

UiO • **Det juridiske fakultet**

Opplesning av vitners politiforklaringer

Hvordan blir rettssikkerhetsidealet ivaretatt ved dagens rettsstilling?

Kandidatnummer:519

Leveringsfrist:25 november 2013.

Antall ord:17620



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1.1	Begreper, situasjonen og hovedproblemstillingen	1
1.1.2	Utgangspunkter vedrørende bevisføringen	5
1.1.3	Det rettslige grunnlaget for opplesning av tidligere avgitte forklaringer.....	5
1.1.4	Avgrensning	6
1.1.5	Spesielle metodespørsmål – Norges menneskerettighetsforpliktelser jfr. EMK art.6.....	7
1.1.6	Oversikt over den videre fremstillingen.....	9
2	UTGANGSPUNKTET I DE BEGRENSNINGER SOM FØLGER AV FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSER.....	10
	Menneskerettighetsloven §3 jfr. EMK art. 6 nr. 1 nr. og nr. 3d.	10
2.1.1	Oversikt	10
2.1.2	EMK art. 6 nr.1 og 3 d.	10
2.1.3	Opplesningsadgangens begrensning som følge av den siktedes rett til å eksaminere vitnet jf. EMK art. 6 nr. 3d.....	10
2.1.4	Begrensningen i opplesningsadgangen som følge av at rettergangen totalt sett må fremstå som ”rettferdig” jf. EMK art. 6 nr 1	14
3	OPPLESNINGSADGANGEN FOR MØTENDE VITNER.....	17
3.1.1	Lovtekst - Det rettslige utgangspunkt	17
3.1.2	Rettspraksis - Opplesningsadgangen i utvikling.	22
3.1.3	EMDs praksis	25
3.1.4	Kjennelsen av Rt. 2003 s.1808 - samt praksis etter kjennelsen.	28
3.1.5	Oppsummering.....	29
4	VITNET UTEBLIR.....	30

4.1.1	Innledning	30
4.1.2	Lovtekst.....	30
4.1.3	Rettspraksis før Rt. 2001 s29	33
4.1.4	Rt.2001 s. 29 - Innstramming i opplesningsadgangen	35
4.1.5	Rt. 2004 s. 1789 - tilbake til utgangspunktet	39
4.1.6	Vurdering av hva som er å anse som ”det avgjørende eller hovedsakelig beviset”	41
4.1.7	Oppsummering.....	41
5	IKKE MØTENDE VITNER – TYPETILFELLER DER DET KAN GJØRES UNNTAK FRA HOVEDBEVISLÆREN	44
5.1.1	Innledning	44
5.1.2	Tiltalens opptreden.....	44
5.1.3	Når andre opptrer for tiltalte	47
5.1.4	Påtalemyndighetenes opptreden ved innhenting av den aktuelle forklaring	50
5.1.5	Forsvarerens atferd.....	51
5.1.6	Vitnet er død.....	53
5.1.7	Troverdigheten av vitneprovet	55
6	KONKLUSJON – BLIR DE REELLE HENSYN TIL TILTALTES RETTSIKKERHET IVARETATT PÅ EN TILSTREKKELIG GOD MÅTE? 57	
6.1.1	Innledning	57
6.1.2	Rettsikkerhetsidealet	57
6.1.3	Betydningen av at vitnet forklarer seg direkte ovenfor den dømmende rett	58
6.1.4	Opplesningens betydning for materielt riktige dommer	60
6.1.5	Oppsummering og fremtidig rettsutvikling:.....	61
7	LITTERATURLISTE.....	63

1 Innledning

1.1.1 Begreper, situasjonen og hovedproblemstillingen

Uskyldspresumsjonen er et av de grunnleggende prinsipper i norsk rett. For å dømme en person etter straffeloven må det være bevist utover enhver rimelig tvil at det er vedkommende som har begått den straffbare handlingen. I de tilfellene vi står ovenfor mistanke om lovbrudd, vil det som følge av en anmeldelse eller andre omstendigheter være grunn til å undersøke om det foreligger straffbare forhold jf. straffeprosesslovens¹ (heretter strpl.) §224. Dette er første stadiet i saken, og kalles for etterforskningsstadiet. Under dette stadiet skal politiet skaffe til veie bevis som først og fremst skal gi påtalemyndigheten grunnlag for å avgjøre tiltalespørsmålet.² På dette stadiet kan politiet avhøre mulige vitner, herunder typisk den som har anmeldt forholdet.³

Dersom etterforskningen er rettet mot en bestemt person taler man om mistenkte. Hvis påtalemyndighetene har utferdiget en siktelse mot en bestemt person, eller innledet rettslig forfølgning mot en bestemt person vil mistenkte få rettslig status som «siktet» jf. strpl. § 82. Hvis påtalemyndigheten fatter beslutning om å reise straffesak mot den siktede, så skjer det som hovedregel ved en tiltalebeslutning mot vedkommende, og vedkommende blir da omtalt som den «tiltalte».⁴

Under rettsaken skal retten klarlegge de faktiske forhold som er relevante etter den faktiske beskrivelsen i tiltalebeslutningen og etter loven (bevisvurderingen). . Rettens bevisvurde-

¹ 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

² Politiet plikter også å undersøke om det foreligger bevis som taler til tiltaltes fordel, jf straffeprosessloven § 226 tredje ledd.

³ Johs Andenæs Norsk straffeprosess 4 utgave 2010 s.14

⁴ Jon Gisle Jusleksikon 3. utgave 2007 s. 292

ring skal bygge på de bevis som er ført under hovedforhandlingen, jf strpl. § 305 (hovedforhandlingsprinsippet). De forskjellige bevismidlene kan deles i tre hovedkategorier: Reelle bevismidler, dokumentbevis, og forklaringer.⁵

Kriminelle handlinger begås som oftest i all hemmelighet, og det er ikke alltid at reelle bevis, eller dokumentbevis finnes. Et vitne som bryter seg inn i et hus vil som oftest prøve å sørge for at han ikke etterlater seg spor i form av fingeravtrykk eller DNA, eller andre tekniske bevis. Således er det ikke alt for sjelden at politiet må bruke vitner som kan ha sett handlingsforløpet.⁶ Rettspraksis tilsier at vitnebeviset som oftest er blant de viktigste bevis i straffesaker.⁷

Det kan for eksempel være den fornærmede i en voldtektssak som må beskrive hvordan gjerningsmannen så ut. Et typisk tilfellet er når offeret i et overfallsvoldtekt skal beskrive den antatte gjerningsmannen. Et annet eksempel kan være en som er mishandlet av sin ektefelle, og som senere blir bedt om å vitne om de forhold hun var utsatt for. Slike forklaringer kan bidra til å danne det bildet retten får av hva som har skjedd i saken.

I enkelte situasjoner hvor vitnet har avgitt en forklaring, angreer det seg i ettertid og ønsker å trekke forklaringen. Dette er særlig aktuelt ved vold i familien hvor den siktede står i en nær familierettslig relasjon til den fornærmede som har anmeldt ham. Det tar ofte lang tid fra anmeldelsen inngis til saken kommer opp i hovedforhandling, og i mellomtiden har fornærmede tilgitt tiltalte og ønsker ikke lenger at han skal straffes for handlingen. I slike situasjoner ser man ofte at den fornærmede ikke lenger ønsker å forklare seg om forholdet for retten.

⁵ Jon Gisle 2007 s.42

⁶Artikkel. www.forskning.no - Vitner hører ofte feil – videnskap.dk av Cecilie Cronwald 18 oktober 2010. Oversatt av Lars Nygård.

⁷ Johs. Andenæs 4. utgave Norsk straffeprosess 4 utgave 2010 s. 175

Utgangspunktet i norsk rett er at et vitne plikter å forklare seg under hovedforhandlingen, jf straffeprosessloven § 108. Straffeprosessloven §§ 122 flg. gir imidlertid grunnlag for å gjøre unntak fra dette, herunder dersom vitnet står i en nærmere bestemt familiesituasjon med tiltalte, jf § 122. Dette medfører at vitnet har rett til å nekte å forklare seg. Videre har vi situasjoner hvor vitnet har forsvunnet, slik at det ikke er mulig å høre vitnets forklaring direkte for den dømmende rett, og endelig har vi situasjoner hvor vitnet har avgitt en forklaring for politiet, men hvor vitnet deretter enten er død eller i en situasjon hvor det ikke er mulig å avhøre vitnet direkte for retten.

Slike situasjoner gjør det interessant å avklare hva vitnet har forklart i et tidligere politiavhør for å avklare om det har sagt noe som er relevant for saken, og i så fall vil påtalemyndigheten eller forsvareren ønske at den tidligere avgitte forklaringen blir lest opp under bevisførselen. Siden vitneforklaringen er skrevet ned, og bevisførselen skjer ved opplesning som er muntlig, så strider det strengt tatt ikke mot muntlighetsprinsippet, jf strpl. § 302. En slik politiforklaring er et mindre umiddelbart bevis enn en muntlig forklaring direkte for retten, og opplesningen av politiforklaringen strider således i utgangspunktet mot bevisumiddelbarhetsprinsippet. En slik opplesning vil kunne true den tiltales rettigheter til eksaminasjon av vitnet, se prinsippet om dette som er gjengitt i strpl. § 135, og EMK art 6 nr. 3 litra d). Dette går i prinsippet på bekostning av grunnprinsippet om rett til kontradiksjon.⁸

Retten til å ta til motmæle i straffesaker er lovfestet i strpl. §92. Det er svært viktig at den som blir utsatt for straffeforfølgelse får en anledning til å ta til motmæle. Dette gir grunnlag for en særlig problemstilling ved opplesning av en vitneforklaring i de tilfeller hvor vitnet nekter å forklare seg, eller ikke møter opp i retten.⁹

⁸ Jon Gisle 2007 s. 177 Kontradiksjon har sitt opphav fra det latinske ordet ”contradictio” som betyr ”motsigelse”

⁹ Se Jo Hov Rettergang 1 2010 s. 143

Således oppstår spørsmålet om når det er adgang til å gjøre unntak fra kontradiksjonsprinsippet i slike tilfeller.

Når vitnet nekter å forklare seg, og særlig når vitnet uteblir fra hovedforhandlingen blir det ikke mulig for tiltalte å gjennomføre sin rett til kontradiksjon i retten. Den tiltalte mister en viktig metode for å teste vitnebevisets kvalitet ved å eksaminere vitnet i hovedsak via sin forsvarer. Enhver tidligere avgitt vitneforklaring forutsetter en vurdering av beviset. Dette omfatter en vurdering av om vitnet har sett og oppfattet situasjonen riktig og om vitnet husker situasjonen riktig (pålitelighetsvurderingen), og spørsmålet om vitnet gir en sann gjengivelse av det vitnet husker (troverdighetsvurderingen). Retten plikt til å være oppmerksom på at saken blir best mulig opplyst, jf strpl. § 294 gir retten en plikt til å foreta slike vurderinger. Dersom vitneforklaringen er ufordelaktig for tiltalte, vil også tiltalte ha en særskilt interesse i å stille oppfølgingsspørsmål til vitnet for å gi grunnlag for slike kritiske vurderinger. Spørsmål om opplesning av tidligere avgitte forklaringer fordi vitnet nekter å forklare seg eller ikke møter i retten reiser derfor prinsipielle spørsmål om den tiltaltes rettsikkerhet kan bli og i det konkrete tilfellet blir ivaretatt med dagens regler.

En undersøkelse fra 205 rettsaker i USA der tiltalte var blitt uskyldig dømt viste at hovedårsaken i 100 av tilfellene var at øyenvitner hadde forklart seg feilaktig, og således identifisert feil person. Ved bruk av DNA-undersøkelser viser nye studier at vitner tar feil i 80 prosent av sakene der uskyldige blir dømt. I enkelte av disse sakene i USA ble tiltalte dømt til døden.¹⁰

Hovedtema for oppgaven vil være redegjørelse for vilkårene for opplesning av tidligere avgitte vitneforklaringer. For å forstå dagens rettstilstand i de forskjellige situasjonene er det nødvendig å redegjøre for de senere års utvikling på rettsområdet, slik at senere avgjørelser blir lest i sin rette kontekst.

¹⁰ Anders Bratholm og Ståle Eskeland(red) Justis mord og rettsikkerhet 2008 s. 187

1.1.2 Utgangspunkter vedrørende bevisføringen

For å forstå temaet , har jeg funnet det hensiktsmessig å redegjøre for ytterligere utgangspunkter vedrørende bevisføringen i norsk rett.

Bevisførselen i norsk rett er umiddelbar jfr. prinsippet om ”bevisumiddelbarhet”. Bevisene skal føres direkte ovenfor den dømmende rett.¹¹ Regelen om umiddelbarhet ved bevisføringen gir retten direkte kontakt med vitnene. Dette vil gi retten mulighet for en grundigere bevisvurdering.¹²

Hva gjelder føring av møtende vitner kommer muntlighetsprinsippet nærmere til uttrykk i strpl. §296 som har følgende ordlyd: ”Vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det”¹³.

Ordlyden tilsier at man som alminnelig regel ikke kan unnlate å innkalle vitner til personlig avhør, for isteden å få tidligere angitte forklaringer opplest eller referert av tredjemann, typisk en politimann som har deltatt ved avhøret av vitnet.¹⁴

1.1.3 Det rettslige grunnlaget for opplesning av tidligere avgitte forklaringer

Adgangen til opplesning av vitneforklaringer reguleres i norsk rett av straffeprosessloven. Loven skiller mellom to hovedtilfeller:

¹¹ Andenæs 2010 s. 393

¹² Jo Hov rettergang 1. 2010 s.166

¹³ Strpl. §296

¹⁴ Andenæs 2010 s. 401

De tilfeller hvor vitnet møter i retten er opplesningsadgangen regulert i strpl. §296 annet ledd. I de tilfeller hvor vitnet uteblir reguleres opplesningsadgangen av strpl. §297.

Opplesning etter disse bestemmelsene må tolkes i lys av de folkerettslige begrensninger som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK)¹⁵ art. 6 nr. 3 bokstav d og EMK art. 6 nr. 1 . Siden EMK er inkorporert i norsk rett ved Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 1999 nr.30 (heretter menneskerettsloven)¹⁶ § 2 så er EMK direkte anvendelig for norske domstoler. På straffeprosessens område foreligger et ytterligere grunnlag som medfører at begrensningene i EMK kommer til anvendelse, og det er straffeprosessloven § 1 som lovfester sektormonisme på straffeprosessens område.

1.1.4 Avgrensning

Oppgaven omhandler primært rettstilstanden i forbindelse med opplesningsadgangen av tidligere avgitte vitneforklaringer. Det avgrenses mot opplesning av forklaringer avgitt av tiltalte selv. Siden opplesning av forklaringer gitt av mindreårige eller psykisk utviklingshemmede i dommeravhør er et eget særskilt tema som reiser mange problemstillinger, avgrenser jeg mot de særskilte problemstillinger dette reiser. Det samme gjelder spørsmålet om opplesning av forklaringer til anonyme vitner. Jeg vil heller ikke behandle de særspørsmål som adgangen til å bruke lydopptak – herunder utskrift av opptak – av tidligere avgitte forklaringer reiser.

Endelig har jeg funnet grunn til å avgrense mot de særskilte spørsmål som oppstår ved opplesning av forklaringer gitt av en medtiltalt .

¹⁵ 1950 Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 4. november 1950

¹⁶ LOV-1999-05-21-30

1.1.5 Spesielle metodespørsmål – Norges menneskerettighetsforpliktelser jfr.

EMK art.6

Det følger av EMK art. 6 nr. 1 at den tiltalte har en rett til ”fair trial” – en rettferdig rettergang. I samme artikkel følger det av nr. 3 bokstav d at den siktede også har en rett til å eksaminere vitnet. Dette er rettigheter norske domstoler ikke kan bryte, og disse begrensninger må ivareta ved opplesningsadgangen. Særlig bestemmelsen i strpl. §297 må sees i sammenheng med EMK art. 6 nr. 1 bokstav d.¹⁷

Det følger av mnskr. §3 at dersom det er motstrid mellom EMK og norsk lov skal bestemmelsen som følger av EMK gå ”foran bestemmelser i annen lovgivning” jf. mnskr. §3. Således oppstår spørsmålet om når bestemmelser i straffeprosessloven må vike for våre menneskerettslige forpliktelser.

Dette spørsmålet ble behandlet av Høyesterett i Rt. 1994 s. 610. I denne avgjørelsen introduserte Høyesterett det såkalte «klarhetsprinsippet». Prinsippet har i ettertid blitt modifisert, og ble deretter forlatt i Rt. 2000 s. 996. Førstvoterende tar i denne avgjørelsen utgangspunkt i at dersom tolkningsresultatet som følger av EMK er ”rimelig klart”, og er i strid med norsk rett, så skal norske domstoler tilsidesette norsk lovgiving eller praksis og legge til grunn det som følger av EMK. Problemet kan oppstå i de tilfeller hvor tolkningsresultatet byr på en ”begrunnet tvil”. I avgjørelsen angis det at norske domstoler ikke kan være like dynamiske i sin tolkning av EMK som EMD til tider er.¹⁸

I Rt. 2000 s. 996 uttaler førstvoterende på side 1006 følgende:” Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsippet som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser. Når det oppstår tvil om rekkevidden av EMDs avgjørelser, vil det være av

¹⁷ Magnus Matningsdal 2007 side. 44

¹⁸ Matningsdal 2007 s. 45

betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol. I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler – innenfor den metode som anvendes av EMD – også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid”.¹⁹

Videre angir avgjørelsen i Rt 2000 side 996 at norske domstoler ikke skal være for dynamiske i tolkningen av EMK. Dette ble begrunnet med at man ikke ”... kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på, vil dette kunne være uheldig”.²⁰

Retningslinjen for avveiningen oppsummeres følgende:” På denne bakgrunn mener jeg at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås ikke bør anlegge en for dynamisk tolkningen av konvensjonen. Som alminnelig regel kan norske domstoler ved tolkningen av EMK heller ikke bygge på sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. På grunnlag av konvensjonsorganenes praksis og de verdioppfatninger og tradisjoner som vårt samfunn bygger på, må norske domstoler søke å komme fram til hvordan konvensjonens bestemmelser skal forstås”.²¹

Det kan av den grunn konstateres at norske domstoler kan gi en selvstendig tolkning av EMK, men det skal være basert på prinsippene som nevnes i dommen ovenfor. Metoden går ut på at norske domstoler skal påse hva som følger av de interne norske bestemmelsene,

¹⁹ Rt. 2000 s. 996 s. 1006-1008

²⁰ Rt. 2000 s. 996 s. 1006-1008

²¹ Rt. 2000 s. 996 s. 1006-1008

og samtidig påse at resultatet ikke vil være i strid med EMK. På den måten skal man sørge for å ”ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd”²².

1.1.6 Oversikt over den videre fremstillingen

I punkt 2 vil det innledningsvis følge en kortfattet redegjørelse for de begrensninger som følger av de folkerettslige forpliktelser jf. EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3d. Ettersom disse begrensningene skal sees i sammenheng med norske interne regler vil de også behandles fortløpende i punkt 3 og 4.

Opplesningsadgangen av møtende, og ikke møtende vitner reguleres av to forskjellige bestemmelser jfr. strpl. §§ 296 og 297. Hensynet bak bestemmelsene kan ofte være de samme, men de materielle vilkårene er ulike. Av den grunn vil jeg behandle tilfellene hver for seg i henholdsvis punkt 3 og 4.

Etter å ha redegjort for hovedregelen i forhold til opplesningsadgangen i punkt 3 og 4, vil det i punkt 5 redegjøres for forskjellige forhold i den aktuelle sak som kan gi grunnlag for unntaket fra hovedregelen om opplesning.

I siste punkt vil jeg som nevnt besvare problemstillingen om hvorvidt dagens rettsstilling ivaretar dagens rettsikkerhetsideal ved opplesning av tidligere avgitte forklaringer.

²² Rt. 2000 s. 996 s. 1006-1008

2 Utgangspunktet i de begrensninger som følger av folkerettslige forpliktelser

Menneskerettighetsloven §3 jfr. EMK art. 6 nr. 1 nr. og nr. 3d.

2.1.1 Oversikt

Opplesningsadgangen reguleres også av den Europeiske menneskerettskonvensjonen. Innledningsvis skal jeg introdusere de grunnleggende utgangspunkter etter EMK, og deretter behandle det som følger av konvensjonen i sammenheng med de norske interne reglene i punkt 4 og 5.

2.1.2 EMK art. 6 nr.1 og 3 d.

Den siktede i en straffesak har et krav om at rettergangen mot han skal være forsvarlig, og rettferdig jf. EMK art. 6 nr.1. Videre har den siktede etter EMK art. 6 nr. 3d også en rett til å få innkalt vitner som taler til fordel for hans sak, på samme måte som det er anledning til å føre opp vitner som taler mot hans sak. Etter EMK art. 6 nr. 3d har den siktede en minsterettighet som går ut på at han skal gis en anledning til å eksaminere de vitner som påberopes mot han.²³

2.1.3 Opplesningsadgangens begrensning som følge av den siktedes rett til å eksaminere vitnet jf. EMK art. 6 nr. 3d.

Ordlyden i Art. 6 nr. 3d lyder følgende: ”Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: ... d. to examine or have examined witnesses against him and to

²³ Lov og Rett 2005 – Skoghøy/Vang s.286

obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him”.

Ordlyden tolkes dithen at bestemmelsen er relevant i de tilfeller den tiltalte ønsker å stille spørsmål til vitnet. Tiltalte kan ha et ønske om å eksaminere vitnet for å fremme den materielle sannheten i saken. Dette er også med å på å styrke rettsikkerheten. Tiltalte eller hans forsvarer har således en rett til å eksaminere vitnet. Kontradiksjonsprinsippet har i disse tilfeller blitt tillagt avgjørende vekt²⁴.

Den siktedes rett til å eksaminere vitnet fastlås når det etter lovens ordlyd uttales ”to examine or have examined witnesses against him”. Et klart eksempel på at siktede får anledning til å eksaminere vitnet er når vitnet er til stedet under hovedforhandlingen og svarer villig på spørsmål fra tiltaltes forsvarer. Bestemmelsen tilsier at retten da ikke kan nekte tiltalte ved hans forsvarer å stille spørsmål til vitnet. Et klart eksempel på at den siktede ikke har fått mulighet til å eksaminere vitnet er når vitnet ikke møter opp i hovedforhandlingen, og/eller er utilgjengelig på samtlige stadier av rettergangen.²⁵

Ordlyden i konvensjonens art. 6 nr. 3 d, kan tolkes dithen at den gir et generelt forbud mot opplesning av politiforklaringer av vitner som nekter, eller ikke kan møte opp i retten. Dette reiser spørsmål om den kan tas på ordet. EMD har uttalt at art. 6 nr. 3 d er et utslag av den grunnleggende rettighet den tiltalte har om krav på en ”fair trial/rettferdig rettergang” jfr. art. 6 nr. 1.. EMD har med andre ord tolket nr. 3 bokstav d innskrenkende.²⁶

Ideene om at partene skal stille på like vilkår har vært utslagsgivende for bestemmelsen i EMK artikkel 6. nr. 3 bokstav d. Dette kalles også for prinsippet om ”equality of arms”. I

²⁴ Andenæs 2010 s. 403

²⁵ Skoghøy/Vang s.287

²⁶ Andenæs 2010 s. 403

norsk rett betegner vi det som ”våpenlikhetsprinsippet”. Formålet med prinsippet er at rettergangen skal fremstå som rettferdig ved å sørge for at partene stiller på like vilkår.²⁷

For å klargjøre innholdet i prinsippet, og virkningene av det, er det naturlig å ta utgangspunkt i avgjørelser avsagt av EMD. Det er denne domstolens avgjørelser som danner grunnlaget for hvordan bestemmelser i EMK skal forsås.

I avgjørelsen i Unterpertinger-saken mot Østerrike²⁸ ble tiltaltes rett til å eksaminere vitnet vurdert.

Unterpertinger var blitt tiltalt for bruk av vold mot sin hustru og stedatter. Etersom de fornærmede i saken var nære slektninger benyttet de seg av retten til å bli fritatt fra plikten til å vitne under hovedforhandlingen. Således sto man ovenfor et tilfellet der vitneprovet utgjorde bevisgrunnlaget, men vitnet nektet å forklare seg nå. Således var spørsmålet hvorvidt det var adgang til å lese opp de tidligere oppgitte forklaringer. Av den grunn måtte den Østeriske domstolene vurdere om beviset utgjorde det hovedsakelige beviset, og hvorvidt den tiltalte hadde fått en rett til å eksaminere vitnet.

I avgjørelsens paragraf 31 uttaler EMD følgende: ”While the trial court and then the Court of Appeal were thus unable to hear evidence from Mrs. Unterpertinger and Miss Tappeiner – or to acquaint themselves with the statements made by the former to the judge at Kufstein –, they had on the other hand, been obliged to have the women’s statements to the police read out when the prosecution so requested.

In itself, the reading out of statements in this way cannot be regarded as being inconsistent with Article 6 §§ 1 and 3 (d) (art. 6-1, art. 6-3-d) of the Convention, but the use made of them as evidence must nevertheless comply with rights of the defence, which it is the ob-

²⁷ Skoghøy/Vang s.288

²⁸ Application No: 9120/80

ject and purpose of Article 6 (art. 6) to protect. This is especially so where the person “charged with a criminal offence”, who has the right under Article 6 § 3 (d) (art. 6-3-d) to “examine or have “examined” witnesses against him, has not had an opportunity at any stage in the earlier proceedings to question the persons whose statements are read out at the hearing”.²⁹

Den tiltalte i saken hadde ikke fått anledning til å eksaminere vitnene på noen stadiet av saken. Således konstaterte EMD at det forelå brudd på EMK art. 6 nr. 3d.

I ettertid er det flere avgjørelser fra EMD som har fulgt innholdet i denne avgjørelsen.

I de tilfeller vitnet er til stedet i retten vil eksaminasjonen by på mindre problemer. Forsvareren vil ha anledning til å stille spørsmål ettersom vitnet er der. Imidlertid kan et vitne nekte å forklare seg. Således blir spørsmålet om den tiltalte i realiteten fått anledning til å stille spørsmål etter art 6 nr 3. litra d når det er åpenbart at vitnet ikke vil svare.

Bestemmelsen i EMK artikkel 6 nr. 3d er som tidligere nevnt begrunnet i partslikhetsprinsippet. Meningen med prinsippet er at siktede ikke skal føle at det stilles strengere vilkår for hans rettigheter. Han skal gis en anledning til å bevise sin uskyld. Meningen er at reglene skal fremstå som objektive. Rettighetene som da følger av denne bestemmelsen anses dermed oppfylt når forsvareren har fått en anledning til å stille spørsmål.

Etter EMD's praksis gir ikke bestemmelsen en rett til å få konkrete svar fra vitnet, men en rettighet til å stille spørsmål. Kravet etter EMK art. 6 nr. 3 litra d ansees oppfylt dersom forsvareren har fått en anledning som kan ansees som ”an adequate and proper opportunity”³⁰ til å eksaminere vitnet. Den tiltalte kan ikke kreve at vitnet besvarer spørsmålene.³¹

²⁹ Application No: 9120/80 para. 31

³⁰ Kommer frem i Luca mot Italia Application No: 33354/96. 27 Februar 2001

³¹ Vang og Skoghøy s. 291

Således kan en tidligere avgitt forklaring som utgjør det hovedsakelige bevises oppleses så lenge vilkåret om anledning til å stille spørsmål er oppfylt, og at rettergangen etter en totalvurdering oppfylder de krav som følger av EMK art. 6 nr. 1.³²

Dette ble lagt til grunn i saken Luca mot Italia³³. Vitnet i denne saken hadde møtt opp i retten, men nektet å forklare seg. Således mente tiltalte i saken at han ikke hadde fått en anledning til å eksaminere vitnet. EMD bekreftet her at en opplesning i seg selv ikke er ulovlig. Men de rettsikkerhetsgarantier som følger av EMK art. 6 nr.1 og 3d skal bli ivare tatt ved en eventuell opplesning.³⁴

Oppsummeringsvis kan vi konstatere at i de situasjoner vitnet møter, og spørsmålet er adgang til opplesning av en forklaring som er å anse som det hovedsakelige beviset, vil det være av avgjørende betydning at den tiltalte får en anledning til å eksaminere vitnet jfr. EMK art. 6 nr. 3 d jfr. nr. 1.

2.1.4 Begrensningen i opplesningsadgangen som følge av at rettergangen totalt sett må fremstå som "rettferdig" jf. EMK art. 6 nr 1

Etter EMK art. 6 nr. 1 skal den tiltalte ha en rettferdig rettergang se uttrykket "fair trial".

Med tanke på problemstillingen i oppgaven skal jeg ikke foreta en generell redegjørelse av EMKs art. 6 nr. 1, men se den i forbindelse med opplesning av en tidligere avgitt politiforklaring. Dersom vilkårene for opplesning er til stede, skal likevel retten påse at rettergangen ikke blir uforsvarlig eller urettferdig ovenfor tiltalte på grunn av opplesningen.

³² Tone Vang og Jens Edvin A. Skoghøy s.291 Lov og rett 2005

³³ Application No: 33354/96 Luca v Italy 27. Februar 2001

³⁴ Se punkt 40 Luca v Italy

Etter EMK artikkel 6 nr. 1 kommer bestemmelsen til anvendelse når det er ”(i)n the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him”. Dette omfatter alle saker som etter norsk rett er definert som “straff”, og som dermed behandles etter straffeprosessloven. Siden EMK er en menneskerettighetskonvensjon og det ikke kan være opp til statene selv å definere hva som faller innenfor og utenfor bestemmelsene, så har EMD flere ganger uttalt at “criminal charge” skal tolkes autonomt.

I EMK’s fortale kommer det klart frem at rettsikkerheten er en av konvensjonens sentrale formål. En av fanebestemmelsene som er artikulert i konvensjonen er EMK art. 6 nr. 1. Prinsippet er altså anerkjent så vel nasjonalt som internasjonalt.³⁵

I Rt. 2004 s.461 gjaldt saken opplesning av en tidligere avgitt politiforklaring. Fornærmede i en sak om oppreisning nektet å møte opp under hovedforhandlingen for å forklare seg. Saken hadde vært en psykisk belastning, og av den grunn ønsket ikke vedkommende å forklare seg. Riktig nok la Høyesterett til grunn at dette er en avgjørelse som ikke karakteriseres som en straffeanklage, og av den grunn kom ikke EMK art. 6 nr. 3 d direkte til anvendelse. Men, spørsmålet i saken var hvorvidt en opplesning vil være i strid med EMK art. 6 nr. 1. Høyesterett kom frem til at opplesning i dette tilfellet ikke ville være i strid med EMK art. 6 nr. 1.

I avsnitt 38 fremhever Høyesterett at det er den totale bevissituasjonen som skal legges til grunn ved vurderingen av om opplesning vil være i strid med EMK art. 6 nr. 1. Vitnet, som altså var fornærmede i saken hadde blitt truet til å ikke møte opp. Dersom opplesningen hadde blitt nektet ville ikke hennes rettslige interesser blitt ivaretatt på en tilstrekkelig god måte.³⁶

Høyesterett kom frem til at det ikke var i strid med EMK art. 6 nr. 1 å tillate forklaringen opplest. I avsnitt 39 uttales det følgende: ”Jeg mener på denne bakgrunn at det var korrekt å tillate opplesning av politiforklaringene... (40) Jeg er etter dette kommet til at heller ikke

³⁵ Jørgen Aall. s.91

³⁶ Rt. 2004 s.451 avsnitt 38

EMK artikkel 6 nr. 1 krever en avskjæring av politidokumentene som bevis. Det foreligger da ikke feil ved lagmannsrettens saksbehandling, og anken må forkastes. »³⁷

Dette er et godt eksempel der Høyesterett etter en totalvurdering kommer frem til at opplesning ikke vil være i strid med EMK art. 6 nr. 1 selv om den tiltalte ikke får anledning til å eksaminere vitnet i retten. Retten Etter EMK art. 6 nr. 3 d skal sees i sammenheng med art. 6 nr. 1. Avgjørelsen viser også at ikke bare hensynet til tiltalte er relevant, men også hensynet til den fornærmede eller de mer samfunnsmessige hensynene.

³⁷ Rt. 2004 s.461 avsnitt 39-41.

3 Opplesningsadgangen for møtende vitner

3.1.1 Lovtekst - Det rettslige utgangspunkt

Strpl. §296 fastslår bevisumiddelbarhetsprinsippet i forhold til vitneforklaringer. I det følgende skal jeg behandle de tilfeller det kan tenkes unntak fra dette.

Etter strpl. §296 første ledd annet punktum skal vitne avhøres muntlig av den dømmende rett ”såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det”.

Under vurderingen av hvorvidt vi står ovenfor ”særegne” forhold som gir grunnlag for unntak av muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet skal retten foreta en skjønnsmessig vurdering. Et eksempel på at det foreligger særegne forhold er typisk når vitnet befinner seg på ukjent adresse i utlandet, eller av andre grunner er helt umulig å få tak i.

Et annet eksempel på ”særegne forhold” kan være at vitnet er alvorlig syk.³⁸

Ordlyden i strpl, §296 annet ledd lyder følgende: ” Ved avhøret kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, eller når det gjelder punkter som vitnet nekter å uttale seg om eller erklærer at det ikke husker. Det samme gjelder skriftlig erklæring som vitnet tidligere har gitt i anledning av saken.”.

Etter ordlyden skal forklaringen det er aktuelt å lese opp være gitt i anledning av ”saken”. Et klart eksempel på en forklaring som er angitt i anledning av saken er når fornærmede det har vært innbrudd hos forklarer seg om hvordan tyven hadde brutt seg inn hos han. Hvis det

³⁸ Strpl. §296 Rettsdata. Fredrik Bøckman Finstad 2010. Fotnote 2236. Noten er sist endret 04.07.2012

senere blir tatt ut tiltalte mot denne tyven vil den fornærmedes forklaring være angitt i anledning av saken.

Et klart eksempel på et tilfelle der forklaringen ikke er angitt i anledning av saken er når vitne har angitt forklaringen i en annen straffesak enn den aktuelle saken gjerningspersonen er tiltalt for.

En kan ikke lese opp en forklaring som er gitt i en annen sak, i et annet sammenheng. Forklaringen skal ha vært i forbindelse med den aktuelle saken.³⁹

Strpl. §296 åpner for opplesning i tre situasjoner. For det første ved tilfeller der vitnets opprinnelige forklaring ikke er i samsvar med forklaringen vitnet avgir under hovedforhandlingen. Opplesning blir aktuelt i de tilfeller vitnet nekter å uttale seg under hovedforhandlingen. Og den tredje og siste situasjonen er når vitnet under hovedforhandlingene mener å ikke huske hva den opprinnelige forklaringen gikk ut på.

Dette understrekkes også av avgjørelsen i Rt. 1998 s. 1182 der førstvoterende på side 1187 uttaler følgende: ”Straffeprosessloven §296 annet ledd gir adgang til å lese opp et møtende vitnes politiforklaring i tre situasjoner: Opplesning kan skje ved motstrid mellom vitnes forklaring i retten og den tidligere forklaring for politiet og videre når det gjelder punkter som vitnet nekter å uttale seg om eller erklærer at det ikke husker. Etter ordlyden synes adgangen til opplesning i de to siste tilfeller å være begrenset til ”punkter” i forklaringen, mens denne begrensningen ikke gjelder når vitnet forklarer seg annerledes i retten enn for politiet. Det kan 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.”⁴⁰

³⁹ Rettsdata online. Karl Otto Thorheim §296 fotnote 2001

⁴⁰ Rt. 1998 s. 1182 s.1187

Forklaringen kan ved første anledning leses opp hvis det er motstrid mellom den opprinnelige forklaringen vitne ga under avhør, og forklaringen han gir under hovedforhandlingene. Et klart eksempel på at det er motstrid mellom to forklaringer er når vitnet under politiavhøret sa at gjerningspersonen var en mann, men under hovedforhandlingen mener han at gjerningspersonen var en kvinne. Dog kan det oppstå tilfeller hvor det ikke er så lett å fastslå at forklaringene er motstridende.

Under vurderingen av dette vilkåret skal det foretas en skjønnsmessig vurdering. Retten vil normalt ikke ha tilgang til saksdokumentene, og av den grunn er det forsvareren eller aktor som må opplyse retten om forklaringenes tidligere innhold. Dersom vitnet har gitt flere forklaringer skal det foretas en konkret vurdering av den enkelte forklaring. Dersom det viser seg at det er bestemte forklaringer det er motstrid mellom skal kun disse leses opp, og ikke samtlige.^{41 42}

For det andre tilfellet vil det være vedrørende punkter i forklaringen som vitnet nekter å uttale seg om. Et klart eksempel på dette er de tilfeller vitnet ønsker å forholde seg taus. Vitnet ønsker ikke lenger å stå ved den forklaringen han tidligere har avgitt, og således nekter å forklare seg.

For det tredje når det gjelder ting som vitnet nå mener å ikke huske. Et eksempel på dette er når vitnet ikke klarer å huske hva han hadde sagt under politiavhøret. Det trenger nødvendigvis ikke bety at han ikke vil forklare seg, men vitnet husker bare ikke visse viktige punkter i forklaringen.

Problemstillingen var aktuell i Høyesteretts avgjørelse av Rt. 1998 s. 1182. Et eldre ustraffet ektepar var tiltalt for sedelighetsforbrytelser. Et av bevisene i saken var en tidligere avgitt forklaring fra et vitne. Vitnet hadde tidligere avgitt en detaljert forklaring, men under

⁴¹ Ot.prp.nr. 78 (1992-1993)

⁴² Kar Otto Heyerdal rettsdata online. §290 fotnote 2202

hovedforhandlinger husket ikke vitnet sentrale punkter av forklaringen. På flere spørsmål fra aktor, og forsvarer var svaret; ”jeg vet ikke”. Således er spørsmålet om det bare er punkter, eller hele forklaringen som kan leses opp.

Vedrørende dette uttaler førstvoterende i Rt. 1998 s. 1182 på side 1187 følgende: ”... Etter ordlyden synes adgangen til opplesning i de to siste tilfeller å være begrenset til "punkter" i forklaringen, mens denne begrensning ikke gjelder når vitnet forklarer seg annerledes i retten enn for politiet. Det kan 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.”⁴³

I utgangspunkt tilsier bestemmelsens ordlyd at opplesning vil kunne foretas dersom en av de tre vilkårene ansees oppfylt. Dog viser Høyesterett ved en rekke avgjørelser at så ikke er tilfelle. Det må innfortolkes en begrensning som tar hensyn til en forsvarlig og hensiktsmessig rettergang. Særlig i alvorlige straffesaker vil behovet for å få vitnet til å forklare seg ovenfor dømmende rett være av viktig karakter.⁴⁴

Avgjørelsen i Rt. 1994 s. 1324 gjaldt en narkotikasak. Det var av betydning for sakens faktum å få opplest forklaringene som var avgitt av personene som hadde solgt narkotika til de tiltalte. Lagmannsretten hadde tillatt forklaringen opplest ettersom vilkårene i strpl §296 annet ledd var oppfylt. Høyesterett kom frem til at det var begått en saksbehandlingsfeil ved å tillatte opplesningene. Kravet om forsvarlighet, og forholdsmessighet ved opplesning kommer fram i avgjørelsens side 1327 :”... Dette tilsier at også opplesningsadgangen etter straffeprosessloven §296 annet ledd 1. punktum må begrenses av et vilkår om forsvarlighet og forholdsmessighet. En slik innskrenkende fortolkning av denne unntaksregelen måtte etter min mening legges til grunn uavhengig av våre forpliktelser etter Den europeiske

⁴³ Rt. 1998 s. 1182 s. 1187

⁴⁴ Andenæs 2010 s.402

menneskerettighetskonvensjon, men tolkingsresultatet blir desto klarere når bestemmelsen ses i lys av konvensjonen, spesielt kravet til ”fair trial” etter konvensjonens artikkel 6 nr 1 og tiltaltes rett til å avhøre vitner som blir ført mot ham, etter artikkel 6 nr 3 d.”⁴⁵

Det er et eksempel der Høyesterett gjør det klart at opplesningsadgangen skal vurderes i lys av kravet om forsvarlighet og forholdsmessighet.

Høyesterett har i ettertid lagt til grunn samme resultat. I Rt. 1999 s. 757 uttales det følgende på side 761: ”Når et vitne er til stede under hovedforhandlingen, kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp i tilfelle motstrid mellom vitnets forklaringer, eller for så vidt angår punkter som vitnet nekter å uttale seg om eller erklærer ikke å huske, jf. straffeprosessloven §296 annet ledd 1. punktum. Det må imidlertid innfortolkes en begrensning i adgangen til å lese opp, slik at en vurdering av forsvarligheten og forholdsmessigheten kommer sentralt inn, jf. Rt-1994 på side 1327. Sentralt i vurderingen av om en opplesning må ansees forsvarlig og forholdsmessig står tiltaltes rett til å stille spørsmål til vitner mot ham.”⁴⁶

Etter Høyesterettspraksis så skal ikke ordlyden i §296 tas helt på ordet. Som følge av Norges folkerettslige forpliktelser må bestemmelsen sees i sammenheng med EMK. Dersom opplesning skal tillattes så må tiltaltes minsterettigheter ivaretas jf. EMK art. 6 nr. 3 d. Det avgjørende vil til slutt være om rettergangen etter en totalvurdering fremstår som rettfærdig - ”fair trial” jf. EMK art. 6 nr. 1.

I denne totalvurderingen er det flere momenter som vil være av betydning. Hvorvidt forklaringen det er aktuelt å lese opp er å anse som det avgjørende eller hovedsakelige beviset mot tiltalte vil være blant de avgjørende momentene i denne totalvurderingen. Dersom forklaringen utgjør det hovedsakelige beviset så vil det være et moment for at opplesning ikke

⁴⁵ Rt. 1994 s. 1324 side. 1327

⁴⁶ Rt. 1999 s, 757 side 760

bør tillates. Ordlyden i strpl. 296, og rettspraksis gir anvisning på at resultatet beror på en forsvarlighets- og forholdsmessighetsvurdering.⁴⁷

I de neste avsnitt vil det følge en redegjørelse av Høyesterett samt EMD på rettsområdet.

3.1.2 Rettspraksis - Opplesningsadgangen i utvikling.

Opplesningsadgangen vedrørende vitnerforklaringer fra vitner som møter i retten har endret seg de siste 20 årene. Av den grunn tilfaller det naturlig å vise til rettspraksis som har ført til dagens rettstilling.

Historisk sett har man godtatt opplesning av vitneforklaringer så lenge de vilkår som har fulgt av lovens ordlyd har vært oppfylt. Fokuset ved opplesningsadgangen i norsk rett har vært rettet mot at vitnets rettigheter ikke skal bli krenket. Etter EMDs avgjørelse i den såkalte Unterpertinger mot Østerrike⁴⁸ ble norske domstoler i større grad enn tidligere opptatt av den siktedes rettigheter. Etter denne avgjørelsen var det ikke adgang til opplesning dersom forklaringen av det tidligere avgitte vitneprovet var å anse som det hovedsakelige beviset, og tiltalte ikke under noen stadiet av saken hadde fått mulighet til å eksaminere vitnet.⁴⁹

I Unterpertinger-dommen beskrives det man i ettertid har kalt hovedbevislæren. Læren går ut på at dersom beviset utgjør det hovedsakelige beviset, og tiltalte ikke får en anledning til å eksaminere vitnet så skal ikke opplesning tillates. Det klareste eksemplet på at vitneprovet vil utgjøre det hovedsakelige beviset i saken er typisk når det ikke er andre bevis i saken. Eller at det er andre bevis i saken, men disse ikke er av avgjørende betydning for domslutningen.

⁴⁷ Gert Johan Kjelby – Opplesning av tidligere avgitte forklaringer s. 549.

⁴⁸ Dom av 24. november 1986 – App. no. 9120/80

⁴⁹ Andenæs 2010 s. 402

I Unterpertinger-saken i dommens avsnitt 33 uttaler EMD følgende: ”It is rue that the statements made by Mrs Unterpertinger and Miss Tappeiner were not the only evidence before the courts. They also had before them, inter alia, the police reports, the medical reports appended thereto and the file on the couplers divorce proceedings...; in addition, the court of appeal had heard a sister-in-law of Mr Unterpertinger as a witness.

However it is clear from the judgment of 4 June 1980 that the Court of Appeal based the applicant conviction *mainly* on the statements made by Mrs Unterpertinger and Miss Tappeiner 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 woman at the time. Admittedly, it was for he Court of Appeal to assess the material before it as well as the relevance of the evidence wich the accused sought to adduct; but Mr Unterpertinger was nevertheless convicted on the basis of ”testimony” in respect of which his defence rights were appreciably restricted.

That being so, the applicant did not have a fair trial and there was a breach of paragraph 1 of article 6 of the Convention, taken together with the principles inherent in paragraph 3 (d).”⁵⁰

Dette taler dithen at opplesning av et hovedsakelig bevis vil ansees i strid med prinsippet om en rettferdig rettergang jf. EMK art. 6 nr 1. Sett det i sammenheng med at den tiltalte har en rett til å eksaminere vitnet jfr. nr. 3d.

Følgende skal jeg bruke noen kjennelser fra Høyesterett på 90 tallet for å illustrere de tilfeller der høyesterett fremhver faktum at dersom beviset utgjør det hovedsakelige beviset må opplesning som regel nektes.

Rt. 1990 s. 1221 var den første avgjørelsen der Høyesterett viste til avgjørelsen Urteper-tinger mot Østerrike. I denne avgjørelsen ble ikke opplesning tillatt, men Høyesterett ga uttrykk for de begrensninger som fulgte av EMK. Norsk rett var nå bevisste på at dersom

⁵⁰ Application No. 9120/80

vitneprovet utgjorde det hovedsakelige beviset så kunne opplesning som regel ikke tillates.⁵¹ Dette påvirket også rettstilstanden på området på 90 tallet.

I Rt.1997 s.1778 hadde en mann blitt dømt for tilfellet av voldtekt til samleie overfor sin samboer. De hovedsakelig bevis i saken var fornærmedes forklaring, og domfeltes mor. Dog hadde disse to påberopt seg fritagelse av vitneplikten etter strpl. §122. Da saken kom opp for retten nektet fornærmede å forklare seg. Vitnet var altså i retten, men nektet å forklare seg. Tiltaltes mor som også tidligere hadde avgitt en forklaring ønsket heller ikke å forklare seg for retten. Dermed var det spørsmål rundt adgangen til opplesning av disse politiforklaringene.

Høyesterett kom frem til at de avgjørende bevis i saken var nettopp de to forklaringene, og den tiltalte hadde således ikke fått en anledning til å eksaminere vitnet.

På side 1783 i dommen uttaler førstvoterende følgende: ”Det foreligger en omfattende, nyere praksis fra Høyesterett om opplesning av politiforklaringer i straffesaker. Denne praksis er knyttet til straffeprosesslovens regler om bevisumiddelbarhet og til bestemmelsene i EMK art. 6 nr. 1 og 3 d om rettferdig rettergang og anklagedes rett til å avhøre eller la avhøre vitner som påberopes mot ham. Etter praksis vil det være vesentlig moment hvor stor betydning politiforklaringen har, men også andre momenter kan være relevante. Hvor det dreier seg om de hovedsakelige bevis i en sak, vil bevisførsel i form av opplesning av politiforklaring som regel måtte avskjæres...”⁵²

Dette taler dithen at dersom beviset utgjorde det hovedsakelige beviset så måtte opplesning som regel nektes.

⁵¹ Matningsdal s.99

⁵² Rt.1997 s. 1778 s. 1783

3.1.3 EMDs praksis

3.1.3.1 EMDs utslag i Norsk rett

Hittil hadde rettstilstanden vært slik at opplesning ikke kunne skje såframt vitneprovet var å anse som det hovedsakelige beviset. I kjennelsen av Rt. 2003 s. 1808 åpner Høyesterett for å lese opp forklaringer som utgjør det hovedsakelige beviset såframt den tiltaltes eksaminasjonsrett var ivaretatt. Dette har i ettertid blitt betegnet som en kursendring. Ettersom hovedsakelige beviset ikke kunne leses opp.

I begrunnelsen av kjennelsen i 2003 hadde Høyesterett lagt betydelig vekt på en EMD avgjørelse, saken Peltonen mot Finland⁵³. Ettersom dommen har vært avgjørende for Høyesteretts kursendring er det naturlig med en anvisning av saken.

3.1.3.2 Peltonen-saken mot Finland

I EMDs decision av 11. Mai 1999 i saken Peltonen against Finland⁵⁴ hadde siktede N blitt arrestert og siktet for grove narkotikaforbrytelser. Under etterforskingen hadde siktede i avhør med politiet anerkjent flere narkotikalovbrudd i perioden 1992 -1994. Av den grunn ble mange andre dratt inn i saken, deriblant Peltonen. På dette grunnlag ble Peltonen varetekstfengslet 19. Mai 1994⁵⁵.

Dette var blitt en stor sak, og omfattet totalt 20 siktede. Under spørsmål fra aktor begynte N å benekte visse ting han hadde sagt under avhørene på etterforskningsstadiet. Videre trakk han tilbake forklaringene han hadde avgitt om Peltonen, og tre andre siktede.⁵⁶

Ved nytt felles rettsmøte den 27. September hadde N bestemt seg for å nekte å forklare seg om alt han tidligere hadde avgitt forklaring for i forbindelse med saken. Samtidig forsikret

⁵³ Matningsdal s.100

⁵⁴ Application no 20409/96

⁵⁵ Matningsdal s.101

⁵⁶ Matningsdal 2007 s.101

N om at han ikke kom til å besvare noen spørsmål. Peltonens forsvarer hadde på sin side planlagt å eksaminere N, men det er klart at dette ble umuliggjort når N gjorde det klart at han ikke ville svare.⁵⁷

Neste fellesmøte ble avholdt 11 oktober. Også på dette møte bekreftet N at han ikke var interessert i å forklare seg på nytt, og samtidig nektet å besvare spørsmål rettet mot han. Videre uttalte N at han ikke kunne "take the responsibility if innocent men were convicted on the basis of his statements". Peltonens forsvarer stilte på dette rettsmøte et spørsmål. I ettertid viste det seg at spørsmålet ikke var blitt protokollert, og svaret han fikk var heller ikke det⁵⁸.

Neste rettsmøte var 25 oktober der Peltonens forsvarer gjorde det klart at det eneste beviset som talte mot Peltonen var Ns tidligere avgitte forklaringer. Disse forklaringene hadde nå N trukket tilbake.⁵⁹

Etter en utsettelse kom saken til Peltonen opp igjen den 8. November. Her ble Peltonen funnet skyldig, og ble således dømt til åtte grove narkotikalovbrudd, og ulovlig våpenbesittelse. Dette ga Peltonen åtte år og seks måneder fengsel. Begrunnelsen for dommen var i hovedsak N sine tidligere avgitte forklaringer som retten hadde funnet troverdige. Peltonen anket dommen, uten at resultatet endret seg. Peltonen klagde saken inn for EMD, og EMDs domstol kom til samme resultat. Til tross for at det ble anført at N aldri hadde forklart seg i nærvær av Peltonen selv, eller hans forsvarer⁶⁰.

I den forbindelse uttalte EMD følgende: "In the present case there were five hearings at which the applicant and N. Were both present. On 30 august 1994 the applicant's counsel

⁵⁷ Matningsdal 2007 s.101

⁵⁸ Matningsdal 2007 s.101

⁵⁹ Matningsdal 2007 s.101

⁶⁰ Matningsdal 2007 s.102

put to N. certain questions concerning the latter's health. On 11 November 1994 the applicants counsel again put a question to N but it is not known whether the question was answered. It appears that the applicant's counsel did not put any further questions to N even though she had the opportunity on several other occasions. While N's persistence to remain silent may have made further questioning futile, in the circumstances of the 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.

As to the complaint that the applicant's conviction was based on N's statements not repeated in the applicant's presence, the Court recalls that it is in principle for the national courts to assess the evidence before them. There is no indication that by regarding the original statements of N as credible the national courts acted arbitrarily or otherwise exceeded their margin of appreciation in this respect.

An examination by the court of this complaint as it has been submitted does not therefore disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention and in particular in the above Article.”^{61 62}.

EMD avviste klagen, og karakteriserte den som ”manifestly ill-fondet”. Dog er det verdt å påpeke at det også var andre bevis som understøttet N's tidligere avgitte forklaringer. Under sine avgjørelse hadde ikke EMD kommet inn på hovedbevislæren, og av den grunn må det kunne konstateres at dommen ”to a desisive degree” var begrunnet i N's forklaringer avgitt på etterforskningsstadiet⁶³.

Ettersom vi er folkerettslig forpliktet til å følge EMDs praksis i slike saker hadde saken betydning for norsk rett også. Dette kommer særlig til uttrykk i kjennelsen av Rt.2003 s. 1808.

⁶¹ Matningsdal 2007 s.102

⁶² Application no. 30409/96

⁶³ Matningsdal 2007 s.102

3.1.4 Kjennelsen av Rt. 2003 s.1808 - samt praksis etter kjennelsen.

Kjennelsen betegnes som den grunnleggende utgangspunkt i norsk rett hva det gjelder opplesningsadgangen i de tilfeller vitnet møter, men nekter å forklare seg⁶⁴. I de tilfeller vitnet møter, og vilkårene i strpl §296 vil ansees oppfylt, vil tiltaltes minsterettigheter etter EMK art. 6 nr. 3d ha avgjørende betydning for opplesningsadgangen. Så lenge den tiltaltes minsterettigheter etter EMK art. 6 nr. 3d ansees oppfylt, vil det tale for at opplesningen er å anse som forsvarlig, og forholdsmessig jf. EMK art. 6 nr. 1.

I kjennelsen av Rt. 2003 s. 1808 hadde et av vitnet forklart seg både i politiavhør, og i en rettslig forklaring. Under hovedforhandlingen nektet imidlertid vitnet å forklare seg, og henviste til strpl. §123. Lagmannsretten hadde nektet opplesning, og viste til at en eventuell opplesning ville vært i strid med EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3d. Høyesterett opphevet kjennelsen og kom frem til at opplesning likevel kunne tillates.

I avsnitt 17 i kjennelsen av Rt. 2003 s.1808 kommer det som betegnes som kursendringen fra den tradisjonelle synet om hovedbevislæren (jf. Urtepertinger-saken) når førstvoterende uttaler: ”Etter praksis fra Den Europeiske menneskerettsdomstol (EMD) følger det av EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr 3 bokstav d at vitner som hovedregel må forklare seg i offentlig rettsmøte i tiltaltes nærvær (at a public hearing in the presence of the accused). Under forutsetning av at forfølgningen etter en totalbedømmelse fremstår som forsvarlig og rettferdig, kan det imidlertid gjøres enkelte unntak fra denne regelen. Selv om en forklaring som er avgitt under etterforskningen, er det eneste eller avgjørende bevis, kan forklaringen under denne forutsetning tillates opplest, såfremt tiltalte eller hans forsvarer har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere stadium av forfølgningen (”adequate and proper opportunity to

⁶⁴ Matningsdal s.01

challenge and question a witness against him, either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings).”⁶⁵

Resultatet av dommen tilsier at opplesning kan skje også i de tilfeller beviset utgjør det ”hovedsakelige” beviset, dog forutsatt at den siktedes eksaminasjonsrett ivaretas.

Høyesterett hadde lagt avgjørende vekt på Peltonen-saken når denne kursendringen ble foretatt. Samt hadde Høyesterett vist både til Luca, og Craxi saken mot Italia. Dette for å fremvise at dersom tiltalte eller forsvareren får en anledning til å stille spørsmål til vitnet så vil det åpne for opplesning til tross for at forklaringen utgjør det hovedsakelige beviset. Det kan ikke forventes at den tiltalte skal få konkrete svar, eller få en forklaring fra vitnet.⁶⁶

3.1.5 Oppsummering

Dersom de materielle vilkårene i strpl. §296 er oppfylt er det adgangen til opplesning. Dog skal opplesningens adgangen vurderes i sammenheng med reglene som følger av EMK art. 6 nr. 1 og 3 d. Det skal foretas en totalvurdering der tiltaltes kontradiksonsrett i form av eksaminasjon av vitnet vil være av avgjørende betydning.

Med et møtende vitnet under hovedforhandlingen vil den tiltalte få anledning til å stille spørsmål. Den tiltaltes rettigheter til å eksaminere vitnet er ikke betinget av at vitnet svarer, men det avgjørende er om tiltalte har fått en forsvarlig anledning til å stille spørsmål.⁶⁷

Dersom vitnet er i retten, og nekter å svare så skal den tiltalte likevel gis en anledning til å stille spørsmål. At vitnet nekter å forklare seg, skal ikke frata den tiltalte retten til å få en anledningen til å stille spørsmål.⁶⁸

⁶⁵ Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17

⁶⁶ Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 21.

⁶⁷ Application No: 33354/96 Luca v Italy se avsnitt 40.

4 Vitnet uteblir

4.1.1 Innledning

Hittil har jeg behandlet adgangen til opplesning av politiforklaringer i de tilfeller vitne har møtt opp i retten. I dette kapitlet vil jeg behandle rettstilstanden for opplesningsadgang av politiforklaringer for ikke-møtende vitner. Ettersom vitnet ikke vil være til stede vil opplesning i disse tilfellene vil frata den tiltalte retten til å eksaminere vitnet. Dette vil ikke bare utgjøre et brudd mot den siktedes minsterettigheter, men vil også kunne tale imot rettssikkerhetsidealet. I likhet med strpl. §296 skal også strpl. §297 sees i sammenheng med reglene som følger av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3d⁶⁹.

Innledningsvis vil det redegjøres for de materielle vilkår som følger av loven jfr. strpl. §296 og deretter se dem i sammenheng med EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3d. Deretter vil det ved bruk av rettspraksis bli redegjort for den historiske utviklingen, samt gjeldende rett på rettsområdet.

4.1.2 Lovtekst

Strpl. §297 åpner for opplesning av tidligere avgitte politiforklaringer til tross for at vitnet ikke har møtt opp i retten.

Ordlyden i strpl. §297 lyder følgende: ”Når et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen, kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift.

⁶⁸ Kaste Mathisen v. Norway Application nr. 188885/04 9. november 2006 se avsnit 50-56

⁶⁹ Andenæs 2010 s. 403

En skriftlig erklæring som vitnet har gitt i anledning av saken, kan bare leses opp såfremt begge parter samtykker eller rettslig avhør ikke kan foretas”⁷⁰

En opplesning av tidligere avgitte forklaringer tillates altså i de tilfeller forklaringen er angitt i anledning av ”saken” jf. strpl. §297. Videre forutsettes det at ”muntlig avhør ikke er mulig” eller ”ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift” jf. strpl. § 297.

Det første spørsmålet er således når forklaringen er gitt i anledning av ”saken” jf. strpl. §297 første ledd første punktum.

Et klart eksempel på at den avgitte forklaringen er avgitt i anledning av saken er når vitnet direkte blir avhørt om de forhold siktede er tiltalt for. Et eksempel på at forklaringen ikke er angitt i anledning av saken er typisk hvis vitne har uttalt seg i en annen sak der tiltalte ikke er innblandet.⁷¹

Videre kan den tidligere avgitte forklaringen bare leses opp såfremt ”muntlig avhør ikke er mulig”. Spørsmålet er hva ansees som ”ikke mulig” i lovens forstand jf. strpl. §297.

Et eksempel klart eksempel på dette er de tilfeller vitnet er død. Dette kommer også frem i Rt. 1995 s. 1295. Saken dreide seg om opplesning av en tidligere forklaring fra et vitne som hadde tatt selvmord ei uke før hovedforhandlingen. Vedrørende spørsmålet om hva som er å anse som ”ikke mulig”⁷² slår Høyesterett fast at dersom vitne er død så er vilkåret ”ikke mulig” oppfylt.

Høyesterett uttaler følgende på side 1296: ”Lagmannsrettens kjennelse vedrørende B’s politiforklaring er begrunnet slik ”Etter at B er død er muntlig avhør ikke mulig., jfr. strpl.§

⁷⁰ LOV-1981-05-22-25 §297

⁷¹ Kartl Otto Thorheim Rettsdata online fotnote 2244

⁷² Strpl. §297

297...” Lagmannsretten har tatt et riktig utgangspunkt for vurderingen av om B’s politiforklaring av 26. oktober 1994 kunne leses opp”.⁷³

Et annet eksempel på at ”muntlig avhør ikke er mulig” i lovens forstand er dersom vitne befinner seg i utlandet på ukjent sted.⁷⁴

Imidlertid vil ikke vilkår ansees oppfylt dersom hovedforhandlingen skulle være i Oslo, og vitnet hadde hatt fast bopel i landet et sted. Dersom det viser seg at vitnet er i utlandet så må vi skille mellom de tilfeller vitnet nekter å møte opp, og de tilfeller vitnet er villig til å møte opp⁷⁵. Dersom det viser seg at vitnet kunne tenke seg å møte opp så følger det av lov om nordisk vitneplikt av 21. mars 1975 nr. 9 §1⁷⁶ at personer som er ”busette og oppheld” seg i et av de nordiske land kan vedkommende bli pålagt å møte opp som vitne⁷⁷.

Ved spørsmålet om opplesningen vil medføre ”uforholdsmessig ulempe eller utgift” må en foreta en konkret skjønsmessig vurdering der en tar hensyn til sakens alvor og bevisets vurdering.⁷⁸ Jo mer alvorlig saken er desto større adgang blir det for å lese opp politiforklaringen. Under vurderingen skal en se hen til hvor viktig vitnet er. Er det slik at det ikke er noen andre vitner, eller noen andre bevis tilsier det at viktig er å anse som svært viktig. Det vil tale dithen at vitne opplesning vil kunne fremme den faktiske sannheten. Dersom det viser seg at det vil påløpe store utgifter å påtvinge vitnet å møte vil prosessøkonomiske hensyn tale for det vil anses som ”uforholdsmessig utgift” å hente inn vitnet.⁷⁹

⁷³ Rt. 1994 s.1295 side. 1296

⁷⁴ Karl Otto Thorheim. Rettsdata.no strl. §297

⁷⁵ Matningsdal 2007 s.41

⁷⁶ Lov

⁷⁷ Matningsdal 2007 s.41

⁷⁸ Andenæs 2010 s. 402

⁷⁹ Matningsdal 2007 s.42

Det avgjørende vil til slutt være om rettergangen etter en totalvurdering fremstår som rettferdig - ”fair trial” jf. EMK art. 6 nr. 1. I denne totalvurderingen er det flere momenter som vil være av betydning. Hvorvidt forklaringen det er aktuelt å lese opp utgjør det avgjørende eller hovedsakelige beviset mot tiltalte vil være blant de avgjørende momentene i denne vurderingen. Særlig ettersom vitnet nå ikke er i retten. Dette fratår den tiltalte retten til kontradiksjon ettersom han ikke får stilt spørsmål til vitnet.

4.1.3 Rettspraksis før Rt. 2001 s29

I perioden frem til 90-tallet hadde norske domstoler vært mest opptatt av at vitnets rettigheter var ivaretatt dersom opplesning av en tidligere politiforklaring ble tillatt. Først på 90-tallet ble norske domstoler oppmerksomme på den tiltaltes rettigheter under opplesningen av politiforklaringer. Dette var et utslag av Urtepertinger-dommen som kom i 1986. I perioden etter, særlig fra 1990-2001 har vi en rekke Høyesterettsavgjørelser der Høyesterett tar opp den tiltaltes rettigheter.⁸⁰

Rt. 1990 s.312 spørsmålet om en tidligere avgitt forklaring fra et ikke møtende vitne kunne leses opp. Det dreide seg om en dødsulykke der et vitne hadde sett ulykken. Til tross for at vitnet var stevnet, så møtte ikke henne opp under hovedforhandlingen. Således var spørsmålet om en opplesningen ville krenke den tiltaltes minsterettigheter i form av eksaminering av vitnet. Høyesterett skulle for første gang etter Urtepertinger-dommen ta hensyn til de begrensninger som følger av de folkerettslige forpliktelser etter EMK i forbindelse med opplesning av politiforklaringer.⁸¹

Som en del av bevisgrunnlaget hadde en politiforklaring blitt opplest. Domfelte i saken henviste til EMD avgjørelser i Unterpertinger og Kostovski⁸²-saken og gjorde retten opp-

⁸⁰ Matningsdal 52

⁸¹ Matningsdal 2007 s. 54

⁸² Application no.11454/85 20. november 1989

merksom på at opplesning ikke kunne skje så lenge han eller forsvareren ikke hadde fått anledning til å stille spørsmål til vitnet. Høyesterett kom frem til at opplesning i dette tilfellet ikke ville være i strid med EMK art. 6.

På side 315 i dommen uttales det følgende: ”Avgjørelsen av om konvensjonsbestemmelsene er overtrådt, bygger imidlertid på en nærmere vurdering av sakene. Problemstillingen er i plenumsdommen i Kostovski-saken fremmet å være hvorvidt rettergangen – betraktet som helhet – tilfredsstillende kravet til ”fair trial”. i begge avgjørelser er det understreket at bestemmelsene i artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 d er en spesiell side av det grunnleggende krav til ”fair trial”⁸³.

På side 316 oppsummerer førstvoterende rettstilstanden slik: ”De synspunkter dommene gir uttrykk for, harmonerer etter min mening godt med en rimelig forståelse av forholdsmessighetskriteriet i straffeprosesslovens §297 i lys av de prinsipper også vår straffeprosess bygger på. Hvis det dreier seg om helt sentrale vitner, som det er mulig å føre for den dømmende rett, må hensynet til tiltaltes rettsikkerhet regelmessig slå igjennom i forhold til utgifter og ulemper ved utsettelse av saken”.⁸⁴

Her sier altså Høyesterett at dersom det dreier seg ”om helt sentrale vitner” – noe som kan tale for at deres vitneprov utgjør det hovedsakelige beviset så vil opplesning bli avskåret så lenge tiltalte mister retten til kontradiksjon mot vitnet. Kjennelsen viser også betydningen av at den tiltaltes rettsikkerhet blir ivaretatt.

For at opplesning skal være rettmessig må avgjørelsen bero på en totalvurdering der den aktuelle forklaringen har vesentlig betydning for de øvrige bevis i saken. Denne vurderingen gjaldt tiltaleposten der forklaringen gjaldt, at det var bevisumiddelbarhetsprinsippet i resterende tiltaleposter hadde ingen betydning.

⁸³ Rt. 1990 s.312 side 315

⁸⁴ Rt. 1990 s. 312 side 316.

I samsvar med EMD bygget altså Høyesterett på 1990-tallet på hovedbevislæren. Dreide det seg om et hovedsakelig bevis, og vitnet ikke hadde møtt opp på noen av stadiene i saken så kunne ikke opplesning foretas. Dog skulle det komme noen endringer.

4.1.4 Rt.2001 s. 29 - Innstramming i opplesningsadgangen

I 2001 skulle det komme en justering fra Høyesterett som begrenset adgangen til å kunne lese opp politiforklaringer. Hovedsakelige bevis i saken kunne leses opp såframt tiltaltes rettigheter var ivaretatt, men adgangen til å lese opp hadde blitt snevrere.⁸⁵ Etter kjennelsen i Rt. 2001 s. 29 var det ikke lenger bare ”hovedsakelige eller avgjørende” bevis som kunne nektes opplest, men også ”betydningsfull bevis”, og bevis som ”ikke hadde ubetydelig vekt i den samlede bevisbedømmelse”.

Spørsmålet i saken var om det var en saksbehandlingsfeil å tillatte opplesning av politiforklaring fra et ikke-møtende vitne.

Forklaringen det var snakk om var utgitt av et vitne som selv hadde blitt utpekt for lovbruddet. Domfelte i saken hadde både i byretten og lagmannsretten blitt dømt for brudd mot strl. §229 andre straffalternativ jf. §232. I begge instansene var opplesningen av forklaringen blitt tillatt opplest.

Høyesterett kom frem til at det var en saksbehandlingsfeil å tillatte forklaringene opplest. Det fremgår av førstvoterende at forklaringen var å anse som ”betydningsfull bevis” og den hadde ”ikke ubetydelig vekt i den samlede bevisbedømmelse”.⁸⁶ På side 33 i dommen uttales det følgende: ”På denne bakgrunn er det en reell mulighet for at opplesning av D’s politiforklaring har hatt en *utslagsgivende betydning* i den samlede bevisbedømmelse, og den

⁸⁵ Andenæs s. 404

⁸⁶ Rt. 2001 s.29 s.32

således fremstilte seg som *et viktig og kanskje nødvendig bevis*".⁸⁷ Av den grunn kom høyesterett frem til at opplesning ikke kunne skje.

Beviset var altså ikke det hovedsakelige beviset slik hovedbevislæren i Unterpertinger avgjørelsen. Det var nok at vitneprovet var å anse som "utslagsgivende" for bevisbedømmelsen, og fremstilte seg som et "viktig og kanskje nødvendig bevis". Dette var en klar omformulering av den rettslige normen vedrørende opplesning. I Rt.1990 s.1221 ble det konstatert at det ikke var adgang til opplesning så lenge en fellende avgjørelse av skyldspørsmålet "hovedsakelig måtte bygge på" den tidligere avgitte forklaringen. I Rt. 1999 s. 757 var formuleringen "det avgjørende eller hovedsakelig bevis". Dette taler klart for at Høyesterett hadde endret formuleringen av den rettslige normen vedrørende opplesning.⁸⁸

Det spesielle i den saken er ikke bare det at Høyesterett innstrammet vilkårene for opplesning. Men, måten de gjorde det på reiste en rekke spørsmål. Det forelå ikke noe rettspraksis fra EMD som tilsa at vilkårene for opplesningsadgangen skulle innstrammes. Og det var heller ikke nasjonal regel som ga adgang for dette. I ettertid ble det reist spørsmål hvorvidt Høyesterett kunne foreta en slik justering. Dette var av mange ansett som en konstitusjonell krenkelse av lovgiver. Mange mente at Høyesterett hadde gått for langt.⁸⁹

Imidlertid var ikke alle av den oppfatning. Professor, og Høyesterettsdommer Magnus Matningsdal uttaler i boken "Den siktedes rett til å eksaminere vitner" følgende om dommen: "Personlig reagerte jeg ikke på denne avgjørelsen. Jeg tenkte særlig på reservasjonen i Rt. 1990 s.312 om at man "regelmessig" var avskåret "fra å lese opp forklaringer fra helt sentrale vitner". dette utsagnet og mellomliggende praksis viser at opplesning etter en konkret vurdering kunne være avskåret også for andre."⁹⁰

⁸⁷ Rt. 2001 s.29 s.33

⁸⁸ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt. 18

⁸⁹ Se Matningsdal 2007 s. 59

⁹⁰ Se Matningsdal 2007 s.56

En lignende sak kom opp i 2004 s.97 hadde en medtiltalte avgitt en forklaring. Under hovedforhandlingen benyttet han sin rett til å nekte å forklare seg. Mange var spente på hvor Høyesterett skulle legge terskelen denne gangen. Skulle høyesterett tilbake til utgangspunktet om at forklaringen ikke måtte utgjøre det hovedsakelige eller avgjørende beviset? Høyesterett kom frem til at forklaringen ikke kunne leses opp fordi den utgjorde en ”utslagsgivende betydning i den samlede vurdering”⁹¹.

I Rt 2004 s.97 uttaler førstvoterende (avsnitt 17): ”I de tilfeller hvor forklaringen vil være et vesentlig bevis for tiltaltes skyld, har Høyesterett lagt til grunn at opplesning av rettslig forklaring og politiforklaring som vil måtte avskjæres når tiltalte ikke har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet. I tidligere praksis har problemstillingen vært om en fellende dom ”hovedsakelig” vil måtte bygge på D`s forklaringer det er spørsmål om å lese opp, jf. blant annet Rt. 1991 s. 1096. I dommen Rt. 2001 s.29, hvor opplesning av vitnets politiforklaring ledet til at lagmannsretten dom ble opphevet, uttalte førstvoterende at det var en *”reell mulighet for at opplesningen av D`s politiforklaring har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis”*. Jeg bygger på den presisering – og antagelig modifikasjon i vurderingste maet som fremgår av avgjørelsen i Rt. 2001 s.29”⁹².

Hvis en skal se avgjørelsen i sin helhet er det nærliggende å tro at Høyesterett ikke har lagt betydelig vekt på hvor sentral vitnet er, men lagt større vekt på at rettergangen mot den tiltalte skulle fremstå som rettferdig jf. EMK art. 6 nr. 1.⁹³ Men det var bred enighet om at Høyesterett hadde justert opplesningsadgangen.

⁹¹ Rt. 2004 s. 97

⁹² Rt. 2004 s.97 avsnitt 17

⁹³ Andenæs s.404

Spørsmålet vedrørende opplesning kom opp på ny i Rt. 2004 s.897. Og i denne kjennelsen kunne Høyesterett enda en gang bekrefte justeringen.

I avsnitt 9 i kjennelsen nevnes den generelle kriteriet på følgende vis: ”Ved bedømmelsen av om det var riktig å tillate opplesning, er det avgjørende kriterium om det er en reell mulighet for at opplesningen kan ha hatt en *utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse*, og at den således fremstilte seg som *et viktig og kanskje nødvendig bevis*, se Rt. 2001 side 29”.⁹⁴

I avsnitt 17 i kjennelsen konkluderer Høyesterett følgende: ”Som påpekt følger det av Høyesteretts praksis 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 bevisbedømmelsen. Jeg finner ikke å kunne se bort fra at dette var situasjonen her. ...”⁹⁵. Opplesningen var ikke berettiget, og kjennelsen ble dermed opphevet.

Senere samme år var opplesning et tema igjen i Høyesterett. I dette tilfelle var opplesningen rettmessig. Men, dette endret ikke Høyesteretts kurs i forhold til opplesningsadgangen. I kjennelsen av Rt. 2004 s.943 avsnitt 19 beskriver høyesteretten normen som ”bevis av betydning”. Dette tiler dithen at normen som var lagt til grunn var den samme som i kjennelsen av Rt. 2001 s. 97.⁹⁶

Selv om Høyesterett ved å oppstille strengere vilkår ønsket å styrke rettsikkerheten for den tiltalte, så har det imidlertid vært en del innvendinger mot det. Blant disse innvendingene er faktum at ved kursendringen så hadde ikke Høyesterett vist til en eneste avgjørelse i EMD som kunne gi utslag til en tilsvarende justering av opplesningsadgangen. Det nærmeste man kom en legitim henvisning det var vist til var ”Høyesteretts praksis”. Norsk rett hadde i

⁹⁴ Rt 2004 s.897 avsnitt 9

⁹⁵ Rt. 2004 s.897 avsnitt 17

⁹⁶ Rt. 2004 s. 943 avsnitt 19.

dette tilfelle overgått EMD, og dermed i prinsippet brutt våre folkerettslige prinsipper. Ettersom dette var en lovregulert område hadde heller ikke Høyesterett en konstitusjonell kompetanse til å foreta den type kursendring. Historien skulle dog vise at Høyesterett hadde gått for langt.⁹⁷

4.1.5 Rt. 2004 s. 1789 - tilbake til utgangspunktet

Som tidligere nevnt hadde Høyesterett gått lengere enn EMDs praksis skulle tilsi. Imidlertid skulle dette ikke vare lenge. I Rt. 2004 s. 1789 skulle rettsstillingen i forhold til opplesning testes på nytt. Denne kjennelsen blir ofte betegnet som avgjørelsen der Høyesterett ”returnerte” til utgangspunktet som hadde vært rettspraksis fra 1990-2001.⁹⁸

Saken dreide seg om opplesning av tidligere avgitte forklaringer. Det ene vitnet hadde ikke blitt gjort oppmerksom på reglene om fritagelsesplikten etter strpl. §122. Av den grunn nektet vedkommende å avgi forklaring under hovedforhandlingen.

Spørsmålet var således hvilken betydningen vitneforklaringene hadde for bevisspørsmålet. I den anledning var det spørsmål om Høyesterett skulle legge avgjørende vekt på rettspraksis fra 90 tallet som la til grunn ”det hovedsakelige eller avgjørende bevis”, eller den strengere normen om ”utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis” jf. rettspraksis fra 2001-2004.

Rt 2004 s. 1789 kommer Høyesterett frem til at kriteriet om ”hovedsakelig bevis” skal legges til grunn. Årene i forveien hadde menneskerettsdomstolen behandlet saker som omhandlet opplesning av politiforklaringer. Aktiviteten på rettsområdet i EMD hadde Høyesterett vært oppmerksomme på, og i kjennelsen av Rt.2004 s.1789 ble det blant annet hen-

⁹⁷ Matningsdal s.58 og 60.

⁹⁸ Andenæs s. 404

vist til Luca mot Italia⁹⁹ dom av 27 februar 2001 der det i avsnitt 40 uttales det følgende: ”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”¹⁰⁰

Samt poengterer Høyesterett ved å vise til Craxi mot Italia¹⁰¹ at dersom vitnet ikke er til stedet i retten så kan ikke opplesning skje hvis ”en fellende dom bare eller i avgjørende grad vil være basert på vitneforklaringer som er avgitt av en person som den tiltalte ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre”¹⁰².

Således bekrefter Høyesterett at dette stemmer med den tidligere rettspraksis i norsk rett fra 1990 til 2001 ved å uttale følgende¹⁰³: ”Høyesterett har i en rekke saker benyttet lignende formuleringer. I avgjørelsen i Rt.1990 s.1221 ble det for eksempel lagt til grunn at en politiforklaring ikke kan leses opp dersom en fellende avgjørelse av skyldspørsmålet ”hovedsakelig vil måtte bygge på” forklaringen. I avgjørelsen i Rt. 1999 s.757 ble formuleringen ”det avgjørende eller et hovedsakelig bevis” brukt.”¹⁰⁴

I ettertid fikk vi andre avgjørelser fra Høyesterett som kunne bekrefte at rettstilstanden var tilbake til utgangspunktet. Både i Rt. 2004 s.1974 og 2006 s.120 var kriteriene for opplesning de samme. Man kan med andre ord si at dersom man ser bort i fra perioden fra 2001 – 2004 så har ”hovedbevislæren” vært gjeldende rett i forhold til opplesning av politiforklaringer.

⁹⁹ App. No. 33354/96

¹⁰⁰ App. No. 33354/96 avsnitt. 40

¹⁰¹ App. No. 34896/97

¹⁰² Rt.2004 s.1789 Avsnitt 16

¹⁰³ Andenæs s. 404

¹⁰⁴ Rt.. 2004 s.1789 avsnitt 17.

4.1.6 Vurdering av hva som er å anse som ”det avgjørende eller hovedsakelig beviset”

Dersom forklaringen det er aktuelt å lese opp utgjør ”det avgjørende eller hovedsakelige” beviset for domfellelsen, og tiltalte ikke har fått anledning til å eksaminere vitnet så er det ikke adgang til opplesning. Således er spørsmålet når en forklaring er å anse som det ”avgjørende og hovedsakelige” bevis. Skal dette konstateres etter en isolert vurdering av forklaringen det er aktuelt å lese opp, eller skal dette konstateres etter en helhetsvurdering av de bevisene i saken?

Spørsmålet ble behandlet av høyesterett i Rt. 2005 s. 1353. Saken gjaldt spørsmål vedrørende beviskravet for de forhold som ikke var omfattet av tiltalen. På spørsmål om hva bevisbedømmelsen beror på, svarer førstvoterende følgende i kjennelsens avsnitt nr. 14: ”Bevisbedømmelsen beror ofte på en vurdering av flere momenter som hver for seg kan ha ulik bevisstyrke. Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så det etter en samlet vurdering av momentene ikke er tvil om konklusjonen”.¹⁰⁵

Dette taler dithen at forsvareren skal få en anledning til å eksaminere et vitne dersom vedkommens forklaring etter en helhetsvurdering av bevisene i saken utgjør det som er å anse som det ”avgjørende” eller hovedsakelige beviset.

4.1.7 Oppsummering

Ovenfor er det redegjort for opplesningsadgangen av vitneforklaringer for ikke-møtende vitner. Det rettslige grunnlaget etter norsk rett er strpl. §297. Selv om de materielle vilkåre-

¹⁰⁵ Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14

ne i strpl. §297 skulle ansees oppfylt vil det ikke tilsi at opplesning er tillat. Avgjørende vil være de begrensninger som følger av EMK art. 6 nr. 1 og 3d.¹⁰⁶

Dersom vitnet på et eller annet stadiet i saken har fått eksaminert vitnet, vil EMK art. 3d ikke være til hinder for opplesning. Det kreves ikke at tiltalte har fått anledning til å eksaminere under hovedforhandlingen, eller at vitnet svarer på de spørsmål. Avgjørende er om vitnet har fått en anledning til å stille spørsmål jfr. en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå de forklaringene som utgjorde det rettslige grunnlaget for domfellelsen.¹⁰⁷

Dersom det viser seg at tiltalte ikke har fått mulighet til å eksaminere vitnet vil opplesningsadgangen bero på en helhetsvurdering der forklaringens bevismessige verdi vil være avgjørende. Det er debatt om hva som ansees gjeldende rett vedrørende dette, men med grunnlag i dommene ovenfor vil en kunne si at hovedbevislæren er gjeldende rett hva det gjelder opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra ikke-møtende vitner.

Dette understøttes også av nylig avsagt dom i Høyesterett jfr. Rt. 2013 s. 2295. Spørsmålet i saken var forståelsen av normen som skal legges til grunn for opplesningsadgangen. Vitnet i saken hadde meldt gyldig forfall, og av den grunn var det behov for opplesning. Avgjørelsen er særlig interessant fordi den tar opp diskusjonen av hvilket norm som skal legges til grunn ved vurderingen av opplesningsadgangen. Normen som er lagt til grunn i perioden 2001 til 2004, eller tradisjonelle hovedbevislæren.

Lagmannsretten hadde lagt til grunn samme formulering av normen som Høyesterett i perioden 2001-2004. Nemlig at dersom forklaringen utgjorde det ”utslagsgivende” beviset, og vitne ikke hadde fått ivaretatt sin rett til eksaminasjon av vitne så kunne opplesning ikke tillates. Høyesterett kom frem til at lagmannsretten ved å legge til grunn normen fra dom-

¹⁰⁶ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 20

¹⁰⁷ Application No: 33354/96 Luca v Italy avsnitt 40.

men i Rt. 2003 s.97 hadde begått en feil. Og henviste til nyere rettspraksis som legger til grunn den tradisjonelle forståelsen av normen jfr. hovedbevislæren¹⁰⁸

Lagmannsretten hadde kommet frem til riktig resultat, men Høyesterett mente at en vurderingsformen som var lagt til grunn var for streng.¹⁰⁹

Høyesterett viser også til nyere rettspraksis i EMD som bekrefter samme oppfatning av normen jfr. Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia.¹¹⁰ Samt siteres det til avsnitt 31 i dommen Stefancic mot Slovenia som bekrefter samme oppfatning av vurderingsformen.¹¹¹

Dette taler dit hen at opplesning i de tilfeller vitnet ikke er i retten, og vitnet ikke får utført eksaminasjon beror opplesningsadgangen på en totalvurdering etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d, der forklaringens bevismessige verdi er avgjørende.

¹⁰⁸ Rt. 2013 s. 1295 avsnitt 15. Her henviser Høyesterett blant annet til avgjørelsen av Rt. 2004 s. 1789.

¹⁰⁹ Rt. 2013 s. 1295 avsnitt 25

¹¹⁰ Application No. 26766/05 og 22228/06. Dato 15. desember 2011. avsnitt 118-151

¹¹¹ Application No. 18027/05 Dato. 25. oktober 2012. Avsnitt 31.

5 Ikke møtende vitner – Typetilfeller der det kan gjøres unntak fra hovedbevislæren

5.1.1 Innledning

Dog kan det oppstå situasjoner der det kan tenkes unntak fra dette. Den tiltaltes eller påtalemyndighetenes opptreden, eller omstendigheten kan åpne for unntaket av dette.

Et eksempel på dette kan være at påtalemyndighetene har gått frem på en så klanderverdig måte ved politiavhøret at det ikke vill være forenelig med kravet om ”rettferdig rettergang” å lese opp forklaringen jf. EMK art. 6 nr. 1. Påtalemyndighetenes atferd vil her innsnevre opplesningsadgangen.

I dette kapitlet skal jeg redegjøre for type tilfeller der det kan tenkes unntak fra hovedbevislæren.

5.1.2 Tiltalens opptreden

Ettersom EMK artikkel 6 nr. 3d hjemler den tiltaltes rett til å eksaminere vitner er det nærliggende å ta hensyn til den tiltaltes opptreden i forhold til opplesningen. Det er ikke så sjeldent at den tiltalte helst ser for seg at vitnet nekter å forklare seg, eller nekter å møte i retten. På den måten kan han påtvinge påtalemyndighetene å begjære opplesning av de tidligere avgitte forklaringer. Med et vitne som ikke er til stedet, eller nekter å forklare seg står hans rett til å eksaminere vitnet i fare. Dersom det viser seg at han selv har skapt situasjonen ved f.eks. å true eller presse vitnet til å ikke møte opp, vil det ikke være rettmessig

av tiltalte å påberope seg retten til å eksaminere vitnet.¹¹² I det følgende vises det til hvordan Høyesterett har løst den type problemstillinger, og om tiltaltes opptreden var utslagsgivende.

Avgjørelsen i Rt. 1994 s. 469 er ganske lik problemstillingen som illustreres ovenfor. Den tiltalte i saken var tiltalt mot brudd på strl. §227. Barna, og hustruen hans hadde nektet å forklare seg i byretten. Retten kom frem til at forklaringene vil utgjøre det ”helt overveie-nde” bevis i saken. Byretten mente at tiltalte i saken hadde presset hustruen og barna til å nekte å forklare seg ovenfor byretten, og av den grunn måtte opplesning tillates. Tiltalte anket saken til Høyesterett.

Høyesterett forkastet anken og uttaler følgende på side. 470 og 471: ”Det er for høyesterett ikke fremkommet noe som kan svekke riktigheten av dette, og jeg legger til grunn at det er press fra domfelte som er årsak til at vitnene ikke ville forklare seg for retten. I denne situa-sjonen kan det ikke være strid med kravet til ”fair trial” at domfelte ikke fikk eksaminere vitnet. Han har selv vagt å fremtvinge den situasjonen han beklager seg over. Etter mitt syn skal domstolene ikke måtte akseptere at press eller trusler fra tiltaltes side skal få betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet.”¹¹³

Poenget i avgjørelsen er at det er domfelte selv som skaper situasjonen. Dog kan det tenkes at vitnet ikke møter opp, men at dette ikke skyldes tiltalte.

I noen tilfeller kan det være uklart om det er tiltaltes adferd som har ført til at vitnet ikke har møtt opp i retten. For om tiltalte eller noen i hans nære krets ikke kan klandres for å presset vitnet til å ikke møte opp, så vil det ikke være rettfærdig at tiltalte skal bære konsekvensen av dette ved å miste sin rett til kontradiksjon.

¹¹² Matningsdal s. 71

¹¹³ Rt.1994 s.469 side 470, 471

Problemstillingen kom opp i Høyesterett i Rt. 2004 s.1425. Faktum i saken omhandlet tvangsekteskap. Familien hadde truet kvinnen på livet dersom hun nektet å gifte seg med sin fetter. Den fornærmede nektet å møte opp i retten av frykt for hevnaksjoner fra familien. Tingretten leste opp hennes tidligere avgitte forklaring. Imidlertid nektet lagmannsretten forklaringen opplest. Begrunnelsen var at de tiltalte i saken ikke hadde truet noen, men at fornærmede som også var vitne følte seg truet og av den grunn ikke ville vitne. Spørsmålet var om dette var nok til å fravike hovedbevislæren.

Høyesterett besvarte problemstillingen på følgende vis: ”Jeg kan ikke uten videre slutte meg til et slikt syn. 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 tillatte opplesning av politiforklaringer og dermed berøve tiltalte retten til kontradiksjon, så sant det dreier seg om avgjørende eller hovedsakelige bevis. 16. For at det skal stilles opp et unntak fra retten til kontradiksjon i tilfeller der vitneprovet er det avgjørende eller hovedsakelige bevis, må etter min mening tiltalte direkte kunne bebreides for å ha skapt den situasjonen at vitnet uteblir eller nekter å forklare seg... 17. Jeg ser likevel ikke bort fra at det allerede på gjerningstidspunktet, og kanskje også tidligere, kan forekomme trusler eller annet press som er så klart uttalt i ord eller handling at de er egnet til å påvirke en fremtidig vitnesituasjon, uten at de gjentas når situasjonen oppstår. Men dette er ikke godtgjort i vår sak, der de tiltaltes påståtte trusler ikke hadde sammenheng med noen vitnesituasjon”.¹¹⁴

Tiltalte har i utgangspunktet en rett til å eksaminere vitnet, og dersom tiltalte er interessert i å bevare denne retten så sier det seg selv at han ikke kan true vitnet til å ikke møte opp. Hvis tiltalte skulle true vitnet til å ikke møte opp vil opplesning likevel tillates jfr. Rt.1994 s.469 som vi har redegjort ovenfor.

Men, hvis tiltalte ikke har truet vitnet, eller på annen måte påvirket vitnet direkte så vil hans rett til å eksaminere vitnet være i behold. Det vil således ikke være adgang til opplesning jfr. Rt. 2004 s. 1425 som vist ovenfor.

¹¹⁴ Rt. 2004 s.1425 Avsnitt 15-17

Rettsikkerhetsmessige hensyn vil også understøtte dette. For om tiltalte truer et vitne vil det tolkes dithen at han ikke ønsker å fremme den materielle sannheten i saken. Således vil rettsikkerhetsidealet tilsi at opplesning bør tillates.

Det kan tenkes situasjoner der den tiltalte i et tidligere stadiet av saken har fått en anledning til å eksaminere vitnet, men latt vær å gjøre det. Et klart eksempel på de situasjoner der den siktede innkalles til et politiavhør med vitnet til stedet, men lar være å møte opp. Problemtillingen som kan oppstå er: Har den tiltalte sagt fra sin rett til å eksaminere vitnet ved å unnlate å møte opp dersom vitnet ikke skulle dukke opp under hovedforhandlingen? Kan altså denne unnlåtelsen få konsekvenser for den siktedes rett til å eksaminere vitnet?

Så lenge den tiltalte har fått en anledning til å eksaminere vitnet, men ikke benyttet seg av tilbudet vil den naturlige konsekvens være at rettsikkerhetsgarantien den tiltalte har etter EMK artikkel 6. nr.3d ansees oppfylt. Det avgjørende er altså om tiltalte har fått anledning, og ikke når han fikk anledning.¹¹⁵

Dommen *Artner v. Austria*¹¹⁶ understøtter også dette. Har den tiltalte fått en anledning til å eksaminere vitnet, og ikke benyttet av seg anledning vil den naturlige konsekvens være at han i en senere anledning ikke kan påberope brudd på EMK artikkel 6 nr. 3d.

Oppsummeringsvis kan det konstateres at tiltaltes opptreden kan gi anledning til å gjøre unntak fra hovedbevislæren.

5.1.3 Når andre opptrer for tiltalte

Det er ikke så sjelden at den tiltalte får hjelp av andre til å sørge for at vitnet uteblir.

¹¹⁵ Matningsdal s.96

I avgjørelsen fra Rt. 1994 s. 469 jfr. forrige avsnitt åpner Høyesterett for at også andres opptreden kan være utslagsgivende for opplesningsadgangen. Hvis tiltalte benytter andre til å true vitnet er det i realiteten tiltalte selv som står bak truslene. Således må avgjørelsen i Rt. 1994 s.469 kunne legges til grunn.¹¹⁷

I Rt. 2004 s. 1974 hadde tiltalte i saken fått andre til å true vitnet. Spørsmålet var hvorvidt forklaringen kunne leses opp ettersom vitne nå nektet å møte opp. Høyesterett kom frem til at selv om det ikke er tiltalte selv som direkte har truet vitnet til å ikke møte opp, så er det han som står bak truslene. Med andre ord så kan ikke den tiltalte få andre til å true vitnet for han, og deretter påberope seg retten til å eksaminere vitnet etter EMK art. 6 nr. 3d.

Dette bekreftes også av Høyesterett i Rt. 2004 s.1974 i avsnitt 35 der førstvoterende uttaler: ”Ved vurderingen av om B’s forklaringer skulle tillates oppleet, la lagmannsretten blant annet vekt på at B’s forklaringsvegring i alle fall delvis skyldes at han var blitt utsatt for trusler på livet. Lagmannsretten fant det ikke godtgjort at truslene var fremsatt av noen av de tiltalte personlig, men etter lagmannsrettens oppfatning fremstod et som åpenbart at de var fremsatt av ”personer i nettverket”. Under henvisning til høyesteretts kjennelse i Rt. 1994 side 469 fant lagmannsretten at dette måte ”tillegges ikke ubetydelig vekt i vurderingen av om det vil være i strid med kravet til ”fair trial” å lese opp B sine forklaringer.

Fra de ankede parters forvarer har det vært fremholdt at når det ikke var godtgjort at det var noen av de tiltalte som stod bak truslene, var det uriktig av lagmannsretten å legge vekt på de trusler B var utsatt for.»

Høyesterett uttalte videre: «Slik denne saken ligger an, finner jeg det ikke nødvendig å gå nærmere inn på denne problemstillingen. Det er riktig at Høyesterett i Rt 1994 side 469 har lagt til grunn at den særlig rett til krysseksaminasjon som følger av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, ikke gjelder i tilfeller hvor det er press fra tiltalte som er årsak til at vitnet ikke vil avgi forklaring. Men når b var til stede da forklaringene ble oppleet, og den ankede parts

¹¹⁷ Matningsdal s.76

forsvarer fikk anledning til å stille spørsmål til han var retten til krysseksaminasjon etter denne bestemmelsen tilfreds. I denne saken har de trusler som ble fremsatt, først og fremst den betydning at de gjør det usannsynlig at B ville ha forklart seg om saken var blitt oppdelt.”¹¹⁸

Tiltaltes opptreden kan således gi grunnlag for unntak av hovedbevislæren. Typisk dersom tiltalte har truet vitne til å ikke møte opp. På den måten får ikke vitne forklart seg, samt som opplesningsadgangen innskrenkes ettersom tiltaltes eksaminasjonsrett ikke kan ivaretas. Således skal ikke tiltalte kunne ta en omvei om dette ved å la andre true vitne til å ikke møte. I slike situasjoner vil det være adgang til opplesning, selv om forklaringen vil utgjøre det hovedsakelige bevis, og tiltaltes eksaminasjonsrett blir krenket. Dog må det kreves at andres opptreden kan kobles direkte til tiltalte selv.

Magnus Matningsdal uttaler i boken ”Den siktedes rett til å eksaminere vitne – opplesning av vitneforklaringer” på side 76 følgende: ”Jeg tror likevel ikke at det helt skal utelukkes at det kan legges vekt på press fra personer som har nær tilknytning til tiltalte. I EMDs dom av 27 februar 2001 i saken Luca v. Italy¹¹⁹ innledes para. 40 slik:

”As the Court has stated on a number of occasions... it may prove necessary in certain circumstances to refer to depositions made during the investigative stage (in particular, where a witness refuses to repeat his deposition in public owing to fears for his safety, a not infrequent occurrence in trials concerning Mafia-type organisations).”

Dersom det for eksempel anføres at handlingen er begått som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, og det kan legges til grunn at truslene stammer fra medlemmer av denne gruppen, er det etter min mening mye som kan tale for at dette etter omstendighetene må kunne likestilles med trusler fra tiltalte selv.”¹²⁰

¹¹⁸ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 35-37.

¹¹⁹ Application nr. 22254/96

¹²⁰ Matningsdal s.77

I slike saker står Høyesterett ovenfor viktige avgjørelser der rettsikkerheten for alvor står på spill.

5.1.4 Påtalemyndighetenes opptreden ved innhenting av den aktuelle forklaring
Påtalemyndigheten fremgangsmåte kan også påvirke opplesningsadgangen. Dersom politiet har innhentet beviset, som i vår sak er vitneprovet, på en eksemplarisk måte så vil det tale for en videre opplesningsadgang. Dersom vitneprovet er blitt innhentet på en kontroversiell måte så vil det tale for en innsnevret opplesningsadgang.¹²¹

I Rt. 1991 s.1096 skulle norsk politi avhøre et vitne som var bosatt i utlandet. To polititjenestemenn reiste i forveien, og hadde en avtale om at forsvareren skulle få komme noen dager etter. Det var enighet mellom tiltaltes forsvarer og påtalemyndighetene at forsvareren skulle få være til stedet under det rettslige avhøret. Imidlertid gjorde vitnet det klart at han ikke vil møte opp under et rettslig avhør. Således var den tiltaltes kontradiksjonsrett krenket.¹²²

Problemstillingen var hvorvidt påtalemyndighetenes atferd kunne få betydning for opplesningsadgangen. Høyesterett kom frem til at opplesning ikke kunne tillates. Argumentasjonen ovenfor viser klart at påtalemyndighetene ikke hadde opptrådd korrekt ettersom tiltalte eller hans forsvarer ikke hadde fått en anledning til å eksaminere vitnet.

Vitnet hadde gjort det klart ovenfor politiet at han ikke ville forklare seg under hovedforhandlingen. Likevel hadde ikke politiet gjort noe for å informere tiltalte eller forsvareren om muligheten til å eksaminere vitnet under avhøret. Dersom dem hadde gjort det ville forsvareren fått en anledning til stille spørsmål under dette avhøret. Høyesterett påpeker at denne type atferd av politiet vil stenge for opplesning.¹²³

¹²¹ Matningsdal s.83

¹²² Matningsdal s.84

¹²³ Rt. 1991 s.1096 side. 1098

Situasjonen var omvendt i Rt. 1992 s.35. Her hadde påtalemyndighetene opptrådt korrekt, og forklaringen kunne således leses opp. Påtalemyndighetene hadde stevnet tre danske vitner. De hadde imidlertid redegjort for at dem ikke ville møte opp under hovedforhandlingen. En dansk politimann som hadde vært til stede, da forklaringene ble angitt, skulle være til stede under hovedforhandlingen. Vedkommende skulle svare på spørsmål fra tiltalte eller hans forsvarer vedrørende forklaringenes innhold. Høyesterett tillot opplesning, og henviste til at EMK art. 6 nr. 3d ikke var krenket.

Førstvoterende i Rt. 1992 s.35 uttaler følgende på side 37: ”Ved den totalvurdering som må foretas, må det legges vekt på at påtalemyndighetene i dette tilfellet – med unntak for det siste avhør av C – har opptrådt strengt korrekt og gitt domfelte adgang til å ivareta sine interesser så langt det har vært mulig.”¹²⁴

5.1.5 Forsvarerens atferd

Tidligere har er det vist til typetilfeller der påtalemyndighetenes atferd kunne få betydning for opplesningsadgangen. I dette avsnittet redegjøres det for de tilfeller der forsvarerens atferd kan påvirke opplesningsadgangen, og dermed tiltaltes rettigheter.

Det er klart at forsvareren identifiseres med den tiltalte når han under hovedforhandlingene stiller spørsmål til vitnet. Det kan tenkes situasjoner der den tiltalte har hatt et ønske om å eksaminere vitnet, men på grunn av forsømmelse/feil fra forsvarerens side så har tiltalte gått glipp av muligheten til å eksaminere vitnet. Problemstillingen som gjør seg gjeldende da er om forsvarerens adferd skal identifiseres som tiltaltes.

EMD har ofte uttalt at forsvareren ofte kan identifiseres med tiltalte.

¹²⁴ Rt. 1992 side 35-37

Et klart eksempel på at tiltalte kan identifiseres med forsvarerens feil er EMDs dom av 31. oktober 2001 i saken Salokov v. Macedonia¹²⁵.

Faktum i saken var at Salokov var tiltalt for narkotikaforbrytelser. Det mest sentrale vitnet i saken satt fengslet i USA. Salokovs først advokat hadde søkt visum så han kunne få tillatelse til å dra til USA. På grunn av forskriftsmessige mangler ved utfyllingen av søknaden fikk forsvareren avslag. Han gjorde ikke ytterlige forsøk på å få visum.

I ettertid fikk Salokov utnevnt en ny forsvarer. Den nye forsvareren fant det ikke nødvendig å dra til USA for å eksaminere vitnet. EMD kom frem til at det ikke forelå brudd på EMK artikkel 6 når forklaringen ble opplest. Dommen gir et godt eksempel på at feil fra forsvarerens side kan gå utover tiltaltes rettigheter. Med andro ord, ville ikke forsvareren eksaminere vitnet, så ville heller ikke Solokov det. Forsvareren ble dermed identifisert med tiltalte.¹²⁶

Dette illustrerer i dommens para 60 der det uttales følgende:” The Court observes that there is no indication that the applicant or his second lawyer expressed any intention to attend the cross-examination of the witnesses in the United States. In particular, on 4 December 1997 the applicant declared before the investigating judge that he had left the decision whether or not to go to the United States to his second lawyer and that he had sufficient means to cover the travel expenses. The applicant’s second lawyer never filed an application for a visa with the United States embassy and never requested the postponement of the hearing of the witnesses in case he thought he did not have sufficient time to obtain it. Moreover, the applicant’s first lawyer never renewed his application for a visa and on 2 December 1997 the applicant withdrew his power of attorney.”¹²⁷

¹²⁵ Application no. 47023/99

¹²⁶ Matningsdal s.88

¹²⁷ Application no. 47023/99 – Para.60.

I *Doorson v. the Netherlands* gis det også et eksempel på at identifikasjon mellom tiltalte og hans forsvarer ikke utelukkes. I dommens para.74 uttales det følgende: ”While it would clearly have been preferable for the applicant to have attended the questioning of the witnesses, the Court considers, on balance, that the Amsterdam Court of Appeal was entitled to consider that the interests of the applicant were in this respect outweighed by the need to ensure the safety of the witnesses. More generally, the Convention does not preclude identification - for the purposes of Article 6 para.3 (d) (art. 6-3-d) - of an accused with his counsel (see, mutatis mutandis, the *Kamasinski v. Austria* judgment of 19 December 1989, Series A no. 168, p. 40, para. 91).”¹²⁸

5.1.6 Vitnet er død

I noen tilfeller vil det være praktisk umulig for påtalemyndighetene å føre vitnet for den dømmende rett. Et eksempel på dette er når vitnet er død. Det sier seg selv at i dette tilfellet vil det være praktisk umulig å få vitnet til å forklare seg for den dømmende rett. Og det aktuelle spørsmålet er om vitnes død utvider opplesningsadgangen.

Utgangspunktet i norsk rett er at en tidligere avgitt forklaring kan leses opp såfremt det er ”umulig” for vitnet å møte opp jfr. strpl. §296 annet ledd. Dette vilkåret vil utvilsomt være oppfylt når vitnet er død. Imidlertid må en ivareta den siktedes rettigheter etter EMK ved en eventuell opplesning. Rettspraksis er noen lunde uklar på om vitnes død utvider opplesningsadgangen.

I Rt. 1992 s.792 var spørsmålet om opplesningsadgangen kunne utvides ettersom vitnet var død. Den siktede var tiltalt for brudd på strl. §229 andre straffalternativ. Den fornærmede i saken døde av naturlige årsaker i forkant av hovedforhandlingen. Fornærmedes forklaring var ansett som det avgjørende beviset. Forhørsretten nektet opplesning. I dommens side 793 uttales det at forklaringen er noe som ”hele straffesaken står og faller med at man har

¹²⁸ Application No: 20524/92

anledning til å lese opp B's politiforklaring, eventuelt avhøre de polititjenestemenn som avhørte ham”¹²⁹.

Høyesterett kom frem til at opplesning kunne skje. Høyesterett legger til grunn en totalvurdering under avgjørelsen om opplesning bør tillates. I ettertid har det vist seg at Høyesterett muligens gikk for langt i denne avgjørelsen, men samtidig viser den at det ikke er fritt fram med opplesning når vitnet er død. En totalvurdering må foretas, og en rekke momenter vil være relevante.¹³⁰

Førstvoterende uttaler følgende på side 795: ”Jeg forstår lagmannsrettens kjennelse slik at den har funnet at det ikke er rom for noen totalvurdering når det må legges til grunn at en politiforklaring, som ikke fyller konsesjonskravene, vil være helt avgjørende ved avgjørelsen av skyldspørsmålet. Etter mitt syn er dette for rigorøst. Også i disse tilfellene må det være rom for en totalvurdering. Det ledende synspunkt må være hensynet til ”fair trial”, men hvor meget som i denne forbindelse kreves, må også sees i sammenheng med de muligheter som foreligger for bevisføring som tilfredsstillende de formelle krav konveksjonen stiller. Det må ellers blant annet tas hensyn til forbrytelsens art, om det grunn til å betvile riktigheten av den foreliggende forklaring, og om det er konkrete spørsmål tiltalte hadde grunn til å stille vitnet. 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. tiltalte skal ikke domfelles hvis det er rimelig tvil tilstede. Ved denne vurdering må det også tas hensyn til kvaliteten av de første bevis.”¹³¹

Etter dagens rettsstilling, og praksis som fulgte i årene etter kan det konstateres at resultatet ikke ville blitt det samme i dag. Men, dommen nevner flere momenter som gjør oss opp-

¹²⁹ Rt.1992 s.792 side 793

¹³⁰ Matningsdal s.78

¹³¹ Rt.1992 s.792 side 795

merksomme på at opplesning ikke er en selvfølge i de tilfeller vitnet er død. Dette ga muligens et utslag i en senere avgjørelse i Rt. 1995 s.1295 der vitnet tok selvmord en uke før hovedforhandlingen. Etter en totalvurdering var det mange momenter som svekket vitnets troverdighet, og Høyesterett kom frem til at opplesning ikke kunne skje.

At avgjørelsen i Rt. 1992 s.792 muligens ville fått et annet resultat i dag kan også bekreftes av EMDs praksis, og jeg viser særlig til EMDs dom av 5. desember 2002 i saken Craxi v. Italy¹³² der et av vitnene var død. Opplesning vil være aktuell dersom vitnet er død, men det er ikke dermed sagt at den tiltaltes rett til å eksaminere vitnet annulleres. Dette bekreftes også i Craxi-dommen. I dommens para 87 uttales det¹³³: ”Imidlertid kan ikke denne omstendighet frata den tiltalte retten han i henhold til artikkel 6 nr. 3 bokstav c har til å undersøke eller la undersøke kontradiktorisk ethvert substansielt bevismateriale som anføres mot ham.”¹³⁴

En eventuell opplesning må uansett være i tråd med kravet om rettferdig rettergang i EMK art.6 nr.1.

5.1.7 Troverdigheten av vitneprovet

Det kan tenkes situasjoner der nye omstendigheter i saken gjør at vitnes troverdighet svekkes. Forklaringen vitnet tidligere har avgitt virker plutselig mindre troverdig. Dersom det underveis kommer frem momenter som tilsier at forklaringens bevisverdi svekkes, så vil det utgjøre et moment som taler for en snevrere opplesningsadgang. Det kan også tenkes en omvendt situasjon. Det kommer frem bevis av mindre betydning som styrker forklaringens troverdighet. Dersom en ønsker å fremme den materielle sannheten i saken vil behovet for

¹³² Application no. 34897/97

¹³³ Den offisielle dommen finnes bare på fransk, og albansk. Matningsdal s.79 oversetter på samme måte.

¹³⁴ Application no. 34896/97

en opplesning være større. Reelle hensyn taler også for opplesning i slike tilfeller ettersom det vil kunne øke rettsikkerheten.¹³⁵

Høyesterett kom innom problemstillingen i Rt. 1991 s.1096. Høyesterett opprettholds lagmannsrettens kjennelse om å nekte opplesning på grunn av at tiltalte ikke var gitt adgang til å eksaminere vitnet jf. EMK art. 6 nr. 3d. Men, i kjennelsen drøfter Høyesterett også betydningen av vitneprovets troverdighet under helhetsvurderingen i forbindelse med opplesningen. Hvis det etter en helhetsvurdering er tvil om opplesningen bør tillates bør det legges vekt på vitneprovets troverdighet.

Dette bekreftes også av førstvoterende når det uttales følgende (side. 1099): ”Aktor har først og fremst anført at det i helhetsvurderingen må legges vekt på at C’s forklaring – som omfatter en rekke etterprøvbare uttalelser også om andre forhold enn den forbrytelse A ble frifunnet for - har en høy grad av troverdighet. Det er derfor ikke avgjørende at forklaringen er bærebjelken i påtalemyndighetenes bevisførsel. Til støtte for sitt syn har aktor vist til en uttalelse i dommen i Rt. 1990 side 319 hvoretter det i helhetsvurderingen må”.. legges vekt på om det finnes muligheter for annen bevisførsel om skyldspørsmålet, herunder om vitnets troverdighet.” Denne uttalelsen har etter min mening det siktepunkt at tiltalte må få adgang til å forsvare seg ved spørsmål rettet mot vitnets troverdighet. Dreier det seg om en avgjørende vitneforklaring må tiltalte normalt være gitt adgang til dette direkte overfor vitnet selv. *Forholdene kan imidlertid ligge slik an at vitnets troverdighet, vurdert på grunnlag av andre bevis, vil kunne tillegges vekt i helhetsvurderingen.* Det kan blant annet gjøre seg spesielle hensyn gjeldende ved avhør av barn i sedelighetssaker, jf. dommen i Rt. 1990 s.319. Det må alltid tas for øye at avskjæringsspørsmålet skal vurderes i lys av det grunnleggende prinsipp om en betryggende og rettferdig rettergang.”¹³⁶

¹³⁵ Matningsdal s. 88

¹³⁶ Rt. 1991 s.1096 side. 1099

Forklaringens troverdighet er særlig relevant i de tilfeller det er umulig å eksaminere vitnet. Det kan av den grunn være viktig at forklaringen som vitnet har avgitt når han levde fremstår som troverdig.

6 Konklusjon – Blir de reelle hensyn til tiltaltes rettsikkerhet ivaretatt på en tilstrekkelig god måte?

6.1.1 Innledning

I denne avslutningen drøftes hvorvidt opplesning ved enkelte tilfeller ivaretar de reelle hensyn på en god måte, og således ivaretar dagens rettsikkerhetsideal. Dette er ikke direkte ment å være et endringsforslag, eller kritikk av dagens rettsstilling, men kun en redegjørelse for de viktige hensynene bak rettsikkerhetsidealet og en redegjørelse for de omstendigheter som styrker og svekker rettsikkerhetsidealet i forbindelse med opplesning.

6.1.2 Rettsikkerhetsidealet

Begrepet rettsikkerhet er flertydig, og en vil ikke finne fram til en presis definisjon av ordet. Kjernen i begrepet ”rettssikkerhet” er at den tiltalte skal beskyttes mot urettferdighet, vilkårlighet, og overgrep fra myndighetenes side. I tillegg skal den tiltalte gis en anledning til å forutberegne sin rettsstilling, og således forsvare sine rettslige interesser.¹³⁷

Justisdepartementet har på sine nettsider brukt følgende setninger på beskrivelsen av rettsikkerhet: ”Skal ivareta individets krav på å ha visse verdier i fred. Sørge for innholdsmes-

¹³⁷ David R. Doublet 1995 Rett vitenskap og fornuft s. 503-504

sig riktige avgjørelser i vedtak og dommer. Betyr forutsigbarhet, rettferdig, likhet og upartiskhet i saksbehandling.”¹³⁸

Særlig hensynet til riktige avgjørelser i straffedommer er sentralt for vårt tema, og særlig gjelder det at avgjørelser som domfeller tiltalte er riktige. Forutsigbarheten, rettferdigheten, likheten og upartiskheten under saksbehandlingen er også treffende ettersom en tiltalte kan oppleve opplesning som urettferdig hvis han har grunner som tilsier at vitneforklaringen ikke er riktig.

I lov og praksis er det gitt virkemidler for å sikre at disse sidene ved rettsikkerhetsidealet blir fulgt. Disse kalles vanligvis «rettsikkerhetsgarantier». Rettsikkerhetsgarantiene skal samlet sørge for å ”garantere” at kravene til rettsikkerhet blir ivaretatt på en best mulig måte. Først da vil rettsikkerheten fungere etter sitt ideal.¹³⁹

6.1.3 Betydningen av at vitnet forklarer seg direkte ovenfor den dømmende rett

En korrekt, og utfyllende bevisførsel er sentral for å oppnå flest mulige materielt riktige dommer, og bidrar således til å øke rettsikkerheten. I straffesaker er vitneforklaringer som oftest blant påtalemyndighetens sentrale bevis for domfellelse.

En vitneforklaring i seg selv trenger nødvendigvis ikke være sann. Tvert imot viser omfattende forskning at vitnebeviset kan inneholde feil, både i tilfeller hvor vitnet ønsker å forklare seg falskt og i tilfeller hvor vitnet ønsker å forklare seg sannferdig.¹⁴⁰ Et klart eksem-

¹³⁸ http://www.sfm.no/Arkiv-2006/Art-Des-06/05.12.2006-Hva_er_rettsikkerhet_i_Norge.htm

Rettsikkerhet – honnørord uten innhold. Artikkel av Svein Tore Marthinsen, 5. Desember 2006 Oslo

¹³⁹ Dag Wiese Schartum 1993 side. 29 (Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning).

¹⁴⁰ Artikkel ”Vitner hører ofte feil” – Doktoravhandling av Mette Hjortshøj ved Universitet i Aarhus, Danmark.

pel på dette er når to vitner forklarer seg forskjellig om samme sak. Den ene vitnet kan ha glemte deler av handlingsforløpet som gjør hans forklaring annerledes.. Dessuten vil det være menneskelig å ta feil, for vi mennesker er ikke fullkomne. Heller ikke lagres minnene digitalt som bildene fra et overvåkningskamera. Særlig i de tilfeller man selv er fornærmet vil man ikke kunne danne et 100 prosent objektivt bilde av hele hendelsesforløpet.

Vitnet kan ha opplevd situasjonen som mer dramatisk enn hva den egentlig er. Johs Andenæs tar et fint eksempel i boken når han skriver at ”for en oppskremt mann så kan en paraply fort bli til et gevær og et smell fra en bil til lyden av et skudd”.¹⁴¹

Når et vitne forklarer seg direkte ovenfor den dømmende rett, så kan det i mange situasjoner ha sentral betydning for dommens slutning. Særlig i de tilfeller vitnets forklaring så å si er i samsvar med det tiltalte har forklart og de øvrige bevis i saken. Dette vil kunne bidra til å sette all tvil til side. I slike tilfeller vil det således for den samlede bevisvurderingen være av stor betydning at vitnet forklarer seg ovenfor den dømmende rett og det vil bidra til å styrke rettsikkerheten.

Det er altså svært viktig for å oppnå et materielt riktig dom at retten får saksforholdet på plass, men like viktig at retten får grunnlag for å betvile saksforholdet i tilfeller hvor det reelt sett foreligger noe uklarhet om saksforholdet. En forklaring direkte for den dømmende rett kan utgjøre forskjellen mellom å behandle vitnebeviset som et argument for saksforholdet og som et argument som gir grunnlag for tvil om saksforholdet. For rettens aktører, dommer, aktor og forsvarer, kan det være vanskelig å vite hvordan vitnebeviset ville ha fremstått for dommeren, dersom vitnet hadde forklart seg direkte for den dømmende rett.

I utgangspunktet er det enighet om at en opplesning ikke har samme bevisverdi som en forklaring ovenfor den dømmende rett. Det finnes likevel flere eksempler på tilfeller der tiltalte er blitt domfelt på bakgrunn av en tidligere avgitt forklaring, og at vitnebeviset da er

¹⁴¹ Andenæs 2010 s. 175

tillagt stor bevisverdi. Saksforholdet i Peltonen-saken er et godt eksempel på en domfellelse som bygget på en tidligere avgitt forklaring. Vitnet i den saken nektet å forklare seg, og sa at meningen med forklaringene aldri hadde vært å få disse menneskene dømt. De navngitte personene ble dømt på bakgrunn av forklaringene vitnet hadde gitt. Generelt kan vi si at når vitnet ikke forklarer seg for retten, så vil de momentene som styrker en umiddelbart forklarings bevisverdi utebli. Dette svekker rettsikkerheten, men bare dersom retten tillegger en inkriminerende forklaringen samme bevisverdi som om den var forklart direkte for den dømmende rett.

6.1.4 Opplesningens betydning for materielt riktige dommer

I de tilfeller det kan tenkes opplesning av en vitneforklaring fra et ikke møtende vitne, vil opplesning være i strid med bevisumiddelbarhetsprinsippet, som her nettopp har som formål å høre og se vitnet, samt å kunne stille oppfølgings spørsmål.

Når det gjelder møtende vitner er rettstilstanden klar. Så lenge den tiltaltes rett til å krysseksaminere vitnet er ivaretatt, så vil det være anledning til å lese opp forklaringene. For øvrig stilles det ingen krav om at vitnet svarer.

I praksis kan et vitne nekte å forklare seg, nekte å svare på spørsmål, og den tiltaltes rettigheter til krysseksaminasjon vil ansees oppfylt så lenge vitnet har møtt opp. Mange forsvarere stiller seg kritisk til dette. Særlig i de tilfellene vitnet har gjort det klart at han ikke kommer til å svare på spørsmål fra tiltalte eller hans forsvarer. Det kan av tiltalte oppleves som om aktoratet får fremlagt et bevis på en lovlig måte som fratrar den tiltalte den praktiske muligheten til å teste bevisets kvalitet ved krysseksaminasjon. Dette er fordi det på forhånd er åpenbart at vitnet ikke vil svare. Dette vil dog tale for en svekkelse av vitneprovets troverdighet, samt at vitneforklaringens pålitelighet svekkes. I slike tilfeller vil rettens vurdering av dette være avgjørende. Ved at retten får anledning til å erfare vitnets umiddelbare reaksjon når vitnet forklarer seg, eller svarer på spørsmål fra forsvarer, vil retten kunne

bygge på dette under forklaringens troverdighetsvurdering. Dette taler for at eksaminasjon av vitnet er av betydning for å fremme en materielt riktig dom.

Imidlertid kan man si at opplesningsadgangen er snevrere i de tilfeller vitnet ikke møter opp i retten, ettersom det er åpenbart at eksaminasjonsretten ikke vil være i behold. Dog forutsetter vi at vitnet ikke har møtt opp på noen av sakens stadier. Mange forsvarere stiller spørsmål ved om det *egentlig* er noen forskjell mellom de tilfeller hvor vitnet ikke møter og de tilfeller hvor vitnet åpenbart nekter å forklare seg og svare på spørsmål. I praksis betyr det at vitnet ikke forklarer seg uansett. Av den grunn er det noen som stiller seg kritiske til en videre opplesningsadgang bare fordi vitnet er i retten, men i realiteten er klar på at han ikke vil forklare seg.

Men, opplesningen kan på mange måter også fremme den faktiske sannheten i saken. Hovedforhandlingen finner sted flere måneder eller flere år etter at handlingen har funnet sted. Det vil være naturlig at vitnet ikke helt vil huske hva han så, eller hørte. Opplesning vil i slike tilfeller bidra til å oppklare saken. Således vil dette bidra til å styrke tiltaltes rettsikkerhet dersom vitnet kan forklare seg fordelaktig for tiltalte. Særlig i de tilfeller vitnet har avgitt en forklaring, men ikke kan møte i retten av ulike årsaker vil opplesning være viktig for å ivareta rettsikkerheten. Dersom opplesning ikke blir tillatt, og det ikke er andre klare bevis i saken så kan vi risikere at skyldige går fri. Det er også en side av rettssikkerheten, men da ikke tiltaltes rettssikkerhet, men fornærmedes rettssikkerhet.

6.1.5 Oppsummering og fremtidig rettsutvikling:

Det har vært diskusjoner blant jurister om rettstilstanden fra 2001 – 2003 muligens ivaretar rettsikkerheten på en bedre måte. Rettstilstanden fra 2001 – 2003 er etter min mening alt for snever. Litt enkelt kan vi si at den kun tillater opplesning av mindre viktige bevis. Nye- re rettspraksis jfr. Rt. 2013 s.1295 viser at hovedbevislæren er i ferd med å få fotfeste. Denne ivaretar tiltaltes rettigheter ettersom hans rett til kontradiksjon gis avgjørende betyd-

ning, og at det er rom for opplesning av en tidligere avgitt forklaring der rettsikkerheten krever det.

Etter min mening gir de straffeprosessuelle reglene om opplesning en god balanse mellom hensynene til tiltalte og hensynene til fornærmede og samfunnet, og dagens rettstilstand ivaretar hensynet til rettsikkerhetsidealet på en tilstrekkelig god måte. Hensynet til tiltaltes rettssikkerhet medfører imidlertid at retten ikke må tillegge et bevis større vekt enn det er grunnlag for i bevisvurderingen. Generelt kan vi si at en middelbar opplesning av en tidligere gitt vitneforklaring, og særlig i tilfeller hvor vitnet nekter å møte eller besvare spørsmål fra aktor, forsvarer og retten, så gir dette grunn til å være skeptisk til bevisets bevisverdi. Vi kan derfor si at når strpl. § 296 og § 297 tillater at slike bevis oppleses, så krever tiltaltes rettssikkerhet at retten ikke tillegger slike bevis ugrunnet høy bevisverdi. Dette medfører også at det bør stilles strengere krav til dommens begrunnelse hva gjelder bevisvurderingen i slike tilfeller, slik at det er mulig for tiltalte, forsvarer, aktor og ankesdomstolen å vurdere om retten har tatt feil i bevisvurderingen. Dette innebærer at det er en sammenheng mellom disse prosessuelle regler. Det er også mulig at vi vil se utslag av dette i Høyesterett de kommende år. Det er også mulig at EMD vil fortsette sin dynamiske tolkning av EMK art 6 slik at den oppstiller strengere krav til begrunnelsesplikten i slike tilfeller.

7 Litteraturliste

BØKER

- Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess 4. utgave, Oslo, 2010
- Aall, Jørgen: Rettstat og menneskerettigheter. 2 utgave. Bergen 1995
- Aall, Jørgen: Rettstatt og menneskerettigheter . 3 utgave. Oslo 2011
- Eckhoff, Thorstein. Rettskildelære utgave ved Jan. E. Helgesen. Oslo 2001
- Hov, Jo. Rettergang 1, Oslo, 2010
- Hov, Jo. Rettergang 2, Oslo, 2010
- Bratholm, Anders. Ståle Eskeland (red). Justismord og rettsikkerhet, Oslo, 2008
- Lie, Nils Erik. Parts- og vitneavhør i straffesaker og sivile saker 2. utgave. Oslo, 2012
- Lie, Nils Erik. Parts- og vitneavhør. Oslo, 2002
- Jebens,
- Langbach, Tor. Straffesaksbehandling i tingrettene. Oslo, 2007
- Matningsdal, Magnus. Siktedes rett til å eksaminere vitner – opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn. Bergen, 2007
- Andenæs, Mads Henry. Rettskildelære. Oslo, 1997
- Gisle, Jon, Jusleksikon. Oslo 2007
- Doublet, David R. Rett, og vitenskap og fornuft. 1995
- Schartum, Dag Wiese. Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning.
- Jebens, Sverre Erik Jebens: Menneskerettigheter i straffeprosessen. Oslo 2004

- Kjus, Audun. Sakens fakta – Fortellinger i straffesaker. Oslo 2008

DOKTORAVHANDLINGER

- Strandbakken, Asbjørn- *Uskyldspresumsjonen – "Indubio pro reo"*. Bergen 2003.
- Smith, Eva. *Vidne-beviset – en vurdering af afhøringsmetoder og vidneforklaringer*. København, 1986

ARTIKLER

- Aall, Jørgen [b] *Reell anledning til å teste motpartens vitner EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d – En kommentar til Kaste og Mathisen-dommen mot Norge*. I: Lov og Rett. 2007 s. 55
- Skoghøy, Jens Edvin og medansvarlig Tonje Vang. *I hvilken utstrekning kan vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen, leses opp under hovedforhandlingen i straffesaker*. I: Lov og rett. Årg. 44 nr. 5/6 (2005), s. 283
- Kjelby, Gert Johan *Betydningen av Kaste og Mathisen mot Norge – en replikk*. I: Lov og rett. 2007 s. 190
- Kjelby, Gert Johan. *Bevissikring og bevisførsel i familievoldssaker*. I: Tidsskrift for strafferett. 2004 s. 7
- Kjelby, Gert Johan. *Opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra en medskyldig*. I: Nybrott og Odling: Festskrift til Nils Nygård. 2002 s. 547
- Aall, Jørgen *Siktedes rett til vitne-eksaminasjon etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon og etter norsk rett*. I: Lov og Rett. 1988 s. 478
- Andenæs, Johs. *Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk straffeprosess*. I: Lov og Rett. 1992 s. 375
- Elden, John Christian *Opplesning av politiforklaringer etter Norges tap I EMD*. I: Juristkontakt 2006 hefte 9, s. 40-41
- Hennem, Ragnhild Helene *Dommeravhør og menneskerettigheter - konvensjonspraksis om særlig sårbare vitner*. I: Festskrift til Carl August Fleischer, Dog Fred er ej det Bedste. 2006 s. 247

NETTDOKUMENTER

- www.forskring.no - Vitner hører ofte feil – videnskap.dk av Cecilie Cronwald 18 oktober 2010. Oversatt av Lars Nygård.
- <http://www.sfm.no/Arkiv-2006/Art-Des-06/05.12.2006-Hva-er-rettssikkerhet-i-Norge.htm> - Rettsikkerhet – honnørord uten innhold. Artikkel av Svein Tore Marthinsen, 5. Desember 2006 Oslo
- Torheim, Karl Otto. Kommentarer til straffeprosessloven: Norsk lovkommentar (online)
- Finstad, Fredrik Bøckman. Komentarer til straffeprosessloven: Norsk lovkommentar(online)

Lover

- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr 25
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

Lovforarbeider

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

Domsregister

Høyesterettsavgjørelser

- Rt. 1990 s. 312
- Rt. 1990 s. 1221
- Rt. 1991 s. 1096
- Rt. 1992 s. 35

- Rt. 1992 s. 792
- Rt. 1994 s. 469
- Rt. 1994 s. 610
- Rt. 1994 s. 1324
- Rt. 1995 s. 1295
- Rt. 1997 s. 1778
- Rt. 1998 s. 1182
- Rt. 1999 s. 757
- Rt. 2000 s. 996
- Rt. 2001 s. 29
- Rt. 2003 s. 1808
- Rt. 2004 s. 461
- Rt. 2004 s. 897
- Rt. 2004 s. 1425
- Rt. 2004 s. 1789
- Rt. 2004 s. 1974
- Rt. 2006 s. 120
- Rt. 2013 s. 1295

EMDS PRAKSIS

- Artner mot Østerrike – Application no.13161/87 - dom 28. August 1992
- Asch mot Østerrike– Application no. 12398/86– dom 26 april 1991

- Craxi mot Italia - Application no. 34896/97– dom 5. desember 2002
- Delta mot France - Application no. 11444/85– dom 19. desember 1990
- Doorson mot Nederland – Application no. 20524/92 – dom 19. desember 1990
- Gossa mot Polen - Application no. 47986/99 - dom 9. januar 2007
- Isgro mot Italia– Application no. 11339/85– dom 19. februar 1991
- Kostovski mot Nederland– Application no. 11454/85 – dom 20 november 1989
- Luca mot Italia – Application no. 33354/96 - dom 27 februar 2001
- Solakov mot Makedonia – Application no. 47023/99 – dom 31. oktober 2001
- Unterpertinger mot Østerrike – Application no. 9120/80 – dom 24. november 1986
- Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia - Application No. 26766/05 og 22228/06. Dato 15. desember 2011
- Stefancic mot Slovenia - Application No. 18027/05 - Dato. 25. oktober 2012
- Peltonen mot Finland – Application no. 30409/96 – Avgjørelse 11. mai 1999.

TRAKTATER

- 1950 Den Europeiske menneskerettskonvesjon (EMK) av 4. november 1950

MASTRAVHANDLINGER

Kandidatnummer: 680 – Opplesning av politiforklaringer. Masteroppgave UiO 2009.