

Avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag i straffeprosessen



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 525
Leveringsfrist: 25.11.2009

Til sammen 17 989 ord

24.11.2009

Forespørsler vedrørende oppgaven, kontakt forfatter

Morten Johan Bjønness
morten@bjonness.no
Telefon 959 99 150

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.1.1	Avgrensninger	2
1.1.2	Rettskilder	2
1.1.3	Utgangspunkter i norsk rett	3
1.1.4	Utgangspunkter etter folkeretten	5
1.2	Når kan et bevis avskjæres	6
1.2.1	Virkingen av bevisavskjæring	7
<u>2</u>	<u>INTRODUKSJON TIL AVSKJÆRING AV BEVIS</u>	<u>10</u>
2.1	Rettslig grunnlag	10
2.1.1	Kort om rettsutvikling	10
2.1.2	Prinsipielle hensyn for og mot avskjæring av bevis	11
<u>3</u>	<u>AVSKJÆRING AV BEVIS PÅ ULOVFESTET GRUNNLAG</u>	<u>18</u>
3.1	Introduksjon til avskjæringsvurderingen	18
3.1.1	Ulovlig erverv som vilkår for avskjæring?	18
3.2	Lovlig eller ulovlig erverv av bevis	19
3.2.1	Skal et ulovlig ervervet bevis alltid nektes ført?	21
3.2.2	Kan et lovlig ervervet bevis alltid føres?	22
3.2.3	Avledede bevis	22
3.3	Fortsatt krenkelse	24
<u>4</u>	<u>INTERESSEAVVEINING – MOMENTER VED AVSKJÆRINGSVURDERINGEN</u>	<u>26</u>
4.1	Introduksjon til interesseavveiningen	26

4.2	Grovheten av krenkelsen som ble begått ved ervervet av beviset	26
4.2.1	Ervervet strider mot lov eller forskrift	26
4.2.2	Selvinkriminering	29
4.2.3	Provokasjon	36
4.2.4	Personvern - integritetskrenkelser	39
4.2.5	Overskuddsinformasjon	40
4.3	Vitnebevis	44
4.3.1	Særlig om opplesning av vitneforklaringer	46
4.3.2	Særlig om medtiltalte	50
4.4	Om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette	51
4.5	Hvor alvorlig eller viktig saken er	52
4.6	Bevisverdien av beviset	53
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>55</u>
5.1	Avslutning	55
5.2	Konklusjon	57
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for oppgaven er ulovfestet bevisavskjæring i straffeprosessen. Temaet er i utgangspunktet svært omfattende, fremstillingen vil derfor gi en oversikt over temaet, med eksempler hentet fra rettspraksis. Av hensyn til fremstillingens omfang vil det ikke være mulig å gå helt i dybden på alle momenter, jeg vil derfor søke å fremstille prinsippene.

Opplisting av momenter i vurderingene er ikke uttømmende. I Rt 1999 s 1269 vises det til at det ”*Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det **blant annet** legges vekt på...*” [Min utheving]

Spørsmål om avskjæring kan ha stor betydning, særlig av rettssikkerhetshensyn og av hensyn til prosessreglenes funksjon. Gjennom fremstillingen ønsker jeg å identifisere metoden som brukes for avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag i straffeprosessen. Avskjæring av bevis som institutt er i utgangspunktet en avveining av om andre hensyn skal få veie tyngre enn hensynet til den materielle sannhet.

Jeg vil i det følgende beskrive og drøfte de forskjellige problemstillinger som dukker opp, for deretter å trekke konklusjoner for metoden avslutningsvis. Jeg vil også beskrive problemstillingen i anledning grensedragningen mot de lovfestede bevisforbud. Ofte vil bevisavskjæringsspørsmålet komme på spissen i gråsonen nær de lovfestede bevisforbud. Det vil derfor være avgjørende hvor lovgiver og Høyesterett har trukket grensen og om bevis som er ervervet ”nesten lovlig” må avskjæres. I kapittel 4.2.5 drøftes overskuddsinformasjon og i 4.3 drøftes vitnebevis. Ut fra de grenser som trekkes opp vil jeg i kapittel 5 oppsummere og konkludere.

1.1.1 Avgrensninger

Fremstillingens område er straffeprosess. Noen eksempler vil allikevel måtte hentes fra sivilprosessen, særlig der Høyesterett selv gjør dette.

De rene lovfestede bevisforbud holdes utenfor. Noen bevis er ikke tillatt brukt fordi de vil krenke interesser som er ansett av lovgiver¹ å være viktigere enn å få oppklart en sak for enhver pris. Blant disse er typisk forklaringer som vil medføre et brudd på taushetsplikt jf straffeprosessloven § 119. Videre avgrenses mot bevis innhentet i utlandet, anonyme vitner og avhør av barn, eventuelle sakkyndige, utredere og nødrett.

1.1.2 Rettskilder

Spørsmålet om avskjæring av ulovlig ervervede bevis i straffesaker løses ikke direkte i norsk lov. Reglene i lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr 25 (straffeprosessloven) om bevis er ikke uttømmende, det er blant annet ikke gitt alminnelige regler for bevis og bevisførsel i loven. Forskrift av 28. juni 1985 nr 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) vil også være relevant.

De rettskilder oppgaven bygger på er hovedsakelig høyesterettsavgjørelser og juridisk teori. Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) og den løpende tolkning av denne som foretas i Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) påvirker rettsutviklingen i norsk Høyesterettspraksis. Det vil derfor være grunn til å være varsom ved henvisning til eldre avgjørelser. Rettspraksis etter ca 1990 er mest relevant.

Sentrale forarbeider er særlig NUT-1969-3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen og Ot. Prp. 35 (1978-1979). Forarbeidene gir lite direkte anvisning på løsningen av spørsmålet om bevisavskjæring, da spørsmålet overlates til teori

¹ Andenæs side 186

og praksis². Ot.prp.64 (1998-1999) er sentral i anledning utradisjonelle etterforskningsmetoder, samt NOU 2009:15.

Reelle hensyn har normalt lite plass i strafferetten blant annet av hensyn til forutsigelighet. Det antas derimot at på dette spesielle området kan disse også utgjøre et moment. Som eksempel kan nevnes at førstvoterende i Rt 1996 s 1114 drøfter generelle rettssikkerhets- og personvern hensyn som reelle hensyn³. I Rt 1994 s 610 anfører begge parter reelle hensyn for sine lovforståelser, men Høyesterett går ikke nærmere inn på dette.

1.1.3 Utgangspunkter i norsk rett

Fri bevisførsel er det generelle utgangspunkt i norsk prosessrett⁴. Dette gjelder som utgangspunkt også der beviset er fremkommet på ulovlig måte⁵. Prinsippet er ikke lovfestet, da det kommer frem i forarbeidene at dette ble ansett overflødig⁶. Prinsippet innebærer en rett for partene til å føre alle relevante bevis de ønsker. Det følger av straffeprosesslovens § 305 at bare de bevis som er ført under hovedforhandlingen skal tas i betraktning ved ”avgjørelsen av hva som anses bevist”. Bedømmelse av bevisets vekt i den konkrete sak er tillagt den dømmende rett, jf Rt 1996 s 1114⁷. Det vil også si at selv om et bevis legges frem er det ikke ensbetydende med at beviset tillegges vekt jf Rt 2004 s 461 avsnitt 38. Utgangspunktet er derfor fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse.

Bevisførselen skal være muntlig og umiddelbar. Med umiddelbar bevisføring menes at bevisene legges frem direkte for den dømmende rett. Umiddelbarhetsprinsippet er ikke lovfestet men sees eksempelvis gjennom reguleringen av opplesning av tiltaltes og vitners forklaringer. Bevisverdien av en muntlig umiddelbar forklaring vil være bedre enn en

² NUT side 197

³ Se 3.2.2

⁴ Hov side 291/292, Andenæs side 183, Rt 1990 s 1008 side 1010

⁵ Strandbakken side 173

⁶ NUT side 308

⁷ Rt 1996 s 1114 side 1119

skriftlig nedtegnelse, særlig grunnet i hensynet til kontradiksjon⁸. Videre vil en skriftlig nedtegnelse foretatt av andre enn den avhørte i eksempelvis et politiavhør bære preg av subjektiv persepsjon. Ved at alle bevis føres muntlig og umiddelbart for den dømmende rett vil dommeren kunne foreta sin egen vurdering av bevisene.

Som følge av anklageprinsippet har påtalemyndigheten ansvaret for å innhente bevis og fremme sak for retten. For at en tiltalt skal kjennes skyldig, må det bevises utover enhver rimelig tvil. In dubio pro reo - prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er et gammelt og grunnleggende rettssikkerhetsideal jf Rt 1998 s 1945. Bevisbyrden gjelder både de subjektive og objektive sider av skyldspørsmålet, og er begrunnet i at det er en langt større ulykke om en uskyldig blir dømt enn at en skyldig går fri⁹. Hovedregelen for kravet til bevis i prosessuelle forhold er derimot at retten må legge til grunn det forhold retten finner mest sannsynlig¹⁰, jf Rt 1994 s 1139 side 1142. Bevis for faktiske forhold ved bedømmelsen av spørsmålet om det er begått saksbehandlingsfeil er sannsynlighetsovervekt jf Rt 2004 s 1561. Et unntak fra denne hovedregelen er der et faktum som eventuelt skal legges til grunn inneholder klare bebreidelser mot tiltalte¹¹. Tiltalte kan frifinnes for skyld og fortsatt dømmes til å betale erstatning. Beviskravet for å idømme erstatningsansvar er sannsynlighetsovervekt¹², skyldkravet er uaktsomhet.

Rettenes plikt til å våke over sakens opplysning følger av straffeprosessloven § 294. Retten skal av eget tiltak foreta eventuelle undersøkelser for å sikre en riktig avgjørelse og få saken fullstendig opplyst. Retten skal ta stilling til de bevis som partene vil føre, og kan avskjære bevis som er ”for hånden” som er uten betydning for dommens innhold, gjelder forhold som allerede er tilstrekkelig bevist eller åpenbart ikke har noen beviskraft jf straffeprosessloven § 292(2) a til c. Høyesterett har uttalt at retten som utgangspunkt ikke

⁸ Se for eksempel Rt 1994 s 1324 side 1326

⁹ Andenæs side 177

¹⁰ Bjerke side 441

¹¹ Rt 2004 s 1561 avsnitt 11

¹² Rt 1999 s 1363

kan avskjære bevis som er for hånden der disse kan være egnet til å belyse skyld- eller straffespørsmål, såfremt tiltalte har blitt gitt anledning til å forberede og gjennomføre sitt forsvar¹³. Bevis kan videre både kreves ført og nektes ført som et resultat av rettens plikt til å våke over sakens opplysning. Etter straffeprosessloven § 38 kan retten ikke til skade for siktede gå utover det forhold tiltalen gjelder såfremt ikke den finner særlig grunn til det.

Læren om avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag oppstiller ikke absolutte bevisforbud. Selv om bevis kan avskjæres i en sak kan flere faktorer tilsi at et lignende bevis kan føres i en annen sak. Særlig vil dette være tilfellet ved alvorlige forbrytelser.

1.1.4 Utgangspunkter etter folkeretten

Etter menneskerettsloven LOV-1999-05-21-30 § 3 har menneskerettskonvensjonene jf § 2 fått semikonstitusjonell status: ved motstrid skal konvensjonene gå foran nasjonal rett.

Særlig relevant i anledning bevis er EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Dette utgangspunktet følger videre av straffeprosessloven § 4, om at lovens regler gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten. Således vil norske lovgivningsprosesser i en viss grad svekkes av overprøvingen fra de folkerettslige organer¹⁴. Det er sjelden det forekommer noen direkte motstrid. Menneskerettsloven ble vedtatt lenge etter konvensjonene ble vedtatt, og menneskerettighetene har hatt innpass i norsk rett i lang tid. Som et eksempel kan nevnes Rt 1999 s 1269 på side 1271 om taushetsretten: *”Men også lenge før disse konvensjonene 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.”*

Det tidligere klarhetskravet i anledning motstrid som først fulgte av Rt 1994 s 610 er blitt forlatt i Rt 2000 s 996¹⁵. I dommen fra 2000 uttaler førstvoterende at *”På grunnlag av konvensjonsorganenes praksis og de verdioppfatninger og tradisjoner som vårt samfunn*

¹³ Rt 2007 s 24

¹⁴ Eriksen side 105

¹⁵ Torgersen side 70 note 186

*bygger på, må norske domstoler søke å komme fram til hvordan konvensjonens bestemmelser skal forstås.*¹⁶ Norske domstoler må forholde seg lojale til menneskerettighetskonvensjonene, men skal ikke bygge inn noen sikkerhetsmargin mot å bli dømt for konvensjonsbrudd.

EMK artikkel 6 og kravet til ”*fair trial*” er særlig interessant i bevissammenheng. Uskyldspresumpsjonen følger av EMK artikkel 6 nr 2 og SP artikkel 14 nr 2. EMK artikkel 6 nr 3 og SP artikkel 14 nr 3 oppstiller visse minsterettigheter til siktede i straffeprosessuell sammenheng. Blant disse rettighetene er kontradiksjon og retten til å føre egne vitner. De fleste rettigheter som følger av SP artikkel 14 er innfortolket av EMD som en del av kravet til rettfærdig rettergang jf EMK artikkel 6 nr 1.

1.2 Når kan et bevis avskjæres

En begjæring om avskjæring av bevis kan avgjøres før og under hovedforhandling. Under saksforberedelsen kan retten beslutte å holde rettsmøte for å behandle spørsmål om avskjæring. Før dette kan retten be om skriftlig redegjørelse fra partene om hvorfor bevis ønskes ført jf straffeprosessloven § 272(2) jf § 272(1)c. En avgjørelse av spørsmålet om avskjæring av bevis er ikke bindende ved hovedforhandlingen jf straffeprosessloven § 272(3). Av denne grunn har dommerforeningen i en uttalelse¹⁷ anbefalt dommere å utsette spørsmålet til hovedforhandlingen såfremt ikke avgjørelsen synes klar. Prosessøkonomisk vil det være en fordel å avgjøre spørsmålet før hovedforhandling. En kan ikke se bort fra at prosessøkonomiske hensyn kan påvirke vurderingen av om beviset må settes til side¹⁸.

I en ankesak er ikke retten bundet av tidligere avgjørelser vedrørende bevisføringen jf Rt 2009 s 567. For øvrig vil retten i en ankesak som ikke gjelder bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet avgjøre bevisførselen etter hva som anses nødvendig etter straffeprosessloven § 330.

¹⁶ Rt 2000 s 1029 side 1008

¹⁷ Uttalelse dommerforeningen punkt 5.1.6

¹⁸ Aall 2002 side 960

Det kan ha betydning for vurderingen om avskjæring når en innsigelse blir satt frem. I Rt 1996 s 666 blir dette vurdert av Høyesterett. Innsigelsene vil være av betydning for avgjørelsen retten skal ta. Innsigelsen vil stå svakere der den fremsettes etter at beviset er ført, særlig i lagrettesaker. Det kan videre spørres om det vil ha innvirkning på retten i de tilfeller der politiet har innsigelser i forhold til hvorvidt beviset er ulovlig ervervet eller ikke¹⁹. I gjenopptakelseskjennelsen Rt 1999 s 554 drøftes en problemstilling rundt opplesning av en vitneforklaring, som ble ansett å være både uholdbar og uforsvarlig. Her legger førstvoterende til grunn at selv om forsvarerne verken hadde protestert mot opplesningen eller anket over saksbehandlingen, kunne forholdet legges til grunn ved gjenopptakelsesvurderingen etter straffeprosessloven § 392(2). Også innsigelser i anledning tid til å forberede bevisførsel til forsvar vil kunne få virkning for en senere vurdering av bevisførselen²⁰.

1.2.1 Virkningen av bevisavskjæring

Dersom det besluttes å avskjære et bevis vil det være et spørsmål om virkningen dette har for rettens avgjørelse. Om retten etter å ha blitt kjent med beviset deretter finner å avskjære det, kan retten ikke legge vekt på det i domsavgjørelsen. Om det besluttes at beviset skal avskjæres før retten har blitt kjent med det, vil resultatet være at beviset ikke føres. Resultatet blir i så fall at beviset ikke vil inngå i det hele tatt i grunnlaget for domsavgjørelsen.

Avskjæring av bevis har betydning både for skyldspørsmålet og for straffutmålingen. Det vanligste resultatet i Høyesterett er enten at en anke over bevisavskjæring avvises eller at anken medfører opphevelse av tidligere dom. I noen tilfeller avgjør Høyesterett saken og avsier dom, se blant annet Rt 1995 s 1956. Et helt spesielt tilfelle er der det konstateres at politiet har drevet konstituttiv provokasjon. Dette kan medføre frifinnelse, se 4.2.3.

¹⁹ Bratholm 1959 side 121 og note 25

²⁰ Rt 2007 s 24

Siden det ikke er anledning til å anke bevisvurderingen under skyldspørsmålet til Høyesterett jf straffeprosessloven § 306(2), vil en anke over saksbehandlingsfeil i anledning bevis kunne ha stor betydning og være avgjørende for tiltalte. Ved en ny behandling av saken vil retten prøve skyldspørsmålet på nytt uten det aktuelle bevis. Som et utslag av favor defensionis-prinsippet er det strengere vilkår for å sette til side en frifinnende dom enn en fellende dom jf straffeprosessloven §§ 376a og 376c. Et tilfelle der Høyesterett opphevet en frifinnende dom finnes i Rt 1994 s 1139.

Problemet med at lagretten har blitt kjent med innholdet i et bevis som skulle vært avskåret kan løses ved ny behandling. Det skal foretas en fullstendig ny behandling av saken, jf Rt 2009 s 567 avsnitt 15 og Rt 2009 s 310. De avgjørelser som tas under forberedelsen til saken, herunder spørsmål om avskjæring av bevis, er da ikke bindende for den nye behandlingen. Til gunst for siktede kan også ankedomstolen gå ut over de ankegrunner som anføres etter straffeprosessloven § 342. I prinsippet kan en ankedomstol behandle bevisavskjæringsspørsmålet uavhengig om det er anført som ankegrunn.

Der retten kjenner innholdet i beviset vil avskjæringsvurderingen lettere bli prosessuelt riktig. I de tilfeller retten ikke kjenner bevisets innhold må vurderingen basere seg på partenes pretensjon om bevisets vekt og innhold. En kan ikke se bort fra at bevis som er besluttet avskåret kan ha innvirket på dommens innhold dersom beviset er besluttet avskåret etter at retten har fått kjennskap til innholdet²¹.

Bevis som er avskåret kan få virkning for dommens innhold gjennom andre midler. Resultatet i LG-1998-260 kan ha blitt påvirket av at siktede gjennom media hadde gjort kjent resultatet av en løgndetektortest. Testen kunne ikke fremlegges som bevis jf Rt 1996 s 1114, men det kan ikke utelukkes at den har hatt innvirkning på resultatet²². Bruk av media på denne måten er uheldig. I Rt 2008 s 610 ble tiltaltes advokat ilagt rettergangsbot for å ha vært illojal mot rettens beslutning om bevisavskjæring. Advokaten hadde gjennom media

²¹ Se 2.1.2.1 om Rt 2007 s 1409

²² Hov side 316

gjort kjent en privat rekonstruksjon og ønsket å stille selv som vitne med bilder fra denne, noe lagretten avsto²³. Høyesterett fant at denne indirekte formen for formidling hadde til hensikt å påvirke lagrettens medlemmer og idømte rettergangsbot etter domstolloven § 200.

1.2.1.1 Ankegrunner – beviset må ha virket inn på dommens innhold

Absolutte saksbehandlingsfeil følger av straffeprosessloven § 343(2). En anke over saksbehandlingsfeil i forbindelse med at et bevis skulle vært nektet ført er en relativ feil etter straffeprosessloven § 343(1). For at en slik feil skal komme i betraktning må føringen eller nektelsen av beviset ha innvirket på dommens innhold.

Hensynet til den materielle sannhet må veies mot hensynet til effektiv strafferettspleie. Små og ubetydelige feil ved erverv av bevis vil derfor få liten betydning i et presset og effektivitetssøkende system. Ikke ethvert spørsmål om bevisavskjæring vil være relevant som ankegrunn.

²³ I Rt 2008 s 605 oppheves lagmannsrettens dom.

2 Introduksjon til avskjæring av bevis

2.1 Rettslig grunnlag

Hovedregelen i norsk rett er som nevnt fri bevisførsel. I norsk sivilprosess er det lovfestet at retten i særlige tilfelle kan nekte føring av bevis som er fremskaffet på utilbørlig måte jf tvisteloven § 22-7. Det er i straffeprosessen ingen tilsvarende regel.

Spørsmålet om et bevis må avskjæres på grunnlag av at det er ulovlig ervervet er i forarbeidene²⁴ til straffeprosessloven overlatt til teori og praksis. Det vises til at detaljregulering av adgangen til å avskjære bevis ville være vanskelig, og belaste loven uforholdsmessig mye i forhold til det begrensede behovet i norsk rett. Professor Anders Bratholm tok til orde²⁵ for at de viktigste prinsippene burde lovfestes. Før komiteens innstilling påpekte Bratholm²⁶ at en slik lovbestemmelse ville måtte bli svært generell. På den annen side kunne det gis mer presise regler for enkelte avgrensede områder. Bratholm brukte som eksempel virkningen av at et vitne er avhørt uten å bli gjort oppmerksom på en fritagelsesrett. Komiteen mente det ikke lot seg gjøre å gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis²⁷. Departementet sluttet seg til komiteens uttalelse og mente det på det daværende tidspunkt (1979) ikke burde bli foretatt en lovregulering²⁸.

2.1.1 Kort om rettsutvikling

De ulovfestede regler om bevisavskjæring er et eksempel på høyesteretts rettsskapende virkning. Ved at lovgiver ikke tar stilling til spørsmålet i forarbeidene oppfordres høyesterett til å videreutvikle rettssituasjonen. Adgangen til å avskjære bevis har riktignok blitt utviklet også fra lovgivers side. Et eksempel er straffeprosesslovens § 292, som er endret som følge av lov av 28. juni 2002 nr 55. Før endringen kunne ikke bevis avskjæres

²⁴ NUT side 197

²⁵ Bratholm 1970 side 163

²⁶ Bratholm 1959 side 132

²⁷ NUT side 197

²⁸ Ot. Prp. 35 (1978-1979) side 139

basert på kvalitative betraktninger. Bevis kan nå avskjæres om de er uten betydning for *dommens innhold* i stedet for om de er uten betydning for *saken*.²⁹

Læren om avskjæring av bevis i norske prosessuelle regler påvirkes av utviklingen i rettspraksis fra EMD. Regelsettet rundt avskjæring av bevis tilføres nye argumenter fra folkeretten, selv om metoden i hovedsak er fremkommet og utarbeides videre gjennom norsk rettspraksis.

Utviklingen av nye metoder i forhold til etterforskning har også krevet en utvikling i forholdet til synet på beviserverv. I Ot.prp.nr. 35 (1978 – 1979) drøftes blant annet dette forholdet i forbindelse med narkotikakriminalitet. Dette drøftes videre i Ot.prp.nr 64 (1998-1999) og har medført flere endringer, slik som straffeprosesslovens kapittel 16a. Noen av de spørsmål som dermed tidligere har vært avgjort på ulovfestet grunnlag har fått en løsning i lov. Problemstillingene er derimot i så hurtig utvikling at det alltid vil være behov for et verktøy som kan anvendes i retten der lovgiver enten ikke har ønsket eller ikke har rukket å regulere.

2.1.2 Prinsipielle hensyn for og mot avskjæring av bevis

I norsk rett avgjøres spørsmålet om avskjæring av bevis etter en nærmere konkret vurdering. Det er derfor grunn til å behandle de overordnede hensyn som begrunner momenter i bevisavskjæringsvurderingen, og avskjæringsspørsmålet i seg selv.

2.1.2.1 Hensynet til den materielle sannhet

Et grunnleggende mål med strafferettsapparatet er å avsi materielt riktige dommer. Det er svært viktig at ikke uskyldige dømmes for noe de ikke har gjort. På den annen side er det også viktig at systemet er effektivt, klart og forutsigelig. Strafferettssystemet er en klar nødvendighet for å opprettholde rettsordenen. Et eksempel der Høyesterett viser til hensynet til den materielle sannhet er Rt 2003 s 1814 og det kan sies at hensynet avgjør vurderingen av om beviset kan føres i saken.

²⁹ Strandbakken side 181

Hensynet til sakens opplysning vil ha større vekt enn tidspunktet for en anførsel om føring av bevis. Et bevis kan prekluderes i sivilprosessen etter tvisteloven § 9-16, begrunnet i at beviset er fremsatt for sent. Dette sikrer effektivitet i sivilprosessen. I straffeprosessen er hensynet til å sikre materielt riktige dommer helt sentralt, og preklusjon av bevis vil derfor ikke spille stor rolle³⁰. Et bevis som derimot fremsettes uten at motparten har fått tilstrekkelig varsel om det vil kunne medføre en utsettelse av saken jf straffeprosessloven § 293(2). Dette er begrunnet i hensyn til prinsippet om partslikhet. Retten kan allikevel nekte slik utsettelse dersom den mener bevisførselen medfører ”forsinkelse eller ulempe som ikke står i forhold til bevisets og sakens betydning”. Et bevis kan avskjæres også i straffeprosessen fordi det er fremsatt for sent.

For å få sannheten frem er det interessant å føre alle bevis som kan belyse denne. Å tvinge frem sannheten for enhver pris kan imidlertid bryte med andre hensyn som gjør seg gjeldende i straffeprosessen. Utgangspunktet om at alle bevis kan føres må i alle tilfeller modifieres. Noen bevis vil være mindre troverdige på bakgrunn av måten de er innhentet på. På den annen side er utgangspunktet at retten skal ta stilling til bevisets vekt, og det kan da spørres om det er unødvendig i det hele tatt å foreta bevisavskjæring.

En fagdommer vil lettere enn en lekdommer eller lagrette uten juridisk kunnskap kunne se bort fra et bevis. I Rt 1995 s 1956 der så Høyesterett bort fra et bevis som allerede var fremlagt. Fornærmedes politiforklaring var blitt tillatt opplest i byretten, og Høyesterett kom til at dette var en saksbehandlingsfeil. Forklaringen hadde ikke hatt noe å si for skyldspørsmålet, men det ble for øvrig ansett å være en saksbehandlingsfeil at retten hadde besluttet å tillate opplesning ved innledningen av hovedforhandling. Høyesterett mente tingretten burde ha avventet til annen bevisførsel var ferdig fordi retten da ville ha bedre grunnlag for å avgjøre opplesningsadgangen. Forklaringen hadde hatt sentral betydning for straffespørsmålet, og Høyesterett valgte å sette ned straffen ved å se bort fra denne forklaringen. Som førstvoterende uttaler om denne dommen i Rt 2007 s 1409 avsnitt 24

³⁰ Hov side 332

”Generelt er en plikt for retten til å se bort fra bevis som allerede er ført, ikke uproblematisk. Det man vet, kan lett påvirke vurderingene av de bevisene man ellers har. Det er kanskje også en fare for at det motsatte skjer, at retten av frykt for at det skjer en slik påvirkning, vurderer de øvrige bevisene strengere enn den ellers ville gjort. Dommen i Rt-1995-1956,[...], er riktig nok et eksempel på at det ikke er fremmed for norsk rett å se bort fra fremlagte bevis.”

Hensynet til den materielle sannhet kan både begrunne at bevis skal føres og at bevis skal avskjæres. Vurderingen av om et bevis skal avskjæres eller ikke må baseres på de verdivalg som til enhver tid gjør seg gjeldende³¹. Ny kriminalitet medfører nye metoder for å erverve bevis. Et eksempel på dette er reguleringen av kommunikasjonskontroll som har vært i stadig utvikling de siste årene. Hvor sterkt den materielle sannhet skal veie er derfor avhengig av samfunnets og kriminalitetens utvikling.

Spørsmål rundt bevisavskjæring blir vanskelige der det er åpenbart at beviset ikke har manglende troverdighet som følge av ervervet³². I Rt 2007 s 1409 i avsnitt 23 viser førstvoterende til at *”På den annen side kan det å forlange at retten skal se bort fra lovlig fremlagte bevis, tvinge retten til å avsi dommer som den vet er uriktige. Dette harmonerer dårlig med det grunnleggende målet å avsi materielt riktige dommer, med rettsfølelsen og med norsk rettstradisjon.”* Det er ikke ukjent for norsk rett å avskjære bevis på bekostning av hensynet til den materielle sannhet. Avgjørelsen baseres på at føring av beviset anses å stride mot andre hensyn som blir tillagt større vekt.

2.1.2.2 Prevensjonshensynet/ disiplinering

Dersom retten tillater et ulovlig ervervet bevis ført kan dette oppfattes som om retten godkjenner eller i alle fall aksepterer politiets metoder. Dersom retten ikke tillater ført ulovlig ervervede bevis vil dette være et incitament for politiet til å unngå tvilsomme metoder ved innsamling av bevis. Metodene som ikke blir tillatt vil da bli formålsløse.

³¹ Strandbakken side 200

³² Se 4.6

Dette er i følge forarbeidene ikke en problemstilling som ofte dukker opp i norsk rett. Det er derimot tilfellet i amerikansk rett³³, der retten har en disiplinierende funksjon overfor politiet. I forarbeidene uttales at overtramp fra politiet i Norge heller bør motarbeides med administrative og disiplinære regler heller enn eventuelt ved å avskjære et bevis som kan være avgjørende for oppklaring av saken³⁴. Dette synet opprettholdes i Rt 1992 s 698, der Høyesterett på side 705 mener dette må være utgangspunktet ”også i de tilfeller da den fremgangsmåte som er benyttet, ikke bare kan være gjenstand for disiplinære forholdsregler, men også for straffansvar.”

Hensynet til disiplinering har blitt tillagt noe vekt i norsk rettspraksis. Høyesterett har i Rt 1991 s 616 uttalt at domstolene ved å ha en kritisk holdning til bruk av bevis ervervet i strid med vesentlige personvern hensyn vil motvirke denne formen for krenkelser. I dette tilfellet var beviset ervervet av en privat aktør og ikke politiet. Det kan synes som om Høyesterett legger mer vekt på hensynet til disiplinering i forhold til private enn i forhold til politiet. I sivile saker har Høyesterett blant annet i Rt 1997 s 795 lagt vekt på at en telefonavlytting mellom private kunne avskjæres. Begge sakene gir uttrykk for preventive hensyn og disiplinering av privates beviserverv.

I Rt 2006 s 582 avsnitt 24 uttaler Høyesterett ”Avskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking”. Den avgjørelsen som går lengst³⁵ i å tillegge disiplineringshensynet vekt er Rt 2000 s 1223. Saken er spesiell, siden politiet i dette tilfellet hadde gjennomført en bevisprovokasjon i en narkotikasak med hjelp fra en som selv var narkotikamisbruker. Hennes rolle hadde medført at de bevis som var innhentet ikke kunne brukes, og det er da usikkert hvor stor vekt dommen får i forhold til

³³ Strandbakken side 185

³⁴ NUT side 197

³⁵ Høyesterett retter kross kritikk mot de involverte midlertidig ansatte politifolk i Rt 1948 s 46, en kritikk som går mye lenger enn i de andre nevnte kjennelser. Saken er riktignok svært spesiell og må antas å ikke være relevant i nåtid.

disiplineringshensynet generelt. På den annen side får hensynet til disiplinering vekt for den etterforskningsmetode som anvendes. Dommen viser og til dels støtter seg til Rt 1998 s 407, som også vektlegger disiplineringshensyn til fordel for frifinnelse. Dette kan sees som en kursendring i rettspraksis innenfor utradisjonelle etterforskningsmetoder³⁶.

2.1.2.3 Hensynet til den allmenne rettsoppfatning

I forarbeidene nevnes som en grunn til fordel for bevisavskjæring at det vil være ”*støtende at rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler*”³⁷ Rettssystemet er avhengig av at borgerne har tillit til det. Hensynet til den allmenne rettsoppfatning kan hevdes å ha sammenheng med disiplineringshensynet. Dersom Høyesterett enten tillater eller avskjærer et bevis kan dette i begge tilfeller virke støtende på samfunnet. Om en utvilsomt skyldig forbryter blir frikjent fordi et sentralt bevis er avskåret kan dette virke støtende på de borgere som mener at rettsapparatets oppgave er å sikre materielt riktige dommer. Den samme situasjonen vil oppfattes helt annerledes av de borgere som mener en rettferdig rettssak og siktedes rettssikkerhet er viktigere enn å få den materielle sannhet frem for enhver pris.

I Rt 1994 s 1139 viser Høyesterett til at det kan fremstå som støtende om politiet grovt skulle kunne sette til side regler til vern for siktede. Saken gjaldt opplesing av forklaring gitt i en annen tidligere henlagt sak. Siktede pretenderte at han hadde blitt gitt løfte om amnesti for de forhold som måtte bli avdekket i avhøret. Dersom dette hadde vært tilfelle, ville dette medført at beviset var ulovlig ervervet og måtte avskjæres. I kjennelsen legges det imidlertid ikke vekt på tiltaltes anførsel, siden Høyesterett anser det som usannsynlig at han hadde blitt gitt et slikt løfte.

EMD har lagt til grunn at det ulovlige ved ervervet i noen situasjoner må vektas mot den allmenne interessen i å få pådømt lovbrudd. I Jalloh-saken uttaler EMD ”... *when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public*

³⁶ Strandbakken side 194

³⁷ NUT side 197. Se Rt 2007 s 1409 referert i 2.1.2.1

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.”³⁸

2.1.2.4 Fair trial – EMK og bevisavskjæring

EMD har uttalt at det er opp til nasjonale domstoler å avgjøre spørsmål om bevisavskjæring³⁹. I forhold til bevis er EMK artikkel 6 sentral. EMK regulerer ikke avskjæring av ulovlig ervervede bevis og oppstiller ikke i seg selv bevisforbud. Et viktig poeng i forbindelse med EMK artikkel 6 er at kravet til ”fair trial” gjelder hele rettsprosessen i sum. Selv om det kan konstateres krenkelse ved enkelte ledd av etterforskningen eller i saken, vil den totale behandling måtte vurderes under ett. I denne sammenheng vil et bevis som er ulovlig ervervet ikke nødvendigvis alene medføre krenkelse av EMK artikkel 6, dersom resten av prosessen har vært tilfredsstillende. Dersom beviset er av sentral eller avgjørende betydning vil det derimot lettere kunne sees at hele prosessen ikke har vært ”fair”.

Vurderingen av om føring av beviset vil være konvensjonsstridig må knyttes til EMK artikkel 6 nr 1. Konvensjonsbrudd kan på den annen side sjelden alene begrunne bevisavskjæring, men det kan være et viktig moment. I Rt 1995 s 1295 blir en forklaring nektet opplest for å oppfylle kravet til ”fair trial”. Avskjæringen begrunnes allikevel med flere argumenter enn EMK alene. I begrunnelsen legges det vekt på riktigheten av forklaringen, troverdighet, vitnets mentale tilstand og hensynet til kontradiksjon. Momentene sammenholdt ville utgjort konvensjonsbrudd, og forklaringen kunne derfor ikke leses opp.

Om bruken av de forskjellige bevis og om tiltalte faktisk har fått en rettferdig rettergang kan ofte vurderes best i ettertid. Domsavgjørelsen er en del av prosessen, og anvendelse av rettsmidlene spiller også inn. Dersom et brudd på retten til rettferdig rettergang kan

³⁸ Jalloh paragraph 97

³⁹ Schenk paragraph 46

repareres gjennom rettsmidler, vil tiltalte allikevel få en rettferdig rettergang ved at prosessen vurderes på ny og det eventuelt konstateres konvensjonsbrudd. Bevisavskjæring vil derfor måtte vurderes også i ettertid, og ikke minst vil det her være interessant når en eventuell innsigelse blir satt frem⁴⁰. Behovet for å skrive utførlige premisser blir derfor aktuelt for ankeinstansens mulighet til å vurdere hva den dømmende rett faktisk la til grunn for sin avgjørelse.

⁴⁰ Se 1.2

3 Avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag

3.1 Introduksjon til avskjæringsvurderingen

Det følger av Rt 2006 s 582 avsnitt 22 at ”*Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres*”.

Hovedregelen er som nevnt fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse. Det er avskjæring av bevis som krever begrunnelse. Eventuelle feil ved bevis kan også til en viss grad avhjelpes ved at det tas hensyn til innsigelser ved bevisbedømmelsen.

Avveiningsnormen som legges til grunn ved en vurdering om avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag må baseres på en ”*konkret vurdering*”⁴¹, en helhetsvurdering der det legges vekt på ”*både de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak*”⁴².

Momentene i denne vurderingen fremkommer i forarbeider, rettspraksis og teori.

3.1.1 Ulovlig erverv som vilkår for avskjæring?

I de fleste saker der et bevis vurderes avskåret på ulovfestet grunnlag er utgangspunktet at en eller annen form for ulovlighet eller kritikkverdig forhold har oppstått ved ervervelsen av beviset. En kunne da stilt spørsmål ved om dette medfører at ulovlig erverv er et grunnvilkår for å avskjære beviset på slikt grunnlag. I Rt 1996 s 1114 uttaler førstvoterende ”*Etter min mening kan det imidlertid helt unntaksvis tenkes at det – på ulovfestet grunnlag – også må nektes ført bevis selv om beviset er ervervet på lovlig måte, og selv når det er siktede som ønsker å føre det.*” I spesielle tilfeller vil det være behov for å avskjære bevis som i utgangspunktet er lovlig ervervet, men som det ikke eksisterer et fast lovgrunnlag for å avskjære. Det er ikke et grunnvilkår at beviset er *ulovlig ervervet*, selv om dette ofte er tilfelle i rettspraksis der avskjæring på ulovfestet grunnlag drøftes.

⁴¹ Rt 2000 s 1345 side 1348

⁴² Rt 1991 s 616 side 623

3.2 Lovlig eller ulovlig erverv av bevis

I vurderingen av hvorvidt et bevis anses ulovlig ervervet må det tas stilling til hva som anses å være et "ulovlig erverv". En naturlig forståelse av begrepet vil være der ervervet strider mot formell lov eller er konvensjonsstridig. Videre vil et beviserverv som strider mot forskrifter med hjemmel i lov kunne tenkes i en naturlig forståelse av begrepet. Det vil således kunne foreligge både materielle og prosessuelle feil ved ervervet av beviset samt kompetansemangler. Fremgangsmåten behøver ikke nødvendigvis være straffbar, fordi de subjektive vilkår for straff ikke er til stede eller reglene har staten som subjekt⁴³. Videre behøver ikke forholdet nødvendigvis være underlagt straff.

Det må foreligge en årsakssammenheng mellom det ulovlige ved ervervet og beviset⁴⁴. Med ulovlig erverv av bevis kan tenkes både egenskaper ved selve beviset og egenskaper ved måten beviset er innhentet på. Eksempler er der politiet har foretatt en ulovlig ransaking og finner et drapsvåpen, eller der en tilståelse blir tatt opp på bånd i skjul av en politiprovokatør. I tilfellet med drapsvåpenet er det fremgangsmåten ved ransakingen som tilsier at beviset er ulovlig ervervet. Beviset har en uavhengig bevisverdi, og hadde klart kunne anvendes om det hadde dukket opp i forbindelse med en lovlig ransaking. I tilfellet der en politiprovokatør i skjul tar opp en tilståelse på bånd er det andre hensyn som blir gjeldende, blant annet vernet mot selvinkriminering. Beviset eksisterer på bakgrunn av den ulovlige fremgangsmåten, og ville muligens aldri gjort det ellers.

En tilståelse som er fremskaffet ved bruk av tortur vil stride mot Grunnloven § 96 "*...Pinligt Forhør maa ikke finde Sted*" og EMK artikkel 3 og vil derfor helt klart være ulovlig ervervet. Tortur er ikke noe en tenker foregår i norske forhold. På den annen side kan det tenkes lignende situasjoner. En tung narkoman som sitter på glattcelle over natten vil nok vedgå det meste for å slippe ut igjen for å bøte på abstinensene. Det kan spørres om en som er avhengig av medisiner, eksempelvis en diabetiker, vil være tilregnelig etter en

⁴³ Aall 2002 side 961

⁴⁴ Torgersen side 119, se Rt 1994 s 469 og EMDs krav til årsakssammenheng jf "fair" etter EMK og Harutyunyan

viss tid uten medisiner etter innbringelse. Det samme kan tenkes om de med alvorligere tilfeller av klaustrofobi eller andre lidelser. Påtaleinstruksens regler om avhør kan tenkes brutt, særlig fordi et eventuelt avhør ikke tar hensyn til de behov den avhørte åpenbart har. I Rt 1996 s 1114 hadde tiltalte trukket tilbake en tilståelse som han mente han hadde avgitt på bakgrunn av at det under varetektsfengslingen ikke hadde blitt tatt nok hensyn til hans diabetes. I den påfølgende sak var blant annet hans troverdighet bevisetema. Det uttales derimot ikke videre om problemstillingen rundt avhøret. I Rt 1979 s 1021 hadde avhøret pågått i over 11 timer, og verger hadde ikke blitt tilkalt. Videre hadde den som foretok avhøret angivelig vært svært pågående. Allikevel anså ikke Høyesterett avhøret kritikkverdig.

Definisjonen av ”ulovlig erverv” er riktignok ikke avgrenset av det som er rent lovstridig. Ervervet av beviset kan uten å stride mot lov også være så kritikkverdig at dette burde medføre avskjæring⁴⁵. I Rt 1991 s 616 anser Høyesterett fremgangsmåten videobeviset er innhentet på som ”uakseptabel”, og at dette er tilstrekkelig til at beviset blir karakterisert som ulovlig ervervet. Høyesterett uttaler at domstolene ikke må ”*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*”⁴⁶.

Det vises i Rt 1999 s 1269 til Rt 1997 s 795 som gjelder telefonavlytting i en sivil sak om barnefordeling. Her ble beviset avskåret fordi det var ervervet på en ”illojal og støtende” måte. Det ble presisert i kjennelsen at opptaket ikke var ulovlig etter straffeloven § 145a. På den annen side måtte den ulovfestede adgangen til å avskjære bevis ”*rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling.*”

Et beviserverv som strider mot grunnleggende prinsipper må anses ulovlig⁴⁷. Et eksempel her er om ervervet strider mot legalitetsprinsippet. Nå kan for så vidt dette prinsippet også

⁴⁵ Aall 2002 side 961

⁴⁶ Rt 1991 s 616 side 623

⁴⁷ Aall 1995 s 312

dekkes av EMK artikkel 8, med krav til lov der det skal foretas inngrep i den private sfære i tillegg til et nødvendighetskrav. Et beviserverv som er i strid med prinsipper fastslått i rettspraksis kan også måtte regnes rettsstridig.

Det ulovlige ved ervervet av beviset behøver videre ikke være rettet mot et spesielt subjekt. I denne sammenheng kan det være interessant å se på forskjellen mellom de saker der ulovligheten retter seg mot siktede, som eksempelvis Rt 1999 s 1269, og der ulovligheten retter seg mot fornærmede, som i Rt 1997 s 1778. I begge tilfellene er det snakk om bevis som vurderes avskåret på ulovfestet grunnlag fordi de er ulovlig ervervet. Det er ikke avgjørende for ulovligheten hvem ervervsnormene som er overtrådt skal beskytte. Det kan derimot ha mye å si for vurderingen av om beviset skal avkjæres eller ikke⁴⁸.

I de fleste tilfeller vil det være politiet som har ervervet beviset. Der det er private som har ervervet bevis vil det ikke bli snakk om noe myndighetsmisbruk, og andre hensyn kan gjøre seg gjeldende. I dette tilfellet kan særlig disiplineringshensyn være aktuelt, noe som sees klart i Rt 1997 s 795. Vurderingen av det ulovlige ved ervervet må lede frem til en vurdering av hvilken virkning det ulovlige eller kritikkverdige skal ha for føring av beviset.

3.2.1 Skal et ulovlig ervervet bevis alltid nektes ført?

Det er ikke⁴⁹ klart at ethvert bevis som er fremskaffet på ulovlig måte skal nektes ført jf blant annet Rt 1991 s 616. Prinsippet om fri bevisføring gjelder som utgangspunkt også der beviset er ervervet på ulovlig måte. Beslutningen om ikke å la føre et bevis må bygge på en konkret vurdering. Det ulovlige ved ervervet behøver ikke ha hatt innvirkning på bevisets kvalitet eller stride mot beskyttelsesverdige interesser i en slik grad at det bør veie tyngre enn hensynet til den materielle sannhet.

⁴⁸ Se 4.3.1 om Rt 2009 s 567

⁴⁹ Strandbakken side 185

3.2.2 Kan et lovlig ervervet bevis alltid føres?

Et bevis må som nevnt ikke nødvendigvis være ulovlig fremskaffet for å kunne bli avskåret på ulovfestet grunnlag. Rt 1996 s 1114 er i dette tilfellet illustrerende. I kjennelsen drøftes hvorvidt resultatet av en løgndektortest kunne legges frem som bevis for siktedes troverdighet. Beviset ble her ansett som lovlig ervervet siden siktede på eget initiativ hadde latt seg teste. Det var videre tiltalte som selv la frem beviset. Dersom det hadde vært påtalemyndigheten som hadde innhentet beviset ville det antagelig ha vært å anse som ulovlig ervervet. I herredsretten ble beviset nektet ført på bakgrunn av at det ikke var pålitelig. Beslutningen ble påkjært og lagmannsretten tillot beviset ført særlig begrunnet i prinsippet om fri bevisførsel.

Problemstillingen for Høyesterett var hvorvidt beviset kunne føres eller måtte avskjæres. Påliteligheten til beviset ble ikke ansett å være avgjørende for løsningen, basert på at Høyesterett ikke anså seg selv som kompetent til å avgjøre hvorvidt polygraftesten var pålitelig. Beviset ble vurdert opp mot straffeprosessloven § 92(2) med forarbeider. Bestemmelsen regulerer ikke direkte bruken av løgndektektor. Det avgjørende for å nekte et slikt bevis ført var både det indirekte forbudet i bestemmelsen sammenholdt med de sterke reelle hensyn som taler mot bruken av det. Med reelle hensyn ble det her vist til sterke personvern hensyn. En slik test vil være integritets- og personlighetskrenkende. Dersom testen tillates brukt som bevis vil dette også medføre vanskeligheter i fremtidige saker for en som eventuelt ikke ønsker å la seg teste.

3.2.3 Avledede bevis

En problemstilling ved ulovlig ervervede bevis vil være om ulovligheten overføres til etterfølgende bevis. Dersom de bevis som fremkommer som et resultat av påfølgende etterforskning ”arver” det ulovlige ved det opprinnelige ervervet blir spørsmålet om disse må avskjæres på det samme grunnlaget.

I Rt 1997 s 1778 hadde en ansatt ved et fylkessykehus varslet politiet om at fornærmede hadde blitt voldtatt. En politikonstabel hadde kommet til sykehuset og var der når

fornærmede ankom. Den ansatte ved sykehuset hadde ved å kontakte politiet brutt den taushetsplikt som følger av straffeprosessloven § 119. Et bevis som er fremkommet ved direkte brudd på taushetsplikten må avskjæres⁵⁰. Spørsmålet ble derfor om dette måtte medføre at senere bevis måtte avskjæres som ulovlig ervervet, selv om disse i utgangspunktet er lovlig ervervet.

Problemstillingen ble omtalt av lagmannsretten som en ”*dominoeffekt*”⁵¹ som følge av at påtalemyndigheten ble oppmerksom på lovbruddet gjennom taushetsbelagt informasjon. De senere bevis var ervervet som følge av at politiet var blitt gjort oppmerksom på lovbruddet. I denne saken tar ikke Høyesterett stilling til hvorvidt politiet ville blitt oppmerksom på mishandlingen uten bruddet på taushetsplikt, men kommer til at dette heller ikke vil være avgjørende. I praksis ville påtalemyndigheten blitt avskåret fra å reise straffesak dersom en slik effekt skulle inntre for alle påfølgende bevis. Videre ville et straffbart forhold bli straffritt dersom alle bevisene ble avskåret. Høyesterett kom til at de påfølgende bevisene ikke kunne avskjæres på grunnlag av bruddet på taushetsplikten, og sluttet seg i det vesentlige til lagmannsrettens begrunnelse for at det ikke inntrådte en ”*dominoeffekt*” i saken.

Et annet tilfelle finnes i Rt 1994 s 1010. Her hadde militærpolitiet foretatt en utåndingsprøve av en bilist med positivt resultat. Høyesterett anså, som lagmannsretten, at eventuelle feil ved militærpolitiets myndighetsutøvelse ikke kunne være til hinder for at den etterfølgende blodprøve som ble foretatt av politiet kunne avskjæres som bevis. Politiet måtte reagere når de ble oppmerksomme på overtredelsen etter militærpolitiets anmeldelse. Politiet gjorde derfor et lovlig erverv av blodprøven. Høyesterett mener det i dette tilfellet ikke var nødvendig å drøfte spørsmålet om hvordan militærpolitiet fattet mistanke når krenkelsen ikke var av alvorlig karakter.⁵² Situasjonen var annerledes i Rt 2003 s 1818 der politiet selv, og ikke militærpolitiet, hadde fattet mistanke og deretter foretok blodprøve.

⁵⁰ Andenæs side 238 flg

⁵¹ Rt 1997 s 1778 side 1780

⁵² Se 4.5

En vesentlig forskjell mellom dommene er graden av ulovlighet ved ervervet av det første beviset, i tillegg til hvilket subjekt som skal vernes. I forbindelse med taushetsplikt var reglene til vern for fornærmede, mens de regler som eventuelt ville gjort utåndingsprøven ulovlig verner mistenkte. Kompetanseoverskridelse fra militærpolitiet ville ikke hatt noen avgjørende effekt i tilfellet. Overskridelsen av taushetsplikten medførte ikke noen krenkelse av siktedes rettigheter. Derimot kan det spørres om det vil være riktig at et så alvorlig tilfelle som voldtekt må vektes mot vernet av taushetsplikten. En problemstilling er det faktum at politiet hadde blitt klar over voldtekten i seg selv er nok til at de kunne forfølge jf at det er offentlig påtale. Til sammenligning var blodprøven lovlig ervervet. Det er derfor naturlig at det taushetsbelagte beviset, selv om det ikke kan anvendes i retten, må kunne anvendes som bakgrunn for videre etterforskning.

Hovedregelen må etter dette være at ulovlig erverv av ett bevis ikke utelukker anvendelse av andre lovlig ervervede bevis i saken⁵³. Unntaket må være der det eksisterer en ugjendrivelig årsakssammenheng mellom de forskjellige bevisene. I amerikansk rett er regelen at avledede bevis vil bli avskåret, jf doktrinen ”*fruits of the poisonous tree*”⁵⁴.

3.3 Fortsatt krenkelse

I Rt 1999 s 1269 på side 1272 uttaler førsvoterende i et obiter dictum:

”Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. Dersom dette er tilfelle, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining, hvor det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset...”. I denne saken tillegges momentet fortsatt krenkelse stor vekt.

⁵³ Aall 1995 side 305

⁵⁴ Aall 1995 side 305 note 205

Vurderingen av ulovligheten ved ervervet kan ofte naturlig lede inn på hvorvidt krenkelsen opprettholdes ved en føring av beviset. Det vil i så fall flytte fokus fra ulovlig erverv til utilbørlig anvendelse⁵⁵.

I norsk rett har det avgjørende for om et bevis ervervet på ulovlig måte kan avskjæres på ulovfestet grunnlag ofte vært om det å legge frem beviset vil innebære en fortsatt krenkelse⁵⁶. Rettspraksis på 1990-tallet har vist en mer kritisk tilnærming til reglene om bevisføring i straffeprosessen⁵⁷. Det ulovlige eller kritikkverdige ved innhenting av beviset er ikke lenger like avgjørende for vurderingen av om beviset kan nektes ført. Avgjørende kan være om anvendelsen av beviset strider mot andre hensyn som står sterkere enn hensynet til materiell sannhet. Avskjæring av et bevis fordi det innebærer en fortsatt krenkelse vil være et instrument for vern av rettigheter som ble krenket ved det ulovlige ervervet.

⁵⁵ Aall 2002 side 964

⁵⁶ Hov side 310

⁵⁷ Aall 2002 side 961

4 Interesseavveining – momenter ved avskjæringsvurderingen

4.1 Introduksjon til interesseavveiningen

Dersom føringen av beviset innebærer en fortsatt krenkelse må det som nevnt normalt avskjæres. Dersom beviset ikke kan anses å medføre en fortsatt krenkelse må det foretas en *interesseavveining*⁵⁸. I vurderingen av hvorvidt føringen vil innebære en fortsatt krenkelse vil det allikevel normalt innebære en vurdering av flere av momentene som hører hjemme under interesseavveiningen. Resultatet av Rt 1991 s 616 ville nok antagelig ha blitt et annet om videobeviset viste et grovt ran eller en voldtekt. Det som ble søkt bevist ved opptaket var underslag av 70 000 kroner. I dette tilfellet vil alvorligheten av forbrytelsen være avgjørende, hensynet til den materielle sannhet vil veie tyngre dersom forbrytelsen hadde vært av alvorligere karakter.

4.2 Grovheten av krenkelsen som ble begått ved ervervet av beviset

Et bevis som er fremkommet ved en ulovlig eller uriktig fremgangsmåte fra politiets side behøver ikke av den grunn alene nektes ført. På den annen side har forholdene rundt ervervet mye å si ved vurderingen av hvorvidt beviset kan føres, både arten og alvorret av eventuelle normbrudd ved ervervet⁵⁹ må sees opp mot hvor alvorlig eller viktig saken er⁶⁰. Graden av det kritikkverdige forhold ved ervervet av beviset har lenge vært tillagt vekt ved spørsmålet om avskjæring av bevis⁶¹.

4.2.1 Ervervet strider mot lov eller forskrift

I utgangspunktet er det en sjeldenhet at bevis erverves direkte i strid med lov. Rt 1999 s 1269 er et eksempel der et bevis har blitt avskåret blant annet av denne grunn. Her hadde ikke politiet opplyst siktede om hans rett til ikke å forklare seg i avhør jf straffeprosessloven § 232, påtaleinstruksen kapittel 8 og EMK artikkel 6. På den annen side

⁵⁸ Rt 1999 s 1269 side 1272

⁵⁹ Torgersen side 156

⁶⁰ Se 4.5

⁶¹ Aall 2002 side 961

bygget ikke Høyesteretts avgjørelse direkte på brudd på formell lov⁶². Bruddet på siktedes rettigheter sett under ett ble avgjørende for dommen. I Rt 2003 s 1814 ble det drøftet hvorvidt en innledende samtale hadde gått over i å være et avhør, igjen knyttet til straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen. Dette var riktignok ikke avgjørende for beslutningen av hvorvidt beviset kunne føres.

En problemstilling er hvorvidt ugyldige forutsetninger for tvangsmiddelbruk kan utløse at beviset er ulovlig ervervet, og videre om dette må medføre at beviset ikke kan føres. I Rt 2006 s 582 ble en bil stoppet av politiet og deretter ransaket. Stansingen ble ansett lovlig etter vegtrafikkloven § 10. Ransakingen ble derimot ansett ulovlig da mistanken mot føreren av bilen ikke var tilstrekkelig etter straffeprosessloven §§ 192 og 195. Det forelå en materiell mangel for å foreta inngrepet. Ved ransakingen fant politiet en pistol med ammunisjon, og pågrep føreren som umiddelbart tilsto at pistolen var hans. Hadde mistanken mot føreren av bilen vært tilstrekkelig ville det medført at ransakingen hadde vært lovlig. Ulovligheten kan således synes hypotetisk⁶³. Høyesterett uttaler at etter ransakingen hadde tilståelsen ikke særlig betydning for domfellelsen utover de prosessuelle virkninger den får etter straffeprosessloven § 248. Pistolen hadde i seg selv bevisverdi, selv om den som bevis var ulovlig ervervet som følge av den ulovlige ransakingen. Føringen av beviset utgjorde i følge Høyesterett heller ikke noen fortsatt krenkelse.

Et tilfelle der politiet bevisst gikk utover reglene for ransaking er Rt 1992 s 698. Saken gjelder annen gangs begjæring om gjenopptagelse av fellende dom etter blant annet straffeloven § 90. Ved en ulovlig hemmelig ransaking hadde politiet funnet en dokumentveske inneholdende en bunke dollarsedler som ble fotografert og deretter lagt tilbake. Hensyn mot bruk av bevis som fremkom ved ransakingen var først og fremst at politiet og påtalemyndighetene bevisst hadde satt tilside de dagjeldende regler om ransaking⁶⁴. I dette tilfellet var det særlig regelen om varsling som var satt til side.

⁶² Rt 1999 s 1269 side 1271f, Torgersen side 156

⁶³ Torgersen side 130

⁶⁴ tidligere straffeprosesslov §§ 224(1) og 225(2). Slik ransaking er nå ulovlig, se NOU 1997:15 side 83

Gjenopptagelsesutvalget fant at den manglende varslingen ikke hadde hatt innvirkning på beviset. De viste videre til at hensynet til sakens opplysning i en så alvorlig sak taler for at beviset skal kunne føres på tross av eventuelle feil ved innhenting av det. Den manglende varslingen, som her stred mot gjeldende lov, medførte altså ikke at beviset skulle avskjæres. Høyesterett drøftet også hvorvidt den manglende varslingen stred mot EMK artikkel 8, men kom til at det ikke forelå konvensjonsbrudd. Hensynet til domstolenes anseelse kunne tale for at beviset skulle vært satt ut av betraktning. Siden det var en svært alvorlig sak, ulovligheten ikke kunne sees å ha hatt innvirkning på dommens innhold, og beviset bare var ett av flere, mente Høyesterett at det var riktig av lagmannsretten å la føre beviset.

Både i Rt 1992 s 698 og Rt 2006 s 582 blir det konstatert mangler ved ransakingen, men beviset blir allikevel tillatt ført. Sakene er svært forskjellige, særlig med tanke på at politiet i kjennelsen fra 1992 bevisst hadde unngått varslings, men i begge tilfellene kan det synes som hensynet til den materielle sannhet blir ansett viktigere enn de prosessuelle forutsetninger for ransakingen. I Rt 1992 s 698 begrunnes dette i sakens og tiltalens alvorlighet. I Rt 2006 s 582 begrunnes dette i det alvorlige forhold at tiltalte oppbevarte en ladd pistol. I Rt 2006 s 582 avsnitt 24 blir disiplineringshensynet trukket frem, men drøftes ikke til fordel for at ikke alle ulovlige bevis skal avskjæres. Det forhold at ransakingen kunne vært lovlig dersom politiet hadde hatt skjellig grunn til mistanke, gjør at ulovligheten anses minimal. Tilståelsen som fremkom umiddelbart etter funnet av pistolen gjør at problemstillingen ikke kommer på spissen. Det må riktignok antas at funnet av pistolen i alle tilfeller ville medført domfellelse. I prinsippet vil resultatet av et slikt syn på disiplineringshensynet i ytterste konsekvens medføre en viss uthuling av de materielle regler for ransaking. På den annen side vil det være uhensiktsmessig hvis et bevis ervervet ved uhjemlet ransaking ikke i noen sammenheng skulle kunne brukes.

Ved personelle mangler ved tvangsmiddelbruk taler mye for at beviset som innhentes allikevel kan føres⁶⁵. Et eksempel er der kompetansemangel ville kunne blitt rettet fordi tillatelse kunne blitt gitt fra kompetent hold. Et ulovlig ervervet bevis som følge av en slik mangel hadde i så fall kunnet være lovlig ervervet.

Det drøftes i Rt 1991 s 616 om ervervet av beviset, videoovervåkningen, stred mot straffeloven, personregisterloven og arbeidsmiljøloven. Det var ikke avgjørende om ervervet direkte var i strid med loven. Fremgangsmåten som var benyttet for å fremskaffe videobeviset var et inngrep i den personlige integritet og måtte derfor være å regne som et "ulovlig erverv" basert på alminnelige personvern hensyn.

4.2.2 Selvinkriminering

Vernet mot selvinkriminering er et eget avskjæringsgrunnlag. Et bevis som fremkommer som et resultat av brudd på dette vernet kan ofte medføre avskjæring. Som eksempel nevnes Rt 1999 s 1269, som gjelder et svært alvorlig forhold men likevel medførte oppheving. Dommen viser hvor sterkt vernet mot selvinkriminering står i norsk rett. Det kan således hevdes at rettsbruddet er grovt dersom erverv av bevis strider mot dette vernet. Vurderingen må fortsatt bero på avveining av alle momenter i saken.

Vernet mot selvinkriminering består både av retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse og retten til å forholde seg taus⁶⁶. Vernet er med på å beskytte siktedes personlige integritet og å sikre at domstolene kommer frem til riktige materielle resultat⁶⁷. Forbudet mot selvinkriminering er et grunnleggende rettsstatsprinsipp, selv om det ikke direkte kan leses ut av straffeprosessloven. I SP artikkel 14 nr 3 g fremkommer det som en minimumsrettighet at en som er siktet for et straffbart forhold "*Ikke å bli tvunget til å vitne mot seg selv eller til å erkjenne seg skyldig*". EMD har tolket vernet mot selvinkriminering

⁶⁵ Torgersen side 161

⁶⁶ Rui side 48

⁶⁷ Rui side 51

som en presisering⁶⁸ av begrepet ”fair” i EMK artikkel 6. Retten til å forholde seg taus er også lovfestet. Det følger av straffeprosessloven § 90 at første gang siktede møter for retten skal han blant annet gjøres kjent med at han ikke har plikt til å forklare seg. I avhør skal siktede opplyses om sin rett til å forholde seg taus⁶⁹ jf straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1.

Til forskjell fra vitner, kan siktede ikke straffes for falsk forklaring jf straffeloven § 167. Dette gjelder riktignok først og fremst siktede i prosessuell forstand⁷⁰. Siktetes straffrihet gjelder bare det han forklarer om egne forhold, han kan fortsatt straffes for falsk anklage mot andre etter straffeloven § 168.

Etter straffeprosessloven § 93(2) skal siktede gjøres oppmerksom på at dersom han forklarer seg forbeholdent eller forholder seg taus vil det anses å tale mot han. Dette forutsetter at det kan legges vekt i disfavør på at siktede velger å forholde seg taus⁷¹. Det anses å ville stride mot EMK artikkel 6 nr 1 (fair) dersom en fellende dom i vesentlig grad bygger på tiltaltes taushet⁷². Det vil derimot ikke være konvensjonsstridig å legge en viss vekt på at tiltalte velger å benytte seg av retten, særlig der det er påfallende og det ville være naturlig at siktede imøtegikk de bevis som ble ført mot vedkommende.

Dersom tvang blir brukt for å få siktede til å bidra til sin egen domfellelse vil dette lett kunne medføre konvensjonsbrudd⁷³, særlig om beviset er det avgjørende bevis eller inngår som et vesentlig bevis i en fellende dom. For øvrig er det avgjørende for vurderingene av

⁶⁸ Jf blant annet Funke og Saunders

⁶⁹ Med unntak av personalia jf straffeloven § 333

⁷⁰ Se 4.2.2.2

⁷¹ Jebens side 418

⁷² Aall 2007 side 361

⁷³ Aall side 360

om det foreligger konvensjonsbrudd om den vernede er å anse som strafferettslig anklaget i konvensjonens forstand⁷⁴.

Vernet etter konvensjonene gjelder også en eventuell plikt til å utlevere dokumenter eller bevis som er i ens besittelse. Det avgjørende er om en blir pålagt eller tvunget til å formidle noe som inkriminerer en⁷⁵, herved også dersom en blir forledet til dette. Nettopp det var tilfellet i Rt 1999 s 1269. Høyesterett anså beviset som ulovlig ervervet fordi fremgangsmåten som var brukt ikke respekterte siktedes rett til å forholde seg taus, særlig fordi siktede hadde blitt forledet til å forklare seg etter at han ikke hadde villet forklare seg i ordinære avhør.

I anledning selvinkriminering og avhør er det videre to kjennelser som er interessante. I begge tilfellene drøfter Høyesterett om innledende samtaler går over i avhør, og hvilken virkning dette må få for anledningen til å anvende det som bevis. Dersom disse samtalene er avhør, utløser det prosessuelle rettigheter for de mistenkte, blant annet retten til å forholde seg taus. I Rt 2003 s 1814 hadde to politibetjenter stilt innledende spørsmål til en person som de oppfattet hadde kjørt bil etter å ha drukket alkohol. Høyesterett anså dette som innenfor grensen til et avhør, men ga det ikke noen virkning i forhold til skyldspørsmålet. En viss parallell kan for så vidt trekkes til avgjørelsen i Rt 1994 s 1010 siden politiet uansett kan reagere på mistanke etter vegtrafikkloven § 22a jf § 22, og blodprøve kunne således vært tatt uten å avhøre vedkommende.

I motsetning til Rt 2003 s 1814 var det i Rt 2003 s 549 vesentlig klarere at innledende samtaler hadde gått over i avhør, etter at politiet hadde spanet på en person over lengre tid. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt dette også måtte medføre at politibetjentene ikke kunne føres som vitner. Det ble for øvrig også ansett å være en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten hadde foretatt en formløs beslutning om å tillate vitneprov fra politibetjentene mot forsvarers protest. Feilene ble derimot ikke ansett å ha hatt noen

⁷⁴ Se Aall 1995 side 106-115

⁷⁵ Aall side 360

virkning på avgjørelsen av skyldspørsmålet, særlig på bakgrunn av reelle bevismidler som forelå i saken. I begge sakene faller Høyesterett ned på at siktedes rettigheter etter EMK ikke har blitt krenket. Førstvoterende i Rt 2003 s 1814 uttaler videre i avsnitt 21 etter å ha henvist til Khan⁷⁶: ”Denne avgjørelsen viser videre at i forhold til prinsippet om selvinkriminering - i motsetning til ved opplesning av politiforklaring hvor begrensningene i opplesningsadgangen begrunnes i hensynet til det kontradiktoriske prinsipp – er det ut fra en vurdering av bevisets kvalitet ikke i seg selv avgjørende hvor sentralt det aktuelle beviset er ved avgjørelsen av skyldspørsmålet.” På den annen side var ikke det selvinkriminerende avhøret et sentralt bevis i noen av disse kjennelsene på grunn av forekomsten av andre bevismidler. Således kan de ikke sammenlignes med Rt 1999 s 1269, der det selvinkriminerende beviset hadde virket inn på avgjørelsen i langt større grad.

4.2.2.1 Særlig om opplesning av forklaringer

I forbindelse med opplesning av forklaringer reiser det seg flere spørsmål i forbindelse med avskjæring av bevis. Opplesning medfører et unntak fra både prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet. Tiltaltes forklaring kan tillates lest opp etter reglene i straffeprosessloven § 290 og § 300 gir også anledning til å spille av lydopptak av tidligere avgitt forklaring dersom vilkårene for opplesning foreligger. Selv om det kan gis adgang til opplesning av forklaringer skal disse ikke fremlegges i retten. De blir således ikke dokumentbevis selv om de er opplest.

I forhold til opplesning av tiltaltes tidligere avgitte forklaringer er det først og fremst ved motstrid og dersom tiltalte enten ikke husker eller ikke vil svare at disse kan leses opp. Med hensyn til at det kan ta lang tid fra en sak blir etterforsket til hovedforhandlingen er det heller ikke spesielt overraskende om tiltalte ikke husker i detalj hva som fremkom i tidligere avhør. Straffeprosessloven § 290 er begrunnet med hensynet til sakens riktige opplysning. Det antas at begrensningene i bestemmelsen både gjelder for skyld- og

⁷⁶ Khan paragraph 38

straffespørsmålet⁷⁷. Det er ikke sjelden tiltaltes forklaring er av vesentlig betydning i saken. En eventuell tilståelse tillegges videre prosessuelle virkninger i straffeprosessloven § 248.

Begrensningene i § 290 gjelder ikke adgangen til opplesning av forklaringer som har kommet frem i andre saker eller uten sammenheng med en bestemt sak jf vilkåret ”i saken”. Disse kan fritt leses opp⁷⁸ såfremt adgangen til opplesning ikke er begrenset av andre regler. Adgangen kan blant annet begrenses dersom det hefter prosessuelle feil ved avhøret⁷⁹. Det er særlig i denne sammenheng det kan tenkes avskjæring. Enhver forklaring gitt i en annen sak eller uten sammenheng behøver for øvrig ikke være relevant for saken. I denne sammenheng kan blant annet forbudet mot sverting i straffeprosessloven § 134 nevnes. Tiltaltes troverdighet kan ofte søkes svekket ved bevisførsel om tidligere saker eller andre forhold.

4.2.2.2 Særlig om forvaltningens innhentede forklaringer

En særlig problemstilling i forbindelse med selvinkriminering er hvorvidt pliktige forklaringer til forvaltningen kan brukes som bevis i en etterfølgende straffesak.

Overfor forvaltningen kan en under straffansvar være pålagt å avgi forklaringer i de tilfeller der forvaltningen har særlig rettslig grunnlag. Eksempler på slik grunnlag kan finnes i konkurranseloven §§ 24 - 25 og merverdiavgiftsloven⁸⁰ §§ 46 – 47. Med andre ord gjelder ikke straffeprosesslovens regler om fritak for vitneplikt såfremt det ikke er bestemt særskilt i vedkommende lov jf Rt 1976 s 1219. Den som må forklare seg kan heller ikke begjære seg siktet og dermed bli vernet mot selvinkriminering. Om forvaltningen finner grunn til at forholdet burde etterforskes strafferettslig sender de sitt resultat til politiet for videre behandling⁸¹.

⁷⁷ Bjerke side 1012 og 1025

⁷⁸ NUT side 303 og Bjerke side 1013

⁷⁹ Bjerke side 1014

⁸⁰ Ny lov 2009-06-19 nr 58 § 15-11 (ikke satt i kraft)

⁸¹ Andenæs side 236

I Rt 1994 s 610 kom Høyesterett til at denne typen bevis kunne legges frem. Saken gjaldt et mistenkt ulovlig prissamarbeid mellom fire produsenter av bølgepapp. Med forklaringer ble det i denne saken ment prismyndighetenes sammendrag av avhør i forbindelse med forvaltningssaken. Disse forklaringene var lovlig ervervet til bruk i forvaltningssaken⁸². Høyesterett kom til at forklaringene ikke kunne avskjæres som bevis og mente her at vernet mot selvinkriminering ikke ville gjelde verken etter straffeprosessloven eller EMK om ikke vedkommende som skulle beskyttes var å anse som mistenkt, siktet eller tiltalt. I straffesaken måtte likevel forklaringene være å regne som erklæringer tidligere avgitt i anledning saken og opplesningsadgangen reguleres derfor av straffeprosessloven §§ 290, 296 og 297.

Rt 1994 s 610 er populært kritisert i juridisk teori⁸³, særlig etter dommen avsagt av EMD i desember 1996 i saken Saunders v. United Kingdom. Etter Funke i 1994 som kommenteres i kjennelsen, og deretter Saunders, er det tvilsomt om denne dommen ville fått samme innhold⁸⁴. Rekkevidden av Saunders er derimot uklar⁸⁵, siden det i dommen gjaldt opplesing av en stor mengde dokumenter. Som sentrale bevis hadde påtalemyndigheten lest opp dokumenter over flere dager. Det var disse bevis som i stor grad var avgjørende for domfellelse. I Rt 1994 s 610 ble forklaringene ikke brukt i samme grad. Siden forklaringene ble ansett å være gitt i *anledning saken* ville de bare kunne blitt opplest til konfrontasjon med de tiltaltes og vitners muntlige forklaringer. Det er usikkert om denne forskjellen er avgjørende⁸⁶.

Dersom det er en mulighet for at forklaringen blir brukt som bevis vil dette være tilstrekkelig jf EMDs dom i Heaney og McGuinnes mot Irland. Hov⁸⁷ tar utgangspunkt i at

⁸² Som i Saunders

⁸³ Hov side 317, Andenæs side 237, Bjerke side 446, Jebens side 423, Aall 1995 side 223, Aall 2007 side 360

⁸⁴ Hov side 317

⁸⁵ Bjerke side 446

⁸⁶ Aall 2007 side 360

⁸⁷ Hov side 316

bevis som siktede har vært pliktig til å avgi til forvaltningen må avskjæres i en etterfølgende straffesak på bakgrunn av vernet mot selvinkriminering jf EMK og SP. Det må for øvrig nevnes at eventuelle forklaringer som er avgitt frivillig ikke vil rammes av vernet mot selvinkriminering. De forklaringer som er vernet er de som er opptatt av tiltalte under sannhetsplikt og straffansvar⁸⁸. I motsetning til en etterforskning der statusen siktet gjør at den som innehar statusen kan nekte å forklare seg, behandlet Saunders brudd på vernet mot selvinkriminering i anledning bruken av forklaringene. Vernet ble først aktuelt da forklaringene som var opptatt ble anvendt som det sentrale bevis i en etterfølgende straffesak.

Problemstillingen har også kommet opp i anledning konkursforhold, i Rt 2007 s 932. I denne saken ble dokumenter fra bevisopptak i forbindelse med bounndragelse og kreditorbegunstigelse ikke ansett å stride mot vernet mot selvinkriminering. Det var en saksbehandlingsfeil at disse hadde blitt fremlagt som dokumentbevis og ikke eventuelt blitt brukt til konfrontasjon med tiltalte under hovedforhandling. I den anledning viste Høyesterett til Rt 1994 s 610. Feilen ble ikke tillagt vekt da Høyesterett ikke fant at den kunne ha innvirket på resultatet. Det var usikkert om tingretten hadde lest fra dokumentene i det hele tatt, med tanke på at siktede hadde forklart seg inngående under hovedforhandlingen. Etter henvisning til Saunders uttalte førstvoterende i avsnitt 24 ”Sentralt ved avgjørelsen av om vernet er krenket, er måten forklaringene er brukt på vurdert i et helhetlig lys”.

En kan derfor ikke ta utgangspunkt i at enhver av forvaltningens innhentede forklaringer vil medføre brudd på vernet mot selvinkriminering om de anvendes som bevis i en påfølgende straffesak. Dersom forklaringene bare brukes som konfrontasjonsbevis og i liten utstrekning er det ikke sikkert at et slikt bevis kan avskjæres. På den annen side uttaler EMD ved flere anledninger, også i Saunders punkt 68, at aktoratet må forsøke å bevise tiltaltes skyld på andre måter enn gjennom forklaringer som er fremtvunget fra siktede. En

⁸⁸ Eriksen side 99

viss parallell kan her trekkes til overskuddsinformasjon som ikke kan anvendes som bevis. Da informasjonen uansett kan brukes i etterforskningssammenheng er dette et viktig incitament for påtalemyndigheten til å finne andre bevis som styrker tiltalen.

4.2.3 Provokasjon

Provokasjon er ikke ukjent i strafferetten. Et eksempel er straffeloven § 228(3) der en forutgående legemsfornærmelse i gitte tilfeller kan gjøre en påfølgende legemsfornærmelse straffri.

Med politiprovokasjon menes de tilfeller der politiet bruker en særskilt etterforskningsmetode for å avdekke straffbare handlinger eller fremskaffe bevis. Provokasjon kan også i gitte tilfeller påvirke straffbare handlinger. Infiltrasjon vil være et slikt tilfelle, der politiet oppsøker antatte gjerningspersoner eller kriminelle miljøer for enten å avdekke eller forhindre lovbrudd. Både lovlig og ulovlig provokasjon har gjerne blitt omtalt ”etterforskning med provokasjonstilsnitt”. Metoden er å regne som utradisjonell etterforskning, blant annet fordi politiet unnlater å stanse en straffbar virksomhet de kjenner til⁸⁹. Derfor vil det være av stor betydning hvor aktive politiet har vært i etterforskningen⁹⁰ og hvilke virkninger dette må få for de bevis som erverves eller de handlinger som begås. Det vil blant annet ha stor betydning for den handlendes subjektive forsett. Provokasjon som metode er gjerne begrunnet i at arten av kriminalitet metoden benyttes overfor stort sett foregår i det skjulte, der tradisjonell etterforskning kommer til kort. Høyesterett har blant annet lagt vekt på disiplineringshensynet i avgjørelser som gjelder provokasjon, jf Rt 2003 s 1223⁹¹.

Dersom politiet forholder seg passive til en handling de er oppmerksomme på og utsetter inngripen, er dette ikke å regne som provokasjon. Politiet kan for eksempel vente med å stoppe et parti narkotika de vet er på vei til Norge, for siden å kunne pågripe eventuelle

⁸⁹ Rundskriv fra Riksadvokaten 2/2000

⁹⁰ Strandbakken side 197

⁹¹ Se 2.1.2.2

mottakere og transportører. Som ved infiltrasjon er dette annerledes fordi politiet ikke anses å styre handlingen⁹².

Provokasjon som etterforskningsmetode er ikke lovregulert. Ettersom slik etterforskning medfører et inngrep i den private sfære vil provokasjon i utgangspunktet stride mot legalitetsprinsippet. EMK artikkel 8(2) oppstiller for øvrig et vilkår om at inngrep i privatsfæren må ha hjemmel i lov, videre at inngrepet må være nødvendig og begrunnet i et relevant formål. En slik etterforskning kan også komme i strid med kravet til "fair" i EMK. Grensen for akseptabel etterforskning ble drøftet i Rt 1984 s 1076. Høyesterett kom frem til at siden denne typen etterforskning ikke var regulert i forarbeidene⁹³ var det opp til domstolene å avgjøre hvor grensen bør gå i det enkelte tilfelle. Høyesterett kom også til at metoden ikke var så inngripende at den betinget hjemmel i lov⁹⁴. En øvre grense går der politiet fremkaller en handling som ellers ikke ville bli begått.

I teorien deles provokasjon gjerne inn i forskjellige typer⁹⁵. Både provokasjon for å fremskaffe bevis for en allerede utført handling og handlingsprovokasjon er relevant.

Handlingsprovokasjon omtales gjerne som konstituitiv provokasjon. Med konstituitiv provokasjon menes de tilfeller der politiet fremkaller en handling som den handlende personen ellers ikke ville begått. Grensene for hvorvidt provokasjonen er kvalifisert konstituitiv har stor betydning både for hvorvidt tiltale skal tas ut eller metoden kvalifiserer til frifinnelse, og et eventuelt bevisavskjæringsspørsmål. Avskjæring av bevis kan bli aktuelt der en slik provokasjon ikke kvalifiserer til frifinnelse, men må anses å ligge så tett mot grensen at andre hensyn kan gjøre seg gjeldende. Vurderingen i forhold til hvorvidt konstituitiv provokasjon må medføre frifinnelse ble drøftet i Rt 2008 s 1659. Høyesterett

⁹² Hopsnes side 79f

⁹³ Ot.prp nr 35 (1978-79) side 179. Departementet falt ned på at det ikke var grunn til å lovregulere etterforskningsmetodene på det daværende tidspunkt. Se for øvrig Ot.prp.nr. 64 (1998-1999)

⁹⁴ Rt 1984 s 1076 side 1079

⁹⁵ Se Hopsnes for en gjennomgang

uttalte her at disse vurderingene ”... er sammensatte, og må *bero på overveielser forankret i det konkrete saksforhold som finnes bevist*”. Beviskravet i denne sammenhengen skiller seg altså fra kravet til bevis i prosessuelle forhold⁹⁶. Siden spørsmålet gjelder tiltaltes skyld er beviskravet at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Rt 2008 s 1659 gjaldt provokasjon i anledning innførsel av narkotika. På bakgrunn av opplysninger fra en av de medtiltalte i ettertid hadde påtalemyndigheten anket fellende dom fra tingretten. Lagmannsrettens behandling ble opphevet på grunn av uriktig rettsoppfatning i rettsbelæringen rundt beviskravet.

Et grunnvilkår vil være at konstitutiv provokasjon i utgangspunktet ikke er tillatt, politiet må ikke være den som tar initiativet til handlingen jf 1993 473. Det må også eksistere et marked for den straffbare handling jf 1998 s 407. Høyesterett uttaler videre på side 410 ”*Det må imidlertid godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse, og betydelig vekt må legges på hvem som tok initiativet til handlingen, jf Rt-1984-1076 (på side 1080). Hvis det foreligger forledelse utover en slik ramme, må domfelte etter rettspraksis frifinnes, jf Rt-1992-1088 (på side 1091). Det foreligger da brudd på grunnvilkåret for å gjøre bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder.*” Provokasjonshandlingene medførte frifinnelse for det aktuelle tiltalepunktet, men som redningsaksjon for det stjalne bildet ble metoden akseptert som vellykket.

Problemstillingen blir hvorvidt bevis innhentet ved etterforskning med provokasjonstilsnitt anses ulovlig ervervet dersom vilkårene for provokasjon ikke var til stede. Hensynene bak bevisavskjæring blir aktuelle for de bevis som er innhentet ved provokasjonen. Et tilfelle der etterforskning med provokasjonstilsnitt medførte avskjæring av bevis er Rt 1999 s 1269. Politiet hadde fremprovosert en forklaring fra siktede ved å forlede ham til å forklare seg om den tidligere rømningen fra fengselet. Hensynet bak bevisavskjæringen var selvinkriminering og det forsterkende elementet var forledelsen.

⁹⁶ Strandbakken side 508, Rt 1992 s 1088 side 1090

I en narkotikasak Rt 2000 s 1345 hadde siktedes mobiltelefon vært påskrudd når den ble beslaglagt. Det kom flere innkommende anrop til telefonen og sakens hovedetterforsker hadde ved to anledninger besvart disse. Han utarbeidet en egenrapport om innholdet i samtalene og denne ble brukt i anledning etterforskerens forklaring i retten. Tiltalte begjærte denne del av etterforskerens forklaring avskjært som ulovlig ervervet. Høyesterett drøftet vilkår i forbindelse med bevisprovokasjon, og påpekte blant annet det tilfeldige preg ved etterforskerens bevissikring. Deretter sammenlignet Høyesterett dette med beslag av korrespondanse som politiet kan lese. Slik måtte det eventuelt også være for innkomne sms og mobilsvarmeldinger. Innringene kunne heller ikke anses som anonyme vitner. Anken over bevisføringen ble forkastet.

4.2.4 Personvern - integritetskrenkelser

Personvernet er beskyttet både i strafferetten og gjennom menneskerettighetene. Det at et bevis er innhentet ved integritetskrenkende metoder som allerede er gjennomført hindrer ikke bruk av beviset hvis ikke krenkelsen derved opprettholdes⁹⁷. Videre må det tas i betraktning at den som anses som siktet eller mistenkt har et lavere vern mot integritetskrenkelser enn andre borgere.

Det er ikke klart at enhver ulovlighet som følge av tilsidesettelse av slike regler ikke skal få betydning for bevisene som innhentes. En ulovlig personransaking som ikke tilfredsstiller vilkårene i straffeprosessloven § 195 vil være både fysisk og psykisk integritetskrenkende. Slike inngrep kan omfattes av EMK artikkel 8.1, men vil ofte måtte anses berettiget etter artikkel 8.2⁹⁸. Enda mer krenkende vil det være der en kroppslig undersøkelse etter straffeprosessloven § 157 er foretatt uten at vilkårene foreligger. I Rt 2000 s 1723 viser Høyesterett til at selv om det ikke kan være mulighet til å anke over en uhjemlet kroppslig undersøkelse som allerede er foretatt, vil retten måtte ta stilling til om beviset kan brukes i en senere straffesak.

⁹⁷ Se 4.2.5

⁹⁸ Aall 2007 side 157

Et illustrerende eksempel fra EMD er Jalloh mot Tyskland. Klageren var mistenkt for å svelge plastposer med narkotika i anledning narkotikasmugling. Her hadde myndighetene ved betydelig maktanvendelse gitt klageren brekningsmiddel i en slange via nesen til magen, i stedet for at stoffet kunne komme frem på naturlig vis. EMD kom til at det forelå brudd på artikkel 3, men mindretallet kom til at den nedre terskelen ikke var overskredet. To dommere kom til at artikkel 8 var krenket.

En ulovlig frihetsberøvelse, for eksempel en uhjemlet innbringelse, vil kunne få virkninger for et avhør som opptas mens vedkommende er innbragt. Spesielt vil dette kanskje gjelde der vedkommende allerede er i en presset situasjon⁹⁹. Reglene om at siktede skal kunne forholde seg taus er blant annet også begrunnet i at siktede skal ha muligheten til selv å velge å snakke med myndighetene eller ikke¹⁰⁰.

Rt 1991 s 616 er en dom som legger betydelig vekt på personvern hensynet. Høyesterett viser til at det vil medføre en betydelig uthuling av personvern hensynene som redegjøres for i kjennelsen, dersom beviset hadde blitt tillatt ført. Det avgjørende elementet i kjennelsen er ikke formell lovstrid men aspektet ved det integritetskrenkende inngrepet. Ved alvorlige integritetsinngrep må bevisavskjæring være hovedregelen¹⁰¹.

4.2.5 Overskuddsinformasjon

En spesiell problemstilling i forhold til avskjæring av bevis er hvorvidt såkalt overskuddsinformasjon kan tillates brukt som bevis. Med overskuddsinformasjon menes her informasjon som påtalemyndigheten blir kjent med via innhenting av andre bevis og annen etterforskning. Etterforskning er normalt målrettet for å skaffe bevis for bestemte straffbare forhold. En god del av de metoder som tradisjonelt er brukt i etterforskningssammenheng krever at det etterforskes mot et spesielt forhold. Adgangen til å bruke tvangsmidler reguleres av straffeprosesslovens fjerde del. Disse må bare anvendes

⁹⁹ Se eksempler i 3.2

¹⁰⁰ Rui side 51

¹⁰¹ Aall 2002 side 964

når det er ”tilstrekkelig grunn til det”¹⁰² jf straffeprosessloven § 170a. I forbindelse med etterforskningen kan informasjon om andre forhold komme frem. Politiet har en generell adgang til å tilgjengeliggjøre overskuddsinformasjon etter straffeprosessloven § 61c 3. En problemstilling blir da om informasjonen fra en etterforskning kan anvendes som bevis for et annet forhold, eller om denne informasjonen må anses ulovlig ervervet, og derfor må avskjæres.

Et eksempel er Rt 1990 s 1008, der tiltalte blant annet var dømt for heleri. Et sentralt bevis fra påtalemyndighetenes side var et bilde tatt ved automatisk trafikkontroll, en såkalt ”fotoboks”. På bildet kunne tyvegods observeres på taket av bilen tiltalte kjørte, han ble for øvrig også dømt for bilbrukstyveri. Tiltalte anførte at fotografiet ikke kunne brukes som bevis for andre forhold (heleri) enn det det var innhentet for, særlig begrunnet i personvern hensyn. Domfelte anførte en parallell til telefonkontroll¹⁰³ ved overtredelser av narkotikalovgivningen. Overskuddsinformasjon fra slik kommunikasjonskontroll kunne ikke brukes i etterforskning eller som bevis for forhold som ikke gjaldt overtredelse av narkotikalovgivningen. Hadde fotografiet vært sett i et slikt lys kunne det derfor være å anse som ulovlig ervervet om det skulle brukes utenfor forholdet det var innhentet for. Høyesterett anså ikke personvern hensynet som relevant avvisningsgrunn for beviset. Siden den automatiske trafikkontrollen var skiltet hadde tiltalte blitt varslet om en eventuell fotografering, og det var således under tiltaltes kontroll å unngå fotograferingen. Beviset ble tillatt ført.

I tilfellet overskuddsinformasjon fra kommunikasjonskontroll er problemstillingen i forhold til avskjæring av bevis nært knyttet til vurderingen av grensene som straffeprosessloven § 216i jf § 216a legger opp til. Et bevis for andre forhold som erverves gjennom kommunikasjonskontroll kan bare brukes som bevis der det andre forholdet som oppdages selv kunne ha begrunnet slik kommunikasjonskontroll som er iverksatt jf § 216i(1) b. Det kan også tenkes at bevis erverves der påtalemyndigheten har besluttet

¹⁰² Som det generelle vilkåret om krav til *skjellig grunn til mistanke*

¹⁰³ Midlertidig lov av 17. desember 1976 nr 99 med forskrifter

kommunikasjonskontroll etter straffeprosessloven § 216d. Dersom retten senere avgjør at slik kontroll ikke hadde rettslig grunnlag, vil bevisene som har fremkommet måtte anses ulovlig ervervet. Spørsmålet ved begge disse tilfellene er hvilken virkning dette skal tillegges for adgangen til å føre beviset på tross av ervervs måten. En viktig rettssikkerhetsgaranti er at overskuddsinformasjon fra kommunikasjonskontroll i utgangspunktet skal tilintetgjøres jf straffeprosessloven § 216g¹⁰⁴. På den annen side åpner § 216i(1) a for å bruke overskuddsinformasjonen i annen etterforskning, også avhør av mistenkte. I forhold til EMK anses ikke vernet mot selvinkriminering å ha like stor vekt siden et slikt inngrep kan anerkjennes etter artikkel 8¹⁰⁵.

I forarbeidene¹⁰⁶ legges det opp til at overskuddsinformasjon *fortsatt* skal kunne brukes i etterforskningssammenheng i andre saker enn den det er besluttet kontroll i¹⁰⁷. Dette innebærer en utelukkelse av en eventuell dominoeffekt¹⁰⁸ for påfølgende bevis. I tillegg skal slik informasjon kunne brukes til å hindre at uskyldige blir straffet og i en viss utstrekning avverge nye straffbare handlinger.

Problemstillingen kom på spissen i Rt 2005 s 1200. Her hadde overskuddsinformasjon kommet frem ved fremleggelse av bevis fra kommunikasjonskontroll i anledning etterforskning av grovt ran. Det grove ranet hadde begrunnet kommunikasjonskontrollen, men de tiltalte ble frifunnet for dette. De ble derimot dømt for mindre forhold som kom frem under fremleggelsen av bevisene i anledning det grove ranet. Spørsmålet for Høyesterett gjaldt om frifinnelsen gjorde at bevisene som var fremlagt ikke kunne brukes for de mindre forholdene. Høyesterett viste til tingrettens begrunnelse som uttalte at det måtte ”etter rettens oppfatning skilles mellom det å føre beviset og det å ta beviset med i rettens vurdering når det lovlig er ført under hovedforhandlingen. Når beviset rent faktisk

¹⁰⁴ Se også kommende § 216n, lov LOV-2009-06-19-75 punkt II, og NOU 2009:15 kapittel 24

¹⁰⁵ Aall 1995 side 113 og Rt 2005 s 205

¹⁰⁶ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s 8

¹⁰⁷ NOU 2009:15 punkt 25.3

¹⁰⁸ Se 3.2.3

*er ført på lovlig vis, kan retten ikke se at det skal legges noen begrensninger på rettens frie bevisvurdering*¹⁰⁹. Ankene ble nektet fremmet.

I Rt 2006 s 972 var spørsmålet hvorvidt lydopptak i forbindelse med kommunikasjonskontroll i anledning grov korrupsjon kunne anvendes som bevis for tiltale om grov utroskap. Tilfellene av grov utroskap hadde blitt begått før innføringen av straffeloven § 276b. Kommunikasjonskontrollen ble foranlediget av mistanken om grov korrupsjon, men forholdene som hadde skjedd før innførselen av bestemmelsen kunne ikke begrunne kommunikasjonskontroll da disse måtte subsumeres under straffeloven § 275 jf § 276. Strafferammen for grov utroskap er 6 år, og flertallet i Høyesterett kom derfor til at overskuddsinformasjonen ikke kunne anvendes som bevis for disse forholdene.

Overskuddsinformasjonen som fremkommer når bevis lovlig føres som følge av kommunikasjonskontroll, kan altså anvendes som bevis for andre forhold uten at disse forholdene selv kan begrunne kontrollen jf Rt 2005 s 1200. I Rt 2007 s 1409 ble problemstillingen igjen prøvet. I avsnitt 10 presiseres problemstillingen til om straffeprosessloven § 216i b ”også setter skranker for rettens vektlegging av beviset dersom retten vil bygge på et mildere straffebud enn tiltalen gjelder.” Høyesterett kom til samme resultat som kjennelsen fra 2005. Forholdet som hadde begrunnet kommunikasjonskontroll var her mistanke om brudd på straffeloven § 60a i anledning innførsel av narkotika. Forholdet gjaldt imidlertid innførsel og omsetning av store mengder øl. Lagmannsretten hadde kommet til at handlingene ikke kunne subsumeres under straffeloven § 60a og så derfor bort fra bevisene i kommunikasjonskontrollen siden strafferammen da ble for lav etter straffeprosessloven § 216i b. Det avgjørende for å anvende bevisene på de mindre alvorlige forholdene var at de var lovlig ført som bevis for det forholdet som begrunnet kommunikasjonskontrollen.

¹⁰⁹ Rt 2005 s 1200 avsnitt 16

I forbindelse med kommunikasjonskontroll kan vurderingen av hensynet til den materielle sannhet bli av svært prinsipiell karakter fordi politiet sitter på bevis som lovlig kan føres for forholdet informasjonen ble innhentet til. Av denne grunn vil det faktisk at beviset lovlig føres medføre at overskuddsinformasjonen blir ansett lovlig ført, som bevis også for andre forhold. I forarbeidene blir problemstillingen rundt overskuddsinformasjon drøftet opp mot integritetskrenkelsen som kommunikasjonskontroll medfører. ”*Det at integritetskrenkelsen har funnet sted, er etter departementets syn ikke tilstrekkelig til å begrunne at opplysninger fra kommunikasjonskontroll brukes til å bevise også mindre alvorlig kriminalitet. Krenkelsen blir styrket ved at informasjonen faktisk brukes som bevis.*”¹¹⁰ Synspunktet kommer også frem i Rt 2009 s 396 i anledning romavlytting, der det legges vekt på at selv om avlyttingen allerede var foretatt, ”*forelå rettslig interesse i å behandle anken, på grunn av senere bruk av materialet.*”

4.3 Vitnebevis

I forhold til vitnebevis vil problemstillingen rundt avskjæring først og fremst fremkomme i forhold til anvendelsen av beviset. Siktetes nærstående er for eksempel etter straffeprosessloven § 122 fritatt for vitneplikt. Regelen er begrunnet i at vitnet skal slippe å måtte velge mellom å lyve i retten eller å bidra til at siktede blir straffet¹¹¹. Regelen gir fritak av hensyn til vitnet og ikke tiltalte slik som tilfellet er med EMK artikkel 6. Vitnet kan også jf straffeprosessloven § 123 nekte å svare på spørsmål som vil kunne utsette vitnet selv eller vitnets nærstående for straff. Dette er et klart uttrykk for vernet mot selvinkriminering¹¹². Retten skal på eget initiativ gjøre et vitne oppmerksom på rett til ikke å forklare seg etter straffeprosessloven § 127. Dersom retten ikke har gjort dette, kan det i ettertid bli et spørsmål om et vitnebevis må avskjæres.

Om vitnet ikke benytter seg av retten til ikke å svare på spørsmål og velger å forklare seg falskt kan vitnet straffes etter straffeloven § 167. Derimot kan retten jf straffeprosessloven

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) side 75

¹¹¹ Aall side 222

¹¹² Se 4.2.2

§ 123(1) annet punktum etter en samlet vurdering pålegge vitnet å forklare seg under trussel om straff etter domstolloven § 206(1) og fengsling etter straffeprosessloven § 137. I vurderingen inngår sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og følgene for vitnet av å gi forklaring. Denne endringen ble gjort for å harmonere¹¹³ med tvistelovens § 22-7, med virkning fra 1. januar 2008. Dersom retten har valgt å tvinge et vitne til å forklare seg må det antas at det som eventuelt fremkommer om vitnets egne straffbare forhold ikke kan anvendes som bevis for å straffe vitnet i en påfølgende sak mot vitnet.

En problemstilling som kan dukke opp i forbindelse med taushetsplikt jf straffeprosessloven § 119 er tilfeller der den som har krav på hemmelighold ikke forstår rekkevidden av samtykke. Det blir da et spørsmål om det kreves informert samtykke for å løse de yrkesgruppene som har vitneforbud fra taushetsplikt. Dersom samtykke er gitt vil dette ikke kunne trekkes tilbake etter at opplysningene er gitt i retten jf Rt 2008 s 504 avsnitt 22, heller ikke for en eventuell ankeinstans. Samtykket kan derimot tilbakekalles helt frem til dette tidspunkt, også under hovedforhandling. Forklaringsforbudet gjeninntreffer ved tilbakekalling, men de opplysninger som har fremkommet under etterforskning med sikte på å fremlegges som bevis under straffesak der samtykket fortsatt besto kan riktignok fortsatt anvendes jf Rt 2003 s 219 avsnitt 16. Om det er åpenbart at den som hadde krav på hemmelighold ikke forsto rekkevidden av samtykke, kan dette muligens medføre at vitnebeviset må avskjæres. Det må utvises stor forsiktighet ved vitnebevis fra de yrkesgrupper som omfattes av straffeprosessloven § 119 dersom det ikke er klart hvorvidt det foreligger informert samtykke. Nærliggende vil her være situasjonen der en advokat blir stevnet som vitne. Dette var tilfellet i en sivil sak Rt 1995 s 376. Kjæremålsutvalget tok her riktignok ikke stilling til om advokaten må anses å ha plikt til å forklare seg. Heller ikke for straffeprosessens del synes problemstillingen løst i rettspraksis. Det må som følge av dette antas at vitnebeviset ikke kan avskjæres i etterkant, men at dette eventuelt må skje før en slik vitneforklaring. Eventuelt må vitnet nekte å forklare seg etter straffeprosessloven § 127(2). I alle tilfeller kan retten ta hensyn til problemstillingen under bevisbedømmelsen.

¹¹³ Rui side 53

I anledning problemstillinger rundt selvinkriminering vil avhør av vitner ofte kunne avhjelpe den situasjonen som oppstår. Resultatet av Rt 1999 s 1269 ville muligens blitt annerledes dersom politiet i stedet for å forlede siktede hadde forledet en av hans kolleger. Vernet mot selvinkriminering ville i det tilfellet ikke blitt berørt for siktedes del. Situasjonen i anledning forvaltningens innhentede forklaringer i en straffesak etter Saunders vil muligens også få en slik betydning, siden skillet mellom vitner og siktede vil være mer sentralt enn tidligere¹¹⁴.

4.3.1 Særlig om opplesning av vitneforklaringer

Det må som utgangspunkt gjelde at dersom det besluttes å avskjære opplesning av en forklaring heller ikke kan føres bevis om innholdet i den. Som Høyesterett uttaler i Rt 1991 s 1096: *”Hvis en avgjørelse om å avskjære opplesning av en vitneforklaring skal ha noen realitet, må et alminnelig utgangspunkt være at avskjæringen også omfatter vitneførsel om innholdet i forklaringen fra dem som har opptatt den.”* I utgangspunktet har vitner plikt til å møte dersom de er innkalt etter straffeprosessloven § 108. Adgangen til ikke å møte etter straffeprosessloven § 126 er ikke lenger relevant etter avgjørelsen i Rt 2004 s 1719 avsnitt 21: *”Det at et vitne møter frem, har større betydning i dag enn tidligere for opplesningsadgangen og dermed for sakens opplysning. Etter någjeldende regler på dette området, er grunnlaget for å ha regler som i § 126 annet og tredje ledd, bortfalt. Når bestemmelsene heller ikke har vært tatt i bruk i praksis, må de i dag kunne anses som « foreldet » - og ikke lenger gjeldende rett.”*

Det vil være aktuelt å se på forskjellige typesituasjoner som kan få virkning i forhold til en avskjæringsvurdering. Opplesning av vitners forklaringer reguleres av straffeprosessloven §§ 296 og 297. Reglene som tillater opplesning er begrunnet i hensynet til den materielle sannhet. Momentene i opplesningsadgangen for vitner som møter skiller seg ikke stort fra opplesningsadgangen i forbindelse med siktedes tidligere forklaringer, men reglene i straffeprosessloven §§ 296 og 297 er *”blitt fortolket på bakgrunn av EMK og gitt et innhold*

¹¹⁴ Eriksen side 102

*som er modifisert i forhold til det en kan lese ut fra ordlyden.”*¹¹⁵ Det må videre innfortolkes et vilkår om forsvarlighet og forholdsmessighet i straffeprosessloven § 296(2) første punktum¹¹⁶. Straffeprosessloven § 297 åpner for opplesing etter en forholdsmessighetsvurdering der vitnet ikke møter.

Adgangen til opplesing av vitners tidligere avgitte forklaringer må tolkes innskrenkende av hensyn til tiltaltes mulighet til å forsvare seg. Prinsippet om kontradiksjon er et straffeprosessuelt grunnprinsipp og følger også av EMK artikkel 6 nr 3 d. I tillegg må den strafferettslige forfølgningen som nevnt etter en totalbedømmelse anses forsvarlig og rettferdig etter EMK artikkel 6 nr 1. Kontradiksjonshensynet gjelder både der vitnet ikke møter og der vitnet ikke svarer på spørsmål. Det kreves ikke at vitnet faktisk svarer på de spørsmål tiltalte og dennes forsvarer stiller, kontradiksjonen anses oppfylt der tiltalte har hatt anledning til dette jf Rt 2003 s 1808 avsnitt 18 og 21. Dersom den strafferettslige forfølgning fremstår som forsvarlig og rettferdig etter EMK artikkel 6 nr 1, kan forklaringen leses opp ”*selv om vitnet påberoper en gyldig grunn for å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare*”¹¹⁷. Vitnet må i så fall være til stede i retten når forklaringen leses opp. Prinsippet om kontradiksjon står etter EMD svært sterkt i forhold til sentrale eller hovedsakelige bevis jf Rt 2004 s 1425 avsnitt 10.

Dersom vitneforklaringen som ønskes opplest er av sentral betydning for skyldspørsmålet kan dette få stor betydning for avskjæringsvurderingen. I Rt 2004 s 897 uttaler Høyesterett i avsnitt 17 ”*Som påpekt følger det av Høyesteretts praksis at opplesning av en politiforklaring i en situasjon som den foreliggende, må nektes dersom det er en reell mulighet for at forklaringen vil kunne få utslagsgivende betydning ved den samlede bevisbedømmelsen*”. Momentet er basert på det strengere hensynet til kontradiksjon som følger av EMK. I saken hadde en vitneforklaring blitt opplest uten at vitnet var til stede under hovedforhandling, og dette ble ansett å være en saksbehandlingsfeil som medførte

¹¹⁵ Rt 2004 s 1719 avsnitt 21

¹¹⁶ Rt 1994 s 1324 side 1327

¹¹⁷ Rt 2003 s 1808 avsnitt 18

opphevelse. Høyesterett uttaler videre ”*Jeg legger til at når påtalemyndigheten vil gjøre gjeldende at opplesning av en politiforklaring fra et vitne som ikke har møtt, er unødvendig for avgjørelsen, bør det vurderes om det er hensiktsmessig å begjære forklaringen opplest.*”

Opplesningsadgangen åpnes altså normalt bare for de forklaringer som er i et mellomsjikt. De kan ikke være for sentrale, men må allikevel ha en viss bevisverdi i skyldspørsmålet. Vitnet må som utgangspunkt møte for at forklaringen skal kunne leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller medfører uforholdsmessig ulempe eller utgift etter straffeprosessloven § 297. Hensynet til kontradiksjon spiller stor rolle der vitnet ikke er til stede ved opplesningen av en forklaring. I Rt. 2004 side 1789 ble det ikke ansett som en saksbehandlingsfeil der forklaringer ble lest opp fra vitner som hadde møtt, men senere blitt dimittert. Grunnen til dette var at det ikke dreide seg om avgjørende bevis. Det ville likevel vært *anbefalelseverdige* at vitnene hadde vært til stede selv om det ikke dreide seg om avgjørende bevis, men dette var ikke avgjørende. Høyesterett la til grunn at spørsmålet om opplesning av forklaringer fra vitner som har møtt, men som er blitt dimittert før retten har tatt stilling til opplesningsspørsmålet, reguleres av straffeprosessloven § 296 og ikke § 297.

Press mot vitner fra tiltalte kan heller ikke begrense adgangen der dette kan bevises¹¹⁸. I en sak om trusler, Rt 1994 s 469, hadde tiltalte anket over at fornærmedes forklaringer var tillatt lest opp. Her hadde byretten i tillegg ansett forklaringene som de helt sentrale bevis. Høyesterett viser til byrettens dom som uttaler ”*Retten anser det videre som sterkt overveiende sannsynlig at vitnene – som alle bor under samme tak som tiltalte – er blitt presset av tiltalte til å avstå fra å gi forklaring i retten.*” Av denne grunn ble det heller ikke ansett å stride mot EMK artikkel 6 nr 1 å lese opp forklaringene fordi tiltalte selv hadde satt seg i situasjonen.

¹¹⁸ Se også om medtiltalte: Kjelby side 558

Motsatt var utfallet i Rt 2004 s 1425 der påtalemyndigheten hadde anket frifinnende dom som var avsagt mye på bakgrunn av at fornærmedes forklaringer ikke var tillatt lest opp. Det var enighet om at forklaringene ville være et hovedsakelig bevis. Hun hadde via bistandsadvokat nektet opplesing av disse, og heller ikke begjært de tiltalte straffet i anmeldelsen. Grunnen til nektelsen oppgav hun å være frykt for represalier. Denne frykten mente retten at ikke kunne være avgjørende for opplesningsadgangen i strid med hensynet til kontradiksjon når det ikke var sannsynliggjort at de tiltalte hadde utøvet slikt press mot fornærmede. Fornærmede og de tiltalte hadde ikke hatt kontakt siden hendelsen som var årsak til tiltalen. Anken ble forkastet.

Dersom retten ved kjennelse beslutter at et vitne må forklare seg etter straffeprosessloven § 123 og vitnet fortsatt nekter, vil dette ikke hindre adgang til opplesing av tidligere forklaringer¹¹⁹. Det kan heller ikke kreves¹²⁰ at retten har anvendt muligheten til *fengslig forvaring* etter straffeprosessloven § 137. Dersom det skulle kreves at retten anvendte slik forvaring før eventuell adgang til opplesing ville det trenert saken og av prosessøkonomiske hensyn vært uheldig. Det må derimot kreves at retten legger press på vitnet til å forklare seg.

En spesiell problemstilling dukker opp der en vitneforklaring ønskes ført etter at vedkommende vitne er død. I Rt 2009 s 567 hadde politiet ved infiltrasjon tatt opp på bånd samtaler mellom et vitne og en fordekt politibetjent. Vitnet døde senere. Tiltalte anket over at lydbåndene og betjentens forklaring hadde blitt tillatt ført som bevis. Han anførte at beviset var ulovlig ervervet og derfor måtte avskjæres. Tiltalte henviste særlig til at vitnets rettigheter måtte tilsi avskjæring. Høyesterett påpekte at vitnets behov for beskyttelse ikke var avgjørende når beviset ble søkt ført mot tiltalte. Saken skilte seg derfor fra Rt 1999 s 1269 ved at det ikke var snakk om vern mot selvinkriminering. Av hensyn til måten opptakene var ervervet måtte politibetjenten bare kunne supplere en eventuell avspilling av lydopptaket.

¹¹⁹ Se også Rt 1995 s 289

¹²⁰ Matningsdal 2007 side 107, Matningsdal viser til § 237 (formentlig trykkfeil)

I anledning EMK har EMD tillatt bevis ført fra vitner som ikke har vært mulig å oppspore og Høyesterett henviste til EMDs avgjørelse i Gossa mot Polen. Det må for øvrig nevnes at det i Rt 2003 s 1808 avsnitt 19 vises til Lucà og Craxi avsnitt 86 der EMD viser til at det under visse forutsetninger kan være nødvendig å ty til forklaringer som stammer fra etterforskningen når det ikke er mulig å gjenta dem som følge av objektive forhold som opphavsmannens død, med videre henvisninger til EMDs tidligere praksis. Dette styrker Høyesteretts uttalelse i Rt 2009 s 567 avsnitt 24 om at det samme må gjelde der vitnet er død. Forutsetningen for at vitneforklaringen skal kunne leses opp, i dette tilfellet lydbåndet avspilles, er at vitneforklaringen ikke er det eneste eller det avgjørende bevis i saken. En tilleggsproblemstilling i denne saken var usikkerhet rundt troverdigheten til vitnet som følge av vitnets mentale helse med henvisning til Rt 1995 s 1295¹²¹. Anken ble forkastet, men Høyesterett påpekte at lagmannsretten måtte vurdere på nytt om beviset kunne føres basert på de vilkår som fremkom i kjennelsen.

4.3.2 Særlig om medtiltalte

Etter straffeprosessloven § 13(1) kan flere personers saker som medskyldige i samme handling forenes i en sak. Det oppstår da en problemstilling i forhold til opplesningsadgangen for de forklaringer de tiltalte tidligere har avgitt om hvilket subjekt reglene skal beskytte, og om opplesing må foretas etter straffeprosessloven § 290 eller 296. Her må det tas hensyn til både tiltaltes rett til kontradiksjon og vitnets rett til ikke å svare på spørsmål etter straffeprosessloven § 123. Problemstillingen er også interessant der sakene ikke er forent, siden en medtiltalt vil ha forskjellig rettsstilling avhengig av om vedkommendes egen sak er avgjort eller ikke. Det vises i Rt 1994 s 1324 til at forening av sakene vil være det som best tjener til sakens opplysning. I denne saken blir det vist til at i stedet for opplesing av forklaring burde beviset vært søkt ført på en annen måte. Forening anses også i Rt 2004 s 97 som det beste ”oplegget” av hensyn til den materielle sannhet¹²².

¹²¹ Se 4.6

¹²² Se Kaste og Mathiesen, og Matningsdal side 109

I Rt 2003 s 1808 avsnitt 23 viser Høyesterett til Rt 1994 s 1324 og uttaler ”*Det avgjørende i denne saken var imidlertid at Høyesterett på grunnlag av en konkret vurdering fant at sakene mot tiltalte og de som var siktet i samme sakskompleks, av hensyn til en best mulig opplysning av saken burde ha vært forent til felles behandling. Etter mitt syn må rekkevidden av denne avgjørelse være begrenset. Det kan ikke oppstilles som noen generell regel at politiforklaringer fra personer som er siktet i samme saksforhold, og som nekter å forklare seg, bare kan leses opp såfremt sakene mot dem blir eller har vært forsøkt forent.*” Dette synspunktet opprettholdes i Rt 2004 s 1789 avsnitt 24. Det vil heller ikke være aktuelt å vente til det foreligger rettskraftig dom mot den tiltalte som ikke vil forklare seg. Førstvoterende i Rt 2004 s 97 uttaler i avsnitt 33 ”*Etter mitt syn vil det være uheldig om prosessreglene skulle medføre at utsettelse på slikt grunnlag – som ofte skyldes trusler eller obstruksjon – skulle bli ofte forekommende.*” En slik utsettelse vil også gå på bekostning av rettssikkerheten til de andre tiltalte i samme sak. Opplesing av tidligere forklaringer må derfor kunne skje, men Høyesterett tar ikke stilling til om dette kan skje etter reglene i straffeprosessloven § 290 eller § 296. Det vises til at også når det er aktuelt med opplesing av en forklaring fra en medtiltalt må adgangen, som for vitner, sees i forhold til EMK artikkel 6 nr 1 og 3.

4.4 Om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette

Rt 1999 s 1269 viser på side 1272 til at et argument i interesseavveiningen er om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette. Vitnebevis er behandlet under punkt 4.3.

Om reelle bevismidler som befinner seg hos tredjeperson sikres som bevis ved en krenkelse overfor tredjeperson vil dette i forhold til siktede ha liten betydning i avskjæringsvurderingen. Krenkelsen overfor tredjeperson kan repareres gjennom andre sanksjoner. I forhold til reelle bevismidler hos siktedes nærstående gjelder det samme såfremt det ikke fordres en forklaring som kan nektes etter straffeprosessloven §§ 122 eller 123. Det må antas at fornærmede ved den ulovlige fremgangsmåten i visse tilfeller kan motsette seg at beviset anvendes. En avgjørelse om avskjæring må da bero på en avveining av hensynet til den aktuelle sakens opplysning og den skade tredjepersonen vil påføres ved

anvendelse av beviset¹²³. Som reelle bevismidler ervervet ved ulovlig ransaking hos siktede må det antas at tredjepersonens innsigelser vil ha liten vekt i avskjæringsvurderingen¹²⁴.

4.5 Hvor alvorlig eller viktig saken er

Som nevnt i innledningen til interesseavveiningen er et viktig moment i vurderingen av om et bevis må avskjæres eller ikke hvor alvorlig saken er. I en alvorlig sak skal det normalt mer til for å avskjære bevis. Forholdet i Rt 1999 s 1269 var medvirkning fra en ansatt i fengselet til rømning, som må anses å være et alvorlig forhold. Her ble riktignok dommen fra lagmannsretten opphevet, fordi beviset måtte avskjæres på bakgrunn av at vernet mot selvinkriminering måtte tillegges større vekt enn hensynet til den materielle sannhet.

Rt 1992 s 698 viser på side 706 til at hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende jo grovere forbrytelse som omhandles. Forholdet i gjenopptakelseskjennelsen var grov spionasje, men ulovligheten ved beviservervet var i tillegg overlagt fra politiets side.

En konklusjon som kan trekkes av dette er at hensynet til den materielle sannhet til en viss grad pulveriserer de forhold som gjør beviservervet ulovlig dersom forbrytelsen er av alvorlig karakter. Det samme vil være tilfelle der forholdet ved krenkelsen ikke er spesielt alvorlig, eller som Høyesterett uttaler i Rt 1994 s 1010 på side 1012: ”... iallfall når det ikke foreligger noen grovere krenkelse av ham enn det her er tale om”. Til sammenligning var riktignok ikke forbrytelsen av alvorlig art i denne saken. Det kan derfor synes som om alvorlighetsgraden av tiltalen må vurderes mot graden av krenkelse i den enkelte sak. Hensynet til den materielle sannhet må veie tungt for å få oppklart alvorlig kriminalitet, men dette kan gå på bekostning av tiltaltes rettssikkerhet. Det vil være vel så viktig å hindre uriktige domfellelser jo alvorligere saken er. Selvinkriminering og konstituttiv provokasjon er eksempler på krenkelser som vil veie tungt i tiltaltes retning selv i alvorlige saker, se som eksempel Rt 1999 s 1269. De lege ferenda kan det av rettssikkerhetshensyn være

¹²³ Bratholm 1959 side 120

¹²⁴ Se 4.2.1

nødvendig å heve terskelen for å tillate ulovlig ervervede bevis i de alvorligste sakene¹²⁵. Det kan nok tenkes at politiet vil strekke seg lenger jo alvorligere saken er. Det kan derfor være større behov for å beskytte de interesser som vernes i anledning erverv av bevis og å disiplinere politi og påtalemyndighet jo alvorligere saken er¹²⁶.

4.6 Bevisverdien av beviset

Beisverdi er et upresist uttrykk. I sammenheng med bevisavskjæring kan det utledes to betydninger, beisverdi som i bevisets pålitelighet og beisverdi som i bevisets vekt og hvor sentralt beiset er. I anledning bevisets vekt er dette noe som vanligvis hører inn under rettens bevisbedømmelse, men som nevnt under 4.3.1 kan det ha avgjørende virkning for en eventuell opplesningsadgang hvor sentralt beiset er for saken. På den annen side vil det at et bevis er vesentlig for sakens opplysning også tale for at dette føres av hensyn til den materielle sannhet.

I anledning bevisets pålitelighet reiser dette flere problemstillinger. Rt 2003 side 549 avsnitt 17 nevner, som en grunn for retten til å nekte et bevis fremskaffet på ulovlig eller kritikkverdig måte, om beiset er til å stole på. Det at et bevis er fremskaffet på ulovlig måte kan svekke bevisets verdi. En tilståelse under tvang har liten kvalitetsmessig verdi. Den torturerte kan ha tilstått både for å unngå videre tortur og fordi vedkommende faktisk har noe å tilstå. Det kritikkverdige ved innhenting av beiset kan derfor ha forringet bevisets kvalitet¹²⁷. Problemstillinger rundt bevisets kvalitet vil først og fremst ha betydning i tilfeller som ikke gjelder reelle bevismidler. På den annen side vil reelle bevismidler som er innhentet som følge av kommunikasjonskontroll kunne få usikker beisverdi. Eksempelvis kan politiet ha fulgt opp opplysninger i kontrollen og dermed funnet narkotika. Dersom narkotikaen ikke kan knyttes til noen spesielle personer annet enn gjennom informasjonen, kan dette medføre at narkotikaen har liten beisverdi annet enn i tilknytning til den som røpet dens plassering.

¹²⁵ Aall 1995 side 314

¹²⁶ Torgersen side 176

¹²⁷ Andenæs side 269

Hvorvidt beviset er pålitelig må i alle tilfeller tas hensyn til ved vurderingen av bevisets vekt i bevisbedømmelsen. Det er en nær sammenheng mellom bevisets pålitelighet og dets vekt. Er et bevis ikke tilstrekkelig pålitelig, kan det for øvrig avskjæres fordi det ikke bidrar til opplysning av saken jf straffeprosessloven § 292(2). Det følger for øvrig av straffeprosessloven § 292(2) c at et bevis kan nektes ført om det ”åpenbart ikke har noen beviskraft”. Svekket bevisverdi som selvstendig begrunnelse for avskjæring av bevis er i begrenset grad anerkjent i norsk rett¹²⁸. I de saker EMD har behandlet som gjelder ulovlig ervervet bevis har EMD lagt stor vekt på at bevisverdien ikke må være svekket, særlig der det er snakk om et vesentlig bevis¹²⁹.

Et klassisk eksempel på et bevis med svekket bevisverdi finnes i Rt 1995 s 1295. Problemstillingen var om det var anledning til å lese opp en politiforklaring fra et vitne. Vitnet hadde begått selvmord en uke før hovedforhandlingen, og forklaringen ble avgitt på en tid da vitnet var i psykisk ubalanse. Høyesterett kom til at det ikke var anledning til å lese opp forklaringen. I Rt 2004 s 461 var fornærmedes helsetilstand også tema for hvorvidt beviset, fornærmedes politiforklaring, måtte anses å ha liten troverdighet, men i dette tilfellet hadde problemstillingen dukket opp i forbindelse med innkallingen til rettsmøtene. Dette var etter at politiforklaringene var opptatt og kunne således ikke få betydning for fornærmedes troverdighet ved opplesning av forklaringen.

¹²⁸ Torgersen side 151

¹²⁹ Strandbakken side 204 og Brøbech side 113

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Avslutning

Læren om avskjæring av bevis er dels lovfestet, dels ulovfestet. Felles for vurderingen av avskjæringsspørsmålet er en avveining av kryssende hensyn. Som oftest går Høyesterett rett inn i en drøftelse av interesseavveiningsmomentene der det ikke er klart at det foreligger en fortsatt krenkelse. Hvilken vekt de forskjellige momenter i vurderingene skal tillegges vil være avhengig av den enkelte sak. Det kan derfor ikke settes opp noen universell liste over hvilken betydning de skal tillegges. Metoden er og bør være basert på en vurdering ut fra de momenter som fremkommer i saken. Særlig aktuell vil metoden være der politiet har gått utover sine fullmakter men ikke så langt at det kan kvalifisere til et lovfestet bevisforbud.

Et eksempel der Høyesterett utvider adgangen til å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag er Rt 1999 s 1269. Det at siktede ikke var informert om sine rettigheter hadde ingen avgjørende virkning for avskjæringen. Derimot var det avgjørende for vernet mot selvinkriminering at siktede ble forledet ved etterforskning med provokasjonstilsnitt. Dette fikk dermed også virkning for adgangen til å anvende den ulovfestede etterforskningsmetoden i det beviset som fremkom ikke kunne anvendes.

Høyesterett innskrenker imidlertid adgangen som loven setter for avskjæring av bevis når den tolker lovbestemmelsene om overskuddsinformasjon etter kommunikasjonskontroll. Så lenge integritetskrenkelsen anses lovlig vil all informasjon som fremkommer under føring av bevis for hovedtiltalen kunne anvendes som bevis også for andre tiltalepunkter. Dette gjelder selv om bevisene ikke er holdbare for pådømmelse for hovedtiltalen som var grunnlaget for kommunikasjonskontrollen. Således har Høyesterett tolket reglene utvidende i forhold til hva departementet påpekte i forarbeidene¹³⁰, at den faktiske bruken som bevis styrker krenkelsen.

¹³⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) side 74

Det kan spørres om dette de lege ferenda er en heldig utvikling. EMK artikkel 8.2 kan gjøre inngrepet berettiget, også på bekostning av vernet mot selvinkriminering. Inngrepene er lovfestet, det er ikke snakk om et uregulert område. Det kan derfor være grunn til å avskjære slike bevis på ulovfestet grunnlag der krenkelsen kan anses uberettiget. Særlig basert på faren for oppsubsumering, vil disiplineringshensynet måtte få større vekt. Som nevnt i 4.5 vil det være større behov for å disiplinere politi og påtalemyndighet jo alvorligere saken er. De forhold som kan begrunne kommunikasjonskontroll er alvorlige. På den annen side anvendes informasjonen som bevis for mindre alvorlige forhold, som aldri ville kunnet begrunne slik integritetskrenkelse.

Dersom en tredjeperson avsløres av kommunikasjonskontrollen blir det et spørsmål om en bevisførsel som anses lovlig for forholdene i hovedtaltalen også kan legges til grunn overfor tredjepersonen. Et eksempel kan være der noen innfører større mengder narkotika og er blitt underlagt lovlig kommunikasjonskontroll. De involverte i forholdet som begrunner kontrollen kan stadig ha samtaler med en tredjeperson som for kommunikasjonskontrollen er uvedkommende, men som likevel begår mindre alvorlig kriminalitet som kommer frem i disse samtaler. Dersom dette kommer frem av bevisføringen i de andres sak, blir spørsmålet om tredjepersonen kan dømmes for sine mindre forhold utelukkende basert på materialet fra kommunikasjonskontrollen. De forhold som tredjepersonen har begått, ville aldri kunnet bli underlagt kommunikasjonskontroll isolert sett. Vedkommende er likevel trukket inn i saken uten å kunne dømmes for forholdet som begrunnet kommunikasjonskontrollen. Resultatet av dette burde bli at beviset avskjæres for tredjepersonens del, og dette må i så fall skje på ulovfestet grunnlag.

En problemstilling, som både drøftes i forarbeidene og kjennelsen i Rt 2007 s 1409, er om politiet kunne tenkes å oppsubsumere forhold for å kunne anvende kommunikasjonskontroll. I forarbeidene¹³¹ vises til faren for vikarierende motiver for å igangsette kommunikasjonskontroll. Det vises begge steder til at kontroll fra overordnede

¹³¹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) side 74

myndigheter bør forhindre eventuell oppsubsumering. Denne kontrollen blir noe ensidig i og med at påtalemyndighetene i så fall skal kontrollere seg selv. Sett fra et annet synspunkt vil retten kunne nekte å etterkomme en begjæring om kommunikasjonskontroll. Siden det er politiet som skal begjære kommunikasjonskontrollen vil allikevel kontrollen med bruken være ensidig, siden retten ikke har mulighet til å motta innsigelser fra den tiltalte. Derfor vil det være behov for å vurdere å avskjære slike bevis på ulovfestet grunnlag i en straffesak.

I tilfellet med opplesing av forklaringer kan det ofte bli et spørsmål om føringen av beviset innebærer en ny krenkelse. Det vil i så fall være krenkelsen som oppstår ved anvendelsen av beviset, ikke ved ervervet av det, som tillegges vekt. De grenser som er trukket i norsk rettspraksis er nå¹³² i samsvar med EMDs tolkning av hensynet til kontradiksjon. Det som er lagt til grunn er at hensynet til kontradiksjon anses oppfylt der tiltalte har hatt mulighet til dette, selv der det ikke er mulig å få svar og det er snakk om et vesentlig bevis, så lenge det ikke er det avgjørende. Retten til kontradiksjon er altså redusert til en formalitet. Det kan derfor også her være behov for å vurdere å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag. En problemstilling kan også være om det kan være aktuelt å avskjære et vitne på ulovfestet grunnlag.

5.2 Konklusjon

Hensynet til den materielle sannhet står sterkt i norsk straffeprosess, og det skal mye til for å avskjære bevis. Høyesterett har vist en strengere praksis enn EMD i anledning å avskjære bevis der ervervet utgjør en krenkelse av personvernensyn¹³³. Norske domstoler synes også å ha en mer restriktiv praksis enn EMD i forhold til argumentet om føringen av beviset innebærer en fortsatt krenkelse¹³⁴.

¹³² Matningsdal side 117

¹³³ Rt 1991 s 616 og Rt 1997 s 795, Khan og Schenck

¹³⁴ Brøbech side 299

Ulovlighetens art og grovhet kan ha betydning for bevisavskjæringsspørsmålet, og særlig der ulovligheten har betydning for innholdet i beviset. Dette kan tale for bevisforbud på ulovfestet grunnlag, men har størst virkning for ikke-reelle bevismidler. Det blir da et spørsmål om hvorvidt samfunnets verdivalg skal få betydning for normene for erverv av bevis. En konklusjon som imidlertid kan trekkes i forhold til reelle bevismidler er at når katten allerede er ute av sekken så avskjæres beviset ikke. Terskelen for bevisavskjæring må anses svært høy¹³⁵. Som regel veier hensynet til den materielle sannhet tyngst. Resultatet av dette kan sees som en uthuling av de prosessuelle begrensninger for beviserverv. Dersom rettssystemet skal opprettholde sitt utgangspunkt med strengt beviskrav for skyld, kan ikke dette gå på bekostning av de regler som er satt til beskyttelse av de vernede interesser.

Det kan derfor være behov for å tillegge disiplineringshensynet mer vekt, ettersom samfunnet, kriminaliteten og etterforskningsmetodene utvikler seg. Metodene for å bekjempe kriminalitet blir stadig utviklet. Et eksempel er datalagringsdirektivet som står på trappene. Om større mengder informasjon kan samles inn og lagres "uansett", vil problemstillinger rundt begrensninger i innsyn bli aktuell. Disiplineringshensynet kan være domstolens verktøy for å hindre misbruk, og avskjæring av også lovlig ervervede bevis kan måtte foregå på ulovfestet grunnlag.

¹³⁵ Rt 2006 s 582

6 Litteraturliste

Litteratur

Artikler er hentet fra lovdata med unntak av Kjelby 2002.

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, bind I, 3. utgave, Universitetsforlaget 2000

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud, *Straffeprosessloven kommentarutgave*, bind I og II, 3.utgave, Universitetsforlaget 2001

Bratholm, Anders. *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte* I: Tidsskrift for rettsvitenskap 1959 s 109 - 132

Bratholm, Anders. *Utkast til ny straffeprosesslov* I: Lov og Rett 1970 s 161 - 189

Brøbech, Birgitte *Ulovlig tilveiebragte beviser i straffeprosessen*. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.

Eriksen, Morten. *Usannhet og forklaringsnektelse – lovbrudd eller menneskerett?* I: Lov og Rett 1998 s 94 - 105

Hopsnes, Roald. *Provokasjon som politimetode* I: Jussens venner 2003 s 62 - 130

Hov, Jo *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*, Oslo, Papinian 2007

Jebens, Sverre Erik *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. 1. utg. Oslo, 2004.

Kjelby, Gert Johan, *Opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra en medskyldig*, I: Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard, Fagbokforlaget 2002

Matningsdal, Magnus *Siktedes rett til å eksaminere vitner: opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn*. 1. utg. Bergen, 2007.

Rui, Jon Petter. *Om Retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse I*: Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 122, 1 2009 s 47 - 69

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen*, Fagbokforlaget 2003

Torgersen, Runar *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo, Calax/ Papinian 2009

Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter*, Universitetsforlaget, Bergen 1995

Aall, Jørgen *Høyesterett som prosessrettskaper særlig på området for utilbørlige bevis*, Artikkel i Rettsteori og rettsliv, Festskrift til Carsten Smith, 2002 s 957 - 966

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2007

Lover:

LOV 1902-05-22 nr 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

LOV 1915-08-13 nr 05: Lov om domstolene (domstolloven).

LOV 1969-06-19 nr 66: Lov om merverdiavgift.

LOV 1976-12-17 nr 99: Midlertidig lov om adgang til telefonkontroll ved etterforskning av overtredelser av narkotikalovgivningen. (I kraft 1976-12-17 til 1992-06-01)

LOV 1981-05-22 nr 25: Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).

LOV 1999-05-21 nr 30: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Med konvensjonene i originaltekst og offisiell norsk oversettelse (Hentet fra Lovdata).

LOV 2002-06-28 nr 55: Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)

LOV 2004-03-05 nr 12: Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

LOV 2005-06-17 nr 90: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

LOV-2009-06-19-58 Lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) (Ikrafttredelse 2010-01-01)

LOV 2009-06-19 nr 75: Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (elektronisk kontroll ved kontaktforbud, saksbehandlingsreglene for besøksforbud mv.)

Forskrifter:

FOR 1985-06-28 nr 1679: Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)

Forarbeider:

NUT-1969-3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)

Ot. Prp. 35 (1978-1979). Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)

Ot. Prp. 64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet *Delinnstilling II*.

Utredning fra Metodeutvalget oppnevnt av Justis- og politidepartementet 2. august 1994.

NOU 2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker

Rundskriv:

Rundskriv fra Riksadvokaten, *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode* Ra 00-25 635.0, nr 2/2000 Oslo, 26. april 2000. Hentet fra http://www.regjeringen.no/upload/kilde/jd/prm/2006/0111/ddd/pdfv/289962-rundskriv_ra.pdf (Lest 20. oktober 2009)

Uttalelser:

Uttalelse avgitt i januar 2005 av et utvalg nedsatt av styret i Den norske dommerforening, *Dommerstyring av straffesaker *** God praksis for rask avvikling*. Hentet fra <http://www.juristforbundet.no/Global/Juristforbundet/Dokumenter/Dommerstyring%20av%20straffesaker.pdf> (Lest 31. august 2009)

Rettspraksis:

Rt 1948 s 46	Rt 2000 s 996	Rt 2008 s 610
Rt 1976 s 1219	Rt 2000 s 1029	Rt 2008 s 1659
Rt 1979 s 1021	Rt 2000 s 1223	Rt 2009 s 310
Rt 1984 s 1076	Rt 2000 s 1345	Rt 2009 s 396
Rt 1990 s 1008	Rt 2000 s 1723	Rt 2009 s 567
Rt 1991 s 616	Rt 2003 s 219	
Rt 1991 s 1096	Rt 2003 s 549	LG-1998-260
Rt 1992 s 698	Rt 2003 s 1223	
Rt 1992 s 1088	Rt 2003 s 1808	
Rt 1993 s 473	Rt 2003 s 1814	
Rt 1994 s 469	Rt 2003 s 1818	
Rt 1994 s 610	Rt 2004 s 97	
Rt 1994 s 1010	Rt 2004 s 461	
Rt 1994 s 1139	Rt 2004 s 897	
Rt 1994 s 1324	Rt 2004 s 1425	
Rt 1995 s 376	Rt 2004 s 1561	
Rt 1995 s 1295	Rt 2004 s 1719	
Rt 1995 s 1956	Rt 2004 s 1789	
Rt 1996 s 666	Rt 2005 s 205	
Rt 1996 s 1114	Rt 2005 s 1200	
Rt 1997 s 795	Rt 2006 s 582	
Rt 1997 s 1778	Rt 2006 s 972	
Rt 1998 s 407	Rt 2007 s 24	
Rt 1998 s 1945	Rt 2007 s 932	
Rt 1999 s 554	Rt 2007 s 1409	
Rt 1999 s 1269	Rt 2008 s 504	
Rt 1999 s 1363	Rt 2008 s 605	

Rettspraksis fra EMD

Funke mot Sveits 25.02.1993, appl. no. 10828/84

Gossa mot Polen 09.01.2007, appl. no. 47986/99

Harutyunyan mot Armenia, 28.06.2007, appl. no. 36549/03

Heaney og McGuinness mot Irland 21.12.2000, appl. no. 34720/97

Jalloh mot Tyskland 11.07.2006, appl. no. 54810/00

Khan mot Storbritannia 12.05.2000, appl. no. 35394/97

Kaste og Mathiesen mot Norge 09.11.2006, appl. no. 18885/04 og 21166/04

Saunders mot Storbritannia 17.12.1996, appl. no. 19187/91

Schenk mot Sveits 12.07.1988, appl. no. 10862/84

