor betydning at retten skaffer seg best mulig grunnlag for sin avgjørelse, som dermed som regel bør tas etter at retten har hørt den øvrige bevisførsel i saken”⁵¹, sies det, etter henvisning til Rt.1990.1221 hvor et vitne i en legemsbeskadigelsessak nektet å forklare seg, uttales på side 1226 at ”[b]eslutning om hvorvidt adgangen til opplesning av politiforklaringen skal avskjæres, bør tas etter at de øvrige beviser har vært ført”. Videre i Rt.2004.97 om en narkotikasak hvor en av de tiltalte hadde benyttet seg av sin rett til å nekte å avgi forklaring, sies det i avsnitt 20 at det er ”først når den øvrige bevisførsel eller iallfall den vesentligste delen av denne er gjennomført at retten vil ha grunnlag for å foreta en slik vurdering”. Av denne grunn er ikke opplesning av en forklaring i seg selv i strid med siktedes rettigheter etter EMK art 6, det er først når domsavsigelsen baserer seg på forklaringen at det kan være tale om brudd. Dette er lagt til grunn i rettspraksis i norsk rett etter EMDs praksis.

I Rt.1998.1182 var det andre spørsmålet i saken hvorvidt spørsmålet om opplesningen var i strid med EMK art 6 grunnet vitnets manglende evne til å svare på spørsmålene, fordi det ikke var spørsmålsadgang. Her kom Høyesterett til på side 1187 at ”[d]en omstendighet at det er vitnets manglende hukommelse, eller for den saks skyld manglende evne eller vilje til å svare på spørsmål – som fører til at krysseksaminasjonen i praksis ikke lar seg gjennomføre, kan i et tilfelle som det foreliggende ikke anses å innebære et brudd på EMK art 6. Det avgjørende må være at vitnet er til stede i retten, og at det blir gitt adgang til å stille spørsmål, også etter den avsluttende opplesningen”. Med andre ord vil vitnets tilstedeværelse i retten som regel være ensbetydende med at tiltalte er gitt spørsmålsadgang, og siktedes rettigheter etter EMK art 6 er således ikke brutt ved opplesningen.

⁵⁰ Rt.1995.1295 side 1296 og 1297.

⁵¹ Jf Rt.1995.1295 side 1297.

Om vitnet møter i hovedforhandling, er det eneste tilfellet hvor forklaring ikke kan leses opp, der hvor forklaringen fra vitnet i hovedforhandling er fullstendig og helt overensstemmende med tidligere avgitte forklaringer. Dette er begrunnet i det faktum at opplesning etter § 296 andre ledd ikke anses som brudd på muntlighets- og kontradiksjonsprinsippet, da vitnet er til stede i rettssalen og kan svare på spørsmål etter opplesning. Som regel vil også opplesning skje i tillegg til vitnets egen forklaring, slik at den oppleste forklaring fungerer mer som et supplement.

Etter EMK art 6 kommer mange momenter inn i vurderingen av opplesningsadgangen av vitnets forklaring i § 296 annet ledd. Dette gjelder for det første siktedes rett til å stille spørsmål til vitnet etter EMK art 6 tredje ledd litra d. Videre at denne spørsmålsadgangen er av betydning bare i de tilfellene hvor den forklaringen det er spørsmål om å lese opp, utgjør et hovedsakelig eller avgjørende bevis. Dette følger av det faktum at hele bestemmelsen i EMK art 6 må leses i sammenheng, slik at tredje ledd om spørsmålsadgang ikke er en rettighet som i seg selv kan medføre brudd på siktedes rettigheter etter konvensjonsbestemmelsen om det ikke er adgang til å stille spørsmål til et vitne, men at det kommer inn som et moment i den større vurderingen av om siktedes rett til en rettfærdig rettergang, en ”*fair trial*”, er brutt. Imidlertid er det et moment det legges stor vekt på. Hva som ligger i at forklaringen utgjør det hovedsakelige eller avgjørende bevis må man avgjøre i det konkrete tilfelle, men retningslinjen er størrelsen på det øvrige bevismaterialet. Det er slått fast at det ikke er opplesningen i seg selv som er ulovlig, men at det legges vekt på den ved domfellelsen. For å kunne avgjøre forklaringens betydning, er det viktig å vente med å ta avgjørelsen av om opplesning skal tillates, etter at øvrig bevisførsel er ført. På den måten røpes ikke innholdet i forklaringen om den er av en slik betydning at den ikke kan legges til grunn for domfellelsen uten at siktede har hatt adgang til å stille spørsmål til den riktighet. Hvorvidt vitnet husker eller ikke eller forholder seg taus er ikke avgjørende for at siktede skal få oppfylt sin rett til spørsmålsadgang, det avgjørende er hvorvidt vitnet er til stede i hovedforhandlingen.

3.1.4.2 Vitnet har rett til å nekte å forklare seg etter § 122

Siktedes nærstående er etter strpl § 122 ”fritatt for vitneplikt”, jf bestemmelsens første ledd første setning. Hva som ligger i ”nærstående” er forklart i bestemmelsen, og jeg går ikke videre inn på det her. En person som skal avgi forklaring om forhold i en sak hvor vedkommende står i et slikt forhold til sakens siktede som nevnt i § 122, skal etter strpl § 235 gjøres oppmerksom på sin rett.

Saken begynner med Rt.1954.573, som løste spørsmålet etter bestemmelsene i den gamle straffeprosessloven om bestemmelsen i § 332 som regulerte vilkårene for opplesning av vitners tidligere avgitte forklaringer, forløperen for gjeldende straffeprosesslov §§ 296 og 297. Det ble uttalt om tolkningen av den at ”[b]estemmelsen har i teori og praksis alltid vært forstått slik at heller ikke den som har en ubetinget rett til å nekte å forklare seg, kan motsette seg – hvis vilkårene for øvrig er til stede – at hans (hennes) tidligere forklaring leses opp under hovedforhandlingen”⁵². Denne dommen fikk sin oppfølger i Rt.1987.1318, som gjaldt legemsfornærmelser mot en 11 år gammel datter av siktedes samboer. Ved spørsmålet om det var adgang til opplesning av morens politiforklaring i hovedforhandling etter at hun med henvisning til § 122 nektet å forklare seg, ble det henvist til forståelsen av den tidligere straffeprosessloven. Det ble fra tiltaltes side hevdet at når samboeren hadde lovlig adgang til å nekte å forklare seg der, måtte dette også ha den konsekvens at opplesning av en tidligere avgitt politiforklaring fra henne var utelukket. Høyesterett kom her til at spørsmålet ikke var løst i loven, og måtte løses i samsvar med praksis etter den tilsvarende bestemmelse i den gamle straffeprosessloven. Det henvises da til Rt.1954.573 og det blir av dette slått fast at ”opplesning kunne skje når den tidligere forklaring var avgitt etter at vitnet uttrykkelig var gjort kjent med sin rett til å nekte å avgi forklaring”⁵³. Den gamle straffeprosesslovens forståelse av spørsmålet ble altså ført videre i dagens straffeprosesslov.

⁵² Rt.1954.573 side 574.

⁵³ Rt.1987.1318 side 1319.

Spørsmålet om opplesning av forklaring av vitne som har rett til å nekte å forklare seg etter § 122 har fått en annen løsning i de senere år. Rt.1990.1221 omhandler siktedes legemsbeskadigelse av samboer hvor samboeren møtte i retten, men ikke ønsket å forklare seg, under henvisning til nektelsesretten i § 122. Spørsmålet i saken var opplesningsadgang av vitnets tidligere avgitte forklaring, og hvorvidt det var adgang til å lese den opp såfremt vilkårene i § 296 andre ledd jf EMK art 6 var oppfylt. Høyesterett mente at det var en uriktig rettsoppfatning at fornærmedes forklaring uten videre måtte avskjæres når det ikke var mulig for forsvareren å stille spørsmål til henne. Retten må ta sin avgjørelse etter at den har hørt den øvrige relevante bevisførsel i saken. Adgangen til opplesning avhenger av en helhetsvurdering, hvor samspillet mellom den forklaring som kreves avskåret og de øvrige beviser i saken er av vesentlig betydning. Resultatet i dommene fra 1954 og 1987 har ikke tatt stilling til rettighetene for siktede som EMK art 6 tredje ledd litra d setter opp, og i dommen av 1990 er det den bestemmelsen som kan hindre opplesning av forklaring fra vitne, likegyldig om vitnet er gjort kjent med sin rett etter § 122 eller ikke. Resultatet i dommen av 1990 begrunner begrensningen med opplesningsadgang med hensynet til siktedes kontradiksjonsrett, som avstumpes om vitnet har lovlig rett til å nekte å forklare seg, mens det i dommene fra 1954 og 1987 var kun ble slått fast at en rett til å nekte å forklare seg ikke også medførte en rett til å kreve at forklaringen ikke ble opplest.

I Rt.1988.663 blir det slått fast at når vitnet var gjort kjent med sin rett etter § 122 til å nekte å forklare seg før avhøret ble startet, og vitnet likevel velger å avgi forklaring, kan forklaringen leses opp selv om vitnet ikke møter, eller møter og nekter å forklare seg.

I Rt.1999.757 sto to brødre tiltalt for overdragelse av narkotika. Bror B ga forklaring via telefonavhør i As ankesak. § 296 andre ledd innebærer en forholdsmessighetsvurdering, jf Rt.1994.1324. I vurderingen tas opp siktedes rett til å stille spørsmål til vitnet etter EMK art 6. I de tilfellene forklaringen vil være det avgjørende eller et hovedsakelig bevis for tiltaltes skyld, vil opplesning av rettslige forklaringer og politiforklaringer som regel måtte avskjæres med mindre tiltalte har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet. I denne saken

hadde tiltalte og forsvarer tidligere fått adgang til å stille vitnet spørsmål, og forklaringen var heller ikke det eneste sentrale bevis som lå til grunn for domfellelsen.

Har vitnet rett til å nekte å forklare seg etter § 122, vil man ha rett til å la være å forklare seg i hovedforhandling. En tidligere avgitt forklaring kan ikke leses opp om vitnets rett til å nekte å forklare seg medfører at det ikke svarer på spørsmål i hovedforhandling, da det strider mot siktedes spørsmålsadgang etter EMK art 6.

3.1.4.3 Vitnet er ikke gjort kjent med sin nektelsesrett etter § 122

Straffeprosessloven § 235 første ledd sier at et vitne som er fritatt for vitneplikt etter § 122, ”skal gjøres oppmerksom på sin rett” før avhøret. Straffeprosessloven § 127 første ledd annet alternativ sier at når retten anser at et vitne har rett til ikke å avgi forklaring, ”skal den gjøre oppmerksom” på det.

Hva som skjer i de tilfellene hvor dette ikke er blitt opplyst om, må man til rettspraksis for å finne. All den tid bestemmelsen om forklaringsfritak i strpl § 122 skal sikre at vitner slipper å måtte velge mellom å forklare seg usant i retten og å bidra til domfellelsen av et familiemedlem, er det ikke et brudd på hensynet om vitnet allerede har forklart seg om den nærstående handlinger i saken. Forutsatt at vitnet er blitt gjort kjent med sine rettigheter på området, og forstår at det har muligheten til å la være å avgi forklaring om det er ønskelig, vil den tidligere avgitte forklaringen være et resultat av et valg vitnet tar. En slik forklaring medfører at vitnet allerede har tatt stilling til konsekvensene for og i mot forklaring. Om vitnet da i hovedforhandling henviser til den samme bestemmelse for å slippe å måtte avgi forklaring, kan bestemmelsen ikke gå så langt at den også rammer den tidligere avgitte forklaringen, da hensynet ikke brytes på ny ved opplesningen av den.

Dette leder videre til spørsmålet om hvorvidt et senere avhør under etterforskningen hvor man gjør rede for rettighetene etter § 122 kan ha en tilbakevirkende effekt på et tidligere

avhør hvor det ikke er gjort rede for bestemmelsen og rette opp feilen, slik at forklaringen kan brukes som bevis.

Et senere avhør kan gjøre opp for et tidligere avhør hvor vitnet før det første avhøret ikke ble gjort kjent med sin nektelsesrett etter § 122, men som det blir uttalt i Rt.1997.1778, i en henvisning til lagmannsrettens vurdering, ”[d]et er fremholdt at dersom en ny forklaring skal kunne reparere feilen ved det opprinnelige avhør, må det under enhver omstendighet kreves at den nye forklaringen er fullstendig og ikke bare en henvisning til den tidligere forklaringen”⁵⁴. Høyesterett uttaler til dette på side 1781 at den ikke finner grunnlag for å fravike lagmannsrettens bedømmelse på dette punkt. Saken gjaldt en sedelighetssak mot samboer hvor samboeren nektet å forklare seg i hovedforhandling, men tidligere hadde gitt en politiforklaring hvor hun ikke hadde blitt opplyst om sin rett til å nekte å forklare seg etter § 122. Senere ble et nytt avhør foretatt, hvor hun ble opplyst om § 122 og den første forklaringen ble i den forbindelse gjennomgått med henne. Det ble hevdet at hennes forklaring ikke kunne leses opp grunnet at fornærmede ikke hadde forstått sine rettigheter etter § 122. Fornærmede ble grundig orientert om sin rett til å nekte å gi forklaring i det siste avhøret, og hun foretok korreksjoner, slik at det var sikkerhet for at det var hennes forklaring som kom frem.

Videre er det et spørsmål om det er nødvendig å opplyse om begge nektelsesgrunnlagene for en medtiltalt som er en tiltalts nærstående.

Dette er et spørsmål som dukket opp i rettspraksis, og som også har fått sine retningslinjer utelukkende fra rettspraksis. Første gang spørsmålet dukket opp var i Rt.1988.314 i en avgjørelse om innførsel av narkotika. Her er det snakk om en muntlig forklaring for retten, ikke om opplesning av forklaring. Likevel er denne dommen interessant da den viser en avgjørelse i spørsmålet om det er nødvendig å opplyse om begge nektelsesgrunnlag. Tiltalte B ville forklare seg, til protest fra tiltalte A, Bs bror, som mente det ikke kunne

⁵⁴ Rt.1997.1778 side 1780.

gjøres da retten ikke hadde opplyst B om sin rett til å nekte å forklare seg etter § 122. Spørsmålet var altså hvilken adgang det var til å la B forklare seg da han bare var gjort kjent med sin rett til å nekte å forklare seg som siktet etter § 232, og ikke sin rett som nærstående etter § 122.

Høyesterett kom til at det ikke var krenkelse mot A at B forklarte seg i denne situasjonen. Man la her vekt på at B forklarte seg som tiltalt, han hadde forsvarer og at han var gjort kjent med sin rett til å nekte å forklare seg. Som Høyesterett uttaler på side 323 i dommen: ”Hvorvidt lagmannen også har foreholdt ham og hans brødre bestemmelsen i § 122 første ledd, fremgår ikke av rettsboken, og etter min mening var det heller ikke grunn til å gjøre dette i forhold til en medtiltalt som var kjent med sin rett til å nekte forklaring”⁵⁵.

Også Rt.2004.1789 var inne på emnet, selv om saken der gjaldt opplesning av forklaring fra vitne som var siktet da forklaringen ble avgitt, og på det tidspunktet ikke var gjort kjent med § 122. Her kommer man til at forklaringen kunne leses opp, da Høyesterett ser ut til å mene at så lenge hun så at samboeren var siktet i samme sak, burde hun ha forstått konsekvensene av å fortelle om forhold som angikk ham, og forstått at hun ikke hadde plikt til å forklare seg.

Praksisen ble imidlertid fraveket i Rt.2008.657 (dissens 3.2). Denne dommen gjaldt innførsel av større mengder narkotika til landet. Vitnet E, samboer til en av de tiltalte, hadde avgitt to politiforklaringer på et tidspunkt da hun selv var siktet i saken. Det var da opplyst om hennes rett til å nekte å forklare seg som siktet etter § 232. Spørsmålet var her, som i de to øvrige sakene, hvorvidt hennes forklaring kunne leses opp da hun bare var opplyst om sin rett til å nekte å forklare seg etter § 232. Mindretallet kom til at man bør opplyses om begge nektelsesgrunnlagene, og la særlig vekt på hvorvidt den som gir forklaring vet at nærstående er siktet i samme sak, jf dommens avsnitt 19. Likevel er det, ifølge mindretallet, ikke nødvendig å opplyse om begge bestemmelsene. Det henvises til

⁵⁵ Rt.1988.314 s. 323.

saken fra Rt.1988.314, hvor tiltalte som sto i retten sammen med sine to brødre der og da kunne ha oversikt over hvilke følger en forklaring ville kunne ha for familieforholdet. Dette er også momentet i Rt.2004.1789, hvor det blir lagt vekt på som begrunnelse for opplesningsadgangen at nærstående visste at samboeren var tiltalt i saken.

Flertallet mente imidlertid at det er stor forskjell på å bli opplyst om retten etter § 232 og retten etter § 122. Denne saken skiller seg fra saken i Rt.2004.1789 ved at vitnet ikke lenger var siktet da forklaringen ble lest opp, og den skiller seg fra i Rt.1988.314 ved at det er brudd på brorens prosessuelle rettigheter det diskuteres, ikke rettighetene til den som avga forklaringen. Likevel lar flertallet det stå åpent hvor langt dommen kan opprettholdes. Etter å ha slått fast i avsnitt 33 at det ikke er noen rettspraksis som kan benyttes her, går flertallet over på en drøftelse av hensynene bak de to fritaksreglene. Bestemmelsen i § 232 jf § 90 ”skal særlig beskytte mot selvinkriminering, mens § 122 er satt til beskyttelse av vitnets – ikke mistenktes eller tiltaltes – egne interesser”⁵⁶. At det ikke er adgang til opplesning er altså begrunnet i de forskjellige hensynene bak de to bestemmelsene. Det legges vekt på to momenter for denne konklusjonen. For det første er det viktig at siktede uttrykkelig gjøres kjent med nektelsesretten på grunn av nærstående, da elementet ”er klart for siktede i en situasjon hvor det ellers lett kan komme i bakgrunnen”⁵⁷, og at ”den omstendighet at siktede nekter å forklare seg kan etterlate et annet inntrykk når siktede uttrykkelig er gjort oppmerksom på retten etter straffeprosessloven § 122, ikke bare etter § 232, jf § 90”⁵⁸. Kjennelsen fra Ankeutvalget i HR-2010-169-U støtter Rt.2008.657 i avsnitt 35: ”Selv om flertallet i Rt.2008.657 således ikke tok stilling til om avgjørelsen fra 1988 kan opprettholdes, er utvalget enig med lagmannsretten i at 2008-avgjørelsen medfører en viss endring i rettstilstanden. Sammenlignet med avgjørelsen fra 1988 har flertallet i dommen fra 2008 kommet til at det må ses bort fra betydningen av den medsiktedes kunnskap om siktelsen mot den nærstående på tidspunktet for avhøret. Slik ankeutvalget ser det, tilsier dette at det ikke lenger er grunnlag for å legge avgjørende vekt på om den

⁵⁶ Rt.2008.657 avsnitt 36.

⁵⁷ Rt.2008.657 avsnitt 38.

⁵⁸ Rt.2008.657 avsnitt 38.

*medtiltalte kjente til at den nærstående var siktet, da avhøret fant sted*⁵⁹. Konklusjonen ble også tilsvarende, om at ”A etter påtalemyndighetens syn må ha vært kjent med at brødrene var siktet da han avga forklaring til politiet, kan etter utvalgets syn etter avgjørelsen i Rt.2008.657 ikke tillegges avgjørende vekt”⁶⁰.

Kjennelsen i HR-2010-612-A om anke over kjennelsen i HR-2010-169-U er kommet til et annet resultat enn Rt.2008.657. Dette var en korrupsjonssak hvor flere brødre og andre familiemedlemmer sto tiltalt samtidig, og det ble i lagmannsretten gjort klart at hovedtiltalte ikke på noe punkt var blitt gjort kjent med sin rett etter § 122 til å nekte å forklare seg om familiemedlemmenes befatning med saken. Om dommen av 2008 sin uttalelse om forskjellige hensyn bak § 232 og § 122 uttaler retten at den ”vanskelig kan se at det er tale om noen vesensforskjell”⁶¹. Dommen i 2008 sitt argument om at det gir et annet inntrykk å nekte å forklare seg etter § 232 enn etter § 122 mener retten her ikke er et viktig argument, da det faktum at ”den siktede unnlater å svare på spørsmål eller forklarer seg forbeholdent om nærståendes handlinger, vil rettens juridiske dommere være kjent med at den siktede kunne nektet å forklare seg om som vitne”⁶². Man kom til at hensynene bak nektelsesretten etter § 122 og § 123 var ”tilstrekkelig ivaretatt gjennom den generelle orienteringen siktede får”⁶³, og at en slik begrunnelse for å nekte opplesning ”vil skape et unødig hinder for opplysningen av straffesaker”⁶⁴.

Med dette er man tilbake til den opprinnelige tilnærmingen til spørsmålet om det er nødvendig å gjøre siktede kjent med begge nektelsesgrunnlag for at forklaring som vedrører en nærstående medtiltalt skal kunne leses opp i hovedforhandling. Selv om vitnet

⁵⁹ HR-2010-169-U avsnitt 35.

⁶⁰ HR-2010-169-U avsnitt 26.

⁶¹ HR-2010-612-A avsnitt 31.

⁶² HR-2010-612-A avsnitt 32.

⁶³ HR-2010-612-A avsnitt 33.

⁶⁴ HR-2010-612-A avsnitt 33.

bare er opplyst om det ene nektelsesgrunnlaget, er det tilstrekkelig, og ikke et argument som er til hinder for opplesning.

3.1.4.4 Vitnet har rett til å nekte å forklare seg etter § 123

Straffeprosessloven § 123 hjemler vitnets rett til å nekte å svare på spørsmål når svaret kan ”utsette vitnet eller noen det står i slikt forhold til som nevnt i § 122 ... for straff”. Etter denne bestemmelsen har imidlertid retten anledning til å pålegge et vitne å forklare seg uansett, når det er ”rimelig etter en samlet vurdering av sakens art”.

Rt.1994.1324 gjaldt innførsel av narkotika. Fire vitner møtte i retten, men de nektet å avgi forklaring med henvisning til strpl § 123. Høyesterett kom til at det var muligheter for at vitnene senere ville forklare seg i sin egen sak eller i denne saken etter at de selv var dømt, da de ikke i en slik situasjon ville kunne unndra seg forklaring med hjemmel i § 123. Dermed var det ikke adgang til opplesning etter § 296.

I Rt.1995.289 om tilfeller av tyveri, bedrageri og dokumentfalsk, møtte vitnet, men det nektet å forklare seg med henvisning til § 123. Det interessante her er det Høyesterett sier om momenter som kan ha vekt ved avgjørelsen av om vitnet skal kunne nekte å svare på spørsmål med henvisning til strpl § 123, og i hvilken utstrekning en politiforklaring eller lignende vil kunne leses opp dersom vitnet fritas for å svare. På dommens side 292 sies det: ”Et vitne som allerede er rettskraftig dømt i ”samme sak”, kan i alminnelighet ikke påberope seg strpl § 123 som fritaksgrunn for å forklare seg om sin egen befatning med saken, fordi det ikke foreligger noen risiko for ytterligere straffansvar”. Det er altså bare forut for egen domfellelse i saken at en person kan vise til § 123 for sin rett til å ikke svare på spørsmål.

Tiltaltes krav på spørsmålsadgang etter en helhetsvurdering etter EMK art 6 er altså oppfylt i de tilfellene vitner befinner seg i rettssalen under opplesningen. Det har ingen betydning for spørsmålsadgangen hvorvidt vitnet velger å svare på spørsmålene eller ei.

3.1.4.5 Vitnet møter ikke

Om vitnet ikke møter, kan resultatet bli bøter og erstatningskrav for de omkostninger som er voldt ved vitnets uteblivelse, jf Lov om domstolene av 13. august 1915 § 205.

Vurderingen av opplesningsadgangen i de tilfellene hvor vitnet ikke møter foretas etter § 297. At vitnet skal møte, er utgangspunktet i hovedforhandling, og er hovedregelen etter straffeprosessloven, uttrykket i § 296 første ledd om at vitner som kan gi forklaring som antas å være av betydning for saken, bør avhøres ”*mundlig under hovedforhandlingen*”. En dom som illustrerer vekten lagt på dette momentet er Rt.2003.1511, hvor antatt gjerningsmann A og vitnet B var de eneste tilstedeværende til en brann i en kjellerbod hvor ingen av dem kunne peke ut gjerningspersonen for brannen, og B ikke møtte i hovedforhandling. Det forelå lydbåndopptak av vitnet Bs tidligere forklaring. Spørsmålet var en forholdsmessighetsvurdering etter § 297 hvor det ble lagt vekt på viktigheten av Bs forklaring og prinsippet etter § 296 første ledd om at utgangspunktet er at vitnet skal forklare seg muntlig for den dømmende rett. Momenter dommen lister opp som viktige i vurderingen av om det er adgang til opplesning etter § 297, er hvorvidt det gjelder et alvorlig forhold, hvorvidt vitnet som ikke har møtt regnes som et sentralt vitne, kravet til kontradiksjon og hvorvidt vitnet er et vitne som man lett kan finne og føre. Disse momentene veide så tungt at resultatet etter forholdsmessighetsvurderingen ble at det ikke var uforholdsmessig å utsette saken til vitnet kunne føres, eller, når det var klart at vitnet ikke ville møte, at det ikke var tillatt med opplesning eller avspilling av lydbåndopptaket.

Er det ikke adgang til å stille spørsmål, og det ikke har vært stilt spørsmål tidligere, er det ikke adgang til å lese opp den tidligere avgitte forklaringen fra vitnet. Resultatet vil som regel bli utsettelse av saken, men dette beror på hvor viktig vitnet er og hvor mange problemer det byr på å få vitnet for retten.

3.1.4.6 Vitnet er ikke stevnet

Straffeprosessloven § 108 er hjemmelen for vitners forklaringsplikt for retten ved innkalling. Er vitnet ikke innkalt, har det heller ikke plikt til å forklare seg. I Rt.1992.143 om narkotikaforbrytelser kom spørsmålet om det var i strid med § 297 første ledd jf § 296 første ledd å tillate at to politivitner avga forklaring om hva to andre impliserte i saken, som ikke var stevnet, hadde forklart til politiet, i stedet for å kreve de impliserte stevnet. Vurderingen går etter § 297 da vitnet *”ikke er til stede”*, og forholdsmessighetsvurderingen etter denne bestemmelsen. Momentene retten trakk frem var siktedes rett til å få anledning til å stille spørsmål til de vitner påtalemyndigheten fører, og at det ikke var forbundet med særlige vansker å stevne de to vitnene det var snakk om, samt sakens alvorlige karakter. Ulempen med å utsette saken kunne da ikke anses uforholdsmessig.

I en annen sak, Rt.2004.897, var spørsmålet om det var adgang til å lese opp medtaltale Bs forklaring. B var ikke innstevnet til hovedforhandlingen, og Bs forklaring fikk da preg av vitneforklaring for medtaltalt A, da man valgte å fortsatte saken mot A og utsatte den for Bs vedkommende. Høyesterett la vekt på ved bedømmelsen av om det var riktig å tillate opplesning, at *”det avgjørende kriterium [er] om det er en reell mulighet for at opplesningen kan ha hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse”*⁶⁵. Videre slås det fast i avsnitt 17 at *”opplesning av en politiforklaring i en situasjon som den foreliggende, må nektes dersom det er en reell mulighet for at forklaringen vil kunne få en utslagsgivende betydning ved den samlede bevisbedømmelse”*⁶⁶, som Høyesterett kom til at det var i denne saken. Vurderingen gikk på at forklaringen gjorde avgjørelsesgrunnlaget sikrere. Bs forklaring kunne da ikke leses opp, da det ikke var spørsmålsadgang.

I Rt.2004.943 var det avgjørende kriterium av om det var riktig å tillate opplesning, var *”om det var en reell mulighet for at opplesningen kunne ha en utslagsgivende betydning i*

⁶⁵ Rt.2004.897 avsnitt 9.

⁶⁶ Rt.2004.897 avsnitt 17.

*den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis*⁶⁷.

Videre sies det i avsnitt 15 at ”det ikke er tilstrekkelig at tiltalte på et eller annet stadium har hatt adgang til å eksaminere vitnet, det må etterpå kunne dokumenteres på en betryggende måte hvordan en eksaminasjon eventuelt har funnet sted”. Her er det altså stilt notoritetskrav til spørsmålsadgangen.

Som regel kommer man altså til, etter en fullstendig vurdering, at om vitnets forklaring antas å være av avgjørende eller hovedsakelig betydning for domfellelsen, må man utsette rettssaken og stevne vitnet på nytt, slik at det ikke er adgang til å lese opp vitnets forklaring.

3.1.4.7 Vitnet er stevnet, men møter ikke

Om vitnet er stevnet men ikke møter, vil det også her bero på den antatte verdien av vitnets forklaring hvorvidt man skal utsette saken eller lese opp forklaringen til tross for at det ikke har vært spørsmålsadgang. Dette er understreket i Rt.1988.78, Rt.1990.312 og 2004.1719.

Avgjørelser i Høyesterett viser at om et lovlig innstevnet vitne ikke møter i hovedforhandling, vil adgangen til opplesning av en eventuell tidligere avgitt forklaring som det ikke har vært anledning for forsvarersiden å stille spørsmål til, bero på forklaringens betydning i forhold til resten av bevisførselen. Antas forklaringen ikke å være av avgjørende betydning, kan forklaringen oppleses selv om det ikke har vært spørsmålsadgang fra forsvarersiden.

⁶⁷ Rt.2004943.avsnitt 14.

3.1.4.8 Vitnet oppholder seg i utlandet

Hva er opplesningsadgangen av vitnets forklaring om vitnet ikke vil forklare seg for retten fordi det oppholder seg i utlandet?

Om vitnet oppholder seg i utlandet, og det av den grunn er vanskelig å få vedkommende inn til avhør eller til hovedforhandling, vil man etter § 109 første ledd annet punktum kunne fritta vitnet for møteplikt for tingretten og lagmannsretten. I et slikt tilfelle kan man avholde bevisopptak forut for hovedforhandlingen etter § 270. Kravet etter denne bestemmelsen er at vitnet er fritatt for møteplikt etter § 109, beviset ikke kan føres under hovedforhandlingen uten uforholdsmessig ulempe eller utgift, eller det er fare for at beviset ellers kan gå tapt eller verdien av det bli forringet. Imidlertid bestemmer lov om nordisk vitneplikt av 21.mars 1975 nr. 9 at man kan pålegges å møte som vitne her i landet selv om man for tiden bor og oppholder seg i Danmark, Finland, Sverige eller Island. Bor man lenger unna, beror det på en forholdsmessighetsvurdering etter § 109.

I Rt.2001.689 om innførsel av narkotika kommer man inn på spørsmålet om påtalemyndigheten gjennom det rettslige avhør av vitnet C forut for hovedforhandling tok sikte på å omgå prinsippet om at vitner av betydning bør avhøres muntlig for den dømmende rett, med andre ord at man gjennom bevisopptaket søkte å forhindre at C avga forklaring under hovedforhandlingen. Vitnet var kjæreste med hovedvitnet B, og oppholdt seg til vanlig i Makedonia men kom til Norge 12 dager før hovedforhandling i saken startet slik at det kunne holdes bevisopptak i retten av henne. Om man vet at det er mulighet for at vitnet ikke kommer til å møte i hovedforhandling, må man legge opp etterforskningen etter det, slik at man kan sikre seg bevisopptak fra disse vitnene. Dette er hjemlet i strpl § 270 første ledd nest siste alternativ om at bevisopptak forut for hovedforhandlingen kan holdes når ”*det er fare for at beviset ellers kan gå tapt*”. Forklaringen kunne oppleses.

Oppholder vitnet seg i utlandet, vil en vurdering etter § 297 om forholdsmessighet sammen med § 109 om vitnets reisevei avgjøre hvorvidt man må utsette saken og få vitnet ført for

retten. I vurderingen her kommer inn hvilken betydning vitnets forklaring antas å ha, samt hvorvidt forsvareren har hatt adgang til å stille spørsmål til vitnet.

3.1.4.9 Vitnet er selv siktet i saken

Hvor vitnet selv er siktet i saken, og denne ikke ønsker å forklare seg, oppstår spørsmålet om vurderingen av opplesning av vedkommendes forklaring skal tas etter bestemmelsen for vitneforklaring etter §§ 296 og 297 eller etter siktedes forklaring etter § 290.

I en sak om innførsel av narkotika i Rt.2004.97 kom spørsmålet om vurderingen av opplesningsadgangen av en medtiltaltes forklaring hvor den medtiltalte nektet å forklare seg, skulle tas etter § 290 eller § 296. Den medtiltalte i den forente saken møtte, men nektet å avgi forklaring. Dessuten ble det hevdet at en slik opplesning ville stride mot de medtiltaltes rett etter EMK art 6. Spørsmålet oppsto da det ble hevdet at forklaringen ville ha karakter av en vitneforklaring. Høyesterett kom til at sonderingen ikke var av særlig betydning for spørsmålet i saken, da også ”*når det er tale om medtiltaltes forklaring, må ... opplesningsadgangen i forhold til bestemmelsene i EMK art 6 nr. 1 og nr. 3 d bero på tilsvarende betraktninger som for vitner*”⁶⁸. Det ble på dette grunnlag henvist til EMD-avgjørelsen i EMD-1996-33354 Lucà mot Italia, hvor det i avsnitt 41 uttales om begrepet ”witness” i EMK art 6 at det har en ”autonomous meaning”, slik 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”. Det har altså liten betydning hvorvidt forklaringen er avgitt av vitne eller medtiltalt i den utstrekning forklaringen bare omhandler de øvrige medtiltalte og ikke eget forhold, da forklaringen vil berøre de medtiltaltes rettigheter etter EMK art 6 tredje ledd litra d, og siktede i sin forklaring overfor de medtiltalte får rolle som vitne.

⁶⁸ Rt.2004.97 avsnitt 18.

Imidlertid uttaler Bjerke og Keiserud i Straffeprosessloven at i en sak med flere siktede vil opplesning gå etter § 290, selv om forklaringen bare angår medtiltalt. Denne boken er eldre enn avgjørelsen fra Høyesterett og like gammel som avgjørelsen fra EMD, og synes å gi anvisning på en mulig tolkning av rettsstilstanden på dette punktet i tiden før avgjørelsene skar igjennom⁶⁹.

Skifter man prosessuell stilling fra siktet til vitne kan man som regel lese opp vedkommendes forklaring, så fremt vedkommende er gjort kjent med § 122. Omvendt må man rette opp et tidligere avhør med etteropplysning. Rettspraksis viser også at hvor siktede skal avgi forklaring i en sak med flere tiltalte og forklaringen bare gjelder de øvrige tiltalte, vil forklaringen regnes som en vitneforklaring.

3.1.4.10 Vitnet står i annen prosessuell stilling enn da forklaringen ble avgitt

Hva er opplesningsadgangen til vitnets forklaring hvor vitnet står i en annen prosessuell stilling ved vurderingen om opplesningen enn i det forklaringen ble gitt?

At vitnet har skiftet prosessuell stilling siden forklaringen ble avgitt, er ikke automatisk til hinder for opplesning. I Rt.1954.573 om en landssviksak ble spørsmålet løst etter den gamle straffeprosessloven. Siktetes kone hadde avgitt forklaringer som siktet i samme sak, men tiltalen mot henne frafalt, og forklaringene ble lest opp som vitneforklaringer etter at Kjæremålsutvalget hadde forsikret seg om at hun hadde blitt gjort kjent med sin rett til å nekte å avgi forklaring som kunne skade hennes mann.

Hvorvidt det er like enkelt å gjøre motsatt vei er usikkert. Avgir man forklaring som vitne og blir senere siktet, vil man ha krav på andre og strengere straffeprosessuelle regler, som strpl § 90 og § 232 om siktetes rett til å forholde seg taus og ikke avgi forklaring. Det er ikke en rett vitner har, verken på etterforskningsstadiet eller i hovedforhandling for retten.

⁶⁹ Bjerke og Keiserud, Straffeprosessloven Kommentarutgave s. 1012.

Det er grunn til å anta at det kan rettes opp ved at siktede i et politiavhør eller ved rettslig avhør blir opplyst om sine nye straffeprosessuelle rettigheter, slik at siktede kan bestemme seg for om han eller hun skal stå ved sin tidligere avgitte forklaring. Er siktede på denne måten blitt forelagt den tidligere informasjonen hun eller han ga under politiets etterforskning og godkjenner at informasjonen brukes også etter de endringer som er trådt i kraft ved personens skifte i prosessuell kategori, bør informasjonen fra forklaringen kunne benyttes som bevis i hovedforhandling.

3.1.4.11 Vitnet er mentalt ustabil

Om vitnet som avga forklaringen var mentalt ustabil, går ikke spørsmålet på om forklaringen kan leses opp etter §§ 296 annet ledd eller 297 første ledd, men på forklaringens verdi som bevis.

I Rt.1992.792 legges det blant annet vekt på pålitelighet og tvil om riktigheten av den foreliggende forklaring ved helhetsvurderingen etter § 297 første ledd jf EMK art 6⁷⁰. Saken gjaldt spørsmålet om adgang til opplesning ved spørsmål om forklaringens pålitelighet på grunn av at vitnet var avgått ved døden og det dermed ikke var kontradiksjonsadgang. Selv om vitnet møter slik at det er spørsmålsadgang kan altså dette sette en stopp for opplesning.

Dette spørsmålet kom opp i Rt.1995.1295. Saken gjaldt erverv og overdragelse av narkotika, hvor B var siktet i saken. B tok livet av seg før hovedforhandling, og tiltalen mot ham ble frafalt. Hans politiforklaringer ble inntatt i bevisoppgaven som vitneforklaringer. Problemet var at opplesning etter § 297 ville lede til at forsvarerne ikke ville ha noen spørsmålsadgang. Politiforklaringene B hadde avgitt, var mulig påvirket av hans psykose. Forklaringen ble på et punkt trukket tilbake av ham. Forklaringen utgjorde ikke det

⁷⁰ Rt.1992.792 side 795.

hovedsakelige eller utelukkende bevis. Imidlertid ble de ikke tillatt opplest, noe som er vanlig om beviset er av mindre betydning. På side 1297 uttales det at ved ”avgjørelsen av om politiforklaringen kan leses opp, blir det avgjørende for meg at opplysningene om Bs helsetilstand, samt dette at han nektet å undertegne forklaringen og senere trakk den tilbake, gjør det særdeles vanskelig å ta stilling til riktigheten av hans forklaring”.

I narkotikasaken i Rt.2004.1974 var det spørsmål om opplesning av en vitneforklaring. Vitnet hadde en lidelse som til tider ga ham psykotiske symptomer. Imidlertid ble det konkludert med at vitnet ikke hadde vært psykotisk på de tidspunkter da de handlinger saken gjaldt, ble begått. I avsnitt 27 sier Høyesterett: ”*Etter min oppfatning kan den psykiske tilstand B befant seg i da avhørene fant, sted, ikke være til hinder for at forklaringene kan leses opp. [...] Forutsetningen [for at forklaringen må nektes opplest grunnet den psykiske ubalanse] må imidlertid være at forklaringen av denne grunn fremstår som lite pålitelig.*”⁷¹ Videre var det et moment at som medtalt hadde Bs psykiske tilstand blitt grundig belyst i lagmannsretten, og at lagretten ble gjort oppmerksom på at riktigheten av de forklaringer B hadde avgitt, måtte bedømmes i lys av de opplysninger man hadde om hans psykiske tilstand. På bakgrunn av dette kom Høyesterett til at Bs psykiske tilstand ikke var til hinder for at forklaringene ble opplest.

Ved mental ubalanse hos vitnet vil det altså bryte med hensynet til pålitelig forklaring som et moment i vurderingen etter § 297 jf EMK art 6 å tillate opplesning av forklaringen, så lenge man ikke vet at ubalansen ikke har virket inn på forklaringen. Det er således ikke det at forklaringen er avgitt av en mentalt ustabil person som er det avgjørende her, men betydningen det har for forklaringens pålitelighet, jf Rt.1992.792.

Man vil altså unngå opplesning hvor det er tvil om forklaringens riktighet grunnet den psykiske ubalanse, men ikke hvor den ikke har hatt noen påvirkning. Dette ser ut til å gjelde både hvor forklaringen er et hovedsakelig eller avgjørende bevis, og hvor det ikke er

⁷¹ Rt.2004.1974 avsnitt 27.

det. Hva som i hvert enkelt tilfelle anses å være en psykisk ubalanse som har påvirket forklaringen, er opp til domstolen å avgjøre. Forklaringens riktighet og pålitelighet er altså momenter man legger vekt på ved opplesningsvurderingen, ved siden av momentene om bevisets vekt og spørsmålsadgang.

3.1.4.12 Vitnet er død

Om vitnet er død, er spørsmålsadgangen helt avskåret, og dette kan ha betydning for opplesningsadgangen av vitnets eventuelle tidligere avgitte forklaringer. Det er i overensstemmelse med EMK art 6 tredje ledd og første ledd at det som regel ikke er noe i veien å lese opp forklaringer hvor siktede eller dennes forsvarer tidligere har fått adgang til å stille spørsmål.

Spørsmålet her er adgangen til opplesning når det ikke er mulig å oppfylle hensynet til kontradiksjon gjennom spørsmålsadgang. En sak hvor dette spørsmålet kom opp var Rt.1992.792, en sak om legemsbeskadigelse mot samboer hvor fornærmede avgikk ved døden før hovedforhandling. Høyesterett vurderte spørsmålet om opplesning av fornærmedes politiforklaring etter § 297 slik på dommens side 795: *”Isolert sett vil ikke straffeprosessloven § 297 være til hinder for opplesning av en slik forklaring når det er umulig å føre vitnet for den dømmende rett fordi vitnet er avgått ved døden. I norsk rettspraksis er imidlertid § 297 tolket i lys av Menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 krav om ”fair trial”.*⁷² Det legges vekt på at det her ikke på noe tidspunkt har vært mulighet for siktede eller hans forsvarer å stille spørsmål til vitnet angående dennes forklaring, selv om spørsmålsadgang er et viktig moment i vurderingen av om siktedes rettigheter blir brutt etter EMK art 6 ved opplesning av fornærmedes forklaring. Til dette sier Høyesterett på side 796: *”Jeg peker på at det vil kunne virke støtende om man ut fra rent formelle betraktninger skal avskjære den eneste mulige bevisføring i en alvorlig straffesak. Jeg tilføyer at man har en sikkerhetsgaranti også i bevisbyrderegelen”.*

⁷² Rt.1992.792 side 795.

Lagmannsrettens kjennelse om å forkaste forhørsrettens kjennelse om å avskjære politiforklaringen som bevis, ble likevel forkastet. Det er altså en helhetsvurdering etter EMK art 6 som må til når man skal vurdere opplesning av tidligere avgitt forklaring, også i de tilfeller hvor grunnen til at vitnet ikke møter er at vitnet er død. Siktedes kontradiksjonsrett er av betydning også da.

Dette vises også i Rt.1995.1295, en narkotikasak hvor en av de tiltalte tok sitt eget liv før hovedforhandlingen startet. Det var da spørsmål om å tillate opplesning av hans politiforklaringer som vitneforklaringer i hovedforhandling. Her blir det en vurdering etter § 297, hvor det igjen understrekes at EMK art 6 kommer inn i vurderingen. Momentene i vurderingen hvor vitnet er død ble i sin helhet hentet fra Rt.1992.792, som sakens art, om det er grunn til å betvile riktigheten av den foreliggende forklaring, og om det er konkrete spørsmål tiltalte hadde grunn til å stille vitnet. I denne saken kom Høyesterett til at forklaringen ikke kunne leses opp, da vitnets mentale tilstand på tidspunktet for forklaringen var så ustabil at man ikke hadde muligheter for å kunne avgjøre riktigheten av forklaringen.

Er den avdødes forklaring uten avgjørende eller hovedsakelig preg for bedømmelsen, vil imidlertid forklaringen kunne leses opp selv om det ikke foreligger kontradiksjonsmuligheter.

3.1.4.13 Forsvarersidens feil at det ikke er spørsmålsadgang

For at vitnets og siktedes rettigheter etter straffeprosessloven og EMK skal være ivaretatt, kreves at vitnet får forholde seg taust når det har rett til det og siktedes rett til spørsmålsadgang ved hovedsakelige og avgjørende bevis. Slik sikrer man kontradiksjonsprinsippet og siktedes rett til å spørre ut vitner mot ham eller henne. Som det er slått fast over vil spørsmålsadgangen være viktig om forklaringen er et avgjørende eller hovedsakelig bevis. Her drøftes hva spørsmålsadgangen er om det er forsvarersidens skyld at det ikke er spørsmålsadgang.

I Rt.1991.1096 om innføring av narkotika var det nødvendig å oppta forklaring fra et vitne som var bosatt i Nederland. Hun ville bare forklare seg for politiet og ikke for retten, så et par politibetjenter dro ned. Siktedes forsvarer var også på vei, men politiet ventet ikke til han kunne komme. Det var viktig for forsvarer å være tilstede under avhøret, da det ikke ville bli mulighet for spørsmålsadgang senere. Imidlertid går denne dommen videre over i en diskusjon av forklaringens betydning i forhold til andre bevis som forelå i saken, og man gikk ikke her nærmere inn på spørsmålet om forsvarer har benyttet seg av alle de muligheter som forelå til å imøtegå vitnets forklaring og kreve ytterligere etterforskningskritt iverksatt.

I Rt.1994.1566 om innførsel av narkotika befant vitnene seg også her i utlandet. De norske forsvarerne møtte til avhøret, men ikke sakens siktede, da vitnene ikke ville forklare seg med dem til stede og heller ikke ville forklare seg for hovedforhandling. Forsvarerne var uvillige til å gjennomføre vitneavhør uten de siktede til stede. Vedkommende nektet å møte i norsk hovedforhandling, og vurderingen av opplesning av vitnets politiforklaring til dansk politi gikk etter § 297. Vitnet D ga imidlertid uttrykk for at han var villig til å la seg avhøre på andre måter, blant annet gjennom telefonavhør. Da forsvarerne ikke tok initiativ til å få noe slags avhør gjennom, uttalte Høyesterett på side 1571 at slik de forsto saken, ”*kunne imidlertid forsvarerne selv ha foranlediget at bevisopptaket gikk sin gang ved at de ga avkall på sin begjæring om at de siktede skulle være til stede*”⁷³. I denne saken kom man imidlertid frem til at forsvarerne kunne ha stilt spørsmål tidligere, og at Ds forklaring bare støttet de andre bevisene.

Ut i fra disse dommene kan man slutte at forsvarerne har et ansvar til selv å ta initiativ for å stille spørsmål til vitner, slik at spørsmålsadgangen kan anses ivaretatt uten at de faktisk har fått stille vitnet noen spørsmål, om forsvarerne ikke griper sjansen.

⁷³ Rt.1994.1566 side 1571.

3.1.4.14 Siktede er årsak til at det ikke er spørsmålsadgang

Siktedes rett til å stille vitnet spørsmål er av vesentlig betydning for at hans eller hennes rettigheter etter EMK art 6 skal anses oppfylt.

Spørsmålet blir da hvordan hensynet til siktedes rettigheter stiller seg der hvor det er han eller hun selv som er årsaken til at det ikke er spørsmålsadgang.

Spørsmålet kom opp i Rt.1994.469, hvor det var spørsmål om familiens forklaringer kunne leses opp i en familievoldssak. Familien ville ikke forklare seg, med henvisning til § 122. Retten la her til grunn at det var press fra domfelte som er årsak til at vitnene ikke ville forklare seg for retten. Opplesning ville være i strid med siktedes – familiefarens – rettigheter etter EMK art 6 til kontradiksjon, men her var problemstillingen hvorvidt siktede hadde truet familien til ikke å forklare seg. Familien bodde, fra hendelsen til hovedforhandlingen, under samme tak, og siktede hadde hatt tilstrekkelig med anledninger til å påvirke familiemedlemmene i denne retningen. Av denne grunn, at det ble sannsynliggjort at siktede hadde truet, blir den særlige rett til krysseksaminasjon som siktede har etter EMK art 6 satt til side slik at forklaringen kunne leses opp. Her kunne forklaringene leses opp uten at det var ansett som et brudd på siktedes rettigheter. Dommens konklusjon ble da at *”[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”*⁷⁴.

Dette momentet belyses bedre av det faktum at det i Rt.2004.1425, en sak om grov legemsbeskadigelse mot datter, ikke ble ansett å foreligge slike trusler som tilsa at vitnet var skremt til ikke å forklare seg da hun etter den første voldssaken ikke lenger bodde under samme tak som resten av familien. Det ble da ikke ansett som sannsynliggjort at familien kunne ha truet henne til stillhet, og forkaringen kunne ikke leses opp på dette

⁷⁴ Rt.1994.469 side 470.

grunnlag. Høyesterett uttalte her at vitner ”i enkelte typer straffesaker vil i større og mindre grad kunne ha berettiget frykt for represalier. Dette i seg selv er ikke tilstrekkelig til å tillate opplesning av politiforklaringer og dermed berøve retten til kontradiksjon, så sant det dreier seg om avgjørende eller hovedsakelige bevis”⁷⁵.

Hensynet til kontradiksjon som skal sikre tiltalte rettssikkerhet og ”fair trial” etter EMK art 6 er her brutt av ham selv, og det er da ikke grunn til å opprettholde hensynet til hans beskyttelse. Har siktede selv forårsaket den situasjon at han ikke har adgang til å stille vitnene spørsmål, kan han ikke klage over at hans rettigheter blir brutt når vitnenes forklaring leses opp i stedet. Det er da ingen saksbehandlingsfeil, og forklaringen kan leses opp.

Rt.2004.1425 fastsetter også at om tiltalte skal kunne straffes for trusler som medfører at vitnet ikke vil forklare seg, må ”tiltalte direkte kunne bebreides for å ha skapt den situasjon at vitnet uteblir eller nekter å forklare seg”⁷⁶. Det medfører både at det må være tiltalte selv som ytrer truslene, eller at det gjøres på vegne av, og sannsynligvis på ordre av, tiltalte. Tiltalte må selv kunne bebreides for situasjonen, tiltalte kan ikke holdes ansvarlig gjennom at dennes rett til spørsmålsadgang tilsidesettes om hans eller hennes omgangskrets på eget initiativ fremsetter truslene, selv om det er for å verne tiltalte. For det annet må truslene være gitt nært nok opp i tid til hovedforhandlingen til at det gir en berettiget grunn for frykt. Truslene må, som dommen fra 2004 uttrykker det, ha ”sammenheng med noen vitnesituasjon”⁷⁷.

I de tilfellene hvor vitnet ikke vil forklare seg av frykt for represalier fra siktede, vil altså dennes rett til spørsmålsadgang etter EMK art 6 tredje ledd litra d kunne settes til side. Det vil da ikke være et brudd på siktedes rettigheter etter konvensjonen at siktede ikke har fått adgang til å stille vitnet spørsmål. Dette begrunnes med at det ikke anses som holdbart at

⁷⁵ Jf Rt.2004.1425 avsnitt 15.

⁷⁶ Rt.2004.1425 avsnitt 16.

⁷⁷ Rt.2004.1425 avsnitt 17.

siktete både skal kunne skremme et vitne fra å forklare seg mot ham og på den måten å hindre opplysning av saken, samt å kreve at en eventuell avgitt forklaring ikke skal kunne leses opp fordi vitnets tilbakeholdenhet medfører redusert kontradiksjon for ham.

3.1.4.15 Vitneforklaring gjennom legeerklæring

I blant vil ikke vitnet forklare seg i retten, og det forligger ikke tidligere avgitt forklaring, eller man ønsker å også fremlegge legeerklæring på skader.

Fremleggelse av legeerklæring vil imidlertid kunne gå ut over tillitsforholdet mellom lege og pasient, et hensyn som er nedskrevet i strpl § 119 om legers taushetsplikt. Dette er en forbudsbestemmelse, som uttrykkelig forbyr retten å ta imot forklaring fra nevnte personer, så lenge ikke den som ”*har krav på hemmelighold*”, jf bestemmelsens første ledd, har gitt sitt samtykke til at dette kan skje.

I Rt.2003.219 kommer imidlertid spørsmålet opp om opplesningsadgang av legeerklæring hvor vitnet – fornærmede i en legemsbeskadigelsessak – først samtykket til at politiet kunne innhente legeerklæringen, før hun trakk samtykket tilbake. Hovedregelen er at om samtykket trekkes tilbake, vil taushetsplikten øyeblikkelig gjelde igjen. Det ble hevdet at hensynet til tillitsforholdet mellom lege og pasient, uttrykket i § 119, umuliggjorde opplesning. Høyesterett mente at alle medisinske opplysninger må anses som betrodd til lege, både fornærmedes forklaring og legens egen undersøkelse. Retten kom imidlertid til at det ikke var brudd på tillitsforholdet at politiet gjorde bruk av de opplysninger fra legeerklæringen som hadde kommet frem til dem før samtykket ble trukket tilbake. I dommen blir det sagt at ”*[t]ilbakekallet vil fortsatt ha den virkning at legen ikke lenger kan forklare seg. Men de opplysninger som legen allerede har gitt politiet, med pasientens samtykke, kan ikke pasienten lenger ha rådigheten over. Det forstyrrer ikke tillitsforholdet mellom lege og pasient at disse opplysninger brukes i straffesaken.*”⁷⁸

⁷⁸ Rt.2003.219 avsnitt 16.

Opplesning av legeerklæring som bevis i retten kan altså skje fra den del av erklæringen som er kommet frem til politiet før samtykke til at politiet får innsyn, eventuelt trekkes tilbake.

3.1.4.16 Politibetjenter

I blant vil det være et spørsmål om politibetjenter kan forklare seg i hovedforhandlingen om hva vitner eller siktede har fortalt. Et spørsmål som er nært knyttet til opplesning av vitneforklaring, er om politibetjenter kan forklare seg om innholdet i den aktuelle forklaringen. Det kan være fordi politibetjenten vet noe som ikke kommer frem i en forklaring, fordi de er til stede i hovedforhandling mens vitnet eller den siktede ikke er det, eller fordi vitnet eller den siktede ikke ønsker å forklare seg.

I hovedforhandling vil man i utgangspunktet ha forklaring fra vitnene direkte, muntlig for retten. I blant er dette ikke mulig, og det blir spørsmål om adgang til opplesning av forklaring, eller det i blant blir spørsmål om politibetjenter kan forklare seg.

Det er ikke i norsk straffeprosess noe forbud mot annenhånds opplysninger, som det understrekes både i Rt.1990.1221 og Rt.1994.1566. Det er altså ikke noe forbud mot at politibetjenter forklarer seg om hva siktede eller vitnet har fortalt.

Imidlertid kan det stride mot rettssikkerhetshensyn om man tillater slik forklaring fra politibetjenter. Skal en politibetjent forklare seg om hva som kom frem i et avhør, vil det ikke eksistere noen spørsmålsadgang for siktede.

Dette tok Rt.1991.1096 tak i. Her hadde norske politibetjenter startet avhør av et vitne i utlandet før siktedes forsvarer hadde rukket å dra til stedet. Bevisførsel fra politibetjentene om innholdet i vitnets forklaring ble avskjært, med begrunnelsen at om ”en avgjørelse om å avskjære opplesning av en vitneforklaring skal ha noen realitet, må et alminnelig

utgangspunkt være at avskjæringen også omfatter vitneførsel om innholdet i forklaringen fra dem som har opptatt den”⁷⁹. Også etter den gamle straffeprosessloven § 322 om adgang til opplesning av vitners forklaringer, tolket man bestemmelsen slik at politibetjenten ”må nektes å avgi forklaring om hva vitnet har forklart under et politiavhør”. Dette fulgte av en analogisk tolkning av bestemmelsen. Om man ikke fulgte denne regelen, ville siktedes rett til å ikke få vitneforklaringen mot seg som bevis om han eller hun ikke har hatt adgang til å motbevise forklaringen ved spørsmålsstilling uthules til det ikke var noe substans igjen i rettigheten.

I Rt.1990.1221 kommer til at å tillate opplesning ville bli en omgåelse av vitnets rettigheter etter straffeprosessloven. Imidlertid ”*måtte han iallfall kunne stilles spørsmål om hva fornærmede sa om hvorfor hun i skadet tilstand kom til lensmannskontoret, og om hennes begrunnelse for senere å trekke anmeldelsen tilbake*”⁸⁰. At en politibetjent forteller om sitt førsteinntrykk med et vitne eller en annen person, er således ikke en omgåelse av straffeprosesslovens bestemmelser.

Man kan ikke tillate at politibetjenter forklarer seg om innholdet i en vitneforklaring i de tilfellene hvor siktede ikke får mulighet til å stille vitnet spørsmål om vitnesbyrdet. Det ville medføre en omgåelse av siktedes vern mot anklager ved kontradiksjon. Imidlertid vil politibetjenter kunne gi sitt førsteinntrykk av vitnet eller siktede – av vitnet når det kom for å anmelde, og av vitnets eller siktedes sinnsstemning under avhøret.

⁷⁹ Rt.1990.1096 side 1100.

⁸⁰ Jf Rt.1990.1221 s. 1225

4 Litteraturliste

4.1 Lover

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

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

Lov om nordisk vitneplikt av 21. mars 1975 nr. 9

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

4.2 Dommer

4.2.1 Rettstidende

Rt.1900.521

Rt.1954.573

Rt.1954.858

Rt.1968.762

Rt.1984.1105

Rt.1986.779

Rt.1987.1318

Rt.1988.78

Rt.1988.254

Rt.1988.314

Rt.1988.663

Rt.1990.312
Rt.1990.1221
Rt.1991.1096
Rt.1992.35
Rt.1992.143
Rt.1992.569
Rt.1992.792
Rt.1992.1500
Rt.1994.469
Rt.1994.610
Rt.1994.1139
Rt.1994.1324
Rt.1994.1566
Rt.1995.289
Rt.1995.1295
Rt.1997.1778
Rt.1998.1182
Rt.1999.757
Rt.1999.1269
Rt.2001.29
Rt.2001.689
Rt.2003.219
Rt.2003.549
Rt.2003.1511
Rt.2003.1808
Rt.2003.1814
Rt.2004.97
Rt.2004.858
Rt.2004.897
Rt.2004.943

Rt.2004.1425
Rt.2004.1719
Rt.2004.1789
Rt.2004.1974
Rt.2008.657
HR-2010-169-U
HR-2010-612-A

4.2.2 EMD

Case of Asch v. Austria EMD-1986-12398 26.04.91
Case of Unterpertinger v. Austria EMD-1980-9120 24.11.86
Case of Delta v. France EMD-1985-11444 19.12.90
Case of Lucà v. Italy EMD-1996-33354 27.02.01
Case of Craxi (2) v. Italy EMD-1994-25337 17.07.03

4.3 Litteratur

4.3.1 Bøker

Matningsdal, Magnus, *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, Fagbokforlaget, Bergen, 2007

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2009

Bjerkerud, Hans Kristian og Keiserud, Erik, *Straffeprosessen – Kommentarutgave*, Bind II, 3. utgave, Universitetsforlaget 2001.

