

BEVISAVERSKJÆRING AV ULOVLIG ERVERVEDE BEVIS I STRAFFESAKER

Kandidatnummer: 638

Leveringsfrist: 26.11.2007

Til sammen 17.488 ord

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Tema for oppgaven	4
1.2	Avgrensning	4
1.3	Rettskildebildet	5
1.3.1	Generelt	5
1.3.2	Forholdet til EMK	6
1.3.3	Nærmere om EMK	7
1.3.4	Straffeprosessuelle grunnprinsipper	7
<u>2</u>	<u>LÆREN OM ULOVLIG ERVERVEDE BEVIS</u>	<u>9</u>
2.1	Definisjon av et ulovlig erverv	9
2.1.1	Beviservervet strider mot lov (inkludert forskrift)	9
2.1.2	Beviservervet strider mot ulovfestede prinsipper	10
2.1.3	Oppsummering	12
2.2	Generelt om avskjæring – innføring	13
2.3	Overordnede hensyn ved avskjæringsvurderingen	13
2.3.1	Hensynet til den materielle sannhet	13
2.3.1.1	Kan føringen av ulovlig ervervede bevis stride mot hensynet til den materielle sannhet?	15
2.3.1.2	Sannheten skal ikke avdekkes for enhver pris	17
2.3.2	Oppsummering av hensynet til den materielle sannhet	17
2.4	Prevensjonshensynet	18
2.4.1	Bevisavskjæring som ”oppdragende” virkemiddel overfor politiet	18
2.4.2	Argumenter mot avskjæring	19
2.4.3	Prevensjonshensynet i rettspraksis	19
2.5	Hensynet til rettferdig rettergang	20

2.6	Hensynet til den alminnelige rettsfølelse	21
2.6.1	Hensynet til den alminnelige rettsfølelse i forarbeider og rettspraksis	22
2.7	Samlet konklusjon	23
3	<u>HOVEDREGELN FOR ADGANGEN TIL Å FØRE BEVIS SOM ER ULOVLIG ERVERVET</u>	24
3.1	Avskjæringsvurderingen	24
3.2	Nærmere om fortsettelseskriteriet	25
3.2.1	Alltid avskjæring ved fortsatt krenkelse?	25
3.2.2	Nærmere om hva som utgjør en fortsatt krenkelse	26
3.3	Nærmere om interesseavveiningen	28
3.4	Konkrete momenter i avskjæringsvurderingen	29
3.4.1	Er erververens (politiets) rettsbrudd grovt?	29
3.4.1.1	Forsettlig eller uaktsom overtredelse?	29
3.4.1.2	Er det materielle eller formelle regler som er brutt?	30
3.4.1.3	Er ulovligheten rettet mot person eller ting – spesielt beskyttelsesverdig interesse?	31
3.4.1.4	Ervervet strider mot selvinkrimineringsvernet	32
3.4.1.4.1	Kort om innholdet i selvinkrimineringsvernet	32
3.4.1.4.2	Konsekvensen av brudd på selvinkrimineringsvernet ved beviservervet	33
3.4.2	Den som satt med beviset pliktet å utlevere det eller uttale seg	36
3.4.3	Tiltalen gjelder et alvorlig forhold – sakens viktighet	36
3.4.4	Bevisverdien	37
3.4.5	Vesentlighetskriteriet	39
3.4.6	Avledede bevis	40
3.5	Momenter i avskjæringsvurderingen hentet fra juridisk litteratur	42
3.5.1	Det er tredjemanns interesser som er krenket ved ervervet	42
3.5.2	Beviset er til gunst for siktede	42
3.5.3	Det er politiet som har benyttet den ulovlige fremgangsmåten	43
3.6	Oppsummering avskjæringsvurderingen	43

4	<u>NÆRMERE OM ULOVLIG ERVERVEDE BEVIS OG EMK</u>	44
4.1	EMK – rettslig grunnlag	44
4.2	Rettsstridsgrunnlaget og forholdet til ”fair trial”-vurderingen	44
4.3	Momenter i ”fair trial”-vurderingen	46
4.3.1	Anledning til å protestere mot beviset	47
4.3.2	Kontradiksjon	47
4.3.3	Bevisets pålitelighet	48
4.3.4	Er det ulovlige bevis det eneste eller vesentlige bevis?	49
4.3.5	Ulovligheten knyttet til selve ervervet	50
4.3.5.1	Beviservervet strider mot artikkel 3	51
4.3.5.1.1	Automatisk krenkelse av art 6. ved konstatert brudd på art. 3?	52
4.3.5.2	Beviservervet strider mot artikkel 8	53
4.3.5.3	Beviservervet strider mot selvinkrimineringsvernet	54
4.4	Oppsummering	56
4.5	Avsluttende bemerkninger	57
4.5.1	Sammenligning av EMDs og Høyesteretts praksis	57
4.5.2	Har inkorporasjonen av EMK medført en kursendring i Høyesteretts praksis?	58
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	1
5.1	Litteratur	1
5.2	Offentlige publikasjoner	1
5.3	Artikler	2
5.4	Master/hovedoppgaver	2
5.5	Domsregister	2
5.5.1	Norske avgjørelser	2
5.5.2	Avgjørelser fra EMD:	3

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for denne oppgaven er ulovfestet bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis i straffesaker. Jeg skal redegjøre for gjeldende rett på området, og peke på sentrale momenter ved vurderingen av om ulovlig ervervede bevis skal tillates ført eller ikke. I denne gjennomgangen vil jeg vise både til rettspraksis og teori.

Spørsmålet kan ha stor praktisk betydning. Man kan for eksempel tenke seg saker der eventuell domfellelse står og faller på ett eneste bevis, hvor dette beviset blir krevd avskåret av tiltaltes forsvarer. I norsk straffeprosess kan spørsmålet tas opp som et krav om bevisavskjæring under saksforberedelsen, jf. strpl. § 272 (2) eller under hovedforhandling, jf. strpl. § 272 (3). Temaet kan også dukke opp som anke over saksbehandlingen.

1.2 Avgrensning

Opgaven avgrenses mot bevisavskjæring som har hjemmel i konkrete lovbestemmelser.¹ Videre er det klart at ikke alle typer ulovlig ervervede bevis vil kunne behandles i en oppgave av denne type. Jeg vil derfor redegjøre for ulovfestet avskjæring av ulovlig ervervede bevis på generelt grunnlag. Bevis ervervet i utlandet og adgangen til å føre disse vil jeg også holde utenfor, det samme gjelder etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt.

Tilfeller der bevis er ervervet på fullt lovlig måte, men som av ulike årsaker kan være ulovlig å fremlegge i retten, vil også bli holdt utenfor, herunder opplesning av vitneforklaringer. Jeg vil stort sett forutsette at beviset er ulovlig ervervet, og vil ikke forsøke å belyse grensene for det lovlige/ulovlige når det gjelder ulike etterforskningskritt. Jeg vil imidlertid kommentere den generelle ulovlighetsvurderingen.

¹ Se for eksempel straffeprosessloven §§ 119 flg.

Forbudet mot selvinkriminering er en meget omfattende materie, som reiser en hel rekke særspørsmål. Både tids- og plassbegrensninger tilsier at dette ikke vil bli behandlet inngående. Jeg vil allikevel nokså kort drøfte dets forhold til ulovlig ervervede bevis.

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Generelt

I norsk rett finnes det ingen lovregler som **direkte** regulerer avskjæring av ulovlig ervervede bevis.² Slike regler er basert på ulovfestet rett, og rettspraksis vil derfor være helt sentral som rettskilde. I tillegg kan lover og forskrifter som ikke direkte regulerer temaet, forarbeider, straffeprosessuelle grunnprinsipper, reelle hensyn og juridisk teori være relevante tokningsmomenter for fastleggelsen av den ulovfestede retten.

Hvorvidt bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis burde lovfestes ble vurdert i forarbeidene til straffeprosessloven. Straffeprosesslovkomitéen fant at dette ville være vanskelig, og ville belaste loven uforholdsmessig mye i forhold til den ”nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss”.³ Løsningen ble overlatt til teori og praksis som tidligere.

Av rettspraksis vil dommer og kjennelser fra Høyesterett, samt praksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) være svært viktige. Rettsutviklingen de siste årene tilsier varsomhet ved bruk av eldre rettspraksis, og dette gjelder spesielt etter at påvirkningen fra Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK) har gjort seg gjeldende. Denne påvirkningen kan sees fra begynnelsen av 1990-tallet.

Når det gjelder lov som tolkningsfaktor, er det lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.) som er den mest sentrale. Den fastsetter en rekke rettigheter og plikter for

² EMK art. 6 oppstiller krav om rettferdig rettergang, hvor bevisavskjæring kan være et element. Men heller ikke denne regulerer spørsmålet direkte.

³ Straffeprosesslovkomitéens innstilling 1969 s 197

aktørene i straffesaker. Forskrift av 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) er også relevant.

Det finnes eksempler på at Høyesterett ved vurderingen av bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis i straffesaker viser til sin egen praksis i sivile saker, jf. Rt-1999-1269 ”Fengselsbetjentdommen” som viser til Rt-1997-795 ”Telefonopptakkjennelsen”. Dermed kan en ikke utelukke at tvistemålslovens (og fra 1. januar 2008 tvistelovens) regler vil kunne få en viss betydning gjennom Høyesteretts praksis.

Forarbeider som er spesielt relevante er Innstilling fra Straffeprosesslovkomitéen av 1969, Ot.prp. nr. 35 (1978-79), Inst. O. nr. 37 (1980-81) og Ot.prp. nr. 64 (1981-1999).

Det er flere straffeprosessuelle grunnprinsipper som er viktige som momenter i bevisavskjæringsvurderingen, men særlig prinsippene om den materielle sannhet, fri bevisføring og fri bevisbedømmelse har stor betydning.

Når det gjelder reelle hensyn kan det være verdt å merke seg at i straffeprosessen står hensynet til klarhet og forutberegnelighet sterkt, noe som kan tilsi at reelle hensyn ikke får like stor gjennomslagskraft som i sivilprosessen. Imidlertid kan vurderingen av den generelle regel man kommer fram til også sies å være et reelt hensyn.⁴ Hensiktsmessigheten av den generelle regel, vurdert opp mot straffeprosessuelle grunnprinsipper, vil være viktig. Dermed kan man allikevel hevde at reelle hensyn får en viss påvirkning på avskjæringsvurderingen.

1.3.2 Forholdet til EMK

Norge har ratifisert både EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966. Konvensjonene ble gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mnskrl.) § 2 gjort direkte gjeldende som norsk lov. Lovens § 3 sikrer konvensjonene forrang foran norsk lov i tilfeller av konstatert motstrid.

⁴ Jf. Eckhoff s 371

Fra konvensjonene kan det utledes krav til norsk straffeprosess. Spesielt viktig er forholdet til EMK som har individuell klageadgang til EMD etter at nasjonale rettsmidler er uttømt, jf. art. 34 og art. 35. De fleste saker som en part ønsker behandlet ved overnasjonale rettsorganer blir prøvd for EMD, og denne er derfor spesielt viktig for rettsutviklingen på området. Høyesterett viser også i første rekke til EMDs praksis.

1.3.3 Nærmere om EMK

EMK har ingen konkrete regler som direkte regulerer avskjæring av ulovlig ervervede bevis, og EMD har selv uttalt at dette primært er en oppgave for de nasjonale domstoler.⁵ Likevel inneholder EMK regler som er relevante og viktige for dette spørsmålet. For det første får EMK betydning for vurderingen av om et bevis kan sies å være ulovlig ervervet. Det kan tenkes at metoden brukt ved innhenting av et bevis strider mot noen av konvensjonens artikler, for eksempel art. 3 om tortur eller art. 8 om retten til privatliv.

For det andre får EMK betydning for vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis kan føres. Føringen av et ulovlig ervervet bevis kan nemlig medføre en krenkelse av art. 6, som er en generell bestemmelse om retten til "fair trial." Den nærmere betydningen av retten til "fair trial" må utledes av EMDs praksis. Denne vil derfor være relevant som tolkningsmoment når Høyesterett skal avgjøre om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført eller ikke.⁶

1.3.4 Straffeprosessuelle grunnprinsipper

Grunnprinsippene i straffeprosessen er svært viktige som argumenter og hensyn ved vurderingen av bevisavskjæringsspørsmål basert på ulovfestet rett. Dette skyldes at grunnprinsippene er helt fundamentale hensyn som er bærende for straffeprosessen, og som de ulovfestede bevisavskjæringsreglene må tolkes i lys av. Avskjæring av bevis kan fort komme i konflikt med ett eller flere av disse grunnprinsippene.

⁵ Jf. Schenk-saken A No. 10862/84

⁶ EMK blir behandlet under del 4.

Det kanskje aller viktigste prinsippet er det såkalte materielle sannhetsprinsipp, som tar utgangspunkt i at det er rettens oppgave å komme fram til materielt riktige avgjørelser. Retten har en selvstendig plikt til å opplyse saken uavhengig av partenes disposisjoner, jf. strpl. § 294. I fortsettelsen av dette har retten også en plikt til å sørge for at bevisførselen blir gjennomført på en måte som, så langt det er mulig, ikke etterlater uklarheter eller gir grunn for misforståelse, jf. Rt-1998-1182.⁷

Etter prinsippet om fri bevisførsel er det rettslige utgangspunktet at alle bevis kan føres. Dette er hovedregelen, og betyr at det er avskjæring som krever særskilt begrunnelse. Prinsippet om fri bevisførsel står i sterk - men ikke nødvendig - sammenheng med det neste prinsippet, nemlig fri bevisbedømmelse.⁸

Av prinsippet om fri bevisbedømmelse følger det at det er overlatt til retten å vurdere beviskraften av de enkelte bevis, jf. Rt-1996-1114. Dette i motsetning til rettssystemer med bundet bevisbedømmelse, som altså betyr at det er oppstilt regler for hvordan ulike typer av bevis skal bedømmes.

Forbudet mot selvinkriminering innebærer at ingen skal behøve å bidra i egen straffesak. Dette betyr at siktede verken har forklaringsplikt overfor politi eller domstol. Prinsippet er en sentral rettssikkerhetsgaranti som kan begrunne bevisavskjæring.⁹

Kontradiksjonsprinsippet er en annen grunnleggende straffeprosessuell rettighet for siktede. Prinsippet innebærer blant annet at siktede har rett til å krysseksaminere vitner som føres mot ham, og at han har rett til å føre egne vitner og bevis.

⁷ Se mer om prinsippet under avsnitt 2.3.1

⁸ Strandbakken s 181

⁹ Se mer om prinsippet under avsnitt 3.4.1.4

2 Læren om ulovlig ervervede bevis

Det som gjerne blir omtalt som ”læren om ulovlig ervervede bevis”, sikter til at fastleggelsen av reglene for avskjæring av slike bevis er overlatt til domstolenes rettsskapende virksomhet, og da hovedsakelig Høyesteretts praksis.

Bevisene vil i hovedsak være skaffet til veie av politi eller påtalemyndighet, men kan også være fremskaffet av private, jf. Rt-1991-616 ”Gatekjøkkenkjennelsen”.

I det følgende vil jeg først under punkt 2.1 redegjøre for når et bevis må anses for å være ulovlig ervervet, før jeg i punkt 2.2 følgende vil gå nærmere inn på avskjæringsvurderingen.

2.1 Definisjon av et ulovlig erverv

Det naturlige utgangspunkt er at et bevis er ulovlig ervervet når det er innhentet i strid med gjeldende rett. Klarest vil et tilfelle være der ervervet strider mot formell lov eller forskrift gitt i medhold av lov.¹⁰ Den andre typen rettsstrid kan oppstå der beviservervet strider mot ulovfestede prinsipper.

2.1.1 Beviservervet strider mot lov (inkludert forskrift)

I slike situasjoner vil et beviserverv kunne være ulovlig på tre måter, eller kombinasjoner av disse:¹¹

1. De materielle vilkår for bruk av metoden er ikke oppfylt – for eksempel var ikke mistanken sterk nok.
2. Prosessuelle vilkår er ikke oppfylt – for eksempel er reglene for den praktiske gjennomføringen av metoden ikke fulgt.
3. Kompetansereglene er ikke oppfylt – for eksempel er inngrepet besluttet av feil myndighet.

¹⁰ Aall (1995) s 311

¹¹ Brøbech s 79

Grensene mellom disse tre kategorier er ikke alltid klare. Det er heller ikke avgjørende for ulovlighetsvurderingen om man kaller feilen det ene eller det andre.¹² Imidlertid vil typen ulovlighet kunne få betydning for avskjæringsvurderingen.¹³

2.1.2 Beviservervet strider mot ulovfestede prinsipper

Et beviserverv kan også stride mot prinsipper fastslått i rettspraksis. Det kan for eksempel tenkes at myndighetene har fremskaffet et bevis ved hjelp av et inngrep som etter legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov. Aall anfører at i slike tilfeller må beviservervet regnes som rettsstridig.¹⁴

Rt-1936-204 kan tjene som eksempel på et slikt tilfelle. Situasjonen her var at politiet ønsket å pålegge en kvinne legeundersøkelse for å fremskaffe bevis for en ulovlig abort.

Kjæremålsutvalget fastslo at det ikke var adgang til dette, fordi det ikke fantes noen lovbestemmelse som kunne hjemle inngrepet.¹⁵ Aalls anførsel om at bevis ervervet i strid med legalitetsprinsippet må regnes som rettsstridig, må være riktig.

I tillegg har Høyesterett gjennom sin praksis utmeislet andre ulovfestede prinsipper. Aall argumenterer for at det også i tilfeller der beviservervet har skjedd i strid med slike prinsipper kan være grunn til å regne ervervet som rettsstridig. Han påpeker at ved erverv i strid med prinsipper Høyesterett har utmeislet, vil det som regel være snakk om tilsidesettelse av fundamentale krav til etterforskningen, i motsetning til mer klare lovstridstilfeller, som kan være beskyttelse av mindre viktige interesser. Det kan derfor være grunn til å vektlegge dette i avskjæringsvurderingen.¹⁶ I slike situasjoner kan det være vanskelig å karakterisere ervervet som direkte ulovlig. Men sontringen lovlig/ulovlig trenger ikke være avgjørende. Aall skriver om

¹² Kostveit s 9

¹³ Se mer om dette under avsnitt 3.4.1.2

¹⁴ Aall (1995) s 311

¹⁵ Beviset ble altså i denne saken aldri faktisk ervervet, men saken belyser allikevel spørsmålet.

¹⁶ Aall (1995) s 312

dette: ”Fremgangsmåten kan være så kritikkverdig (uten å være ulovlig) at dette [bevisavskjæring] bør bli resultatet” (min tilføyning).¹⁷

I ”Gatekjøkkenkjennelsen” finner Høyesterett uttrykket ”uakseptabel” tilstrekkelig til å anse beviset ulovlig ervervet. Saksforholdet var her at en arbeidsgiver mistenkte en av de ansatte for underslag fra kassen. Han installerte derfor et videokamera på arbeidsplassen. De ansatte var ikke klar over at opptakene ble lagret på bånd. Opptaket avdekket underslaget, og påtalemyndigheten brukte dette i straffesaken mot den ansatte.

Førstvoterende uttaler om ulovlighetsvurderingen: ”I vår sak er det ikke spørsmål om å håndheve bestemmelsene i forhold til en overtreder, men om hvorvidt den som er blitt utsatt for hemmelig videoopptak, kan motsette seg at opptaket blir brukt som bevis. I denne situasjonen bør domstolene etter min mening ikke henge seg for sterkt opp i den språkbruk som ligger i den tradisjonelle spørsmålsstilling om det er adgang til å føre et ulovlig ervervet bevis. Selv om det kan være diskutabelt om hemmelige videoopptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel. Dette må etter min oppfatning være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis”.

Høyesteretts uttalelser i saken gir støtte for at et lovforbud kan gis en videre tolkning når det er snakk om å vurdere lovligheten av et beviserverv, enn når det er snakk om å konstatere straffansvar, og at konstatering av formell lovstrid ikke er avgjørende ved avskjæringsvurderingen.¹⁸

Det kan også vises til ”Telefonopptakkjennelsen” som støtte for at et direkte lovbrudd ikke er nødvendig for at et bevis skal vurderes under læren om ulovlig ervervet bevis. Høyesterett uttaler her: ”Den ulovfestede adgangen til å kreve bevis avskåret må ... rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling. Slike hemmelige lydbåndopptak vil

¹⁷ Aall (2002) s 961

¹⁸ Aall (2002) s 964

ofte være både illojale og støtende. Den annen part må – i alle fall som et utgangspunkt – ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter.”¹⁹

I Rt-2003-1814 ”Promillekjennelsen” oppstiller Høyesterett ”lovstridig” og ”kritikkverdig” som **alternative** vilkår i relasjon til ulovlighetsvurderingen: ”Hvorvidt bevis som er kommet til på lovstridig og/eller kritikkverdig måte skal tillates ført er gjenstand for en selvstendig vurdering.” Dette må tolkes slik at det er **tilstrekkelig** at et bevis er ervervet på en **kritikkverdig** måte for at man skal kunne vurdere om det bør avskjæres.

2.1.3 Oppsummering

Det må etter gjennomgangen av rettspraksis være klart at det er tilstrekkelig at beviset er innhentet i strid med gjeldende rett, herunder ulovfestede rettsprinsipper, for å kunne anse det som ulovlig ervervet. Det kan i enkelte tilfeller også være nok at beviset er fremskaffet på en kritikkverdig måte.

Når man så har konstatert at beviset er ulovlig eller kritikkverdig ervervet, må man foreta en selvstendig vurdering av hvorvidt beviset skal avskjæres eller ikke, som jeg kommer til nedenfor. Man ser altså at dette kan sies å være en toleddet operasjon, først vurderer man om ervervet kvalifiserer til å komme inn under ”læren om ulovlig ervervede bevis”, og hvis svaret er ja på dette spørsmålet, blir det dernest en vurdering om beviset skal tillates ført eller ikke.

Det vil ofte være den siste vurderingen som blir den mest sentrale, idet rettspraksis viser at sondringen mellom lovlig og ulovlig ikke lenger nødvendigvis er avgjørende, og at ”terskelen” for at et bevis anses ulovlig ervervet har blitt senket noe i de senere år. Aall skriver således om ”Telefonopptakkjennelsen”: ”Dommen bidrar til en utvikling hvor tyngdepunktet i

¹⁹ Det må her tas den reservasjon at avgjørelsen er sivilrettslig, slik at overføringsverdien til straffesaker kan være svekket. Kjennelsen er tatt med fordi Høyesterett selv viser til den i flere av sine strafferettslige avgjørelser om bevisavskjæring.

bevisavskjæringsvurderingen flyttes ytterligere fra spørsmålet om lovstridig ervervelse til spørsmålet om utilbørlig anvendelse.”²⁰

2.2 Generelt om avskjæring – innføring

I juridisk teori er det gjerne vanlig å operere med tre alternativer for bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis:²¹

1. Ethvert ulovlig ervervet bevis avskjæres
2. Ulovlig ervervede bevis avskjæres aldri
3. Eventuell avskjæring beror på en konkret vurdering fra sak til sak

Norsk rett bygger på det siste alternativet.²² Konkret vurdering innebærer en analyse av det enkelte tilfelle, hvor hensyn for og imot bevisavskjæring veies mot hverandre.

Dette gir anledning til å se litt nærmere på de overordnede hensyn som gjør seg gjeldende i en slik avveining. Jeg vil i det følgende presentere de overordnede hensyn som juridisk teori gjerne fremhever i relasjon til avskjæringsvurderingen. Argumenter brukt for og imot avskjæring vil bli presentert, uten at de nødvendigvis er uttrykk for en de lege ferenda drøftelse.

2.3 Overordnede hensyn ved avskjæringsvurderingen

2.3.1 Hensynet til den materielle sannhet

Norsk strafferett bygger på det materielle sannhetsprinsipp. Det betyr at det er rettens oppgave å komme frem til materielt riktige avgjørelser,²³ altså sørge for at skyldige blir dømt, og at uskyldige frikjennes. Det kan også vises til strpl. § 294; ”retten skal på embetets vegne våke over

²⁰ Aall (2002) s 965

²¹ Aall (1995) s 299, Bratholm s 115

²² Aall (2002) s 961

²³ Bratholm s 116

at saken blir fullstendig opplyst.” Retten har plikt til å sørge for at bevisførselen blir gjennomført på en måte som så langt det er mulig, ikke etterlater uklårheter eller gir grunn for misforståelse, jf. Rt-1998-1182.

Prinsippet om fri bevisføring kan sies å være et utslag av hensynet til den materielle sannhet.²⁴ Prinsippet innebærer at partene i utgangspunktet står fritt til å føre de bevis de ønsker, og dette forutsettes å opplyse saken best mulig. Rasjonale er at jo bredere bevistilbud retten kan bygge sin avgjørelse på, jo mer sannsynlig er det at den kommer fram til en materielt riktig avgjørelse.²⁵

Ut fra en slik oppfatning skal det ikke foretas innskrenkninger i den frie bevisføring selv om bevisene måtte være ulovlig innhentet. Det skal overlates til den dømmende rett å avgjøre hvilke virkninger en slik ulovlighet eventuelt skal få på bevisvurderingen. Synspunktet er at det vil være urimelig om en skyldig skulle gå fri fordi et bevis for tiltaltes skyld ikke kunne føres, som en følge av at det er ulovlig ervervet. Prosessreglene skal ikke uten særlig grunn anvendes på en slik måte at de hindrer sannhetens åpenbaring.²⁶

Hensynet til den materielle sannhet støttes også godt av rettspraksis. I

”Gatekjøkkenkjennelsen” heter det: *”Mot disse hensyn står særlig hensynet til sakens opplysning.*” I ”Promillekjennelsen” uttaler førstvoterende: *”Min konklusjon blir etter dette at hensynet til den materielle sannhet tilsier at beviset tillates ført fullt ut, og blir underlagt prinsippet om fri bevisbedømmelse, og at As interesse i at beviset ikke skal tillates, ikke er så tungtveiende at dette bør fravikes.”*

Det kan også vises til straffeprosesslovkomitéens uttalelser. Komitéens syn er at mulig misbruk fra politiets side mer hensiktsmessig lar seg motarbeide ved disiplinære forholdsregler *”enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken.”*²⁷

²⁴ Strandbakken s 174

²⁵ Strandbakken s 173

²⁶ Brøbech s 19

²⁷ Straffeprosesslovkomitéens instilling 1969 s 197

2.3.1.1 Kan føringen av ulovlig ervervede bevis stride mot hensynet til den materielle sannhet?

Det kan hevdes at å tillate føring av ulovlig ervervede bevis **ikke** sikrer den materielle sannhet, snarere tvert i mot. Et ulovlig ervervet bevis kan ha redusert bevisverdi som resultat av den ulovlige fremgangsmåten. Argumentet er da gjerne at domstolene ikke er i stand til å ta høyde for den reduserte bevisverdi som kan hefte ved ulovlige ervervede bevis, når beviset først er kommet til rettens kunnskap. Man bør ha en realistisk forventning til dommerne – og kanskje spesielt legdommerne eller jurymedlemmer. Det kan være vanskelig for dem i tilstrekkelig grad å avveie de opplysninger som er fremkommet i retten mot den hypotetiske mulighet at de kan være beheftet med større eller mindre grad av upålitelighet fordi de er ulovlig ervervet.²⁸ Det er gjerne slik at det er opplysningene som fremkommer i retten som psykologisk virker.²⁹ Dette kan gjøre det vanskelig å skille de pålitelige bevisene fra de mer upålitelige, noe som kan skyve en avgjørelse i retning av domfellelse selv om det kanskje ikke er dekning for dette. Tillatelse til å føre ulovlig ervervede bevis kan under slike omstendigheter komme til å stride mot hensynet til den materielle sannhet.

Som en videreføring av den ovennevnte argumentasjon om fri bevisføring og fri bevisbedømmelse, kan det imidlertid hevdes at det under alle omstendigheter skal overlates til domstolene å avgjøre hvilken betydning det ulovlige ervervet skal ha for bevisvurderingen. Alle bevis er mer eller mindre pålitelige, og dette er noe dommerne må ta hensyn til i sin bevisvurdering. Den upålitelighet som et ulovlig innhentet bevis måtte være beheftet med, er således ikke noe spesielt.³⁰ De som forfekter et syn om at ulovlig ervervede bevis bør avskjæres på grunn av sin upålitelighet, kan således sies å gå i bresjen for en slags innføring av ”bundet bevisbedømmelse”. En slik ”bundet bevisbedømmelse” er ukjent etter norsk rett.³¹

²⁸ Brøbech s 20

²⁹ Aall (1995) s 300 note 185, Brøbech s 20

³⁰ Brøbech s 20

³¹ Det kan hevdes at det er noe uklart å bruke en betegnelse som bevisbedømmelse, ettersom bevisene egentlig aldri blir ”bedømt” i retten, men blir avskåret før man kommer så langt. Men beviset har i slike tilfelle blitt avskåret nettopp på bakgrunn av sine (manglende) kvaliteter, og dette må være å regne som bevisbedømmelse.

Dette er en argumentasjon som støttes av Rt-1996-1114 ”Løgndektorkjennelsen”, hvor førstvoterende uttaler: *”At det hefter usikkerhet ved bevismildelets kraft, gir etter norsk rett ikke grunnlag for å nekte beviset ført... Hvilken beviskraft et usikkert bevis skal tillegges i den konkrete sak, vil det høre under den dømmende rett og ta stilling til ved den frie bevisbedømmelse.”*³²

Det kan argumenteres for at det er av betydning om bevisets upålitelighet stammer fra et lovlig eller ulovlig etterforskningskritt. Enkelte forbudte etterforskningskritt kan være forbudte nettopp fordi de innebærer en særlig risiko for å produsere uriktige bevis. For eksempel kan det her vises til avhør hvor det er brukt falske løfter eller tvang, jf. strpl. § 92 (2). Bakgrunnen for denne bestemmelsen må være både å beskytte siktedes individuelle interesser, men også å motvirke faren for uriktige forklaringer som slike metoder er forbundet med. Hvis forklaringer beheftet med slike feil tillates ført, kan dette virke mot hensynet til sakens opplysning.

Rt-1994-1139 ”Amnestikjennelsen” kan tjene som eksempel på en sak hvor dette spørsmålet var oppe til vurdering. Saksforholdet var her at tiltalte i en narkotikasak protesterte mot opplesningen av det han hadde forklart i en annen, senere henlagt drapssak. Tiltalte hevdet at denne forklaringen var gitt mot løfte om at opplysningene ikke skulle brukes i andre saker. Hvis det tiltalte hevdet var riktig, ville beviset være ulovlig ervervet, jf. strpl. § 92 (2).

Høyesterett kom til at et slikt løfte ikke var gitt, men tok allikevel prinsipielt stilling til spørsmålet om opplesning. Førstvoterende uttaler: *”For det første kan det reises tvil om riktigheten av en forklaring når den er fremkalt på en slik måte. Dette er imidlertid et forhold som retten kan ta i betraktning ved sin bevisbedømmelse. For det andre – og det er for meg det sentrale synspunktet – kan det fremstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede, som det her vil være tale om.”*

³² Her må det imidlertid tas den reservasjon at avgjørelsen dreier seg om et lovlig ervervet bevismiddel (løgndektortest). Det er selve **fremleggelsen** av denne i retten som vil være ulovlig. Men Høyesteretts uttalelse har allikevel gyldighet for de prinsipper som gjelder i norsk straffeprosess.

Som det fremgår finner altså Høyesterett ikke usikkerheten en slik forklaring vil være beheftet med avgjørende. Utslagsgivende blir derimot krenkelsen av tiltaltes rettssikkerhetsgarantier.

2.3.1.2 Sannheten skal ikke avdekkes for enhver pris

Selv om norsk rett bygger på det materielle sannhetsprinsipp, ligger det en forutsetning om at sannheten ikke skal søkes avdekket for enhver pris. Enkelte etterforskningsmetoder bruker vi simpelthen ikke, selv om de nok kunne fremskaffe solide bevis.³³

Lovgiver har fastsatt en rekke regler som regulerer og begrenser politiets handlefrihet under etterforskning. Dermed har lovgiver tatt stilling til at den materielle sannhet ikke skal forfølges med alle midler, og således avveid dette hensynet mot andre hensyn. Man kan komme i en situasjon, hvor man ved å tillate ulovlig ervervet bevis, tillegger den materielle sannhet større vekt enn lovgiver hadde forutsatt. Dette kan sies å være uheldig. Særlig gjelder dette hvis føringen fortsetter den krenkelse som forelå ved den ulovlige ervervet.³⁴

2.3.2 Oppsummering av hensynet til den materielle sannhet

Det kan ikke være tvil om at hensynet til den materielle sannhet er et avgjørende hensyn som tillegges stor vekt ved norske domstoler, og dette hensynet gjør at ulovlig ervervede bevis i utstrakt omfang tillates ført.³⁵

Det er neppe heller særlig tvilsomt at føringen av **upålitelige**, ulovlig ervervede bevis kan øke sannsynligheten for uriktige avgjørelser. Men etter prinsippet om fri bevisbedømmelse, er dette noe som i hovedsak hører under den dømmende rett å vurdere.

³³ Strandbakken s 183

³⁴ Brøbech s 22

³⁵ Strandbakken s 190

2.4 Prevensjonshensynet

Det som gjerne omtales som prevensjonshensynet er tanken om at avskjæring av ulovlig ervervede bevis kan være en effektiv måte å motvirke nettopp den type ulovlighet som hefter ved det omtvistede beviset.³⁶ Når det gjelder prevensjonshensynet er det ofte politiets praksis man i første rekke har i tankene. Men hensynet kan også være relevant overfor private.

Prevensjonshensynet er den amerikanske Supreme Courts hovedbegrunnelse for deres omfattende praksis med å avskjære ulovlig ervervet bevis.³⁷

2.4.1 Bevisavskjæring som "oppdragende" virkemiddel overfor politiet

Enkelte vil hevde at i praksis blir ikke politi og påtalemyndighet straffet for sine overtredelser.³⁸ Det blir gjerne anført at dette skyldes blant annet en sterk "korpsånd" innad i politi og påtalemyndighet. Det vil også være vanskelig for overordnede å med tyngde kritisere underordnede som ved å ulovlig erverve bevis har oppklart en viktig kriminalsak.³⁹ Dermed gjenstår bevisavskjæring som den eneste adekvate reaksjon.

Dersom politiet ikke får anledning til å benytte et ulovlig ervervet bevis, bortfaller også formålet med å foreta slike ulovligheter. Og motsatt, hvis beviset tillates ført, kan politiet konstatere at ulovligheten ikke får straffeprosessuelle konsekvenser. Dette kan hevdes å øke risikoen for at politiet vil fortsette en uheldig praksis.

Videre har det også blitt argumentert for at tillatelse til å føre ulovlig ervervede bevis kan vanskeliggjøre resosialiseringen av den enkelte lovbrøyer.⁴⁰ Dette skyldes at det sendes ut et signal om at borgerne straffes for sine lovovertrædelser, men at det samme ikke gjelder for politiet. Men det samme argumentet kan snus, ved å hevde at frifinnelser på grunn av

³⁶ Aall (2002) s 963

³⁷ Aall (1995) s 300

³⁸ Sml. Andenæs s 282

³⁹ Brøbech s 26

⁴⁰ Bratholm s 117

bevisavskjæring signaliserer at forbrytelser ikke straffes. Bratholm påpeker at dette kan ha uheldige virkninger både individual- og allmennpreventivt.⁴¹

2.4.2 Argumenter mot avskjæring

Det kan hevdes at prevensjonsargumentet kun har vekt i de tilfeller der ulovligheten fra politiets side skjer forsettlig. Rasjonale bak dette vil være at det ikke er noe poeng å straffe overtredelser som skyldes uaktsomhet eller misforståelser, ettersom det ikke foreligger forsett om å overtre regelverket. Det har også blitt anført at det er nokså sjelden norsk politi bevisst velger å bryte lovbestemmelser for å erverve bevis. Straffeprosesslovkomitéen har også uttalt at dette problemet er langt større i for eksempel USA enn det er i Norge, og at dette bedre lar seg motvirke ved administrative og disiplinære reaksjoner.⁴²

Etter denne argumentasjonen vil det riktige være å føre straffe- eller disiplinærsak mot den enkelte tjenestemann. På denne måten unngår man å påvirke utfallet av den konkrete straffesak, og det kan hevdes at prevensjonshensynet må være sekundært i forhold til å komme fram til en materielt riktig avgjørelse. Det ville således være urimelig om en lovbryter skulle slippe unna simpelthen på grunn av en formell feil begått under etterforskningen. Ønsket om å oppdra politiet bør altså ikke influere andre borgeres straffesaker. Disse to ting bør holdes atskilt.⁴³

2.4.3 Prevensjonshensynet i rettspraksis

Høyesteretts praksis viser at prevensjonshensynet er et moment i bevisavskjæringsvurderingen. I ”Gatekjøkkenkjennelsen” uttaler således Høyesterett: ”*Etter min mening taler vesentlige personvern hensyn for at domstolene nekter bruk av et bevis tilveiebragt på denne måte. Ved en slik holdning vil domstolene motvirke denne form for krenkelser.*” I denne saken var det ulovlige ervervet utført av en privat part.

⁴¹ Bratholm s 116

⁴² Straffeprosesslovkomitéens innstilling 1969 s 197

⁴³ Brøbech s 25

Også i forhold til politi og påtalemyndighet er prevensjonshensynet relevant, men foreliggende praksis og teori tyder på at det som regel ikke medfører avskjæring. I Rt-2006-582

”Osterhausgaten Farvehandel” nevner Høyesterett momentet, men finner det ikke avgjørende:

”Avskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking. Men som sitatet foran viser har lovgiveren akseptert at et bevis kan føres selv om det knytter seg formelle feil til det.”

I Rt-1992-698 ”Treholt-kjennelsen” viser Høyesterett til Straffeprosesslovkomiteens innstilling og uttaler: *”Komiteens syn er imidlertid at mulige misbruk fra politiets side mer hensiktsmessig lar seg motarbeide ved disiplinære forholdsregler ”enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken” Dette må etter kjæremålsutvalgets syn være utgangspunktet også i tilfeller da den fremgangsmåte som er benyttet, ikke bare kan være gjenstand for disiplinære forholdsregler, men også for straffansvar.”*

Strandbakken oppsummerer rettspraksis slik: *”I Norge har domstolene utvist en pragmatisk tilnærming: Beviset foreligger, og selv om det ikke hadde kommet til politiets kunnskap med mindre spillereglene var blitt brutt, taler hensynet til sakens opplysning for at det tillates fremlagt.”*^{44 45}

2.5 Hensynet til rettfærdig rettergang

Prinsippet om ”rettfærdig rettergang” er nedfelt i norsk rettspraksis som et relevant moment ved vurdering av avskjæringsspørsmål. Det kan her vises til Rt-1991-1096 som gjaldt avskjæring av bevis i form av opplesning av politiforklaring avgitt uten at forsvarer hadde hatt anledning til å være til stede og eventuell føring av politivitner som var til stede da forklaringen ble gitt. Her uttaler førstvoterende i et obiter dictum: *”Det må alltid has for øye at avskjæringsspørsmålet skal vurderes i lys av det grunnleggende prinsipp om betryggende og rettfærdig rettergang”*. Hensynet til kontradiksjon i straffeprosessen ble tillagt avgjørende betydning.

⁴⁴ Strandbakken s 186

⁴⁵ Tilsvarende Andenæs s 270

Kjernen i begrepet ”rettferdig rettergang” må være at tiltalte skal gis en tilfredsstillende anledning til å forsvare seg mot de anklager som er rettet mot ham. I denne vurderingen vil det være naturlig å trekke inn de straffeprosessuelle grunnprinsipper som gjelder for norsk rett og eventuelt ytterligere momenter hentet fra EMDs praksis. I relasjon til bevisavskjærings spørsmål må det overordnede hensynet altså bli å sikre at avskjæringsreglene ikke praktiseres på en ”skjev” måte som favoriserer aktoratet i forholdet til tiltalte.

2.6 Hensynet til den alminnelige rettsfølelse

Det kan ikke være tvilsomt at det er av avgjørende betydning for et demokratisk samfunn at borgerne har tillit til rettssystemet. Denne tilliten er blant annet avhengig av at politiet og domstolene overholder landets lover, og at det får konsekvenser hvis de ikke gjør det. Det er også like avgjørende at domstolene treffer avgjørelser som i hovedtrekk er i overensstemmelse med folks rettsbevissthet. Under dette hører også avgjørelse av bevisavskjærings spørsmål som borgerne finner rimelige.⁴⁶

Hensynet til den alminnelige rettsfølelse henger tett sammen med hensynet til rettssystemets omdømme, og kan sees som to sider av samme sak. Med den alminnelige rettsfølelse tenker man gjerne på hvordan borgerne flest oppfatter at spørsmålet bør løses. Hvis borgerne finner domstolenes handlemåte støtende og dermed i strid med deres rettsfølelse, vil dette også nødvendigvis innebære en negativ påvirkning av rettssystemets omdømme.

Det er delte meninger om hensynet til rettssystemets omdømme i hovedsak taler for eller imot føring av ulovlig ervervede bevis. Denne uenigheten kan muligens henge sammen med den noe ulike forståelsen – og vektleggingen – folk har av begrepet rettssikkerhet. Etter min mening brukes begrepet på hvert fall to forskjellige måter:

1. Hvor begrepet forstås som tiltaltes rettigheter og garantier for en rettferdig rettergang
2. Hvor begrepet forstås som sikkerhet for materielt riktige avgjørelser

⁴⁶ Brøbech s 33

For de som vektlegger tiltaltes rettigheter vil rasjonale bak avskjæringssynspunktet være at rettssystemet og spesielt domstolenes omdømme vil bli skadelidende hvis domstolene tillater føring av ulovlig ervervet bevis. Domstolene kan sies på den måten å gi sin aksept av slike ulovlige metoder. I stedet bør domstolene ved deres eksempel vise at ulovlige fremgangsmåter, og dermed også de bevis de produserer, er uakseptable.⁴⁷

For de som vektlegger hensynet til den materielle sannhet vil det kunne oppfattes støtende om personer som utvilsomt er skyldige i alvorlige forbrytelser går fri fordi ulovlig ervervede bevis avskjæres. Et slikt rettssystem kan få ord på seg for å ta mer hensyn til forbryterne enn til fornærmede og andre lovlydige borgere.

2.6.1 Hensynet til den alminnelige rettsfølelse i forarbeider og rettspraksis

I Straffeprosesslovkomitéens innstilling vektlegges den alminnelige rettsfølelse som et moment ved vurderingen av avskjæring: *”det... kan anføres andre grunner til avskjæring, for eksempel at det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler.”*⁴⁸

Høyesteretts praksis viser at dette hensynet er relevant i avskjæringsvurderingen. Hvilken vekt det får avhenger imidlertid av de konkrete omstendigheter i saken.

I ”Amnestikjennelsen” tar Høyesterett prinsipielt stilling til bevis fremskaffet ved bruk av uriktige løfter fra politiets side. Her blir hensynet til at det ville virke støtende å ”godkjenne” slike metoder ved å tillate føring, tillagt stor vekt. Høyesterett uttaler således: *”... og det er for meg det sentrale synspunktet – kan det fremstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede, som det her vil være tale om.”*

⁴⁷ Brøbech s 34

⁴⁸ Straffeprosesslovkomitéens innstilling 1969 s 197

I ”Treholtkjennelsen” blir imidlertid dette hensynet ikke avgjørende. Her viser førstvoterende til Straffeprosesslovkomitéens uttalelser, men finner at i den konkrete saken – hvor det var snakk om ”*svært alvorlige forbrytelser*” – tilsier hensynet til sakens opplysning at beviset kunne føres.

Ovennevnte kjennelse kan tas til inntekt for at hensynet til rettssystemets omdømme og den alminnelige rettsfølelse får størst betydning i den forstand at det ville virke støtende om avskjæring skulle hindre en materielt riktig avgjørelse. Dette må i hvert fall kunne hevdes i de saker som dreier seg om meget alvorlige forbrytelser, og hvor ulovligheten knyttet til ervervet ikke støter an mot grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper.

2.7 Samlet konklusjon

Det er nærliggende å anta at de fleste av de nevnte hensyn spiller en større eller mindre rolle i den enkelte sak. Noen av hensynene vil sannsynligvis ha betydning i alle eller de fleste saker om bevisavskjæring, og noen kun i spesielle tilfeller. Som nevnt bygger norsk rett på det materielle sannhetsprinsipp, og derfor vil hensynet til sakens opplysning som regel veie tungt i de fleste saker.

3 Hovedregelen for adgangen til å føre bevis som er ulovlig ervervet

Hva er så hovedregelen for adgangen til å føre bevis som er ulovlig ervervet?

Høyesterett uttaler i ”Osterhausgaten Farvehandel”: ”*Det klare utgangspunkt i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres.*” Videre viser Høyesterett til Straffeprosesslovkomitéens innstilling, hvor det uttales at hovedregelen ”*bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte*”.⁴⁹ Førstvoterende viser til at dette fikk tilslutning i Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) side 139. Det kan også vises til ”Promillekjennelsen”: ”*...utgangspunktet etter norsk rett er at partene kan føre alle bevis som vedrører saken, slik også Rt-2003-549, avsnitt 17.*”

Det må etter dette være klart at det i norsk rett er en klar hovedregel om at partene som utgangspunkt kan føre de bevis de ønsker, også om bevisene er ulovlig ervervet. Det er avskjæring av ulovlig ervervede bevis som krever særskilt begrunnelse.

Som man ser er hovedregelen klar nok. Unntaksregelen er imidlertid langt mer uklar, og det blir vanskelig å si noe presist om hvilke bevis som vil bli avskåret. Men det er allikevel mulig å trekke opp noen hovedlinjer.

3.1 Avskjæringsvurderingen

I ”Osterhausgaten Farvehandel” fremholder Høyesterett: ”*En treffende oppsummering av rettsstilstanden er etter min mening gitt i Rt-1999-1269 [”Fengselsbetjentdommen”] hvor førstvoterende uttaler (side 1272): ”Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining*” (min tilføyning).

⁴⁹ Straffeprosesslovkomitéens innstilling 1969 s 197

Høyesterett skisserer her en toleddet vurdering, hvor man:

1. Først vurderer om føringen av beviset vil utgjøre en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet - og hvis dette **ikke** er tilfelle,
2. Går man videre til interesseavveiningen og foretar en helhetsvurdering.

Grunnen til dette må være at spørsmålet om fortsatt krenkelse må regnes som en hovedregel for når avskjæring vil finne sted. Dette understøttes ved uttalelsen: ”*I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset **normalt** nektes ført*” (min utheving). Ved å først vurdere dette, vil man altså i de tilfeller der føring av beviset vil utgjøre en fortsatt krenkelse kunne komme til at avskjæring skal finne sted, uten å gå veien om den nevnte ”interesseavveining”.

I det følgende vil jeg først se nærmere på fortsettelseskriteriet, for deretter å redegjøre for interesseavveiningen.

3.2 Nærmere om fortsettelseskriteriet

3.2.1 Alltid avskjæring ved fortsatt krenkelse?

Som nevnt må det som hovedregel være slik at bevis må avskjæres der føring utgjør en fortsatt krenkelse. Men heller ikke denne regelen er uten unntak. Høyesterett har i tidligere saker uttalt at det kan tenkes tilfeller der hensynet til sakens opplysning er så tungtveiende at bevis vil kunne føres selv om det utgjør en fortsatt krenkelse, jf. ”Telefonopptakkjennelsen”. Imidlertid er avgjørelsen sivilrettslig, og andre hensyn kan gjøre seg gjeldende i straffeprosessen. En kan allikevel ikke utelukke at Høyesterett, for eksempel i en straffesak som omhandler misbruk av barn i en barnehage hvor det ved hjelp av ulovlig videoovervåkning er blitt dokumentert overgrep, vil kunne tillate ført et bevis man normalt ville avskåret fordi det vil utgjøre en fortsatt

krenkelse. Hensynet til sakens opplysning, og den interesse barn har av å bli beskyttet mot overgrep, vil da kunne bli utslagsgivende.⁵⁰

3.2.2 Nærmere om hva som utgjør en fortsatt krenkelse

Som eksempler på fortsatte krenkelser kan nevnes beslagleggelse av en leges journaler og fremleggelsen av disse i retten, hvis en prest eller lege har gitt opplysninger til politiet i strid med sin taushetsplikt og disse fremlegges i retten, og ulovlig avlytting av samtaler eller telefonsamtaler og føring av dette i retten.⁵¹ Slike opptak vil ofte være gode bevis, men avspillingen vil nettopp utgjøre en fortsatt krenkelse ved at innholdet gjøres kjent for flere personer. Derfor bør beviset avskjæres.⁵² At opplysninger gitt i strid med taushetsplikt normalt må avskjæres støttes også av Rt-1997-1778 "Taushetspliktdommen", hvor Høyesterett gjengir lagmannsrettens vurdering som var at: *"bevis som direkte fremtrer som et resultat av brudd på taushetsplikt må avskjæres."* Føringen av slike bevis vil være en fortsettelse av den krenkelse som skjedde ved ervervet. Er krenkelsen derimot uttømt ved den ulovlige fremgangsmåten, vil dette kunne være et argument mot avskjæring.

Fortsettelseskriteriet er svært logisk. Det bygger på det enkle prinsipp at det bør tillegges vekt om en skade forverres. Kriteriet har også sammenheng med hensynet til domstolenes omdømme. Domstolene kan sies å bli "medskyldige" hvis de tillater føringen av ulovlig ervervede bevis som fortsetter krenkelsen ulovligheten utgjorde. Kriteriet kan også begrunnes i individuelle interesser, og da spesielt hensynet til den krenkedes integritet og privatliv.⁵³

Kriteriets viktighet støttes også godt av rettspraksis. I "Gatekjøkkenkjennelsen" heter det at *"Det vil videre kunne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt, og det vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket"*. I "Osterhausgaten Farvehandel" viser Høyesterett til uttalelsene i "Fengselsbetjentdommen" som er referert i

⁵⁰ Strandbakken s 186

⁵¹ Andenæs s 269, 272f, Aall (1995) s 308

⁵² Andenæs s 272

⁵³ Brøbech s 298

innledningen til avsnitt 3.1, og karakteriserer domspremissene som en ”*treffende oppsummering av rettstilstanden*”. Når Høyesterett her viser tilbake til tidligere uttalelser om rettstilstanden, er dette en sementering av beskrivelsen av gjeldende rett.

I ”Osterhausgaten Farvehandel” vurderer Høyesterett hvorvidt føringen av politivitner, og det de fant ved en ulovlig ransaking, ville utgjøre et fortsatt rettsbrudd. Saken her var at en politipatrulje ble oppmerksom på en bil merket ”X Farvehandel”. Politiet bestemte seg for å stanse bilen på bakgrunn av at personer som angivelig tilhørte ransmiljøet hadde tilknytning til denne fargehandelen. I bilen satt person A og hans samboer. De ble kommandert ut av bilen, og bilen ble ransaket. I en veske som tilhørte samboeren ble det funnet en ladd pistol og noe ammunisjon. A innrømmet straks at pistolen og ammunisjonen tilhørte ham.

Saken kom opp for Høyesterett som anke over straffeutmålingen, og A anførte også at Lagmannsrettens dom skulle vært opphevet fordi den bygget på ulovlig ervervede bevis som skulle vært avskåret. Det ble for det første anført at stansingen av bilen var ulovlig, og for det andre at ransakingen var ulovlig.

Høyesterett kom til at stansingen av bilen var lovlig, men ransakingen manglet hjemmel da det ikke forelå skjellig grunn til mistanke. Dermed oppstod spørsmålet om bevisene (funnet av pistolen og ammunisjon) skulle vært avskåret.

Høyesterett kom til at det ikke ville utgjøre noen fortsatt krenkelse å tillate bevisene ført. Det ble fremholdt at hvis politiet hadde vært kjent med de faktiske forhold eller hatt faktisk grunnlag for skjellig mistanke, ville det foreligget materiell hjemmel for å gjennomføre ransakingen. Høyesterett påpeker at dette skiller seg klart fra tilfeller hvor politiet ikke under noen omstendighet ville hatt adgang til beviset, for eksempel dersom man hadde beslaglagt dokumenter hos en lege som ville vært omfattet av taushetsplikt.

Det synes nærliggende å knytte dette opp til uttalelsene i Straffeprosesslovkomitéens innstilling, hvor det som nevnt sies at hovedregelen tilsier fri bevisføring ”*med mindre lovgrunnen for*

vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte".⁵⁴ I det tilfellet Høyesterett skisserer over, tilsier lovgrunnen i strpl. § 204, jf. § 119 at slike opplysninger skal være taushetsbelagt, og en føring av slike opplysninger ville utgjøre et fortsatt rettsbrudd. Dette i motsetning til føring av reelle bevis fremskaffet ved ulovlig ransaking. For slike objekter finnes det ingen tilsvarende "lovgrunn" som tilsier at de ikke kan føres.

Videre ble det i saken vektlagt at det var snakk om våpen og ammunisjon som A var i ulovlig besittelse av. Dette gir anledning til stille spørsmålet om vurderingen ville vært annerledes om bevisene som ble fremskaffet hadde vært objekter A lovlig kunne ha i sin besittelse, men som politiet ønsket å fremlegge som bevis av andre årsaker. Det kan anføres at retten til privatliv i større grad beskytter mot slike inngrep, enn den beskytter retten til å ulovlig besitte objekter i skjul for politiet. Hvis politiet ønsket å fremlegge objekter A lovlig kunne ha vært i besittelse av, kunne man kanskje også lettere komme til at en slik føring ville representere en fortsatt krenkelse.

Rettsbruddet i "Osterhausgatens Farvehandel" bestod i en ulovlig inntregning i en beskyttet sfære, et angrep på retten til privatliv. Dette rettsbruddet skjedde imidlertid på et bestemt sted og tidspunkt, og ble ikke gjentatt ved at bevisene fremskaffet ved rettsbruddet ble tillatt ført i retten.

3.3 Nærmere om interesseavveiningen

I saken "Osterhausgaten Farvehandel" går Høyesterett, etter å ha konstatert at føringen av beviset ikke utgjør en fortsatt krenkelse, over til å vurdere avskjæringsspørsmålet som en "interesseavveining".

Førstvoterende refererer fortsatt fra "Fengselsbetjentdommen": "*Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg, eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, se f.eks. Rt-1991-616 ["Gatekjøkkenkjennelsen"] og Rt-1997-795 ["Telefonopptakkjennelsen"]*" (mine tilføyninger).

⁵⁴ Straffeprosesslovkomitéens innstilling 1969 s 197

De momentene Høyesterett lister opp står sentralt i den ”interesseavveiningen” som må foretas.⁵⁵ Som tidligere nevnt må dette anses som en sementering av relevansen til momentene.

Dette gir anledning til å se nærmere på de konkrete momenter som kan få relevans i avskjæringsvurderingen.

3.4 Konkrete momenter i avskjæringsvurderingen

3.4.1 Er erververens (politiets) rettsbrudd grovt?

Grovheten av lovbruddet ved det ulovlige ervervet vil være et moment i avskjæringsvurderingen.⁵⁶ Dette henger sammen med at de andre hensynene gjør seg sterkere gjeldende når rettsbruddet er grovt. Jo grovere rettsbruddet er, jo mer støtende vil det kunne oppfattes om retten tillater beviset ført, og jo sterkere vil hensynet til prevensjon kunne virke.

Kriteriet omfatter flere momenter. Det ene er om den ulovlige handling er forsettlig eller uaktsom. Det andre er hvorvidt det er formelle eller materielle regler som er tilsidesatt. Et tredje moment kan være hvilken interesse rettsbruddet krenker.

3.4.1.1 Forsettlig eller uaktsom overtredelse?

Dersom det er snakk om feil eller forsømmelser som er begått i unnskyldelig villfarelse eller uaktsomhet, antar man at retten vil være tilbøyelig til å tillate beviset ført. Hvis det derimot dreier seg om bevisste rettsbrudd, hvor politiet har spekulert i dette, må man kunne anta at bevisene lettere vil kunne bli avskåret.⁵⁷

”Treholt-kjennelsen” viser at sontringen er relevant. Det omtvistede beviset var i denne saken en bunke pengesedler som ble fotografert ved en ransaking. Ransakingen var ulovlig fordi det ikke

⁵⁵ Opplistingen er ikke uttømmende, jf. ordlyden ”blant annet”.

⁵⁶ Andenæs s 269, Strandbakken s 185

⁵⁷ Bratholm s 118f

hadde blitt tilkalt vitne og mistenkte ble ikke varslet. Retten konstaterte at politi og påtalemyndighet **bevisst** hadde overtrådt ransakingsreglene, og at dette kunne tale for avskjæring. Etter en samlet vurdering kom retten allikevel til at beviset kunne føres. Kjennelsen viser at selv om det er et moment at det er tale om et bevisst rettsbrudd, er det ingen automatikk i at det blir avskjæring. Andre momenter kan nemlig trekke i en annen retning, for eksempel at sakens alvor tilsier føring. Se nærmere om dette i avsnitt 3.4.3.

3.4.1.2 Er det materielle eller formelle regler som er brutt?

Det vil kunne ha betydning om ervervet har tilsidesatt materielle eller formelle vilkår. I sistnevnte tilfelle ville politiet kunne skaffet beviset dersom de hadde fulgt de formelle regler, mens i førstnevnte tilfelle ville politiet overhodet ikke kunne skaffet beviset på lovlig måte. Ut fra dette kan det hevdes at det taler sterkere for avskjæring dersom det er brudd på materielle enn formelle vilkår.⁵⁸

Det er imidlertid heller ikke for dette momentet noen **automatikk** i at det blir avskjæring dersom de materielle vilkår ikke er tilstede. Det finnes nemlig eksempler i rettspraksis på at bevis er tillatt ført på tross av brudd på materielle vilkår. I ”Osterhausgaten Farvehandel” var det nettopp snakk om slike brudd idet Høyesterett fant at det ikke forelå tilstrekkelig mistanke til å ransake bilen. På tross av dette fant Høyesterett at beviset kunne føres.

I dommen legger Høyesterett blant annet vekt på at politiet ville hatt ”*materiell hjemmel for ransaking dersom de var kjent med pistolen og ammunisjonen, eller i alle fall hadde et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanken.*” Høyesterett oppstiller i dommen altså et skille mellom to ulike situasjoner; 1. hvor de materielle vilkår er brutt, men hvor man i en tenkt situasjon kunne hatt materiell hjemmel, for eksempel dersom mistanken vært sterk nok, og 2. hvor det er snakk om å føre et bevis som man overhodet ikke kunne ervervet på lovlig måte, for eksempel beslagleggelse av en leges journaler. Ved å vise til at politiet kunne hatt materiell hjemmel for inngrepet, viser Høyesterett at rettsbruddet er mindre alvorlig enn i et tilfelle hvor politiet overhode ikke ville hatt hjemmel til å foreta inngrepet. Det kan forklares ved at for den

⁵⁸ Bratholm s 119, Strandbakken s 185

som blir utsatt for rettsbruddet må det være mindre belastende hvis det dreier seg om et inngrep det kan finnes hjemmel for, enn hvis det motsatte er tilfelle. Den samme argumentasjonen kan brukes når man viser til den alminnelige rettsfølelse. Det må være mindre støtende å tillate ført et bevis innhentet ved et inngrep det kan finnes hjemmel for, enn hvis det motsatte er tilfelle.

I tillegg kommer at prevensjonshensynet lettere kunne ha blitt avgjørende hvis inngrepet var av en art det overhodet ikke finnes hjemmel for. Det må være grunn til å reagere kraftigere hvis politiet tar seg til rette ved å bruke tvangsmidler det ikke finnes hjemmel for.

3.4.1.3 Er ulovligheten rettet mot person eller ting – spesielt beskyttelsesverdig interesse?

Dersom beviset krenker spesielt beskyttelsesverdige interesser, kan dette tale for avskjæring. Dette kommer til uttrykk på generelt grunnlag i Rt-2003-549 ”*Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset... krenker beskyttelsesverdige interesser...*”

Det kan anføres at et ulovlig inngrep rettet mot person er mer alvorlig enn et ulovlig inngrep rettet mot en ting.⁵⁹

Andenæs anfører i tilknytning til dette at eieren av et reelt bevismiddel (som for eksempel et parti heroin eller et mordvåpen) ikke kan forlange det avskåret med den begrunnelse at det ikke ville blitt funnet uten den ulovlige ransaking.⁶⁰ Eksempler fra praksis hvor beviset ble tillatt ført under slike omstendigheter er ”Osterhausgaten Farvehandel” og ”Treholt-kjennelsen”.

I de tilfeller hvor inngrepet er rettet direkte mot siktedes legeme, for eksempel en ulovlig blodprøvetakning eller legemsundersøkelse, er det en del av selve legemet man bemektiger seg

⁵⁹ Bratholm s 119, Andenæs s 271

⁶⁰ Andenæs s 270

som bevis ved inngrepet. I slike situasjoner må krenkelsen anses mer alvorlig, og Andenæs anfører at det i slike tilfeller er en ”*lite tiltalende*” løsning å tillate føring.⁶¹

Dette henger sammen med at den kroppslige integritet må anses som en spesielt beskyttelsesverdig interesse, noe som **kan** tilsi at beviset bør avskjæres. Det samme kan gjøre seg gjeldende ved andre former for inngrep i personverninteresser,⁶² for eksempel ulovlig videoovervåkning, slik situasjonen var i ”Gatekjøkkenkjennelsen”. Her trekker Høyesterett nettopp frem at det var snakk om en ”*alvorlig integritetskrenkelse*”.

Aall hevder under henvisning til ovennevnte kjennelse at hvor bevis er ervervet ved vesentlige, ulovlige inngrep i den personlige integritet, er hovedregelen i norsk rett at disse vil bli avskåret.⁶³ Det kan imidlertid hevdes at dette er å trekke Høyesteretts uttalelser for langt. Det kan nemlig foreligge andre tungtveiende momenter som likevel vil tilsi at beviset skal føres. ”Gatekjøkkenkjennelsen” gjaldt jo underslag begått av en ansatt, og det kan ikke utelukkes at løsningen ville vært en annen dersom det var snakk om en mer alvorlig forbrytelse, for eksempel en drapssak.⁶⁴

3.4.1.4 Ervervet strider mot selvinkrimineringsvernet

Selvinkrimineringsvernet er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess. Hvor beviservervet strider mot dette prinsippet, kan det hevdes at rettsbruddet er grovt. Dette gir anledning til å se nærmere på hvilken betydning rettsbruddet får i avskjæringsvurderingen.

3.4.1.4.1 Kort om innholdet i selvinkrimineringsvernet

Selvinkrimineringsvernet kan grovt sies å bestå i at siktede ikke plikter å medvirke til sin egen domfellelse. Dette innebærer at siktede ikke kan tvinges til å forklare seg, og at han har rett til å

⁶¹ Andenæs s 271

⁶² Strandbakken s 186

⁶³ Aall (1995) s 316

⁶⁴ Strandbakken s 186

forholde seg taus.⁶⁵ Rettigheten må sies å være et overordnet rettssikkerhetsprinsipp, og strpl. §§ 90, 92 og 232 er utslag av dette prinsippet.

Strpl. § 90 fastslår at siktede ikke har plikt til å forklare seg, og krever at retten gjør oppmerksom på dette. Den som er mistenkt uten å være siktet har heller ingen forklaringsplikt for politiet, jf. strpl. § 232 som krever at mistenkte blir gjort kjent med dette før et politiavhør. Strpl. § 92 inneholder regler om avhør av siktede, men gjelder tilsvarende i relasjon til mistenkte, jf. § 232 (2) 2. Bestemmelsene utgjør således en viktig del av det reelle vernet mot selvinkriminering.⁶⁶ Imidlertid må selvinkrimineringsvernet antas å kunne rekke lenger enn hva disse bestemmelsene gir uttrykk for.

Selvinkrimineringsvernets sentrale betydning i norsk straffeprosess kommer tydelig frem i Høyesteretts praksis. Høyesterett uttaler i ”Fengselsbetjentdommen” om retten til å forholde seg taus: ”Men også lenge før disse konvensjonene [EMK og FN-SP⁶⁷] ble gjort til norsk rett, har det vært et grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt” (min tilføyning). Og videre: ” Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess...”

I ”Promillekjennelsen” viser Høyesterett til uttalelsene i ”Fengselsbetjentdommen” og uttaler: ”Som fremhevet av førstvoterende i Rt-1999-1269, er det et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse.”

3.4.1.4.2 Konsekvensen av brudd på selvinkrimineringsvernet ved beviservervet

⁶⁵ Jebens s 411

⁶⁶ Jebens s 413

⁶⁷ FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter.

Jebens anfører at i de tilfeller der selvinkrimineringsvernet er krenket må dette ”i allfall som et utgangspunkt” føre til at man ser bort fra en forklaring avgitt før hovedforhandling og eventuelt opphever en dom som bygger på en slik forklaring.⁶⁸

Dette må klart nok være reglen for de mer grove krenkelsene. I tilfeller hvor forklaringer har blitt avgitt under trusler eller andre former for tvang, vil disse måtte bli avskåret. Det følger av at en føring av en slik forklaring ville fortsette den krenkelsen som fant sted ved avhøret. Mer tvilsomme tilfeller kan oppstå der politiet benytter tredjepersoner til å fremskaffe selvinkriminerende uttalelser fra siktede, eller der politiet opptrer ”under cover” med samme formål.

”Fengselsbetjentdommen” er en illustrerende sak for temaet. Her var en verksbetjent ved Ullersmo landsfengsel mistenkt for å ha hjulpet en innsatt med å rømme. Politiet innledet et samarbeid med en annen innsatt. I en samtale mellom denne og verksbetjenten sa sistnevnte seg villig til å bistå ved en ny rømning. Det ble inngått en avtale om at betjenten skulle lage en skisse over fengselet, og at han skulle overlevere denne til en medhjelper. Da overleveringen skulle skje, var det en politimann som møtte frem og utga seg for å være medhjelperen. Politimannen var utstyrt med mikrofon og båndopptaker og spurte siktede om han hadde bistått ved den første rømningen. Verksbetjenten bekreftet dette.

Saken kom opp i Høyesterett som anke over saksbehandlingen, hvor forsvareren hevdet at opptaket skulle vært avskåret. Høyesterett fant at beviset var ulovlig ervervet, fordi fremgangsmåten ikke i tilstrekkelig grad hadde ivaretatt siktedes rett til å forholde seg taus. Høyesterett fant videre at beviset i den konkrete saken skulle vært avskåret.

Førstvoterende uttaler om retten til å forholde seg taus: ”Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle vært tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset. Jeg er

⁶⁸ Jebens s 420

på dette grunnlag kommet til at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, skulle ha vært avskåret.”⁶⁹

I ”Promillekjennelsen” var det også brudd på selvinkrimineringsvernet. I saken hadde to uniformerte polititjenestemenn hatt samtale med en mann mistenkt for promillekjøring. Mannen ble observert sittende i førersetet på en bil med kjørellys på. Han luktet alkohol og var synlig beruset. På denne bakgrunn stilte politiet mannen en del spørsmål om han hadde kjørt bilen, om han hadde drukket og lignende. Mistenkte bekreftet dette, og politiet stilte da ytterligere oppfølgningsspørsmål.

Høyesterett la til grunn at idet politiet gikk over til å stille oppfølgningsspørsmål, var man over i en avhørssituasjon. Mistenkte skulle da ha vært gjort kjent med sin rett til ikke å forklare seg. Den informasjonen som fremkom etter at samtalen hadde glidd over i en avhørssituasjon var således ulovlig ervervet. Dermed oppstod spørsmålet om samtalen kunne fremlegges som bevis.

Høyesterett fant at beviset kunne føres. Det ble lagt spesielt vekt på at det var tale om en umiddelbar kontroll uten relasjon til tidligere etterforskning, og at politiet opptrådte i uniform og med uniformert bil. Retten bemerket at på denne måten skilte saken seg klart fra ”Fengselsbetjentdommen”. Mistenkte visste at han snakket med politiet, og feilen bestod utelukkende i at han ikke uttrykkelig var gjort oppmerksom på sin rett til ikke å forklare seg. Retten konkluderte derfor med at hensynet til den materielle sannhet, holdt opp mot tiltaltes interesse i at beviset ble avskåret, ikke berettiget avskjæring i den konkrete saken.

De to sakene sett i sammenheng viser at det vil ha betydning hvor grovt bruddet på selvinkrimineringsvernet kan sies å være.

I ”Fengselsbetjentdommen” hadde politiet tidligere flere ganger forsøkt å avhøre mistenkte uten resultat. Politiet valgte så å opptre ”under cover” slik at mistenkte ikke var klar over at han snakket med politiet, og han ble således forledet til å inkriminere seg. Dette i motsetning til

⁶⁹ Strandbakken er kritisk til avgjørelsen, se Strandbakken s 202

”Promillekjennelsen” hvor politiet opptrådte åpent og ikke tidligere hadde forsøkt å få opplysninger gjennom ordinære avhør. Det må derfor kunne hevdes at i sistnevnte sak var bruddet på selvinkrimineringsvernet mindre grovt.

Det er altså ikke er noen **automatikk** i at bevis ervervet på en måte som krenker selvinkrimineringsvernet skal avskjæres. Spørsmålet vil bero på en konkret vurdering.

3.4.2 Den som satt med beviset pliktet å utlevere det eller uttale seg

Det kan være et relevant moment at den som ble krenket ved beviservervet hadde plikt til å utlevere det eller legge frem beviset. Aall anfører at i slike tilfeller står et eventuelt avskjæringskrav svakt.⁷⁰ Det må forklares ved at de fleste hensyn som taler **mot** å tillate ulovlig ervervede bevis ført vil ha mindre styrke når det er snakk om bevis som erververen med retten i hånd kunne ha krevd utlevert. Dette ligger litt i sakens natur, det vil her være snakk om et bevis som rettsordenen i utgangspunktet forutsetter at det er rett til å føre. Hvis den som besitter beviset ikke etterkommer kravet, og den som har krevd beviset utlevert i stedet tar seg til rette ved selvtækt og på en ulovlig måte skaffer seg beviset, kan det være grunn til å ta dette med i vurderingen.

3.4.3 Tiltalen gjelder et alvorlig forhold – sakens viktighet

Dersom det forhold tiltalen gjelder er grovt, er det et moment som taler for føring av beviset.⁷¹ Synspunktet er at jo mer alvorlig kriminaliteten er, jo mer avgjørende er det å få oppklart slike forhold. Dermed vil hensynet til den materielle sannhet virke sterkere.

Dette er flere ganger trukket frem i rettspraksis. I Treholt-kjennelsen hadde som nevnt politi og påtalemyndighet bevisst overtrådt ransakingsreglene. Allikevel kom Høyesterett til at beviset kunne føres. Hovedbegrunnelse for resultatet var at lovbruddet tiltalte var anklaget for var alvorlig. Førstvoterende uttaler: ” *Et moment av vesentlig betydning ved avveiningen om et*

⁷⁰ Aall (2002) s 964

⁷¹ Bratholm s 113, s 120, Andenæs s 269, Aall (1995) s 314, Strandbakken s 185

ulovlig ervervet bevis kan tillates ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart.”

Momentet ble også brukt som støtte for føring i ”Taushetspliktdommen”, hvor tiltalen gjaldt voldtekt til samleie kombinert med mishandling.

I ”Gatekjøkkenkjennelsen”, hvor det ble bevisavskjæring, uttaler Høyesterett: ”*Jeg kan ikke se at sakens omfang og karakter gir grunn til å fravike det jeg mener må være hovedregelen for slike bevisstilbud som denne sak gjelder.*” Her var tiltalen underslag av ansatt, noe som klart må sies å være et mindre alvorlig forhold enn i de to ovennevnte avgjørelser.

Kriteriet har vært gjenstand for en viss kritikk i teorien. Aall antyder at momentets betydning bør nyanseres noe, i alle fall de lege ferenda. Han finner at det er grunn til å prioritere oppklaringen av de alvorligste forbrytelsene, men at det er betenkelig å lempe på rettssikkerheten for å oppnå dette. Jo mer alvorlig saken er, jo viktigere er det å unngå en uriktig domfellelse. Ut fra dette synspunkt mener han at man heller skulle skjerpe rettssikkerhetskravene i de alvorligste sakene, og herunder heve terskelen for å tillate føring av ulovlig ervervede bevis.⁷²

3.4.4 Beisverdien

Praksis fra Høyesterett viser at beisverdien er relevant i vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført. I Rt-2003-549 uttaler Høyesterett: ”*Dersom beiset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beiset er lite å stole på...*”

Beisverdien kan være svekket på grunn av den måten det ble ervervet,⁷³ men det kan også skyldes andre årsaker.

⁷² Aall (1995) s 314

⁷³ Jf. for eksempel det som er sagt om visse ulovlige etterforskningsmetoder i avsnitt 2.3.1.1

Dersom bevisverdien ikke er svekket taler dette for at beviset ikke bør avskjæres. Dette kommer til uttrykk blant annet i ”Promillekjennelsen” og ”Treholt-kjennelsen”. I sistnevnte kjennelse ble det som støtte for at beviset skulle tillates ført konstatert at bevisverdien ikke var svekket som resultat av ulovligheten: *”Motforestillingene mot fremleggelse av opplysninger fra en ransaking som er gjennomført uten varsel ... knytter seg således ikke først og fremst til bevisverdien...”* Og videre: *”Utvalget finner at det må legges til grunn at tilsidesettelse av regelverket ikke har hatt innvirkning på de bevis det her gjelder.”*

”Telefonopptakkjennelsen” er et eksempel på en sak hvor Høyesterett mener bevisverdien kan være svekket, og hvor dette blir brukt som støtte for avskjæring. Høyesterett uttaler: *”I tillegg kommer at det alene vil være den av partene som har forstått opptakene som har hånd om dette materialet. Sammen med de muligheter for tilretteleggelse av situasjonen som her lett vil foreligge, vil en adgang til slik bevisførsel regelmessig neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi.”*

Med hensyn til den materielle sannhet vil det være mer betenkelig å avskjære et bevis med høy bevisverdi, og mindre betenkelig å avskjære et bevis med lav bevisverdi. Det kan begrunnes med at beviset i de to tilfellene i forskjellig grad tjener til å opplyse saken. Argumentet kan således tale både for og mot avskjæring avhengig av bevisverdien.

At beviset er ervervet på en måte som kan ha redusert dets bevisverdi, har i teorien vært nevnt som argument når det gjelder bruk av tortur eller harde avhørsmetoder. Men hvis retten avskjærer slike bevis, antas begrunnelsen heller å være at retten finner det støtende hvis politiet oppnår domfellelse på bakgrunn av grove tilsidesettelser av viktige beskyttelsesinteresser, enn dets eventuelle upålitelighet.⁷⁴

Selv om bevisverdien er et relevant moment i avskjæringsvurderingen, vil ikke momentet nødvendigvis være spesielt tungtveiende i saker hvor bevisverdien kan være svekket. Dette

⁷⁴ Andenæs s 271f

skyldes at vårt rettssystem bygger på prinsippene om fri bevisføring og fri bevisbedømmelse, og det antas at domstolene kan ta høyde for bevisenes eventuelle reduserte bevisverdi i sin bevisbedømmelse. Dette synet kommer til uttrykk blant annet i ”Løgndektorkjennelsen” og ”Amnestikjennelsen”.

3.4.5 Vesentlighetskriteriet

Vesentlighetskriteriet kan deles inn i to hovedkategorier:⁷⁵

1. Beviset er tilstrekkelig til domfellelse. Det vil si at beviset alene kan føre til domfellelse.
2. Beviset er nødvendig for domfellelse. Det betyr at beviset sammen med andre bevis kan føre til domfellelse, men at domfellelse ikke kan skje uten beviset.

Hvis beviset verken er tilstrekkelig eller nødvendig, kan det sies å havne i en tredje kategori, mindre vesentlige bevis.⁷⁶

Når det gjelder vesentlighetskriteriet oppstår den situasjonen at ulike hensyn trekker i ulik retning. Hvis beviset er vesentlig for saken, trekker hensynet til den materielle sannhet i retning av å tillate beviset ført.⁷⁷ På den annen side vil hensynet til tiltaltes rettssikkerhet trekke i motsatt retning, i hvert fall i de saker hvor det kan knyttes en usikkerhet til bevisverdien som et resultat av den ulovlige fremgangsmåten. Det kan også oppfattes som mer støtende om tiltalte dømmes på grunnlag av ett eneste ulovlig ervervet bevis. Men det kan oppfattes som like støtende om en tiltalt frifinnes fordi ett eneste, sikkert, vesentlig bevis er ulovlig ervervet og derfor avskjæres.

⁷⁵ Brøbech s 266

⁷⁶ Det kan hevdes at denne oppdelingen er for grovmasket. Det kan finnes bevis som i seg selv ikke er spesielt betydningsfulle, men som inngår i en lengre bevisrekke. I slike tilfeller kan det være vanskelig å anslå nøyaktig hvor vesentlig beviset er for domfellelse.

⁷⁷ Bratholm s 120

I ”Promillekjennelsen” viser Høyesterett til Khan-saken,⁷⁸ og finner at det ikke er avgjørende i seg selv hvor ”sentral” det aktuelle beviset er for domfellelse, forutsatt at bevisverdien ikke er svekket. Dette kan tyde på at vesentlighetskriteriet ikke er særlig viktig, så lenge beviset er pålitelig.⁷⁹

3.4.6 Avledede bevis

Et spørsmål som har vært oppe i Høyesteretts praksis er hvorvidt føringen av bevis som har sitt opphav i et ”opprinnelig” ulovlig ervervet bevis skal tillates, og om dette vil kunne utgjøre en fortsatt krenkelse. Det er her naturlig å trekke en parallell til det som i amerikansk rett kalles ”fruits of the poisonous tree”-doktrinen.⁸⁰

”Taushetspliktdommen” er her sentral. Faktum i denne saken var noe forenklet at en mann (A) var blitt dømt for voldtekt av sin samboer. Politiet hadde fått kjennskap til saken ved at en ansatt på et sykehus hadde brutt sin taushetsplikt ved å varsle politiet om at samboeren (S) hadde blitt voldtatt. En politibetjent var derfor til stede da S ankom sykehuset. S ble ikke formelt avhørt, men neste dag ble hun hentet til lensmannskontoret hvor hun avga forklaring om denne og andre episoder hvor hun hadde blitt voldtatt av A. Hun ble ikke informert om sin rett til ikke å forklare seg som nærstående. A tilsto den siste voldtekten overfor politiet, men opplyste at han på grunn av beruselse ikke kunne huske en tidligere episode hvor han angivelig skulle ha begått voldtekt kombinert med mishandling mot S. S ble avhørt på nytt, og denne gangen ble hun informert om sin rett til taushet. Hun ble foreholdt sin første forklaring som hun fastholdt med enkelte korreksjoner. Videre innhentet politiet en legeerklæring fra sykehuset med tillatelse av S. Under hovedforhandling nektet S og As mor å forklare seg, og S trakk også sitt samtykke til fremleggelse av legeerklæringen tilbake.

⁷⁸ Khan-saken A No 35394/97 (EMD)

⁷⁹ Annerledes for adgangen til opplesning av politiforklaringer, jf. avsnitt 21 i kjennelsen

⁸⁰ Aall (1995) s 305 note 205

Da saken kom opp for Høyesterett påsto forsvaret at dommen skulle oppheves fordi lagmannsretten hadde begått en rettergangsfeil. Det ble anført at alle bevis i saken skulle vært avskåret fordi de hadde sitt opphav i bruddet på taushetsplikten.

Høyesterett tar dette opp til vurdering, og formulerer det som et spørsmål om det inntreffer en ”dominoeffekt”, slik at ulovligheten ved det første beviservervet ”smitter” over på de senere ervervede bevis. Høyesterett sier seg enig med lagmannsretten som la til grunn at domstolene må avskjære bevis som **direkte** fremtrer som brudd på taushetsplikt. Lagmannsretten viser til Andenæs som anfører at det skjer en forverring av skaden på det tillitsforhold som taushetsplikten skal beskytte hvis retten tillater slike bevis ført.⁸¹ Høyesterett kom imidlertid til at dette ikke gjelder de senere, avledede bevis i form av S’ og domfeltes mors forklaring, når førstvoterende uttaler: ”Jeg er enig med lagmannsretten i at bruddet på taushetsplikten ikke kan ha som konsekvens at samtlige bevis i saken må anses som ulovlig ervervet.” Høyesterett viser til lagmannsrettens begrunnelse, som blant annet vektlegger sakens alvorlighet og det faktum at en annen løsning ville undergrave regelen om at handlingen er undergitt ubetinget offentlig påtale, ved at brudd på taushetsplikten fra en person utenfor påtalemyndigheten i praksis da ville forhindre påtalemyndigheten i å fremme straffesak.

Saken reiser også ytterligere en problemstilling, nemlig hvorvidt politiet på annen måte ville ha blitt kjent med forholdet. Imidlertid uttaler førstvoterende om dette: ”*hvorvidt politiet på annen måte ville ha blitt kjent med forholdet, kan etter mitt syn ikke være avgjørende, og dette ville også være et vanskelig bevisstema. Hensynet til vern av taushetsplikten er viktig, men dette hensyn ivaretas – som lagmannsretten også har pekt på – av bestemmelsene i straffeloven.*”

Høyesterett kom imidlertid til at opplesningen av forklaringene til S og domfeltes mor skulle ha vært avskåret på grunn av at de var de avgjørende bevis i saken, etter reglene om opplesning av vitneforklaringer.⁸² Domfellelsen som bygget på opplesningen av disse forklaringene ble derfor opphevet.

⁸¹ Andenæs s 269, 273

⁸² Dette temaet faller imidlertid utenfor oppgaven.

Avgjørelsen viser at avledede bevis som har sitt opphav i et ulovlig ervervet bevis som hovedregel ikke avskjæres, selv om det opprinnelige beviset ikke blir tillatt ført. Dette støttes også av teori.⁸³

3.5 Momenter i avskjæringsvurderingen hentet fra juridisk litteratur

3.5.1 Det er tredjemanns interesser som er krenket ved ervervet

Bratholm anfører at det i alminnelighet er mindre grunn til å avskjære bevis hvis det er ervervet ved en krenkelse overfor tredjemann. Dette kan begrunnes med at siktede neppe har noe berettiget krav på at beviset avskjæres. Han har i slike situasjoner ikke rådighet over bevismiddelet, og må derfor være forberedt på at tredjemann samtykker i inngrepet. Bratholm antar også at den krenkede tredjemann i visse tilfeller kan motsette seg at beviset føres. Avgjørelsen av dette må da bero på en avveining av viktigheten i å få saken pådømt, og den skade føringen av beviset vil kunne påføre den krenkede tredjemann.⁸⁴

3.5.2 Beviset er til gunst for siktede

Flere juridiske forfattere er enige om at dersom beviset er til gunst for siktede, taler dette normalt for føring av beviset.⁸⁵ Tiltalte vil normalt ikke motsette seg at det føres, snarere tvert imot. Hvis beviset først har blitt kjent, vil politiet neppe ha noen sterk interesse i å nekte det ført. Det er også slik at de hensyn som taler for avskjæring som oftest ikke gjør seg gjeldende når beviset er til gunst for siktede.⁸⁶ I hvert fall kan en vanskelig tenke seg at avskjæring vil finne sted med det resultat at en tiltalt dømmes for en handling han ellers ville blitt frifunnet for.

⁸³ Strandbakken s 185, s 210, Aall (1995) s 305, Andenæs s 270

⁸⁴ Bratholm s 119f

⁸⁵ Bratholm s 110, Andenæs s 269 og Aall (1995) s 314

⁸⁶ Se imidlertid ”Løgndektorkjennelsen”

3.5.3 Det er politiet som har benyttet den ulovlige fremgangsmåten

Norsk juridisk teori anfører at det har betydning **hvem** som ulovlig har fremskaffet beviset. Det må antas at det er mindre støtende å tillate ulovlig ervervede bevis ført når det er privatpersoner som har fremskaffet dem, enn om de er fremskaffet av politi eller annen offentlig myndighet. Aall støtter dette. Han skriver: ”*det er et naturlig utgangspunkt at domstolenes ansvar for å motvirke denne form for krenkelser må gjøre seg gjeldende med særlig styrke når offentlige myndigheter står bak.*”⁸⁷ Dette må sees i sammenheng med at prevensjonshensynet gjør seg sterkere gjeldene i relasjon til offentlige myndigheters atferd, og det vil i hovedsak være politiet som skaffer bevis i straffesaker.

3.6 Oppsummering avskjæringsvurderingen

Det må etter gjennomgangen av rettspraksis være klart at Høyesterett i vurderingen av om ulovlig ervervede bevis skal avskjæres legger spesielt vekt på følgende momenter:

1. Representerer føringen en fortsatt/gjentatt krenkelse?
2. Tilsier lovgrunnen i den krenkede bestemmelsen at beviset ikke skal føres?⁸⁸
3. Hvor alvorlig er rettsbruddet fra erververens (politiets) side?
4. Pliktet den som satt med beviset å utlevere det eller forklare seg?
5. Hvor alvorlig eller viktig er saken/siktelsen?
6. Bevisverdien?

I tillegg kan de følgende momenter få betydning; vesentlighetskriteriet, om det er tredjemanns interesser som er krenket, om beviset er til gunst eller ugunst for siktede og hvem som ulovlig har fremskaffet beviset.

⁸⁷ Aall (1995) s 316

⁸⁸ Det kan sies å være sterk sammenheng mellom punkt 1 og 2.

4 Nærmere om ulovlig ervervede bevis og EMK

4.1 EMK – rettslig grunnlag

EMK har ingen konkrete bestemmelser som direkte regulerer bevisavskjæring, og EMD har uttalt at dette primært er et forhold som det er opp til de nasjonale domstoler å ta stilling til. Men konvensjonens art. 6 regulerer allikevel – om enn ikke direkte - spørsmålet om avskjæring av ulovlig ervervede bevis. Art. 6 oppstiller nemlig et generelt prinsipp om rett til en rettferdig rettergang, og denne retten kan krenkes på mange ulike måter, herunder ved føring av et ulovlig ervervet bevis.⁸⁹

Dette kommer til uttrykk blant annet i Schenk-saken, hvor Domstolen uttaler: ”*While art. 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk’s trial as a whole was fair.*”⁹⁰ Som det fremgår vil EMD derimot kunne prøve om føringen av ulovlig ervervede bevis krenker retten til ”fair trial”, rettergangen vurdert som et hele.⁹¹

4.2 Rettsstridsgrunnlaget og forholdet til ”fair trial”-vurderingen

EMD vil vurdere ulovligheten knyttet til selve ervervet.⁹² Et beviserverv kan i denne sammenheng være ulovlig på to ulike måter:

1. Der ervervet krenker nasjonal rett, men ikke konvensjonen
2. Der ervervet krenker konvensjonen, men ikke nasjonal rett⁹³

⁸⁹ Van Dijk s 585f

⁹⁰ Schenk-saken A No 10862/84 para. 46

⁹¹ Ordlyden i art. 6 nr. 1 er ”fair hearing”. Rettigheten omtales imidlertid i EMDs praksis vanligvis som ”fair trial”. Forskjellen avspeiler en utvidelse av rettighetens anvendelsesområde sammenlignet med ordlyden i art. 6 nr. 1. Jf. Jebens s 310, jf. punkt 15.3.1 for mer om dette.

⁹² Khan-saken A No 35394/97 para. 34

Det er ikke avgjørende i relasjon til ”fair trial”-vurderingen om beviservervet er ulovlig eller ikke etter nasjonal rett. Det skyldes at retten til rettferdig rettergang etter art. 6 nr. 1 ikke inneholder et krav om at beviserverv må skje i henhold til nasjonale straffeprosessregler. Retten til ”fair trial” kan nemlig være krenket selv om reglene i den nasjonale straffeprosessen **er** fulgt, og retten kan på den annen side være oppfylt selv om de nasjonale reglene **ikke** er fulgt.⁹⁴

Det er heller ikke avgjørende for vurderingen av om retten til ”fair trial” er blitt krenket, at beviservervet er i strid med bestemmelser i konvensjonen.⁹⁵ ⁹⁶ Det foreligger nemlig avgjørelser fra EMD hvor det er konstatert brudd på konvensjonsregler ved ervervet av et bevis, uten at det har blitt ansett å gjøre rettergangen ”unfair” etter art. 6 nr. 1, se for eksempel Khan-saken og P.G. og J.H.-saken.⁹⁷

Eksempel på en situasjon der ervervet krenket nasjonale regler, men ikke krenket konvensjonen har vi i Schenk-saken.⁹⁸ Her hadde en privatperson foretatt et opptak av en telefonsamtale mellom seg selv og Schenk. I samtalen kom Schenk med opplysninger som inkriminerte ham selv. Dette opptaket ble overlevert til politiet, og det ble brukt mot Schenk i en senere rettssak. Opptaket var i strid med sveitsisk rett. EMD fant at føringen av beviset ikke krenket art. 6 nr. 1.

⁹³ Hvor det foreligger en krenkelse av konvensjonsbestemmelsene vil det for Norges del alltid samtidig foreligge en krenkelse av nasjonal rett da EMK er gjort direkte gjeldende som norsk lov og har forrang ved konstatert motstrid, jf. mnskr. §§ 2 og 3. I en teoretisk gjennomgang kan det allikevel være klargjørende å skille disse tilfellene fra hverandre.

⁹⁴ Jebens s 424 jf. s 313. Som Jebens bemerker samme sted, inneholder art. 6 nr 1 imidlertid et lovskrav om at organet som avgjøre saken skal være opprettet ved lov.

⁹⁵ Strandbakken s 184

⁹⁶ Aall bemerker i denne sammenheng at EMD nok vil føle seg mer på ”hjemmebane” når det gjelder å prøve om føringen av bevis ervervet ved krenkelse av konvensjonen gjør rettergangen ”unfair”, enn når ulovligheten ved ervervet består i brudd på nasjonale bestemmelser. Dette følger også av at konvensjonen kan sies å være minimumsrettigheter, og det taler for at rettsbruddet neppe er bagatellmessig (Aall (1995) s 303).

⁹⁷ Khan-saken, P.G.og J.H.-saken A No 44787/98

⁹⁸ EMD var imidlertid avskåret fra å prøve krenkelse av art. 8 p.g.a. at interne rettsmidler på dette punkt ikke var uttømt.

Som eksempel på en situasjon der ervervet krenket konvensjonen, men ikke nasjonal rett, kan det vises til Khan-saken. Spørsmålet her dreide seg om ulovlig avlytting fra politiets side.

Saksforholdet var grovt skissert at Khan og hans fetter N ble stoppet i tollen på flyplassen i Manchester. På N ble det funnet en større mengde heroin, mens det ikke ble funnet noe på Khan. Han ble derfor løslatt uten ytterligere forfølgning. Senere besøkte Khan B, som var mistenkt for narkotikahandel, og på bakgrunn av dette hadde politiet iverksatt avlytting av Bs eiendom. På denne måten tok politiet opp en samtale mellom B og Khan, der Khan sa at han hadde vært involvert i innførselen av narkotika sammen med N ved den nevnte episoden på flyplassen. Denne samtalen ble så ført som bevis mot Khan ved de nasjonale domstoler.

EMD fant at avlyttingen var i strid med EMK art. 8., fordi den manglet hjemmel i formell lov. Men avlyttingen var altså ikke i strid med intern rett. Spørsmålet var da om føringen av dette beviset krenket art. 6 nr. 1. Heller ikke i denne saken fant EMD at retten til "fair trial" var krenket, selv om det forelå konvensjonsbrudd ved beviservervet.

4.3 Momenter i "fair trial"-vurderingen

EMD vil vurdere om føringen av et ulovlig ervervet bevis har gjort rettergangen "unfair".

Hvilke momenter vil så EMD trekke inn i denne vurderingen?

Praksis viser at EMD spesielt vektlegger om retten til et effektivt forsvar har blitt ivaretatt, i tillegg til konkrete forhold knyttet til det ulovlig ervervede bevis. Det kan her vises til Allan-saken hvor EMD uttaler: "*In that context, regard must also be had to whether the rights of the defence have been respected...and the quality of the evidence...*"⁹⁹

I det følgende vil jeg gjennomgå de momenter som ut fra EMDs praksis synes å være de mest sentrale.

⁹⁹ Allan-saken A No 48539/99 para. 43

4.3.1 Anledning til å protestere mot beviset

Det vil ha betydning om tiltalte har hatt tilstrekkelig mulighet til å bestride bevisets ekthet og bruken av det.¹⁰⁰ ¹⁰¹ I Allan-saken uttaler således EMD: ”...*regard must also be had to...whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use...*”¹⁰² Dette kommer også til uttrykk i Khan-saken hvor EMD vektla at: “...*the applicant had ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording.*”¹⁰³

For at denne muligheten skal være reell har EMD også vektlagt hvorvidt de nasjonale domstoler har hatt adgang til å avskjære beviset dersom føringen ville medført at rettergangen i vesentlig grad ville bli ”unfair”. I P.G. og J.H.-saken blir dette trukket frem: ”*Though the applicants were unsuccessful in their arguments and did not obtain leave to appeal, it is clear that, had the domestic courts been of the view that the admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness, they would have had a discretion to exclude it.*”¹⁰⁴ Tilsvarende kommer til uttrykk i Khan-saken.¹⁰⁵

4.3.2 Kontradiksjon

Ikke bare vil det ha betydning at man har hatt anledning til å bestride det enkelte beviset, men også at retten til kontradiksjon generelt gjennom hele rettergangen har blitt ivaretatt. Dersom dette ikke er tilfelle, taler dette for at retten til ”fair trial” er krenket. I denne sammenheng vil det ha betydning om tiltalte har hatt mulighet til å føre alle relevante vitner og bevis, herunder krysseksaminere aktorats vitner.¹⁰⁶ I Allan saken uttaler EMD: ”...*regard must*

¹⁰⁰ Jebens s 425

¹⁰¹ Adgangen til å bestride bevisets ekthet står i sterk sammenheng med retten til kontradiksjon som behandles nedenfor.

¹⁰² Allan-saken para. 43

¹⁰³ Khan-saken para. 38

¹⁰⁴ P.G.og J.H.-saken para. 79

¹⁰⁵ Khan-saken para. 39

¹⁰⁶ „Jebens s 324, Van Dijk s 580

also be had to...whether the applicant was given the opportunity...of examining any relevant witnesses.”¹⁰⁷ Dette ble også vektlagt i Schenk-saken.¹⁰⁸

4.3.3 Bevisets pålitelighet

Dersom det ulovlig ervervede bevis anses pålitelig, taler dette for at føringen ikke er en krenkelse av art. 6.¹⁰⁹ Dette ble et sentralt moment i Khan-saken, hvor EMD fant at føringen ikke krenket art. 6. Domstolen uttalte i tilknytning til beviset at ”...*there was no risk of it being unreliable.*”¹¹⁰ Momentet er også trukket frem i Allan-saken: ”...*regard must be also be had to...the quality of the evidence, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubts on its reliability or accuracy.*”¹¹¹

Ovennevnte sitat viser også at når EMD vurderer påliteligheten av beviset vil domstolen se hen til omstendighetene rundt ervervet. Dette var et tema nettopp i Allan-saken. Saksforholdet var her at politiet foretok avlytting og videoopptak av klagerens fengselscelle, som han delte med en kriminell politiinformant. Informanten hadde fått i oppdrag å få klageren til å innrømme at han hadde vært involvert i et ran med døden til følge. Opptaket fra cellen ble ført som bevis i rettssaken mot klageren sammen med politiinformantens forklaring. Poliitiinformanten hevdet at klageren i samtaler med ham hadde innrømmet at han var involvert i ranet. Dette fremkom imidlertid ikke direkte av opptakene av samtalene i cellen.

I EMDs vurdering av påliteligheten av opptaket, så domstolen hen til omstendighetene rundt dette. Det ble pekt på at klageren påstod at han **visste** at han ble avlyttet, og at opptakene inneholdt mye hvisking og gestikulering. Domstolen fant derfor at det ikke var ”*straightforward*” å vurdere om beviset var pålitelig eller ikke.¹¹² I en slik situasjon ble det derfor ansett desto mer viktig at prosessen var betryggende, og da særlig at klageren hadde hatt anledning til å imøtegå

¹⁰⁷ Allan-saken para. 43

¹⁰⁸ Schenk-saken para. 47

¹⁰⁹ Jebens s 425, Strandbakken s 203

¹¹⁰ Khan-saken para. 37

¹¹¹ Allan-saken para. 43

¹¹² Allan-saken para. 47

beviset og kreve det avskåret.¹¹³ EMD uttaler om dette: *”In those circumstances, the existence of fair procedures to examine the admissibility and test the reliability of the evidence takes on an even greater importance.”*¹¹⁴

4.3.4 Er det ulovlige bevis det eneste eller vesentlige bevis?

Det vil ha betydning for ”fair trial”-vurderingen om domfellelsen bygger på flere bevis, eller om det ulovlige ervervede bevis er det eneste eller vesentlige i saken.¹¹⁵ Første gang dette momentet ble trukket frem var i Schenk-saken, hvor det ikke ble konstatert krenkelse. EMD la i vurderingen vekt på at domfellelsen også bygget på andre bevis: *”The Court also attaches weight to the fact that the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based.”*¹¹⁶ Momentet er også trukket frem i P.G. og J.H.-saken.¹¹⁷

Etter dette må det være klart at momentet er av betydning. Imidlertid kan det ikke slutes at dersom det ulovlig ervervede bevis er det eneste eller vesentlige, tilsier dette automatisk krenkelse. EMD kom i Khan-saken med en viktig nyansering. Her var nemlig det ulovlig ervervede bevis i praksis det eneste i saken, men EMD fant allikevel at det ikke forelå krenkelse av art. 6. Domstolen uttaler: *”The Court next notes that the contested material in the present case was in effect the only evidence against the applicant and that the applicant’s plea of guilty was tendered only the basis of the judge’s ruling that the evidence should be admitted. However, the relevance of the existence of evidence other than the contested matter depends on the circumstances of the case. In the present circumstances, where the tape recording was acknowledged to be very strong evidence, and where there was no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker.”*¹¹⁸ Dette er også fulgt opp i Allan-saken.¹¹⁹ Avgjørelsene viser at selv om det ulovlig ervervede beviset er det eneste, behøver det

¹¹³ Strandbakken s 207

¹¹⁴ Allan-saken para. 47

¹¹⁵ Jebens s 425

¹¹⁶ Schenk-saken para. 48

¹¹⁷ P.G.og J.H.-saken para. 79

¹¹⁸ Khan-saken para. 37

¹¹⁹ Allan-saken para. 43

ikke å foreligge brudd på retten til ”fair trial”. Imidlertid vil det i slike tilfeller være avgjørende at bevisverdien ikke er svekket.¹²⁰

4.3.5 Ulovligheten knyttet til selve ervervet

Praksis fra EMD viser at ulovligheten knyttet til ervervet, eller nærmere bestemt hva slags overtredelse det er snakk om, får betydning. Det vil lettere føre til krenkelse av retten til ”fair trial” dersom beviset er ervervet på en måte som strider mot grunnleggende konvensjonsrettigheter. I Khan-saken uttaler således EMD: ”*The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.*”¹²¹ Dette er også lagt til grunn i Jalloh-saken.¹²²

Ulovligheten knyttet til selve ervervet kan ikke alltid ses isolert, men må i noen situasjoner vurderes opp mot den allmenne interessen i å få pådømt tiltaltes lovbrudd. Dette fremkommer i Jalloh-saken: ”...*when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence at issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully.*”¹²³ Og videre: “*Moreover, the public interest in securing the applicants conviction cannot be considered to have been of such weight as to warrant allowing that evidence to be used at the trial. As noted above, the measure targeted a street dealer selling drugs on a relatively small scale who was finally given a six months’ suspended prison sentence and probation. In these circumstances, the Court finds that the use in evidence of the drugs obtained by the forcible administration of emetics to the applicant rendered his trial as a whole unfair.*”¹²⁴

¹²⁰ Strandbakken s 204, Brøbech s 113

¹²¹ Khan-saken para. 34

¹²² Jalloh v. Germany A No 54810/00

¹²³ Jalloh-saken para. 97

¹²⁴ Jalloh-saken para. 107-108

4.3.5.1 Beviservervet strider mot artikkel 3

Enkelte konvensjonsbestemmelser beskytter mer grunnleggende rettigheter enn andre, for eksempel forbudet i art. 3 mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det er grunn til å anta at føring av bevis ervervet med metoder i strid med dette forbudet, vil utgjøre de klareste tilfellene av krenkelse av retten til ”fair trial”.¹²⁵ Jalloh v. Germany kan være et godt eksempel på en slik situasjon.

Saksforholdet var her at politiet observerte at klageren tok en liten plastpose ut av munnen og overga den til andre mot betaling. Politiet mistenkte narkotikaomsetning og gikk bort til klageren for å arrestere ham, hvorpå klageren svelget en pose han hadde i munnen. Politiet fant ikke noe annet stoff på klageren, og påtalemyndigheten besluttet da at han skulle føres til en lege for tilføring av brekkmiddel. Klageren nektet å innta brekkmiddelet, så middelet ble tilført ved at fire politimenn holdt ham nede mens legen førte en sonde ned i magen på klageren via nesens. Som resultat kastet han opp en pose inneholdende en mindre mengde kokain, og ble dømt på grunnlag av dette.

Denne behandlingen ble av EMDs Storkammer funnet å være umenneskelig og nedverdiggende, slik at EMK art. 3 var krenket.¹²⁶ Det ble deretter vurdert om føringen av beviset gjorde rettergangen ”unfair”.

EMD uttrykte sterke reservasjoner mot å tillate slike bevis ført, og uttalte at ”...*the use of evidence obtained in violation of Article 3 in criminal proceedings raises serious issues as to the fairness of such proceedings.*” Videre ble det vektlagt at selv om myndighetene ikke forsettlig hadde påført klageren ”*pain and suffering*”, ble beviset ervervet på en måte som krenket ”*one of the core rights guaranteed by the convention.*”. Heller ikke kunne den allmenne interesse i å få

¹²⁵ Aall (1995) s 304

¹²⁶ Det var imidlertid sterk dissens 10-7.

klageren dømt ha så stor vekt at dette rettferdiggjorde bruken av beviset.¹²⁷ På denne bakgrunn fant EMD at føringen av beviset hadde gjort rettsaken ”*unfair*”, og art. 6 krenket.^{128 129}

Avgjørelsen viser at dersom et bevis ervervet i strid med art. 3 er ført, taler dette sterkt for at retten til ”fair trial” er krenket.

4.3.5.1.1 Automatisk krenkelse av art 6. ved konstatert brudd på art. 3?

I teorien er det problematisert hvorvidt føringen av et bevis ervervet i strid med art. 3 **alltid** vil medføre en krenkelse av retten til ”fair trial”.¹³⁰

I den videre drøftelse av dette spørsmålet, er det nødvendig å skille mellom de ulike grader av krenkelser av art. 3; tortur på den ene siden og nedverdiggende og umenneskelig behandling på den andre.

Jalloh-saken kan tas til inntekt for at i de tilfeller hvor det er konstatert bruk av tortur ved ervervet av beviset, vil føringen av et slikt bevis **automatisk** føre til at art. 6 er krenket. EMD uttaler ikke dette uttrykkelig, men det kan hevdes at dette forutsetningvis fremkommer av dommen. EMD uttaler i tilknytning til dette: ” *incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture – should never be relied on as proof of the victims guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe...*”¹³¹ Et ytterligere argument for at dommen kan tas til inntekt

¹²⁷ Jalloh-saken para. 107

¹²⁸ Jalloh-saken para. 108-109

¹²⁹ Også her var det dissens 11-6.

¹³⁰ Se f.eks. Aall (1995) s 304

¹³¹ Jalloh-saken para. 105

for dette syn, er at EMD i den videre drøftelse klart skiller mellom tortur og umenneskelig/nedverdiggende behandling.¹³²

Hvor beviset er ervervet ved umenneskelig eller nedverdiggende behandling, holder EMD spørsmålet om automatisk krenkelse av art. 6 åpent: ”*In the present case, the general question whether the use of evidence obtained by an act qualified as inhuman and degrading treatment automatically renders a trial unfair can be left open.*”¹³³ Imidlertid går EMD noe nærmere inn på spørsmålet. Domstolen vil nemlig ikke utelukke at i saker der bevis er ervervet ved hjelp av ”*intentional acts of ill-treatment not amounting to torture*” (min utheving), vil dette gjøre rettergangen ”unfair”, uavhengig av den påståtte forbrytelsens alvor, vekten tillagt beviset og mulighetene klageren hadde til å bestride føringen og bruken av det.¹³⁴

Ovennevnte viser at dersom beviset er innhentet gjennom en metode hvor man **bevisst** har påført klageren behandling som kan klassifiseres som mishandling (men som ikke kvalifiserer til tortur), skal det særdeles mye til før EMD vil legge til grunn at føringen av beviset ikke gjør rettergangen ”unfair”. Tilfeller der det ikke er snakk om **bevisst** ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling”, kommenterer EMD ikke nærmere, og spørsmålet om **automatisk** krenkelse av art. 6 i slike situasjoner må anses tvilsomt.

4.3.5.2 Beviservervet strider mot artikkel 8

I motsetning til beviserverv i strid med art. 3, hvor føringen lett vil medføre krenkelse av art. 6, foreligger ingen tilsvarende presumsjon ved erverv i strid med art. 8. EMDs praksis indikerer at det skal mye til før et beviserverv i strid med art. 8 medfører at rettergangen anses ”unfair”. I Khan-saken (hvor det var snakk om ulovlig avlytting i et privathjem) var klageren enig i at beviserverv i strid med art. 8 ikke automatisk medførte krenkelse av art. 6, men anførte at det i hans sak var snakk om en såpass grov overtredelse at art. 6 var krenket.¹³⁵ Etter en

¹³² Jalloh-saken para. 106

¹³³ Jalloh-saken para. 107

¹³⁴ Jalloh-saken para. 106

¹³⁵ Khan-saken para. 30-31

helhetsvurdering kom imidlertid EMD til at det ikke forelå krenkelse. I P.G & J.H-saken ble klageren blant annet avlyttet i fengselscellen, men heller ikke her ble det konstatert krenkelse.

Aall hevder at ”hovedsynspunktet må være at anvendelse av bevis anskaffet i strid med art. 8 ikke vil krenke art. 6.” Han begrunner dette særlig med at beviset ofte ville kunne være fremskaffet ved lovlige midler, og selv om dette ikke er tilfellet, vil bevisets pålitelighet som regel være upåvirket av den aktuelle krenkelsen.¹³⁶

Imidlertid kan det ikke utelukkes at også beviserverv i strid med art. 8 kan medføre at rettergangen anses ”unfair”, dersom det foreligger flere momenter som taler for avskjæring. Det kan for eksempel tenkes at politiet har foretatt en massiv overvåking som i særlig grad invaderer privatlivet, og som avdekker mindre alvorlige lovbrudd. Dette støttes også av det ovenfor anførte om at ulovligheten knyttet til selve ervervet kan ikke alltid ses isolert, men må i noen situasjoner vurderes opp mot den allmenne interessen i å få pådømt tiltaltes lovbrudd. Dersom beviset i tillegg anses upålitelig og er det eneste bevis i saken, kan det tenkes at det vil bli konstatert krenkelse av art. 6.

4.3.5.3 Beviservervet strider mot selvinkrimineringsvernet

Selvinkrimineringsvernet kan grovt sies å bestå i at siktede ikke plikter å medvirke til sin egen domfellelse. Dette innebærer at siktede ikke kan tvinges til å forklare seg, og at han har rett til å forholde seg taus.¹³⁷ Selvinkrimineringsvernet anses som en helt grunnleggende rettighet. I Allan-saken legger således EMD til grunn at ”As regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has reiterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure.”¹³⁸ Retten til taushet er sterkt knyttet til uskyldspresumsjonen og regelen om at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden,¹³⁹ som også er helt sentrale prinsipper innen straffeprosessen.

¹³⁶ Aall (1995) s 307

¹³⁷ Jebens s 411, Van Dijk s 593

¹³⁸ Allan-saken para. 44

¹³⁹ John Murray v UK para. 68

Selvinkrimineringsvernet har rettslig grunnlag i EMK art. 6 nr. 1. Dette fremkommer ikke direkte, men EMD har lagt til grunn at det utledes av denne artikkelen.¹⁴⁰ Således er selvinkrimineringsvernet en del av retten til ”fair trial”, men er samtidig et selvstendig prinsipp som kan være overtrådt i seg selv. Funke-saken er et eksempel på det siste;¹⁴¹ her ble det aldri reist straffesak, men EMD fant at tollmyndighetenes krav om at klageren skulle fremskaffe dokumenter som inkriminerte ham selv, og den nasjonale domstolens ileggelse av dagbøter for å tvinge gjennom dette, var en konvensjonskrenkelse.

Et beviserverv kan være ulovlig fordi det strider mot selvinkrimineringsvernet, og den senere føringen av et slikt bevis kan medføre at rettergangen anses ”unfair”. Allan-saken er eksempel på dette.¹⁴² Her hadde politiet benyttet en politiinformant til å drive utstrakt utspørring av klageren, og tok opp samtalene dem imellom. Disse opptakene ble så ført som bevis under straffesaken. EMD fant at politiets metode krenket vernet mot selvinkriminering, og føringen av beviset gjorde rettergangen ”unfair”.¹⁴³

Hvor det er ført et bevis som er ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet, vil det etter EMDs praksis måtte bero på en konkret vurdering om rettergangen har vært ”unfair”. I denne vurderingen har EMD i stor grad vektlagt hvor grovt bruddet på selvinkrimineringsvernet kan sies å være. Således henger vurderingen av om beviset er ulovlig ervervet og hvorvidt føringen gjør rettergangen ”unfair” nært sammen. I Allan-saken uttaler EMD: ”*In examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court will examine the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put.*”¹⁴⁴ Og videre: “*Whether the*

¹⁴⁰ Jebens s 407, Strandbakken s 195, Van Dijk s 592

¹⁴¹ Funke-saken A No 10828/84

¹⁴² Faktumbeskrivelse gitt under avsnitt 4.3.3 (bevisets pålitelighet)

¹⁴³ Allan-saken para. 49-53.

¹⁴⁴ Allan-saken para. 44

right to silence is undermined to such an extent as to give rise to a violation of Article 6 of the Convention depends on all the circumstances of the individual case."¹⁴⁵

Allan-saken dreide seg om et relativt grovt brudd på selvinkrimineringsvernet. Domstolen påpekte at selvinkrimineringsvernet omfatter retten til å velge om man vil forklare seg under politiavhør, og denne retten ville bli undergravet om politiet skulle ha anledning til å omgå dette ved å lokke eller lure folk til å inkriminere seg selv. Klageren satt fengslet og hadde etter råd fra sin advokat ikke villet forklare seg for politiet, slik at man må sies å være i kjerneområdet for selvinkrimineringsvernet. Politiet valgte på tross av dette å benytte seg av politiinformanten, som de gav i oppdrag å "push him for what you can".¹⁴⁶ Informanten ble ikke bare brukt som lyttepost, men gikk svært aktivt inn for å få klageren til å uttale seg. Informasjonen som klageren ga hadde derfor ikke kommet spontant eller frivillig, men som et resultat av informantens omfattende utspørring.¹⁴⁷ Det var også et moment at siktede på denne måten heller ikke kunne få bistand fra advokat under "utspørringen". EMD fant derfor at bruken av politiinformanten krenket art. 6.¹⁴⁸

Det må etter dette kunne legges til grunn at ved grove brudd på selvinkrimineringsvernet, vil det lett bli konstatert krenkelse av retten til "fair trial".¹⁴⁹ Særlig vil dette gjelde hvis det aktuelle beviset utgjør en vesentlig del av påtalemyndighetens bevisførsel.¹⁵⁰ For øvrig vil det måtte bero på en helhetlig vurdering.

4.4 Oppsummering

Ut fra EMDs praksis synes det vanskelig å oppstille klare regler for i hvilke tilfeller EMD vil anse at føringen av ulovlig ervervede bevis krenker retten til "fair trial". Dette vil måtte bero på en konkret helhetsvurdering, hvor flere av de momenter som det redegjort for kan få betydning.

¹⁴⁵ Allan-saken para. 51

¹⁴⁶ Allan-saken para. 52

¹⁴⁷ Sml. Fengselsbetjentdommen.

¹⁴⁸ Strandbakken s 208

¹⁴⁹ Slik tolker jeg Jebens s 419f

¹⁵⁰ Strandbakken s 202

Normalt vil de ulike momentene isolert sett ikke være avgjørende, men er det snakk om art. 3-krenkelse eller grove brudd på selvinkrimineringsvernet ved ervervet av beviset, vil dette ofte tilsi krenkelse av retten til ”fair trial”.

4.5 Avsluttende bemerkninger

4.5.1 Sammenligning av EMDs og Høyesteretts praksis

Når man sammenligner de ovennevnte momenter utledet fra EMD med Høyesteretts praksis, må det være grunnlag for å konstatere at norske domstoler i de fleste tilfeller gir tiltalte mulighet til å ivareta sine interesser på en måte som tilfredsstiller kravene i art. 6.¹⁵¹

Norsk praksis legger til rette for at tiltalte kan bestride ektheten og bevisverdien av bevis ført mot ham. Videre kan han både i førsteinstansen og eventuelt gjennom anke over saksbehandlingen protestere mot føringen av ulovlig ervervede bevis, og domstolene har anledning til å avskjære beviset om de finner grunnlag for det. I tillegg vil tiltalte ha mulighet til å føre sine egne bevis og vitner. Dette ivaretas blant annet gjennom de grunnleggende prinsipper om kontradiksjon og fri bevisføring i norsk rett. På samme måte som EMD vektlegger også Høyesterett ulovligheten knyttet til ervervet, og denne veid mot sakens alvor.

Det er likevel visse forskjeller mellom EMDs og Høyesteretts vektlegging av momenter. For eksempel er det et sentralt moment for Høyesterett om føringen av beviser utgjør en fortsatt krenkelse. Dette ser ikke ut til å bli tillagt vekt av EMD¹⁵², jf. Schenk- og Khan-saken. Her vil altså norske domstoler ha en mer restriktiv praksis enn EMD.

Høyesterett synes også å ha vist en mer restriktiv linje enn EMD når det gjelder å tillate ulovlig ervervede bevis hvor ervervet utgjør en krenkelse av personvern hensyn, jf.

”Gatekjøkkenkjennelsen” og ”Telefonopptakkjennelsen”.

¹⁵¹ Så også Aall (1995) s 320

¹⁵² Brøbech s 299

4.5.2 Har inkorporasjonen av EMK medført en kursendring i Høyesteretts praksis?

I takt med EMKs økende betydning de senere år ser man at Høyesterett i større grad ser hen til EMDs praksis ved vurderingen av om ulovlig ervervede bevis skal kunne føres. Høyesteretts praksis synes likevel i hovedsak å ha vært i samsvar med EMK også forut for at konvensjonen ble inkorporert i norsk rett. Noen forfattere hevder at Høyesterett de senere år har inntatt en mer restriktiv holdning med hensyn til å føre ulovlig ervervede bevis.¹⁵³ Aall viser for eksempel til den utviklingen som har vært på området for opplesning av vitneforklaringer, og Andenæs henviser til ”Gatekjøkkenkjennelsen” og ”Telefonopptakkjennelsen”.

Når det gjelder opplesning av vitneforklaringer, er det klart at det har skjedd en kursendring i Høyesteretts praksis som følge av påvirkningen fra EMD. I slike tilfeller er det imidlertid sjelden snakk om et **ulovlig erverv** av vitneforklaringen, men bare at **selve føringen** kan være ulovlig.

Når det gjelder Høyesteretts restriktive holdning i ”Gatekjøkkenkjennelsen” og ”Telefonopptakkjennelsen”, kan det hevdes at dette ikke skyldes EMK som sådan, idet EMD i stor grad har tillatt føring av bevis hvor ervervet har krenket personverninteresser, jf. ”Khan-saken” og ”Schenk-saken”. ”Gatekjøkkenkjennelsen” ligger også i tid forut for inkorporeringen gjennom menneskerettsloven.

På området for selvinkriminering kan det imidlertid hevdes at EMK har påvirket norsk rettspraksis i retning av en strengere holdning i relasjon til å tillate føring av bevis ervervet i strid med dette prinsippet.¹⁵⁴ Rt-1994-610 ”Bølgepappdommen” trekkes ofte frem av juridiske forfattere som et eksempel på en avgjørelse som neppe er i samsvar med konvensjonen, og det synes tvilsomt om resultatet ville blitt det samme i dag.¹⁵⁵ ”Fengselsbetjentdommen” er et eksempel fra senere tid hvor selvinkrimineringsvernet blir tillagt stor vekt som grunnlag for å avskjære et ulovlig ervervet bevis.

¹⁵³ Andenæs s 273, Aall (2002) s 962

¹⁵⁴ Aall (2002) s 962f

¹⁵⁵ Jebens s 423, Aall (1995) s 223

Videre kan det hevdes at EMD har påvirket Høyesteretts praksis noe i forhold til vektleggingen av bevisverdien i avskjæringsvurderingen. I saker hvor det ulovlig ervervede bevis er det eneste, har EMD lagt stor vekt på at bevisverdien ikke må være svekket. Høyesterett har i en del saker fra midten av 1990-tallet uttalt at bevisverdien er noe den dømmende rett skal vurdere i henhold til prinsippet om fri bevisbedømmelse.¹⁵⁶

Dette kunne gi anledning til å anta at Høyesterett i selve avskjæringsvurderingen legger noe mindre vekt på bevisets pålitelighet som selvstendig moment enn EMD. Men senere avgjørelser viser at Høyesterett har trukket bevisverdien inn i vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført. Dette kommer til uttrykk i ”Telefonopptakkjennelsen” og ”Fengselsbetjentdommen”, hvor Høyesterett opplister dette som et relevant moment. I ”Promillekjennelsen” vises det til EMDs praksis og vektlegging av bevisverdien i Khan-saken, når det gjaldt spørsmålet om hvilken betydning det faktum at et bevis var vesentlig skulle få. Kanskje kan dette bety at bevisverdien er et kriterium som vil kunne få noe større betydning i tiden fremover når det gjelder Høyesteretts praksis på området ulovlig ervervede bevis.

¹⁵⁶ Jf. ”Løgn-detektorkjennelsen” og ”Amnestikjennelsen”

5 Litteraturliste

5.1 Litteratur

Andenæs, Johs.: Norsk straffeprosess, Bind I, Oslo 2000.

Brøbech, Birgitte: Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprosessen, København 2003.

Eckhoff, Torstein: Rettskildelære, 5 utg. Oslo 2001.

Eskeland, Ståle: Strafferett, 2. utg. Oslo 2006.

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

Kostveit, Odd: Noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig innhentede bevis, Forskning om økonomisk kriminalitet, Rapport nr 28, Norges forskningsråd, Oslo 1995.

Strandbakken, Asbjørn: Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo", Bergen 2003.

Van Dijk, P...[et al]: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition Antwerpen – Oxford 2006.

Aall, Jørgen: Rettergang og menneskerettigheter, Bergen 1995.

5.2 Offentlige publikasjoner

Innstilling fra straffeprosesslovskomiteén av 1969 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker.

Ot.prp. nr. 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).

Innst. O. nr. 37 (1980-81) Innstilling fra justiskomiteén om lov om rettergangsmåten i straffesaker.

Ot.prp. nr.64 (1998-1999) Om lov om endinger i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder)

5.3 Artikler

Andersen, Kjell V.: Provokativ politietterforskning, Jussens Venner 2001 s 1.

Bjørnvik og Selfors: Avskjæring av ulovlig bevis i tvistemål, Jussens Venner, 2000, s 19.

Bratholm, Anders: Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1959, s 109.

Aall, Jørgen: Høyesterett som prosessrettsskaper – særlig på området for utilbørlige bevis, Festskrift til Carsten Smith, Rettsteori og rettsliv, Oslo 2002, side 957.

5.4 Master/hovedoppgaver

Bardo, Turid: Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker Universitetet i Tromsø, særavhandling Tromsø 1999 nr. 99.

Tybring-Gjedde, Kari: Ulovfestet bevisavskjæring i norske straffesaker, Hovedoppgave Universitetet i Oslo, Juridisk fakultet, Oslo 2006.

5.5 Domsregister

5.5.1 Norske avgjørelser

Høyesterettsavgjørelser:

Populærnavn:

Rt-1936-204

Rt-1991-616

”Gatekjøkkenkjennelsen”

Rt-1991-1096

Rt-1992-698

”Treholt-kjennelsen”

Rt-1994-610

”Bølgepappdommen”

Rt-1994-1139

”Amnestikjennelsen”

Rt-1996-1114	”Løgn-detektorkjennelsen”
Rt-1997-795	”Telefonopptakkjennelsen”
Rt-1997-1778	”Taushetspliktdommen”
Rt-1998-1182	
Rt-1999-1269	”Fengselsbetjentdommen”
Rt-2003-549	
Rt-2003-1814	”Promillekjennelsen”
Rt-2006-582	”Osterhausgaten Farvehandel”

5.5.2 Avgjørelser fra EMD:

Funke v. France	A No 10828/84
Schenk v. Switzerland	A No 10862/84
John Murray v. the United Kingdom	A No 18731/91
Khan v. the United Kingdom	A No 35394/97
P.G. and J.H. v. the United Kingdom	A No 44787/98
Allan v. the United Kingdom	A No 48539/99
Jalloh v. Germany	A No 54810/00

