

UiO • **Det juridiske fakultet**

Bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag i straffeprosessen

En gjennomgang av Høyesteretts praksis på området

Kandidatnummer: 592

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 16 392



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.1.1	Ulovfestet bevisavskjæring	2
1.1.2	Straffeprosessloven § 294.....	4
1.2	Den videre fremstilling, begrepsavklaring og avgrensninger	5
1.3	Metodebruk	6
1.3.1	Utgangspunkt i tradisjonell juridisk metode.....	6
1.3.2	Betydningen av rettspraksis på ulovfestet rettsområde	6
1.3.3	Reelle hensyns betydning	7
1.3.4	Betydningen av den europeiske menneskerettighetskonvensjon	7
1.4	Grunnprinsipper av betydning for bevisførselen	9
2	BEVISFØRSEL	11
2.1	Utgangspunkt: Fri bevisføring og fri bevisvurdering	11
2.2	Det prosessuelle beviskravet – kravet til bevisets styrke	13
2.3	Unntak/ begrensninger i bevisførselen.....	14
2.3.1	Lovfestet i norsk rett gjennom straffeprosessloven.....	14
2.3.2	Lovfestet i EMK	16
2.3.3	Ulovfestet	18
3	ULOVFESTET BEVISA VSKJÆRING	19
3.1	Generelt.....	19
3.1.1	Hensyn.....	19
3.1.2	Prosessuelt	19
3.2	Ulovlig ervervet bevis.....	20
3.2.1	Generelt	20
3.2.2	Ransaking uten hjemmel	22
3.2.3	Brudd på taushetsplikt	23
3.2.4	Bevissikringsprovokasjon – bevis fremskaffet ved hjelp av utradisjonelle etterforskningsmetoder	25

3.2.5	Overvåkning - personvern	27
3.2.6	Overskuddsinformasjon.....	29
3.3	Utilbørlige bevis.....	30
3.3.1	Generelt	30
3.3.2	Tvisteloven § 22-7	30
3.3.3	Lydopptak.....	30
3.3.4	Bevis som er lovlig innhentet	31
3.4	Bevisforbud til vern av den krenkede interessen	34
3.4.1	Generelt	34
3.4.2	Forklaringer som er avgitt uten at siktede er gjort kjent med rettigheter	34
3.4.3	Forklaringer innhentet i strid med mistenktes/siktedes vern mot selvinkriminering.....	38
3.4.4	Forklaringer som er avgitt uten at vitnet ble gjort kjent med retten etter straffeprosessloven § 122	39
4	AVSKJÆRINGSVURDERINGEN.....	41
4.1	Generelt.....	41
4.2	Gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet	42
4.3	Interesseavveining.....	43
4.3.1	Prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak	44
4.3.2	Bevisverdien	44
4.3.3	Krenkelsens grovhet	45
4.3.4	Forbrytelsens alvor	45
4.3.5	Bevis til skade eller gunst.....	45
5	NOEN AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	46
5.1	Virkningen av feil	46
5.2	Hensynet til det materielle sannhets prinsipp	46
5.3	Den allmenne rettsfølelsen.....	47
5.4	Botemiddel for tiltalte	47
5.5	Sanksjoner overfor politi- og påtalemyndigheten.....	48
5.6	Refleksjoner	49
6	KONKLUSJON.....	51

LITTERATURLISTE..... 53

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Hver dag skjer det en omfattende bevisførsel i landets rettssaler i behandlingen av straffesaker. Bevisførselen skal bidra til å sikre straffeprosessens siktemål om å avdekke sakens sannhet, særlig for å hindre at uskyldige dømmes.¹ Det klare utgangspunktet i norsk rett er at partene kan føre de bevis de ønsker.² Alle bevis som bidrar til å belyse hendelsesforløpet skal som utgangspunkt fremlegges, uavhengig av bevisets kvalitet.³ En fri bevisførsel er lagt til grunn å være det beste utgangspunkt for å ivareta hensynet til sakens opplysning.⁴

Det finnes imidlertid tilfeller hvor partene ikke får anledning til å føre alle ønskelige og tilgjengelige bevis. Høyesterett har slått fast at unntak fra hovedregelen om fri bevisføring må begrunnes.⁵ Omstendigheter som kan gi grunnlag for å oppstille unntak fra hovedregelen om fri bevisførsel, er dersom beviset er innhentet på ulovlig eller utilbørlig måte.⁶ Utgangspunktet i norsk rett er imidlertid at ”eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres”.⁷

Tema for denne masteroppgaven er bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag i straffeprosessen. Gjennom en rekke prinsipielle saker fra Høyesterett skal jeg dels peke på typetilfeller hvor unntak fra hovedregelen om fri bevisførsel ikke kan begrunnes, og dels de tilfeller hvor hensynet til den materielle sannhet må vike for andre og sterkere hensyn.

Videre skal det ses nærmere på avveiningene Høyesterett foretar i forbindelse med spørsmålet. Det skal ses på konsekvensene av bevisavskjæring, både de kortsiktige og langsiktige.

¹ Kjelby(2013) s. 663

² Jfr. Rt. 2005 s. 1353.

³ Strandbakken(2003) s. 181.

⁴ Strandbakken(2003) s. 173.

⁵ Jfr. blant annet Rt. 1990 s. 1008 på s. 1010 og Rt. 1994 s. 610.

⁶ Øyen(2010) s. 423.

⁷ Se Rt. 2006 s. 582.

Før jeg kommer inn på oppgavens tema er det nødvendig med en oversikt over grunnleggende prinsipper og forholdet til de lovfestede bevisforbudene. Også forholdet til rettens ansvar for bevisførselen etter straffeprosessloven § 294 skal belyses.

1.1.1 Ulovfestet bevisavskjæring

Den ubestridte hovedregelen i norsk rett er fri bevisføring og fri bevisvurdering.⁸ Dersom det skal det gjøres unntak fra denne hovedregelen, stilles det krav til et særskilt rettslig grunnlag. Bevisavskjæring skal med andre ord alltid begrunnes. Ansvar for å trekke opp rammene for den ulovfestede bevisavskjæring er overlatt til teori og praksis, etter en konkret oppfordring fra lovgiver gjennom forarbeidene til straffeprosessloven.⁹

Høyesterett har særlig gjennom de siste 15 årene trukket opp rammene for den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen. Denne masteroppgaven vil i all hovedsak basere seg på en redegjørelse og vurdering av denne rettspraksisen, samt forsøke å identifisere klare typetilfeller.

Rettens hovedoppgave i straffesaker er å avsi materielt riktige avgjørelser, blant annet for å sikre at det kun er de skyldige som blir dømt. Retten er avhengig av alle tenkelige bevis for å kunne avsi materielt riktige avgjørelser, men det er sjelden at bevis kan avdekke den absolutte sannhet. Retten kan aldri være 100 % sikker på et gitt handlingsforløp fordi domstolene først kommer inn i straffesaken i god tid etter at handlingen er fullbyrdet. Retten skal imidlertid være opp mot 100 % sikker før den avsier en fellende dom. Beviskravet har blitt uttrykt som at tiltaltes skyld må være bevist utover enhver rimelig tvil.¹⁰

I visse unntakstilfeller åpner retten for at det skal skje en bevisavskjæring på bakgrunn av at bevisene har blitt ervervet på en måte som retten ikke anerkjenner, eller det kan være visse betenkeligheter ved å føre beviset. Som Høyesterett uttalte i Rt. 1990 s. 1008: ” Selv om et bevistilbud ikke er avskåret ved direkte lovbestemmelse, kan det være tilfelle der påtalemyndigheten likevel ikke kan tillates å føre beviset. Spørsmålet kan oppstå i forbindelse med bevis fremskaffet på ulovlig måte”. Det er imidlertid ikke bare de ulovlige ervervede bevis som kan

⁸ Jfr. Rt. 1990 s. 1008 på s. 1010, Rt. 1994 s. 610 på s. 614, og Rt. 2005 s. 1353.

⁹ Innst.(1969) s. 197.

¹⁰ Andenæs(2009) s. 160-161, Strandbakken(2003) særlig s. 381-442, Kolflaath(2011) s. 137.

tenkes å bli avskåret. Rettspraksis har vist til at også de lovlige, men utilbørlig ervervede bevis kan nektes ført.

Bevisavskjæring skjer for å innfri tungtveiende beskyttelsesverdige interesser. En innfrielse av disse går på bekostning av hensynet til sakens opplysning. Slike beskyttelsesverdige interesser vil ofte være grunnleggende straffeprosessuelle prinsipper til fordel for tiltalte, som for eksempel forbudet mot tvungen selvinkriminering og kontradiksjonsprinsippet.

Bevisavskjæring kan i ytterste konsekvens føre til at skyldige blir frikjent. En slik konsekvens vil imidlertid være en liten pris å betale i det lange løp for en rettsstat som bygger på grunnleggende menneskerettigheter for borgerne. En bevisavskjæring som kan føre til en frifinnelse av en skyldig person, vil ved første øyekast fremstå som en svakhet ved vår prosessordning. Et slikt resultat kan imidlertid begrunnes i prinsippet om at ”det er bedre at ti skyldige går fri enn at én uskyldig dømmes”.¹¹

I Rt. 2003 s. 549 var spørsmålet om det var adgang til bevisførsel om to polititjenestemenns samtale med siktede, uten at han var gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter. Førstvoterende viste til eldre praksis og konstaterte i hvilke tilfeller det var adgang til bevisavskjæring.¹² Det ble uttalt at ”dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite å stole på eller hvor føring av beviset krenker beskyttelsesverdige interesser eller representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet.”

Når det gjelder bevis som er lite til å stole på, eller bevis det hefter usikkerhet rundt, er det klare utgangspunktet i norsk rett at det ikke er grunnlag for å nekte slike bevis. ”Hvilken beviskraft et usikkert bevis skal tillegges i den konkrete sak, vil det høre under den dømmende rett å ta stilling til ved den frie bevisbedømmelse”.¹³

Det kan imidlertid tenkes unntak for de helt særegne tilfeller, hvor slike bevis må nektes. Et eksempel kan være hvor mistenkte blir lurt til å forklare seg under lovnader om redusert straff

¹¹ Se Andenæs(2009) s. 160, Kolflaath(2011) s. 137.

¹² Jfr. særlig Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1999 s. 1269.

¹³ Rt. 1996 s. 1114 på s. 1119.

som det ikke vil være adgang til i medhold av straffeprosessloven § 92 annet ledd. Slike eksempler skal det kommes tilbake til under 3.4.2.1.

1.1.2 Straffeprosessloven § 294

I forbindelse med spørsmålet om bevisavskjæring, må også rettens plikt etter straffeprosessloven § 294 trekkes inn. Retten skal på embetes vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst.

Hensynet til den materielle sannhet tilsier at alle bevis skal føres. Andre motstridende interesser kan imidlertid tilsi at dette standpunktet må modifiseres noe.¹⁴ Bevisavskjæring er motstykket til § 294, og dersom retten nekter beviset ført kan dette gå på bekostning av sakens opplysning. Uavhengig av dette har vi en rekke eksempler på at bevis blir avskåret fordi retten til tross for nektelse av beviset anser saken godt nok opplyst til å kunne fatte en materielt riktig avgjørelse.

Retten plikt til sakens opplysning avhenger av om partene begjærer ytterligere bevisførsel.¹⁵ Dersom aktor fører bevis både for tiltaltes gunst og ugunst, samtidig som tiltalte blir representert av en advokat som på en tilfredsstillende måte ivaretar hans rettigheter, vil rettens selvstendige plikt sjelden bli utløst. Rettens plikt avgrenses i de tilfeller hvor partene kan bebreides for ikke å ha fremsatt begjæringen tidligere.¹⁶ En slik avgrensning begrunnes i prosessøkonomiske hensyn.

Det vil være en høyere terskel for at plikten skal inntre når den ytterligere bevisførselen begjæres av påtalemyndigheten og hvor den vil være til tiltaltes ugunst, i motsetning til tilfellene hvor det er tiltalte som begjærer ytterligere bevisførsel.¹⁷ I avgjørelsen inntatt i Rt. 2008 s. 605 hadde lagmannsretten nektet en rekonstruksjon tiltalte ønsket i en sak om grov mishandling av ektefelle. Høyesterett uttaler at det skal ”særlig...mye til for å avskjære motbevis tiltalte ønsker å føre, selv om det synes å være liten mulighet for at det skal kunne føre frem, forutsatt at det tilbudte bevis må anses som relevant”.¹⁸

¹⁴ Strandbakken(2003) s. 200.

¹⁵ Rt. 2008 s. 605.

¹⁶ Rt. 2008 s. 605.

¹⁷ Øyen(2013) s. 203.

¹⁸ Se dommens punkt 13.

1.2 Den videre fremstilling, begrepsavklaring og avgrensninger

Innholdet i den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen presenteres på bakgrunn av utvalgte saker som har reist prinsipielle spørsmål for Høyesterett. Det vil utelukkende bli bruk av Høyesteretts praksis, da det er Høyesteretts rolle som rettsskaper som er av interesse da området er ulovfestet.

Det skal tas utgangspunkt i hovedregelen om fri bevisførsel og deretter skal det vises til de særskilte rettslige grunnlagene for bevisavskjæring. På bakgrunn av oppgavens tema vil fokus ligge på den ulovfestede bevisavskjæringen, men også de lovfestede grunnlagene for bevisavskjæring vil kort bli redegjort for i det følgende.

Etter en gjennomgang av relevant og nyere rettspraksis på området, skal det stilles opp konkrete typetilfeller for hvor grensen for bevisavskjæring vil kunne skje, avhengig av om beviset er ulovlig eller lovlig, men utilbørlig ervervet. Bevisavskjæringsspørsmålet vil gjennomgående bli vurdert opp mot hensynet til den materielle sannhet.

Avslutningsvis kommer jeg med noen refleksjoner over bevisavskjæringsspørsmålet i forbindelse med fremtidens kriminalitetsbilde. Gjennomgående i oppgaven, og avslutningsvis vil konsekvensene av bevisavskjæring tas opp.

Med bevisforbud menes regler som forbyr at et bevis kan tas i betraktning ved vurderingen av hvilket faktum som skal legges til grunn for en rettsavgjørelse.¹⁹ Bevisavskjæring brukes synonymt med bevisforbud i det følgende.

For ordens skyld bemerkes det at politi og påtalemyndigheten i det følgende vil kunne bli benyttet om hverandre.

Det vil kun bli en gjennomgang av gjeldende norsk rett, og oppgaven avgrenses derfor mot bevisavskjæringsregler i land med sammenlignbare rettssystemer som Norge. Praksis fra EMD med betydning for rettsområdet vil tas med der det er nødvendig for å belyse temaet.

¹⁹ Torgersen(2006) s. 533.

1.3 Metodebruk²⁰

1.3.1 Utgangspunkt i tradisjonell juridisk metode

Jeg tar utgangspunkt i tradisjonell juridisk metode, men fordi rammene for bevisavskjæring er skapt og utviklet gjennom rettspraksis vil dette være den viktigste rettskildefaktoren. Rettens vurdering av om bevis skal avskjæres vil i all hovedsak bestå av en avveining av motstridende hensyn. På bakgrunn av dette er det rettspraksis og reelle hensyn som er de viktigste rettskildefaktorene på området for den ulovfestede bevisavskjæring.

Når juridisk litteratur blant annet blir brukt i oppgaven er dette for å peke på argumenter i forbindelse med den vurdering og det resultat Høyesterett har kommet til.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon kan få betydning som selvstendig grunnlag for bevisavskjæring, og derfor vil noen dommer fra den europeiske menneskerettighetsdomstol²¹ bli redegjort for.

1.3.2 Betydningen av rettspraksis på ulovfestet rettsområde

Rettspraksis er av stor og avgjørende betydning på området for bevisavskjæring. Området er stadig i utvikling, og på grunn av manglende lovregulering vil rettspraksis få en særlig viktig rolle. Noen av dommene som det vil bli redegjort for, må anses som prejudikater. Dette gjelder blant annet Rt. 1999 s. 1269. Dommen gjaldt et tilfelle av ulovlig avlytting og et lydopptak som måtte avskjæres som bevis. Dersom spørsmålet hadde oppstått i dag, i en sak med tilsvarende likt faktum, vil mye tale for at resultatet ville blitt bevisavskjæring også nå. Betraktningsmåten er at dommen ses på som et eksempel til etterfølgelse i fremtidige saker av lignende art.²² Domstolene har som oppgave å likebehandle og være forutberegnelige, noe som også taler for at like tilfeller skal få likt resultat.

I kjennelsen Rt. 1991 s. 616, som omhandlet ulovlig overvåking på arbeidsplassen, er det de konkrete uttalelsene i domsgrunnene som har blitt tillagt vekt i etterkant. Avgjørelsen fra 1991 trekker opp et mønster for hvordan bevisavskjæringsvurderingen skal skje, og som har blitt fulgt i senere praksis.

²⁰ Se Eckhoff((2001) særlig kap. 7, 8, 14.

²¹ Heretter forkortet EMD.

²² Eckhoff(2001) s. 165.

Disse to avgjørelsene illustrerer hvordan og på hvilken måte konkrete avgjørelser kan få betydning også for senere saker.

1.3.3 Reelle hensyns betydning

Reelle hensyn kan defineres som hensynet til en rimelig rettsregel.²³ Slike vurderinger vil ofte spille en stor rolle på områder med få andre rettskildefaktorer, samtidig som de vil kunne ha stor betydning for forståelsen av den enkelte rettskildefaktor. Reelle hensyn kan brukes som argument i rettanvendelsesprosessen, og hvorvidt slike hensyn skal slå gjennom overfor motargumentene beror på hvor sterkt man tar avstand fra det resultatet som motargumentene vil resultere i.²⁴ Når rettskildefaktorer som lovtekst og rettspraksis peker i hver sin retning, blir ofte reelle hensyn den utslagsgivende rettskildefaktoren.²⁵

I en rekke av avgjørelsene som vil bli redegjort for i det følgende har reelle hensyn vært en utslagsgivende faktor. Den viktigste grunnen til dette er at området er ulovfestet. Det tas utgangspunkt i den frie bevisførsel, og det undersøkes om unntak kan begrunnes. Avgjørelsen av om bevisavskjæring skal skje, vil derfor bero på en vurdering av om gode grunner taler for et slikt resultat i det konkrete tilfellet.

1.3.4 Betydningen av den europeiske menneskerettighetskonvensjon²⁶

På straffeprosessens område gjelder de begrensninger som blant annet følger av EMK, jfr. strpl. § 4. EMK gjelder som norsk lov og skal ved motstrid gå foran andre bestemmelser.

I utgangspunktet er det de nasjonale domstolers oppgave å ta stilling til hvilke bevis som skal føres og vurdere det enkelte bevis' betydning under bevisbedømmelsen. De nasjonale domstolenes skjønn må imidlertid skje innenfor konvensjonens rammer.²⁷

EMK kommer inn både som en begrensning i adgangen til bevisavskjæring, og som et selvstendig grunnlag for avskjæring.²⁸ I henhold til forarbeidene vil EMK, når det gjelder bruken

²³ Se Eckhoffs(2001) formulering på s. 371: ”Det er vurderinger av resultatets godhet jeg kaller reelle hensyn”.

²⁴ Eckhoff(2001) s. 378.

²⁵ Se Eckhoff(2001) s. 379, og Rt. 1996 s. 1114.

²⁶ Heretter forkortet EMK

²⁷ Møse(2002) s. 344.

av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, kun være av betydning i forbindelse med artikkel 6 nr 1 om rettferdig rettergang.²⁹ Spørsmålet får imidlertid liten selvstendig betydning som begrensning fordi rettsområdet har utviklet seg i nasjonal rettspraksis tilsynelatende nokså uavhengig av EMK. I tillegg har man i norsk prosess lagt seg på en vel så streng linje som EMD. Ved en presentasjon av avskjæringsspørsmålet, vil det imidlertid være behov å supplere norsk praksis med praksis fra EMD. Høyesterett uttalte i Rt. 1991 s. 1096 på side 1099, at ”avskjæringsspørsmålet skal vurderes i lys av det grunnleggende prinsipp om betryggende og rettferdig rettergang”. Spørsmålet vil således i alminnelighet dreie seg om rettergangen, sett under ett, oppfyller konvensjonens krav til ”fair trial”.

Forutsatt av at visse grunnleggende prinsipper og hensyn er ivaretatt, viser EMDs praksis at det skal mye til før retten til vitneførsel anses krenket. Prinsippet om likebehandling, forbudet mot tvungen selvinkriminering og kontradiksjonsprinsippet³⁰ er minstestandarder som konvensjonen skal ivareta.

Prinsippet om likebehandling er respektert dersom tiltalte er likestilt med påtalemyndigheten når det gjelder bevisføringen. Sagt på en annen måte så har nasjonale myndigheter et forholdsvis vidt spillerom i forbindelse med å begrense omfanget av bevisførselen.³¹

Høyesteretts uttalelse i Rt. 2008 s. 605 om at det skal særlig mye til for å avskjære bevis som tiltalte ønsker å føre, kan ses på som et argument for tiltaltes krav til likebehandling, også uavhengig av om beviset i det hele tatt vil kunne få betydning. Resultatet ble at Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom fordi rekonstruksjonen var blitt nektet.³²

Når det gjelder selvinkrimineringsforbudet oppstiller ikke EMK noe uttrykkelig forbud, men det er lagt til grunn i praksis fra EMD at en slik regel innfortolkes i kravet om rettferdig rettergang.³³ Selvinkrimineringsforbudet vil særlig være av betydning i forbindelse med opples-

²⁸ Torgersen(2006) s. 538.

²⁹ NOU(2001) s. 961

³⁰ Se punkt 1.4.

³¹ Øyen(2013) s. 205.

³² Se punkt 1.1.2.

³³ Møse(2002) s. 345

ning av tidligere avgitte vitneforklaringer, før mistenkte ble gjort oppmerksom på mistanken mot ham.

Det kan imidlertid ikke oppstilles et generelt forbud mot selvinkriminering. Prinsippet rammer kun den tvungne selvinkrimineringen.

Fremgangsmåten ved bevisførselen må være ”according to law”, jfr. EMK art 6 nr 2. Bestemmelsen gjelder først og fremst bevisføringsplikten. Med det menes at det er staten ved påtalemyndigheten som skal bevise tiltaltes skyld, og ikke tiltalte selv. Bestemmelsen stiller også krav til hvordan bevisførselen kan gjennomføres. Det er for eksempel ikke anledning til å føre bevis som har blitt ervervet ved mishandling. Slike bevis vil stride mot uskyldspresumsjonen.³⁴

1.4 Grunnprinsipper av betydning for bevisførselen

Prinsippet om fri bevisførsel må ses i sammenheng med blant annet prinsippene om muntlighet, bevisumiddelbarhet og kontradiksjon, som alle bidrar til den materielle sannhet.³⁵

Prinsippenes formål er å sikre en best mulig opplysning av saken, i tillegg til ”å heve kvaliteten på de slutningene man kan trekke ut fra det fremlagte bevismaterialet”.³⁶ Prinsippet om den frie bevisførsel må ses i sammenheng med disse prinsippene som alle bidrar til den materielle sannhet.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet går ut på at alle bevis skal føres direkte for domstolen, og at retten bare kan legge til grunn for dommen det som fremkommer i hovedforhandlingen. Prinsippet kommer ikke direkte til uttrykk gjennom straffeprosessloven, men er underforstått gjennom lovens regulering av hvordan bevisførselen skal gjennomføres. Bevisumiddelbarhetsprinsippet begrunnes i tanken om at retten får et bedre grunnlag for bevisbedømmelsen når bevisene er umiddelbare.³⁷

³⁴ Strandbakken(2003) s. 340.

³⁵ Strandbakken(2003) s. 174.

³⁶ Strandbakken(2003) s. 174.

³⁷ Strandbakken(2003) s. 174, blant annet strpl. §§ 296 og 297.

Muntlighetsprinsippet bygger på tanken om at hovedforhandlingen skal foregå muntlig, og kommer til uttrykk gjennom strpl. § 278 første ledd første punktum. Bevisumiddelbarhetsprinsippet har en nær, men ikke nødvendig sammenheng med muntlighetsprinsippet.³⁸

Kontradiksjonsprinsippet bygger på tanken om at partene skal kunne imøtegå den annen parts anførsler og bevis.³⁹ Prinsippet kommer ikke til uttrykk gjennom en generell bestemmelse i straffeprosessloven, men det anses for å være et grunnleggende prinsipp i vår prosessordning.⁴⁰ EMK artikkel 6 nummer 3d slår imidlertid fast retten til kontradiksjon. Kontradiksjonsprinsippet bidrar til å sikre rettssikkerheten og en prosessordning som er tillitsvekkende.⁴¹

Bestemmelsene i strpl. §§ 296 og 297 om opplesning av vitneforklaringer må ses i sammenheng med EMK og praksis fra EMD. Hovedtrekkene i opplesningsadgangen er først og fremst om hensynet til kontradiksjon for den tiltalte er ivaretatt. Når vitnet er tilstede kan forklaringen leses opp dersom forsvaret får en ”passende og tilstrekkelig anledning” til å stille spørsmål til vitnet.⁴² Dersom vitnet ikke møter⁴³ under hovedforhandling, beror opplesningsadgangen på om forklaringen er et hovedsakelig bevis.⁴⁴ I tilfeller hvor vitneforklaringen ikke er et hovedsakelig bevis, kan den leses opp uavhengig av om vitnet møter. Utgjør derimot vitneforklaringen et hovedsakelig bevis, beror avgjørelsen på om tiltalte totalt sett har fått en rettfærdig rettergang. Utgjør vitneforklaringen det hovedsakelige bevis, vil imidlertid rettergangen neppe fremstå som rettfærdig dersom tiltalte skal dømmes hovedsakelig på bakgrunn av bevis han ikke har fått muligheten til å imøtegå. Det er derfor helt avgjørende at vitner møter, uavhengig av om de har tenkt å forklare seg eller ikke. Konsekvensen av at de ikke møter kan bli en frifinnelse på grunn av manglende bevis.

³⁸ Strandbakken(2003) s. 176.

³⁹ Andenæs(2009) s. 54 og Møse(2002) s. 342.

⁴⁰ Strandbakken(2003) s. 179.

⁴¹ Andenæs(2009) s. 267.

⁴² Se blant annet EMD sak Luca v. Italy. Tiltalte må gis “an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness”. Se også EMD sak Kaste and Mathisen v. Norway.

⁴³ Se under punkt 3.4.3 hvor det vises til en avgjørelse hvor Høyesterett i realiteten opphevet strpl. § 126(2).

⁴⁴ Se EMD sak Luca v. Italy hvor kravet formuleres som “based solely or to a decisive degree”. Se norsk praksis, eksempelvis Rt. 1999 s. 757 og Rt. 2004 s. 1789.

2 Bevisførsel

2.1 Utgangspunkt: Fri bevisføring og fri bevisvurdering

Utgangspunktet etter norsk straffeprosess er at partene har anledning til å føre de bevis de måtte ønske.⁴⁵ Prinsippet om fri bevisføring følger av sikker rettspraksis, og indirekte gjennom vår prosesslovgivning.⁴⁶ Det er partene som har ansvaret for bevisførselen.⁴⁷

Begrunnelsen bak prinsippet er tanken om at når partene kan føre de bevis de ønsker blir også saken best mulig opplyst før retten skal avsi dom.

Krav til bevisets relevans er imidlertid et grunnleggende vilkår for å kunne føre bevis.⁴⁸ Mangler beviset spesiell eller generell relevans for saken skal det avskjæres, av hensyn til saksavviklingen og prosessøkonomi.⁴⁹

Manglende beviskraft fører derimot ikke til bevisavskjæring, da det er opp til retten å vurdere bevisenes gjennomslagskraft i forbindelse med den frie bevisbedømmelse.

Straffeprosessloven av 1887 hjemlet hovedregelen om fri bevisvurdering i § 349 andre punktum og den lød som følger: ”Afgjørelsen træffes efter fri Overbevisning paa Grundlag af en samvittighedsfuld Prøvelse af de fremførte Bevisligheder”. Bestemmelsen ble imidlertid opphevet ved vedtakelsen av straffeprosessloven i 1981 da den ble ansett for å være overflødig.⁵⁰ Prinsippet om fri bevisvurdering bygger på tanken om at dommeren er bedre rustet til å finne frem til sakens materielle sannhet dersom han får bedømme sakens bevismomenter uavhengig av bindende lovregler om vekt og gjennomslag, men kun basert på sin egen fornuft.⁵¹

Det er rettens oppgave å vurdere bevisene, herunder også vitners troverdighet. Dette ble slått fast i kjennelsen inntatt i Rt. 2003 s. 383. Saken gjaldt tiltale mot en mann for å ha fått en

⁴⁵ Rt. 1990 s. 1008 på s. 1010.

⁴⁶ Jfr blant annet Rt. 1990 s. 1008(s. 1010), Rt. 2000 s. 1345(Høyesterett taler riktignok her om den frie bevisbedømmelse, men sett i sammenheng med argumentasjonen er det her snakk om den frie bevisførsel) og Rt. 2005 s. 1353.

⁴⁷ Med dommeren som overordnet ansvarlig.

⁴⁸ Sml. formuleringen i strpl. § 292 ”uten betydning”.

⁴⁹ Torgersen(2006) s. 537-538.

⁵⁰ Strandbakken(2003) s. 61.

⁵¹ Andenæs(2009) s. 165 og Strandbakken(2003) s. 61.

mindreårig jente til å beføle seg. Mannen ble dømt i tingretten, og i forbindelse med ankeforhandlingen ønsket han oppnevnt sakkyndige til å vurdere troverdigheten av jentas forklaring. Denne begjæringen ble avvist fordi Høyesterett ikke så noen grunn til å fravike utgangspunktet om at det er rettens oppgave til å vurdere vitners troverdighet.

Det kan imidlertid tenkes visse spesielle tilfeller hvor sakkyndige kan bistå i denne vurderingen, men den endelige beslutningen om hvorvidt sakkyndig hjelp skal benyttes er rettens.⁵²

Bevisumiddelbarhetsprinsippet bidrar til at retten skal kunne vurdere vitners troverdighet på en best mulig måte.

Retten har et overordnet ansvar for sakens opplysning. Vurderingen av om bevis skal avskjæres har nær sammenheng med rettens alminnelige plikt til å sørge for sakens opplysning etter § 294.⁵³ Hensynet til den materielle sannhet tilsier at alle bevis skal føres, men dette synspunktet må i noen tilfeller avveies mot andre motstridende interesser.

Dommen inntatt i Rt. 2013 s. 1501 illustrerer betydningen av prinsippet om fri bevisførsel. Et særlig spørsmål som kan dukke opp i forbindelse med bevisførselen er adgangen til å føre bevis om forhold utenfor tiltalen. Bevis for hånden kan i utgangspunktet bare nektes ført dersom det gjelder forhold uten betydning for dommens innhold, forhold som allerede er tilstrekkelig bevis eller åpenbart ikke har noen beviskraft, jfr. strpl. § 292 annet ledd.

Utgangspunktet må derfor være at påtalemyndigheten har anledning til å føre bevis for tidligere domfellelser, jfr. strpl. § 301 annet ledd første punktum.

Aktor i saken ønsket å fremlegge to tidligere narkotikadommer mot tiltalte i en narkotikasak. Høyesterett uttalte i dommen at ”hovedregelen er at forstraffer kan dokumenteres og kriteriet må være om tidligere domfellelser er relevante for avgjørelsen av skyldspørsmålet eller straffespørsmålet i den foreliggende sak. Vekten av slike forstraffer skal imidlertid tas stilling til ved rettens frie bevisbedømmelse. Det ble vist til alle relevante rettskilder på området, men

⁵² Sakkyndighjelp kan være nyttig hvor vitnet ikke er tilstede. For eksempel ved dommeravhør uten videoopptak.

Det samme gjelder hvor vitnet ikke har evne til å forklare seg på en troverdig måte.

⁵³ Rt. 2008 s. 605

det viste seg at en begrunnelse for å avskjære dommene ikke lot seg finne. Resultatet ble at man måtte følge hovedregelen om fri bevisføring, og dommene måtte tillates ført som bevis.⁵⁴

En motforestilling mot bruken av tidligere dommer er at retten kan bli forutinntatt med hensyn til tiltaltes skyld i den konkrete sak noe som vil kunne gå på bekostning av hensynet til uskyldspresumsjonen.⁵⁵ Retten må huske at tidligere dommer ikke vil være bevis under den konkrete vurderingen av skyldspørsmålet.⁵⁶ Slike forstraffer kan på den andre side være viktige hjelpemidler for å kunne danne seg et bilde av gjerningsmannens modus. Spesielt i voldtektssaker kan slik dokumentasjon være viktig.

Så lenge et saksforhold kan være verdifullt for å si noe om tiltaltes handlingsmønster, vil det kunne være av betydning å føre bevis også om henlagte saker og frifinnende dommer.⁵⁷ Jo mer likt modus dommene er, jo viktigere er de for å belyse saken.

2.2 Det prosessuelle beviskravet – kravet til bevisets styrke

”Hovedregelen for kravet til bevis i forbindelse med prosessuelle forhold er at retten må legge til grunn det faktiske forhold som fremstår som mest sannsynlig” etter en samlet vurdering.⁵⁸

I Rt. 1994 s. 1139 hevdet tiltalte at han hadde forklart seg for politiet under løfte om amnesti og motsatte seg at forklaringen hans ble lest opp. Da Høyesterett skulle ta stilling til om polititjenestemannen hadde avgitt et løfte, kom de til at herredsretten hadde lagt til grunn et uriktig beviskrav da de formulerte dette som at tvilen måtte komme tiltalte til gode. Dersom beviskravet ved prosessuelle avgjørelser hadde vært like strengt som ved avgjørelsen av skyldspørsmålet, hadde dette åpnet for bevisavskjæring i altfor mange tilfeller. En slik lav terskel for bevisavskjæring hadde gått på bekostning av hovedregelen om fri bevisførsel og hensynet til sakens opplysning.⁵⁹

⁵⁴ Les mer om sakens konkrete betydning i forbindelse med spørsmålet om fremleggelse av tidligere forhold under punkt 3.4.4.

⁵⁵ Strandbakken(2003) s. 182.

⁵⁶ Bevisførsel om tidligere domfellelser er heller ikke i strid med EMK art. 6 nr. 2.

⁵⁷ Strandbakken(2003) s. 183.

⁵⁸ Rt. 2004 s. 1561, punkt 11.

⁵⁹ Mer om dommen i punkt 3.4.2.1.

2.3 Unntak/ begrensninger i bevisførselen

2.3.1 Lovfestet i norsk rett gjennom straffeprosessloven

De viktigste og praktiske lovfestede bevisavskjæringsreglene er særlig straffeprosessloven §§ 134 og 301 om bevisførsel om vitners og tiltaltesandel, § 119 om vitneforbud i forbindelse med yrker underlagt taushetsplikt, § 122 om fritak fra vitneplikt for nærstående, og bevisavskjæringsreglene i §§ 292 annet ledd og § 305 som slår fast at det bare er de bevis som fremkommer under hovedforhandling som skal tas i betraktning.

Straffeprosessloven § 134 regulerer bevisførsel omkring vitners troverdighet og andel. Regelen er ikke et generelt forbud, fordi det i visse saker vil være relevant å føre bevis for vitnets forhold. Men utgangspunktet er at bevisførsel om vitnets andel og troverdighet bare skal skje i den utstrekning retten finner det nødvendig. Avgjørelsen av om slike bevis skal tillates, tas av retten etter en samlet vurdering hvor behovet for sakens opplysning veies mot skaden slik bevisførsel vil medføre. Bestemmelsen skal beskytte vitner mot pågående og lite hensynsfull eksaminasjon som kan virke villedende på retten, og belastende på vitner og tiltalte.⁶⁰

Bestemmelsen i straffeprosessloven § 301 omhandler bevisførsel for tiltaltes tidligere andel. Det sondres i første og annet ledd mellom bevisførsel om tiltaltes gode og dårlige andel. Forsvaret har anledning til å føre bevis for tiltaltes gode andel, men da har påtalemyndigheten en ubetinget rett til å føre motbevis. Det er opp til retten å vurdere om det kan føres bevis for tiltaltes dårlige andel. Bevisførselen kan ikke gjelde tiltaltes andel i alminnelighet, men hans adferd og handlingsmønster av betydning for det forhold tiltalen gjelder vil nødvendigvis ha betydning.⁶¹ Problemet med slike bevis er at retten kan bli forutinntatt når det gjelder spørsmålet om tiltaltes skyld.

Straffeprosesslovens §§ 118 og 119 er bestemmelser om bevisforbud for opplysninger underlagt taushetsplikt i kraft av yrke. Bestemmelsen i § 118 gjelder forklaringer fra ansatte i stat eller kommune (offentlige tjenestemenn), mens § 119 omfatter forklaringer fra prester, advokater, forsvarere i straffesaker, meklingsmenn i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere,

⁶⁰ Ot.prp.nr. 35 side 150.

⁶¹ Jfr. Rt. 1987 s. 92 på side 95.

jordmødre og sykepleiere om opplysninger betrodd dem i deres stilling. For at retten skal kunne motta forklaringer fra slike yrkesgrupper, som har taushetsplikt, må det foreligge samtykke. I § 118 er det krav til samtykke fra departementet, mens det etter § 119 er krav til samtykke fra den som har krav på hemmelighold.

Begrunnelsen for slike generelle bestemmelser er at motstridende interesser går foran hensynet til sakens opplysning og vitneplikten. I forbindelse med § 119 har lovgiver lagt til grunn at taushetsplikten går foran vitneplikten for å sørge for at enhver skal kunne oppsøke nødvendig legehjelp uten frykt for etterfølgende konsekvenser i en straffesak.

Det finnes imidlertid en rekke andre bestemmelser i lovgivningen som gjør unntak fra taushetsplikten, og slike bestemmelser går foran straffeprosesslovens §§ 118 og 119. Det antas at utgangspunktet må være at taushetsplikten ikke rekker lenger enn formålet til unntaksloven tilsier.⁶²

I §§ 122 og 123 oppstiller loven fritaksrett fra vitneplikt for vitnet når han/hun er tiltaltes nærstående. Bestemmelsen i § 122 gir fritaksrett for hele saken, mens § 123 gjelder enkelte spørsmål. Bestemmelsene er ment å verne vitnet, og skal sørge for at en slipper å havne i en samvittighetskonflikt. § 123 gjelder også fritak fra å besvare spørsmål som kan utsette vitnet selv for straff. Dersom en nærstående er siktet i samme sak, vil han ha to grunnlag for ikke å forklare seg.⁶³

Når det gjelder bestemmelsen i § 292 annet ledd omhandler den tilfeller hvor bevis som er for hånden likevel kan nektes. Bestemmelsen gjelder når tiltalte ikke har tilstått, jfr. formuleringen i første ledd. Bevis kan bare nektes når det gjelder forhold som er uten betydning for dommens innhold, når beviset gjelder forhold som allerede er tilstrekkelig bevist eller bevis som åpenbart ikke har noen beviskraft. Når det gjelder det første alternativet kan en omstendighet være uten betydning for dommens innhold til tross for at det angår saken.⁶⁴ Dermed vil bevisførsel av betydning for saken godtas, som for eksempel bevisførsel om forhold uten for tiltalen.⁶⁵ Annet alternativ må ses i sammenheng med strpl. § 294 om rettens plikt til å sørge

⁶² Andenæs(2009) s. 218, petit.

⁶³ Se punkt 3.4.3.

⁶⁴ Ot.prp.nr. 66 s. 138.

⁶⁵ Se punkt 3.4.4.

for sakens opplysning. Avgjørelsen av om beviset har en åpenbar beviskraft beror på en konkret vurdering og unntaket er meget snevert.⁶⁶

Det siste bevisforbudet i loven som skal tas med her er bestemmelsen om at bare det som fremkommer under hovedforhandling kan tas i betraktning, jfr. strpl. § 305. Bestemmelsen gir uttrykk for det kontradiktoriske prinsipp, slik at det skal være mulig for partene å imøtegå motpartens anførsler.

De lovfestede bevisforbudene griper ikke inn i hovedregelen om den frie bevisbedømmelse fordi de ikke omhandler vekten av det enkelte bevis.⁶⁷ Bevisforbudene skal avskjæres før retten skal ta stilling til bevisbedømmelsen.

Til tross for lovbestemmelser om bevisforbud, er heller ikke disse generelle. De lovfestede bevisforbudene oppstiller kun bevisavskjæringsregler som retten må vurdere konkret i den enkelte sak. Generelle bevisforbud ville gått på tvers av prinsippene om fri bevisføring og fri bevisvurdering.

Det kan stilles spørsmål om hvorfor noen bevisforbud er lovfestet, mens andre ikke er det. En tilnærming kan være at lovforbudene regulerer praktiske tilfeller som vil dukke opp i de aller fleste saker og som er lettere å lovregulere. Typiske eksempler vil være avskjæring av bevis som er fremkommet for sent og bevis som ikke er relevant for tiltalen.

Vanskeligere lar det seg lovfeste de tilfeller hvor tungtveiende personinteresser kommer inn. Vekten av slike prinsipielle hensyn må vurderes opp mot en rekke andre konkrete forhold, og denne vurderingen lar seg naturlig nok vanskelig lovfeste på en hensiktsmessig måte.

2.3.2 Lovfestet i EMK

Som redegjort for innledningsvis vil EMK kun ha betydning når det gjelder spørsmålet om ulovlig eller utilbørlig bevis i forbindelse med standarden ”fair trial” i konvensjonens artikkel 6.⁶⁸ På bakgrunn av dette kan dermed EMK artikkel 6 oppstille et eget særskilt grunnlag for bevisavskjæring for eksempel når bevisførselen ikke gir tiltalte en rettfærdig rettergang. Men

⁶⁶ Jfr. Rt. 2008 s. 605, punkt 13.

⁶⁷ Strandbakken(2003) s. 62.

⁶⁸ NOU(2001) s. 961.

at et bevis er ”innhentet i strid med en konvensjonsbestemmelse, medfører ikke uten videre at det ikke kan tillates ført dersom prosessen sett under ett må anses som ”fair”. Dette gjelder selv om det er tale om det hovedsakelige bevis”.⁶⁹

Spørsmålet om hovedsakelig bevis kommer inn i forbindelse med opplesning av politiforklaringer når vitner ikke møtt til hovedforhandling.

Et eksempel på at EMK kan være et eget rettslig grunnlag for bevisavskjæring er avgjørelsen i Rt. 2009 s. 567 hvor en politimann hadde opptrådt med fordekt identitet og hadde oppnådd tillit hos en person som hadde kunnskap om ranet av Munch-maleriene ”Skrik” og ”Madonna”. Samtalene ble tatt opp på bånd, men før hovedforhandlingen døde vitnet. Spørsmålet var om forklaringene måtte avskjæres som bevis etter begjæring fra tiltalte i saken. Høyesterett vurderte først spørsmålet om forklaringene måtte avskjæres på ulovfestet grunnlag på bakgrunn av at det forelå en krenkelse av vernet mot selvinkriminering. Da opptakene ikke omhandlet personen som var part i samtalen, kunne ikke bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag begrunnes. Høyesterett gikk deretter over til spørsmålet om bevisavskjæring kunne begrunnes i EMK artikkel 6(1) sammenholdt med artikkel 6(3) litra d. Det avgjørende var om domfellelse ”bare, eller i avgjørende grad” baserte seg på den avdødes vitneforklaring og som tiltalte ikke fikk mulighet til å imøtegå. Høyesterett sammenlignet saken med EMD dommen Gossa v. Poland, hvor et vitne ikke lot seg oppspore, men hvor Domstolen likevel åpnet for en opplesning. Begrunnelsen var at påtalemyndigheten ikke kunne klandres for at man ikke fikk tak i vitnet. Likheten er stor mellom dommen fra EMD og tilfellet når et vitne har dødd. I slike tilfeller vil det ikke være mulig å føre vitnet, og dette taler etter min mening for at opplesning bør kunne finne sted i begge tilfeller, under forutsetning av at forklaringen ikke er det eneste bevis i saken.

Høyesterett la her vesentlig vekt på hensynet til den materielle sannhet, men for at tiltaltes rett til en rettfærdig rettergang skulle ivaretas, kunne ikke lydopptaket avspilles dersom det reiste seg spørsmål om vitnets troverdighet. Siden vitnet ikke var tilstede under hovedforhandlingen, hadde ikke tiltalte mulighet til å stille spørsmål til vitnet om lydopptaket, og retten ville derfor ikke ha mulighet til å vurdere vitnets troverdighet ved bevisbedømmelsen.

⁶⁹ Strandbakken(2003) s. 184.

Høyesterett forkastet tiltaltes anke over lagmannsrettens avgjørelse om å ikke ta begjæringen om bevisavskjæring til følge. Lagmannsretten måtte på ny behandle saken og avgjøre betydningen av beviset og vurdere vitnets troverdighet.

Det siktede vitnet ville vært medtiltalt i straffesaken dersom han ikke hadde avgått med døden. Dersom han hadde vært medtiltalt ville lydopptaket mest sannsynlighet blitt avskåret som bevis dersom man sammenligner saken med avgjørelsen i Rt. 1999 s. 1269. Mitt spørsmål er da om det ville vært riktig å tillate dette beviset når eneste forskjell er at han er død. Jeg er usikker på svaret, men jeg heller mot å svare nei på dette spørsmålet. Likevel antar jeg at hensynet til den materielle sannhet ville blitt utslagsgivende fordi bevisførselen ikke ville krenket tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv.

2.3.3 Ulovfestet

Lovgiver har i forbindelse med utarbeidelsene av lovforslaget til gjeldende straffeprosesslov diskutert om reglene for ulovlig ervervede bevis skulle hjemles i lov.⁷⁰ Både i 1969 og i 1978-1979 ble det enighet om at spørsmålet var av forholdsvis begrenset praktisk betydning, og på bakgrunn av dette ble ansvaret overlatt til domstolene. Det ble uttalt at en lovregulering på området ville medføre en uforholdsmessig belastning på lovverket sammenlignet med spørsmålsstillingens praktiske betydning. I nyere rettspraksis har den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen utviklet seg fra bare å omfatte tilfeller av ulovlig beviservervelse, til også å omfatte de utilbørlige bevis. Området for den ulovfestede bevisavskjæringsadgangen er stadig i utvikling.⁷¹

⁷⁰ Innst.(1969) s. 197 og Ot.prp.nr. 35, s. 139.

⁷¹ Se punkt 5.6.

3 Ulovfestet bevisavskjæring

3.1 Generelt

3.1.1 Hensyn

Et argument for bevisavskjæring kan være at det vil virke støtende på allmennheten at rettsvesenet kan domfelle ved å benytte seg av materiale som er skaffet ved brudd på regler.⁷² Til tross for at den tiltalte har begått alvorlige lovbrudd er det viktig at han får ivaretatt sine minimumsrettigheter på en nødvendig måte. I en rettsstat er det viktig at man ikke tar i bruk metoder for å innhente bevis for straffbare handlinger som undergraver de grunnleggende rettigheter samfunnet vårt er tuftet på. Sannheten bør søkes på andre måter.

På den annen side står vi i Norge i dag overfor omfattende og alvorlig kriminalitet som det er helt nødvendig å bekjempe for å kunne ha det samfunnet vi ønsker oss også i fremtiden. I bekjempelsen av slik kriminalitet vil politiet kunne stå ovenfor å måtte velge mellom et mindre eller større onde.

Det er imidlertid slik at beviservervelser som går på bekostning av grunnleggende og tungtveiende rettigheter ikke kan tillates. I den forbindelse kan det stilles spørsmål ved om sannheten bør søkes for enhver pris. Med tanke på at for eksempel grunnleggende personvern hensyn kommer i første rekke, foran hensynet til sakens opplysning, vil svaret være nei.

3.1.2 Prosessuelt

3.1.2.1 Når?

Spørsmålet om avskjæring av bevis kan oppstå under saksforberedelsen, under hovedforhandling eller i forbindelse med en eventuell saksbehandlingsanke.⁷³ Med tanke på hensynet til prosessøkonomi vil det være en fordel dersom partene tar opp spørsmålet før hovedforhandlingen. Hensynet til prosessøkonomi kan få betydning i vurderingen av om beviset skal av-

⁷² Innst. (1969) s. 197.

⁷³ Strpl. §§ 272(2), (3) og 343(1).

skjæres.⁷⁴

Beslutning om å tillate eller eventuelt avskjære bevis skal nevnes i rettsboken.⁷⁵

3.1.2.2 Hvem?

Både retten, påtalemyndigheten og tiltalte vil kunne kreve avskjæring, men som oftest vil det være tiltalte som anfører det. Typiske bevis som tiltalte ønsker å avskjære kan være tidligere avgitte politiforklaringer, overvåkningsbilder, og bevis som kan belyse tiltaltes tidligere handlingsmønster eller oppførsel.

Til tross for rettens plikt for å sørge for sakens fullstendig opplysning etter straffeprosessloven § 294, vil det sjelden være snakk om at retten avskjærer bevis uten en anførsel fra noen av partene.

3.2 Ulovlig ervervet bevis

3.2.1 Generelt

At beviset er ulovlig ervervet vil si at en rettsregel er brutt i forbindelse med ervervsen.

Typiske eksempler er at reglene for ransaking og beslag ikke er fulgt, beviset kan være innhentet som et resultat av taushetspliktsbrudd, eller siktede har blitt tvunget til å inkriminere seg selv.⁷⁶ Til tross for at beviset er ulovlig ervervet, tilsier ikke dette nødvendigvis at fremgangsmåten også er straffbar, fordi også de subjektive straffbarhetsbetingelsene må være oppfylt.⁷⁷

Det er viktig å påpeke at ulovligheten kan være av forskjellig grad, noe som også bør ha en betydning i avskjæringsvurderingen. Forklaringer fremtvunget fra siktede bør i større grad avskjæres fremfor bevis som er ervervet kun ved brudd på formelle regler.⁷⁸

Problemstillingen som skal besvares i det følgende er i hvilke tilfeller er bevis ervervet på ulovlig måte, og hvilke omstendigheter kan gi grunnlag for å fravike utgangspunktet om at beviset skal føres tross feilen.⁷⁹

⁷⁴ Aall(2002) s. 960-961.

⁷⁵ Rt. 2003 s. 549.

⁷⁶ Strandbakken(2003) s. 183.

⁷⁷ Aall(2002) s. 961.

⁷⁸ Aall(2002) s. 961.

”Hovedregelen bør være at beviset skal føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte.”⁸⁰ Det avgjørende for om det skal være adgang til bevisavskjæring er om unntaket kan begrunnes. Kan ikke unntaket begrunnes, er det hovedregelen om fri bevisføring som gjelder.

Ulovligheten medfører altså ikke en automatisk avskjæring, noe som samsvarer godt med det materielle sannhetsprinsipp. Derimot kan det at et bevis er ulovlig ervervet, svekke bevisverdien. Dette skal jeg komme tilbake til senere.

Hovedregelen om at beviset skal kunne føres til tross for ulovligheten kan begrunnes i at ulovligheten veies opp ved andre sanksjoner, enten som et botemiddel overfor tiltalte eller det er straffesanksjoner overfor den som har innhentet beviset ulovlig. Når den ulovlige innhentingen av beviset fører til at en straffbar handling blir avdekket, kan ikke handlingen tenkes borte, og da er det vanskelig å legitimere at handlingen skal være straffri kun på grunn av feil ved bevisinnhentingen. Noen vil nok argumentere med at det er viktigere å sørge for en opprettholdelse av ro og orden i et samfunn, fremfor å ha regler for hvordan bevis for kriminelle handlinger kan innhentes. De aller fleste vil imidlertid mene at det viktigste er at grunnleggende rettigheter blir ivaretatt i forbindelse med beviservervelsen og bevisførselen, og at dette i visse tilfeller må gå foran hensynet til det materielle sannhetsprinsipp.

Et illustrerende eksempel er den såkalte ”Ullersmosaken”.⁸¹ Sakens faktum var at en verksbetjent i Ullersmo fengsel var mistenkt for å ha hjulpet en innsatt med å rømme. Under etterforskningen fikk politiet en innsatt i fengselet til å oppnå kontakt med verksbetjenten. Senere forklarte han seg om rømningen i en samtale med en politimann, samtidig som den ble tatt opp.

Høyesterett kom til at lydopptaket var innhentet i strid med det grunnleggende rettsstatsprinsippet om å kunne forholde seg taus. Selv om tiltalen gjaldt en alvorlig kriminell handling, kunne ikke det veie opp for krenkelsen lydopptaket innebar.⁸²

⁷⁹ Etter inspirasjon fra Øyen(2010) s. 424.

⁸⁰ Innst. (1969) s 197 og Rt. 2006 s. 582, punkt 22.

⁸¹ Rt. 1999 s. 1269

⁸² Les mer om saken under 3.2.4.

Dersom beviset har blitt tillatt ført, og partene protesterer, vil det i en eventuell ankebehandling bli spørsmål om ulovligheten på tre nivåer; i forbindelse med innhenting, i forbindelse med føringen og dets innvirkning på resultatet, jfr. strpl. § 343. Både i forbindelse med innhenting og føringen, skal det vises at bevisene kan føres til tross for feilen. Har imidlertid feilen innvirket på resultatet kan dette føre til en opphevelse av hovedforhandlingen. En opphevelse av hovedforhandling ble resultatet i den nevnte ”Ullersmosaken”.⁸³ Den tiltalte verksbetjenten ble domfelt både i herredsretten og lagmannsretten. Saken ble berammet på nytt, men endelig dom i saken kom aldri.⁸⁴

3.2.2 Ransaking uten hjemmel

Staffeprosessloven regulerer i §§ 192 og 195 lovlige tilfeller av ransaking. Dersom politiet foretar ransaking uten å ha rettslig grunnlag til det, vil bevis som erverves i den forbindelse være ulovlige. Ulovligheten knytter seg imidlertid bare til det formelle, og ikke til det materielle.

I straffeutmålingsanken inntatt i Rt. 2006 s. 582 slo Høyesterett fast at det var foretatt ransaking i strid med straffeprosessens ransakingsbestemmelser og derfor at det forelå det en ulovlig ransaking. Faktum i saken var at politiet hadde stoppet et kjøretøy på bakgrunn av at den var merket med en firmalogo som hadde tilknytning til et ransmiljø. Under ransakingen fant politiet ulovlig våpen og ammunisjon. Ransakingen var ulovlig fordi det ikke forelå ”skjellig grunn” til mistanke for at personen hadde begått en kriminell handling som kunne medføre frihetsstraff.⁸⁵

Høyesterett viste til at det ikke vil være en fortsatt krenkelse ved at politibetjentene forklarer seg om resultatet av ransakingen. Begrunnelsen var at dersom politiet hadde hatt positiv kunnskap om de faktiske forholdene ville de hatt materiell hjemmel for ransaking og eksempelet skiller seg ut fra tilfeller hvor politiet uansett ikke ville fått tilgang til beviset på lovlig måte.

⁸³ Rt. 1999 s. 1269

⁸⁴ Fagdommeren, tiltalte og sjåføren av bussen døde i en trafikkulykke i forbindelse med åstedsbefaring. Se Strandbakken(2003) s. 196.

⁸⁵ Jfr. strpl. §§ 192(1) og 195(1).

Høyesteretts begrunnelse og klare konklusjon taler for at løsningen ville blitt den samme i en tilsvarende sak også i dag. Det er imidlertid viktig å påpeke at det ikke alltid kan legges til grunn at bevis som fremskaffes ved ulovlig ransaking vil bli tillatt. Når politiet verken har hjemmel, og ransakingen uansett ville vært på grensen til det uforholdsmessige når man tar saken og de øvrige forholdene i betraktning, kan det nok tenkes tilfeller hvor resultatet ville ha blitt avskjæring.⁸⁶

Likevel mener jeg at resultatet i en tilsvarende sak som i Rt. 2006 s. 582 fortsatt ville blitt det samme. Tiltalte vil ikke ha samme beskyttelsesbehov her som i tilfeller hvor det vil være krenkelse av personvernshensyn, ved for eksempel ulovlig ransaking og beslag av pasientjournaler. Politiet bør imidlertid oppfordres til å følge de formelle vilkårene for ransaking. Lovgivers ønske om at ulovlig ervervede bevis som hovedregel skal føres, til tross for ulovligheten, må imidlertid få utslagsgivende betydning.

I Rt. 2006 s. 582 konkluderte Høyesterett med at det ikke lot seg gjøre å begrunne bevisavskjæring, verken ut fra betraktningmåten om fortatt krenkelse eller etter en interesseavveining. Rimelighetsbetraktninger begrunner resultatet ut fra tanken om at ulovligheten kun gjelder det formelle, og at politiet ville fått formell hjemmel til ransaking dersom de faktiske forholdene var kjent. Å begrunne et unntak fra hovedregelen om bevisføring i slike tilfeller lar seg rett og slett ikke gjøre fordi den mistenkte er i ulovlig besittelse av en gjenstand som han uansett ikke oppbevarte på lovlig måte.⁸⁷ I tillegg var tiltalte en del av et ransmiljø.

3.2.3 Brudd på taushetsplikt

I utgangspunktet vil brudd på lovbestemt taushetsplikt være et så alvorlig inngrep i en verneverdig interesse at slike bevis må avskjæres. Et typisk eksempel vil være hvor politiet har foretatt en ulovlig ransaking av pasientjournaler. Bevis knyttet til ervervlsen av disse skal avskjæres i en straffesak, jfr. straffeprosessloven § 204. Begrunnelsen for å avskjære pasientjournaler som bevis i en straffesak, er at de utgjør en fortsatt krenkelse av det opprinnelige rettsbruddet.⁸⁸

⁸⁶ Andenæs(2009) s. 243, petit.

⁸⁷ Uavhengig av om han hadde hatt bæretilatelse for pistolen ble den heller ikke oppbevart på korrekt måte da pistolen hadde en patron i kammeret og magasinet var fullt, jfr. våpenforskriften § 84 første ledd

⁸⁸ Andenæs(2009) s. 241-242.

Men hva med de tilfellene hvor det ikke er snakk om pasientjournaler, men hvor bruddet på taushetsplikten har ført til at politiet har fått kunnskap om en straffbar handling som de ellers ikke ville fått kunnskap om. Skal slike brudd føre til at alle etterfølgende bevis skal avskjæres fordi de har sin opprinnelse i bruddet på taushetsplikten?

I saken inntatt i Rt. 1997 s. 1778 kom spørsmålet opp for Høyesterett. En mann var tiltalt for voldtekt overfor samboer, og saken ble kjent for politiet på grunn av brudd på taushetsplikt fra en sykehusansatt. Høyesterett slo fast at det i slike tilfeller ikke vil være noen dominoeffekt til de andre bevis. Det vil ikke være en naturlig konsekvens at alle sakens bevis skal anses for ulovlig ervervet, slik at de skal avskjæres sammen med hovedbeviset. Høyesterett utelukket imidlertid ikke at slike bevis måtte avskjæres på annet særlig grunnlag, for eksempel hvor beviset vil være utilbørlig eller det på grunn av sakens alvorlighet ikke kan godtas.

I den konkrete saken la Høyesterett mest vekt på behovet for å straffe gjerningsmannen fordi det var en alvorlig sak, og at avskjæring av bevis ville føre til at en alvorlig straffbar handling ble straffri. Dette samfunnsbehovet måtte gå foran hensynet til tiltalte og den krenkelsen han ble påført ved bevisførselen.

Slik Høyesterett begrunnet resultatet er det mye som tilsier at bevisførselen kunne blitt nektet i en mindre alvorlig sak. Vern av taushetsplikten er helt avgjørende for å oppnå tillit mellom pasient og lege, og taushetsplikten bør derfor være absolutt. På den annen side vil man kunne straffe brudd på taushetsplikten overfor den enkelte, og på denne måten unngå at alvorlige straffbare handlinger blir straffrie. I denne saken var bruddet på taushetsplikten det som førte til at politiet fikk kunnskap om det straffbare forholdet, og det ville vært lite heldig å avskjære beviset bare på bakgrunn av bruddet på taushetsplikten uten å se på om mothensyn veide tyngre.

Skal dommen sees på som en oppfordring til helsepersonell om å bryte taushetsplikten sin når det er fare for pasientens liv og helse? I straffeloven § 139 er det en straffesanksjonert plikt til å avverge en straffbar handling eller følgene av den. Anmeldelsesplikten i bestemmelsen gjelder uavhengig av taushetsplikt, og omfatter blant annet mistanke om voldtekt. Helsepersonell må derfor i slike situasjoner som i dommen referert til over, stille seg spørsmålet om de ved å varsle politiet vil kunne avverge en ny straffbar handling.

En slik anmeldelsesplikt er nødvendig, men dette kan i ytterste konsekvens føre til en usikkerhet hos pasientene. Frykter pasienten at helsepersonell vil tipse politiet om forholdet, kan dette føre til at det nødvendige tillitsforholdet mellom helsepersonell og pasient vil bli underbygget. Plikten til å varsle må imidlertid omfattes av jobben som helsepersonell og ansvaret for å redde liv.

3.2.4 Beviseringsprovokasjon – bevis fremskaffet ved hjelp av utradisjonelle etterforskningsmetoder

I forbindelse med bekjempelse av alvorlig kriminalitet har det vist seg at de tradisjonelle etterforskningsmetodene, som for eksempel ransaking og beslag, ikke er tilstrekkelige. Politiet har i den forbindelse derfor blitt nødt til å ta i bruk utradisjonelle etterforskningsmetoder.

De utradisjonelle etterforskningsmetodene kan typisk være bruk av spaning, infiltrasjon, informanter og provokasjon. Beviseringsprovokasjon fra politiets side kan være aktiv og passiv.

Etter en gjennomgang av Høyesteretts praksis ser det ut til at det skilles mellom den passive og aktive beviseringsprovokasjon i forbindelse med terskelen for hva som er tillatt.

Dersom politiet har opptrådt i overkant aktivt og bevisene som blir innhentet i tillegg går på bekostning av tiltaltes rettigheter, vil resultatet ofte bli avskjæring. Et typisk eksempel vil være bevisering som krenker forbudet mot tvungen selvinkriminering.⁸⁹ Det lar seg vanskelig gjøre å begrunne en bevisførsel som bryter med et slikt grunnleggende straffeprosessuelt prinsipp.

Det er imidlertid uhensiktsmessig å stille opp en absolutt regel fordi beviseringsprovokasjon er av så forskjellige karakter. Men med dette skille som et utgangspunkt vil en nærmere gjennomgang av rettspraksis kunne illustrere forskjellene.

Forskjellen mellom den aktive og passive beviseringsprovokasjonen illustreres godt gjennom to dommer. Den første dommen som skal behandles er et eksempel på aktiv bevisprovokasjon og ble derfor ikke tillatt. I den andre dommen var imidlertid provokasjonen mer passiv, og bevisførselen ble dermed tillatt.

⁸⁹ Se Rt. 1999 s. 1269.

I den tidligere nevnte ”Ullersmosaken”⁹⁰ uttalte førstvoterende at provokasjonshandlinger for å fremprovosere bevis for straffbare forhold som allerede er begått er av så forskjellig karakter ”at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt”.⁹¹ Det har blitt akseptert i rettspraksis og teori at bevissikringsprovokasjon er en utradisjonell etterforskningsmetode som kan være lovlig i visse konkrete tilfeller. Bevissikringsprovokasjon ligger imidlertid i skjæringspunktet for hva som skal anses for lovlig og ulovlig innhenting av bevis.

I denne saken gjaldt bevissikringsprovokasjonen skjult innhenting av forklaring fra en mistenkt. Mistenktes rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen straffellelse var krenket, og resultatet ble en opphevelse av dommen fordi bruken av forklaringen hadde hatt innvirkning på resultatet. Resultatet hadde nok blitt et annet dersom den mistenkte uoppfordret hadde kommet med informasjonen. Begrunnelsen for at opptaket ble avskåret som bevis var at polititjenestemannen hadde vært særdeles aktiv i spørsmålsstillingen sin. Det forelå ikke et tvangselement i forbindelse med samtalen, men tiltalte ble lurt om når det gjaldt hvem han innrømmet forholdet ovenfor.

Høyesterett åpner imidlertid for at også brudd på selvinkrimineringsforbudet kan godtas dersom etterforskningsmetodene også har andre formål som legitimerer bruken.⁹²

I Rt. 2000 s. 1345 hadde politiet, i forbindelse med en narkotikasak med mistanke om omsetning, foretatt et lovlig beslag av en mobiltelefon. På den beslaglagte telefonen mottok politiet to samtaler med siktemål om kjøp, og spørsmålet var om politiet ved å besvare telefonsamtalene hadde vært for aktiv i forbindelse med ervervlsen.

Høyesterett konstaterte imidlertid at provokasjonen hadde et for passivt og tilfeldig preg til at bevisførselen kunne nektes. Politiet kunne ikke ha en plikt til å slå av telefonen, og måtte kunne besvare samtalene og på den måten opptre med skjult identitet når formålet var å etterforske narkotikakriminalitet.

Høyesterett la vekt på politiets passivitet som det utslagsviende moment for å tillate bevisfør-

⁹⁰ Rt. 1999 s. 1269.

⁹¹ Se dommen s. 1271.

⁹² Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.

selen. Regelen som kan utledes fra dommen er at hvor vitnet selv tar initiativet til en samtale faller dette normalt utenfor selvinkrimineringsforbudet. Dette må gjelde selv om det er politiet de henvender seg til og avslører seg for. Det er ikke politiet som skal "straffes" med å ha flaks.

Men hvor går grensen for hvor aktive politiet kan være i forbindelse med bevissikring?

Ville resultatet blitt det samme dersom mobiltelefonen var avslått og de måtte benytte seg av PIN-kode for å få den på igjen? Hva hvis telefonen nesten var tom for strøm, kunne den da blitt satt på ladning? Hva hvis politiet benyttet seg av telefonloggen og foretok oppringninger? Hva hvis de la igjen ubesvarte anrop for å provosere frem oppringning?

Jeg mener gode grunner taler for at det ville blitt godtatt dersom mobiltelefonen hadde blitt ladet opp. Å benytte seg av PIN er mer tvilsomt, da denne avgjørelsen må bero på hvordan politiet fikk tak i PIN-koden. Aktiv bruk av telefonloggen på den nevnte måte, mener jeg ville gitt vitnene en oppfordring til å inkriminere seg selv på en slik måte som vil bryte med selvinkrimineringsforbudet.

3.2.5 Overvåkning - personvern

Den såkalte "Gatekjøkkenkjennelsen" inntatt i Rt. 1991 s. 616 var en av de første avgjørelsene som stilte opp konkrete regler for bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis. Saken gjaldt overvåking ved en arbeidsplass på grunn av mistanke om underslag. Arbeidsgiver hadde etter avtale med de ansatte satt opp overvåkningskameraer for at de skulle kunne sitte uforstyrret på pauserommet og se når det kom kunder i butikken. Det de imidlertid ikke hadde blitt enige om var at opptakene ble tatt opp på tape, i den hensikt å avdekke om den ene ansatte undersøkte fra kassen.

Til tross for at det ikke fantes et positivt lovforbud, avgjorde Høyesterett spørsmålet ut fra betraktningen om at når det her var snakk om inngrep i, og krenkelse av den personlige integritet ut fra alminnelige personvern hensyn, måtte dette tilsi at beviset var ulovlig ervervet. Det var den objektive krenkelsen som førte til avskjæring, og ikke arbeidsgivers hensikt bak overvåkingen. Personvern hensynet, og det faktum at overvåkingen fant sted på arbeidsplassen, var etter Høyesteretts mening mer tungtveiende enn hensynet til sakens opplysning. I ettertid har

dommen blitt sett på som en innskjerping av kursen for kritikkverdig ervervelse av bevis i forhold til hva som gjaldt i eldre praksis.⁹³

Saken gjaldt mistanke om underslag av rundt 70.000 kroner, men hensynet til sakens opplysning var ikke av så tungtveiende karakter at opptakene kunne føres som bevis. Høyesteretts formulering nederst på side 623 om at en berettiget mistanke om underslag ikke var ansett å være et hensyn som var ”tilstrekkelig tungtveiende i denne sak”, synes å åpne for at en overvåking som i dette tilfelle kan måtte godtas under andre omstendigheter.

Slike omstendigheter kan tenkes i tilfeller av voldshandlinger av ulike grad, narkotikakriminalitet og mer alvorlig økonomisk kriminalitet.⁹⁴ Dersom opptakene tilfeldigvis hadde vist den mistenkte arbeidstakeren slå ned en kunde, ville dette etter min mening vært et tilfelle hvor hensynet til sakens opplysning hadde fått betydelig mer gjennomslagskraft enn i denne saken.

Høyesterett slo fast at når sterke personverninteresser krenkes tilsier dette at det skal skje en bevisavskjæring. Avgjørelsen har imidlertid blitt diskutert i juridisk teori, og Strandbakken er en av dem som er kritisk til Høyesteretts avgjørende vekt på personverninteressene i denne konkrete saken.⁹⁵ Han er enig med Høyesterett i at en krenkelse av alvorlige personverninteresser kan føre til bevisavskjæring, men at dette ikke var tilfellet i Rt. 1991 s. 616.

Jeg er enig med Strandbakken og deler hans synspunkt. Den ærlige arbeidstaker bør ikke ha noe å skjule og derfor heller ingenting å frykte. Det kan selvfølgelig føles ubehagelig å bli avslørt i å begå en straffbar handling, men opptakene kan til tross for dette ikke fremstå som en alvorlig integritetskrenkelse sammenlignet med for eksempel skjult overvåking i et omkleddingsrom eller på et toalett. Etter min mening, og i likhet med Strandbakkens syn, vil det være litt skjønnsomt at en arbeidsgiver skal være avskåret fra å føre bevis for underslag gjennom hemmelig overvåking med det resultat at han heller ikke kan avskjedige arbeidstakeren. På den annen side kan det argumenteres med at arbeidstakerens skyld burde kunne bli bevist på annen måte, blant annet gjennom vareopptelling. Slike alternative tiltak vil imidlertid kunne tenkes at ikke vil være tilstrekkelig for å bevise skyld.

⁹³ Andenæs(2009) s. 245, petit.

⁹⁴ NOU(2001) s. 961, høyre spalte.

⁹⁵ Strandbakken(2003) s. 186-187.

Når vi i norsk rett ikke har en lovfestet regel om virkningen av at bevis er ulovlig ervervet, synes "Gatekjøkkenkjennelsen" å være et av eksemplene på når hensynet til sakens opplysning ikke er tungtveiende nok.

3.2.6 Overskuddsinformasjon

Med overskuddsinformasjon menes "opplysninger som kommer frem under telefonkontroll eller annen kommunikasjonskontroll som ikke har relevans for det forhold som ga grunnlag for kontrollen".⁹⁶

I saken inntatt i Rt. 1990 s. 1008 reiste det seg spørsmål om bruken av overskuddsinformasjon i forbindelse med et bilde fra en automatisk trafikkontroll. Bildet ble brukt som bevis i forbindelse med trafikkforseelsen, men også som bevis i forbindelse med andre straffbare forhold. Høyesterett godtok bruken av beviset også i forbindelse med de andre straffbare forholdene med den begrunnelse at det ikke fantes verken lovhjemmel eller andre grunner som begrenset muligheten for å benytte bildet som bevis. Tiltalte hadde heller ingen beskyttelsesverdig interesse i å få medhold i sitt krav om bevisavskjæring da den automatiske trafikkontrollen var varslet ved skilting og at det måtte stå for hans egen regning dersom han skulle bli tatt.

Høyesterett oppfordret lovgiver om å ta stilling til spørsmålet dersom det var ønskelig å begrense bruken av overskuddsinformasjon.

Dommen omhandler et praktisk viktig tema. Slike trafikkopplysninger er ofte et nødvendig hjelpemiddel for å kunne plassere mistenkte på et bestemt sted til en bestemt tid, i forbindelse med å kartlegge bevegelser i forkant eller etterkant av en straffbar handling. En rekke offentlige steder blir i dag videoovervåket og dette blir allmennheten varslet om før de beveger seg inn i slike områder. Det er på det rene at slike overvåkningsbilder kan innhentes og brukes som bevis.

Når automatisk trafikkontroll i tillegg blir varslet, og man da har en kontroll over om man skal bli tatt bilde av eller ikke, blir det vanskelig å begrunne bevisavskjæring i hensynet til personvern. Ut fra personverntankegangen er det stor forskjell på varslet overvåking som i dette tilfellet, og hemmelig overvåking. Den automatiske trafikkontrollen er nok også i de aller fleste tilfeller bedre merket enn videoovervåkingen som for eksempel skjer i sentrum av Oslo, og slike overvåkningsbilder tillates som bevis i straffesaker.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 64, s. 73, jfr. også Rt. 2007 s. 920.

3.3 Utilbørlige bevis

3.3.1 Generelt

I rettspraksis er det lagt til grunn at det er et prosessuelt prinsipp som tilsier at bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte i visse tilfeller kan nektes ført.⁹⁷

Beviset kan være utilbørlig ervervet, men det kan også tenkes tilfeller hvor beviset er lovlig ervervet, men hvor føringen av beviset vil være utilbørlig.

3.3.2 Tvisteloven § 22-7

Tvisteloven § 22-7 har en bestemmelse om utilbørlige bevis. ”Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte”.

Bestemmelsen er en kodifisering av gjeldende rett, både på sivil- og straffeprosessens område, og gir derfor uttrykk for et fellesprosessuelt prinsipp.⁹⁸ I forarbeidene er det uttalt at bestemmelsen skal ha et ”forholdsvis snevert anvendelsesområde”, og det samme må derfor gjelde for utilbørlige bevis på strafferettens område.⁹⁹

3.3.3 Lydopptak

I kjennelsen Rt. 1997 s. 795 gjaldt tvisten en samværssak, og i den forbindelse hadde moren tatt opp telefonsamtaler mellom faren og barna på lydbånd. Moren krevde opptakene fremlagt som bevis, men retten nektet henne dette. Opptakene var ikke ulovlige, men Høyesterett uttaler at bevisavskjæringsadgangen må rekke lengre enn bare å omfatte bevis som er skaffet på en ulovlig måte. Opptakene vil kunne virke illojale og støende, men viktigst var likevel sakens karakter og hensynet til å beskytte barna mot denne type aktivitet når de fra før av var i en vanskelig situasjon. I tillegg var den konkrete bevisverdien liten, og saken ble godt nok opplyst gjennom annen bevisførsel. Utskrift av lydbåndopptaket ble dermed ikke tillatt som bevis.

Høyesterett åpner for at slike opptak kan godtas i saker hvor opptakene inneholder ”så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte”. I slike særeg-

⁹⁷ Jfr. Rt. 2013 s. 323.

⁹⁸ Schei(2013) s. 860-861.

⁹⁹ NOU(2001) s. 961.

ne tilfeller må personvern hensyn vike for hensynet til sakens opplysning, og lydopptak ville kunne bli tillatt som bevis.

Det som videre skilte denne saken fra andre var at opptaket belyste forhold som moren tilstrekkelig hadde opplyst gjennom den øvrige bevisførselen, slik at opptaket således ikke kom med nye opplysninger av betydning.

Gode grunner taler for at slike opptak også ville blitt nektet ved bevisførselen i straffesaker, til tross for de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende i barnefordelingssaker. Slike opptak vil ikke være ulovlig etter straffelovens § 145a, fordi den som tar opp samtalen også tar del i den. Slike opptak vil imidlertid, i de aller fleste tilfeller, være illojale og utilbørlige eller eventuelt gå på bekostning av tungtveiende rettssikkerhetshensyn. Det må skje en totalvurdering av sakens spesielle og generelle omstendigheter for å avgjøre om beviset skal nektes eller ikke.

Hva med opptak av telefonsamtale mellom fornærmet og mistenkt i en straffesak? Eller sms-dialog mellom en fornærmet og mistenkt i en straffesak. Slike opptak vil kunne krenke den mistenktes vern mot selvkriminering. Det endelige resultatet av om et slikt opptak kunne brukes som bevis vil bero på sakens alvor.

Et lignende eksempel som det skisserte er dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1526. Saken gjaldt to forsøk på overlagt drap, og anførselen om bevisavskjæring gjaldt et lydopptak av en forsoningssamtale mellom to representanter for rivaliserende grupper. En fengselsprest hadde tatt initiativ til samtalen, men samtalen foregikk for det meste mellom de to partene og derfor var det ikke brudd på prestens taushetsplikt å føre lydopptaket som bevis. Høyesterett påpekte at avskjæringsvurderingen vil bero på en avveining mellom den krenkelsen det ville innebære å føre beviset, mot hensynet til behovet for å få saken godt nok opplyst.

På den ene side ville det være illojalt å føre opptaket som bevis da samtalen var forutsatt å være konfidensiell. På den andre side gjaldt imidlertid saken en meget alvorlig kriminell handling, og behovet for en materielt riktig avgjørelse måtte få avgjørende betydning.

Resultatet ble at opptakene kunne avspilles.

3.3.4 Bevis som er lovlig innhentet

Det kan tenkes tilfeller hvor beviset er lovlig innhentet, men hvor det vil være utilbørlig å føre det som bevis. Begrunnelsen for at et lovlig innhentet bevis skal kunne avskjæres kan være at

tiltalte ikke vil ha samme beskyttelsesverdige interesse i å få beviset avskåret, som i tilfeller hvor beviset er ulovlig innhentet.

I den såkalte ”Polygrafkjennelsen”¹⁰⁰ slår Høyesterett fast at helt unntaksvis kan også lovlig ervervede bevis nektes ført, dersom meget sterke og tungtveiende hensyn taler for det. Videre uttales det at slike tungtveiende hensyn må være ”sterkere jo svakere forankring eller tilknytning en nektelse vil ha til straffeprosesslovens regler vurdert ut fra reglens ordlyd og i lys av lovforarbeidene. De hensyn som kan tenkes å bære en slik nektelse, må være tungtveiende generelle rettssikkerhets- eller personvern hensyn som mer enn oppveier de rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved å nekte den aktuelle type bevis ført.”

I denne saken fikk ikke tiltalte anledning til å fremlegge tester utført ved løgndetektor i forbindelse med bevisførselen.

I Rt. 2003 s. 651 gjaldt saken en legemskrenkelse som et overvåkingskamera tilfeldigvis hadde gjort videoopptak av. Det var anket over straffeutmålingen og spørsmålet for retten var om opptaket kunne spilles av. Anførselen fra forsvareren var at opptaket ville ha en forsterkende effekt og kunne føre til en strengere straffeutmåling enn i tilfeller hvor lignende opptak ikke forelå. Jeg forstår dette som en anførsel om at det vil være utilbørlig å føre videoopptaket som bevis.

Høyesterett avfeide imidlertid raskt denne anførselen, og uttalte at til tross for at opptaket vil kunne gi en uheldig følelsesmessig påvirkning måtte hensynet til sakens opplysning her gå foran.

Slike videoopptak klarlegger hendelsesforløpet på en objektiv måte. Det vil ikke være i tråd med hensynet til sakens opplysning dersom slike bevis skulle blitt avskåret. Til tross for at hendelsesforløpet var avdekket gjennom annen bevisførsel, vil et slikt videoopptak være en sikkerhet for retten til å kunne avsi materielt riktige avgjørelser.

Når videoovervåkingen har vært varslet vil heller ikke personverninteresser komme inn som et tilstrekkelig mothensyn.

¹⁰⁰ Rt. 1996 s. 1114 på s. 1118-1119.

I kjennelse inntatt i Rt. 2002 s. 1744 hadde spanske myndigheter gjennomført kommunikasjonskontroll etter spansk lov, men som ikke lovlig kunne vært gjennomført i Norge på grunn av en for lav strafferamme da forholdet gjaldt spritsmugling.¹⁰¹

Spørsmålet var om kommunikasjonskontrollen kunne brukes som grunnlag for varetektsfengsling i Norge.

Kjennelsen viser til at det er et behov for å ”anvende reglene om bruk av opplysninger fra kommunikasjonskontroll som bevis på en måte som ivaretar samfunnets legitime krav på beskyttelse mot alvorlig kriminalitet, og at de begrensninger som lovgiver har fastsatt, ikke kan fortolkes uten hensyn til om det foreligger en for tiltalte beskyttelsesverdig interesse i at opplysningene holdes tilbake.”¹⁰² Tiltalte hadde ikke en beskyttelsesverdig forventning når han selv hadde valgt å bosette seg i Spania. Bosetter man seg i et annet land må man også ta i betraktning at det kan gjelde andre og ikke like strenge begrensninger på for eksempel området for kommunikasjonskontroll som i Norge. Når kommunikasjonskontrollen heller ikke var gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger, måtte Høyesterett godta den som grunnlag for varetektsfengsling i Norge.

Et viktig poeng i kjennelsen var at kommunikasjonskontrollen også var av interesse for spanske myndigheter. Opplysningene hadde fremkommet etter en anmodning fra norske myndigheter, men hadde interesse også for spanske myndigheter. Det kan tenkes et annet resultat dersom anmodningen kom fra norske myndigheter og forholdene ikke hadde interesser for de spanske myndighetene. En slik omgåelse av de norske prosessreglene bør ikke finne sted, og det kan argumenteres med at resultatet i et slikt tilfelle burde bli bevisavskjæring. I denne saken ble beviset brukt som grunnlag for varetektsfengsling, men det må legges til grunn at resultatet fra kommunikasjonskontrollen også kunne benyttes under hovedforhandlingen.

¹⁰¹ Se strpl. § 216 a – mistanke om en handling som etter loven ”kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer”.

¹⁰² Jfr. Rt. 2006 s. 972 punkt 20.

3.4 Bevisforbud til vern av den krenkede interessen¹⁰³

3.4.1 Generelt

Adgangen til opplesning av tiltaltes tidligere avgitte politiforklaringer følger av § 290. Bestemmelsene som regulerer opplesningsadgangen i forbindelse med vitnet finner en i §§ 296 og 297, avhengig av om vitnet møter eller ikke.

Opplesning av tidligere avgitte vitneforklaringer vil ofte være en sentral del av bevisførselen i straffesaker, og spørsmålet om avskjæring av slike forklaringer er et praktisk viktig tilfelle. Bruken av politiforklaringer må ta hensyn til tiltaltes rettigheter og da særlig om bruken av dem gjør at rettergangen som helhet er ”fair”.

Begrunnelsen for at bevisførsel av tidligere avgitte forklaringer i visse tilfeller blir avskåret er hensynet til kontradiksjon og forbudet mot tvungen selvinkriminering. Foreligger det ikke brudd på disse prinsippene vil beviset normalt ikke bli avskåret.

3.4.2 Forklaringer som er avgitt uten at siktede er gjort kjent med rettigheter

Det finnes en rekke eksempler på tilfeller hvor siktede ikke har blitt gjort kjent med sin rett til ikke å forklare seg, og likevel har forklart seg til politiet.

Det er lagt til grunn av Høyesterett at politiet har anledning til å ha innledende samtale med mistenkte uten å gjøre han kjent med rettighetene sine.¹⁰⁴ Men dersom samtalen går over til å bli et avhør må han bli gjort kjent med sine rettigheter som mistenkt.

Et eksempel fra rettspraksis er dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1814. Her kom Høyesterett frem til at en samtale med en mann mistenkt for fyllekjøring ikke oppfylte de formelle kravene for å kunne utgjøre et avhør. Høyesterett opphevet tingrettens dom fordi politimennene feilaktig ble nektet å forklare seg om samtalen.

Mannen var blitt stoppet i en tilfeldig kontroll, og det var dermed ikke snakk om kontroll i forbindelse med forutgående hendelser. I denne saken måtte hensynet til den materielle sannhet veie tyngst, slik at politimennene skulle ha forklart seg.

¹⁰³ Etter inspirasjon fra Øyens(2010) innholdsfortegnelse

¹⁰⁴ Se blant annet Rt. 2003 s. 1814 i det følgende.

Den mistenkte forklarte seg ikke uoppfordret i det han blir stoppet, men valgte å svare på en rekke spørsmål som ble stilt før han blir informert om rettighetene sine.

Høyesterett la til grunn at de fleste spørsmålene som ble stilt ikke kunne karakteriseres som et avhør. Men da polititjenestemennene fikk bekreftende svar på en rekke spørsmål, og startet med oppfølgingsspørsmål beveget de seg over i en avhørssituasjon. Høyesterett trengte imidlertid ikke å ta konkret stilling til om samtalen var over i et avhør slik at polititjenestemennene burde gjort mistenkte oppmerksom på sine rettigheter, fordi en slik feil ikke hadde betydning for domsresultatet.

Videre begrunnes resultatet i at avhørssituasjonen ikke hadde bakgrunn i en etterforskning, og dermed var ikke tiltaltes vern mot å inkriminere seg selv mer tungtveiende enn hensynet til den materielle sannhet.

Høyesterett legger, til støtte for sitt syn, avgjørende vekt på at hensynet til kontradiksjon var ivaretatt, ved at tiltalte fikk anledning til å bestride og føre motbevis for polititjenestemennenes forklaringer.

Det kan stilles spørsmål om polititjenestemennenes aktive utspørring, og om situasjonen gikk over i avhør på et tidligere stadium enn det Høyesterett antyder.

Polisitjenestemennene observerte at han var synlig beruset og satt i førersetet på bilen. Burde de allerede da ha informert han om sine rettigheter? Et poeng som også støttet opp om Høyesteretts argumentasjon var at politiet var uniformert og mistenkte var derfor klar over at han snakket med politiet.

I Rt. 2003 s. 549 kom Høyesterett frem til at samtalen åpenbart gikk over i et avhør. Spørsmålet var om feilen var til hinder for at politimennene kunne forklare seg om hva siktede forklarte. Avgjørelsen av om beviset skulle avskjæres var ikke tatt inn i rettsboken og det forelå dermed en saksbehandlingsfeil. Saksbehandlingsfeilen hadde imidlertid ikke virket inn på avgjørelsen av skyldspørsmålet fordi samtalen ikke gjaldt forhold av betydning for tiltalen.

Høyesterett pekte på at det er nødvendig med en streng håndheving av siktedes rett til å forholde seg taus. Likevel forkastet Høyesterett anken da tiltalte hadde fått en rettferdig rettergang. Forskjellen fra den andre 2003-avgjørelsen var at man her var lengre inne i en etterforskningsfase hvor det blant annet var foretatt spaning og tvangsmidler. Grensen for når man går fra å ha en samtale til å gå over i et avhør vil være mindre flytende i slike tilfeller.

I Rt. 2003 s. 1814 var det ikke nødvendig å ta stilling til om det forelå et avhør, da tiltalte uansett hadde hatt en rettferdig rettergang. I Rt. 2003 s. 549 var det helt klart at det forelå en avhørssituasjon, men feilen hadde ikke innvirket på domsresultatet.

3.4.2.1 Løfter

Løfter gitt i forbindelse med politiavhør vil være ulovlig etter straffeprosessloven § 92 annet ledd.¹⁰⁵ Likevel har vi eksempler fra praksis hvor politiet har gitt løfter til mistenkte mot å få en forklaring tilbake. Politiet kan ikke love mistenkte mildere straff, rett og slett fordi det er retten som skal domfelle og utmåle straffen. Tiltalte vil imidlertid kunne oppnå redusert straff på bakgrunn av viktige opplysninger gitt til politiet som kan bidra til å oppklare andre saker, eller kartlegging av større kriminelle nettverk.

En bakgrunn for at løfter ikke skal gis er at slike kan påvirke forklaringen og øke faren for uriktige eller falske forklaringer når mistenkte øyner håp om å kunne slippe straff. Politiet gjør seg selv en bjørnetjeneste fordi bevisverdien av forklaringen kan bli liten når mistenkte ser sitt snitt til å kunne få redusert straff utover det som er praksis ved tilståelsesrabatt.

I Rt. 1994 s. 1139 gjaldt saken opplysninger som ble gitt under avhør i forbindelse med en drapsetterforskning. Drapssaken ble henlagt, men det ble tatt ut tiltale for narkotikaovertrødelse på bakgrunn av opplysningene, og som tiltalte hevdet var avgitt under løfte om at disse bare skulle brukes som bakgrunnsinformasjon i drapsetterforskningen.

Spørsmålet om bruken av løfte i denne saken kom ikke helt på spissen fordi Høyesterett tvilte på tiltaltes forklaring, og anså det som mest sannsynlig at det ikke var gitt et slikt løfte av en erfaren politimann i den konkrete situasjonen.

Førstvoterende viser til to betrakningsmåter for at slike politiforklaringer ikke skal kunne leses opp. For det første kan det reises tvil om riktigheten av forklaringer som er avgitt under løfte. Den andre betrakningsmåten, som var den sentrale for Høyesterett var at det ville kunne virke støtende dersom påtalemyndigheten får domfelle på bakgrunn av en tilsidesettelse av reglene som skal verne siktede. I denne saken var det imidlertid ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til spørsmålet om slike politiforklaringer kan leses opp, men det uttales at forklaringer avgitt under løfte om amnesti som utgangspunkt må nektes. Den konkrete avskjæ-

¹⁰⁵ Men det kan opplyses om tilståelsesrabatt, jfr. strl. § 59 annet ledd.

ringsvurderingen skal bero på synspunktene som ble oppstilt i kjennelsen inntatt i Rt. 1991 s. 616.¹⁰⁶

3.4.2.2 Forklaringer avgitt til forvaltningsmyndighet

En problemstilling som dukker opp i forbindelse med selvinkrimineringsvernet er hvordan retten skal forholde seg til forklaringer gitt av den tiltalte før straffesaken. Personen kan ha avgitt forklaring frivillig, eller forklaringen kan ha vært underlagt straffesanksjonert forklaringsplikt. Når han har forklart seg om forhold som senere kan bli brukt mot han i en straffesak, reiser det spørsmål om hans vern til ikke å inkriminere seg selv er krenket.

I saken inntatt i Rt. 2013 s. 323 var det tiltale for overtredelse av straffelovens bestemmelse om familievold.¹⁰⁷ Far i saken hadde frivillig forklart seg til barnevernstjenesten om vold overfor sine to barn. Spørsmålet for Høyesterett var om denne forklaringen kunne brukes som bevis i den etterfølgende straffesaken.

Faren var ikke underlagt straffesanksjonert forklaringsplikt da han forklarte seg til barnevernstjenesten, og han hadde dermed ingen oppfordring til å forklare seg om volden. Da han likevel valgte å forklare seg om forholdet, var dette en forklaring som måtte kunne brukes som bevis i den senere straffesaken uten at dette innebar brudd på selvinkrimineringsforbudet. Når man frivillig og på eget initiativ forklarer seg om straffbare forhold, må det forutsettes at det har fremstått som en mulighet for personen at forklaringen kan måtte føre til straffeforfølgelse, uavhengig av for hvilken offentlig myndighet man velger å forklare seg til.

I Rt. 2007 s. 932 var spørsmålet om forklaringer avgitt til kontroll- og undersøkelsesorganer under straffesanksjonert forklaringsplikt kunne brukes i en etterfølgende straffesak. Saken gjaldt domfellelse for bounndragelse og kreditorbegunstigelse, og spørsmålet for Høyesterett var om vernet mot selvinkriminering var krenket.

Høyesterett slo fast, i tråd med EMDs syn i saken mot Saunders,¹⁰⁸ at bruken av slike forklaringer avhenger av måten forklaringene var brukt på. Forklaringene måtte vurderes i et helhetlig lys, og det avgjørende måtte være om forklaringene ville krenke selvinkrimineringsvernet.

¹⁰⁶ Se punkt 4.

¹⁰⁷ Se strl. § 219.

¹⁰⁸ Saunders v. The United Kingdom.

Etter en konkret vurdering fant Høyesterett at forklaringene var brukt i beskjedne grad, og bruken var dermed ikke så omfattende at den ble rammet av selvinkrimineringsforbudet.

Etter min mening kan det synes som om EMD og Høyesterett her legger til grunn en vurdering av om domfellelsen bare eller i avgjørende grad er basert på disse tidligere forklaringene. En betraktningssmåte som synes fornuftlig ut fra sammenhengen. Dersom man kunne dømme en person, hovedsakelig på bakgrunn av en forklaring han avga før han var oppmerksom på rettighetene sine, ville han i realiteten bli tvunget til å avgi forklaring fordi det var en straffesanksjonert forklaringsplikt. Dette ville ført til en omgåelse av vernet mot selvinkriminering som er et grunnleggende rettsstatsprinsipp. Prinsippet har heller ikke blitt fraveket i langt mer alvorligere saker.

En annen innfallsvinkel er at en omfattende bruk av slike forklaringer neppe ville vært i tråd med tiltaltes rett til en rettferdig rettergang.

Imidlertid tilsier behovet for å bruke slike forklaringer og hensynet til den materielle sannhet, at slike forklaringer må godtas. Likevel skal bruken av disse begrenses, og bevisførselen må i all hovedsak bestå av en rekke andre bevis. I denne saken var det i tillegg usikkert om det i det hele tatt ble lest fra de aktuelle bevisopptak, mens bruken i saken mot Saunders bar preg av å være for omfattende til at den kunne godtas.

3.4.3 Forklaringer innhentet i strid med mistenktes/siktedes vern mot selvinkriminering

En bevissikring som strider mot siktedes vern mot selvinkriminering kan ved en bevisførsel bli betraktet som en fortsettelse eller gjentakelse av rettsbruddet.

I den tidligere nevnte Rt. 1999 s. 1269 la Høyesterett til grunn en slik forståelse. På side 1272 og 1273 uttaler førstvoterende at påtalemyndigheten i dette tilfellet har fått tilgang til de fremskaffede bevis ”...ved at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus. Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset”.

Sammenligner man denne saken med Rt. 2003 s. 1814 er forskjellen at politiet her fullstendig har ignorert mistenktes rett til å forholde seg taus. I Rt. 2003 s. 1814 var mistenkte klar over

at det var politiet han utleverte seg til og dette vil ikke utgjøre et like betydelig inngrep i mistenktes rettigheter.

3.4.4 Forklaringer som er avgitt uten at vitnet ble gjort kjent med retten etter straffeprosessloven § 122

I medhold av straffeprosessloven § 122 er siktedes nærstående fritatt fra vitneplikt. Denne fritaksretten skal vitnet opplyses om etter § 127. Brudd på å orientere om denne rettigheten ligger i kjernen av bevisforbud ved fortsatt krenkelse.¹⁰⁹

I dommen inntatt i Rt. 2008 s. 657 var det spørsmål om virkningen av at samboeren til siktede i en narkotikasak ikke var opplyst om fritaksretten etter § 122. Hun hadde først nektet å forklare seg, men da hun selv ble siktet i saken forklarte hun seg om saken, uten å ha blitt opplyst om retten etter § 122.

Flertallet på tre la til grunn at hun også på tidspunktet for forklaringene var kjent med retten etter § 122.¹¹⁰ Hennes situasjon var imidlertid en annen på dette tidspunktet, og det måtte legges til grunn at hun ønsket å forklare seg når hun selv var blitt siktet i saken. Hensynet bak bestemmelsen er for å beskytte den nærstående mot å komme i en interessekonflikt. Det kan vanskelig tenkes at hun ikke i en slik forklaring også ville komme inn på samboerens forhold, og med denne begrunnelse burde hun på ny ha blitt gjort oppmerksom på retten etter § 122.

Høyesterett konkluderte med at det forelå en saksbehandlingsfeil som har hatt betydning for dommens innhold, og dommen med ankeforhandling ble opphevet.

I etterkant av denne dommen har spørsmålet på ny kommet opp for Høyesterett.

I Rt. 2010 s. 456 var tre brødre og tre andre nærstående dømt for grov korrupsjon. Spørsmålet for Høyesterett var om det var en saksbehandlingsfeil å tillate opplesning fra politiforklaringer og la de tiltalte forklare seg i tingretten om det straffbare forholdet når de ikke var orientert om retten etter §§ 122 og 123 om at man ikke plikter å vitne mot sine nærmeste. Høyesterett konkluderte med at en generell orientering til tiltalte om retten til ikke å forklare seg var tilstrekkelig. En særskilt opplysning om retten etter strpl. § 122 er ikke nødvendig. Avgjørelsen var enstemmig og Høyesterett fravek den dissenterende avgjørelsen i Rt. 2008 s. 657. Rettstil-

¹⁰⁹ Øyen(2010) s. 175.

¹¹⁰ Dissens over begrunnelsen og resultatet. Flertallet var i tillegg i tvil om resultatet.

standen må nå sies å være avklart, slik at det ikke lenger er nødvendig med en særskilt redegjørelse for retten etter §§ 122 og 123.

I forbindelse med nærståendes fritaksrett og opplesning av tidligere avgitte politiforklaringer, er bestemmelsen i straffeprosessloven § 126 annet ledd av interesse. I henhold til bestemmelsen kan et vitne som har rett til å nekte å avgi forklaring, gis opplysning om at oppmøte ikke er nødvendig. For at tidligere avgitte politiforklaringer skal kunne leses opp i retten er det i dag helt avgjørende at vitnet er tilstede.

I Rt. 2004 s. 1719 uttalte Høyesterett seg generelt om forståelsen av § 126 annet ledd.¹¹¹

Høyesterett viste til den klare sammenhengen mellom bestemmelsen og reglene om opplesning av politiforklaringer, og mente at begge regelsett må tolkes i lys av EMK. På bakgrunn av de senere års utvikling og behovet for at vitnet møter i forbindelse med opplesning av politiforklaringer, var grunnlaget for § 126 annet ledd bortfalt etter Høyesteretts mening. Bestemmelsen har ikke vært tatt i bruk i praksis, og kan ikke lenger anses som gjeldende rett.

Et vitne kan i visse tilfeller få samtykke til ikke å møte, men bare dersom dette ikke skjer på bekostning av sakens opplysning.

¹¹¹ Se kjennelsens punkt 21.

4 Avskjæringsvurderingen

4.1 Generelt

I forarbeidene til tvisteloven uttales det blant annet at i vurderingen av om beviset skal tillates ”teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse.” Videre legges det til grunn at dette hensynet må veies mot ”det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet.” En rekke andre momenter vil også kunne få betydning i vurderingen. Blant annet hvor alvorlig krenkelsen vil være, om ervervet av beviset vil være en materiell integritetskrenkelse eller om det har skjedd brudd på formelle regler, om overtredelsen vil kunne være av betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på en alternativ måte.”¹¹²

Uttalelsene tilsvarende den vurderingen Høyesterett har lagt til grunn gjennom rettspraksis på området. Avskjæringsreglene vil være de samme i straffe- og sivilprosessen, men de konkrete avveininger kan bli forskjellige.¹¹³ Bakgrunnen for at de konkrete avveiningene kan bli noe forskjellige er blant annet fordi man i sivilprosessen legger til grunn at det er to jevnbyrdige parter, mens forholdene er noe annerledes i straffeprosessen. Tiltalte i en straffesak har krav på at en rekke grunnleggende minimumsrettigheter ivaretas i forbindelse med rettergangen mot ham.

Lovgiver og Høyesterett har dermed lagt til grunn hvilke momenter som skal tas i betraktning ved vurderingen av om bevis skal avskjæres. Vekten av de ulike momentene må imidlertid avgjøres i den konkrete sak basert på dommerens skjønn. Det skal legges vekt på de prinsipielle hensyn til enhver tid og sakens konkrete omstendigheter.¹¹⁴

¹¹² NOU(2001) s. 961, høyre spalte.

¹¹³ Rt. 2009 s. 1526 punkt 28.

¹¹⁴ Jfr. Rt. 1991. s. 616.

4.2 Gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet

I ”Ullersmosaken”¹¹⁵ uttalte Høyesterett at 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 ervervelsen av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført.»

Formuleringen ”en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet” er utgangspunktet for om beviset skal avskjæres. Det er lagt til grunn at uttrykket ”rettsbrudd” skal forstås som at det avgjørende er om ulovligheten krenket de hensyn som bevissikringsskranken skal beskytte, og bruken av denne informasjon som bevis vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse av disse hensyn.¹¹⁶

Men en konstatering av at det foreligger en fortsettelse av rettsbruddet vil ikke alltid føre til bevisavskjæring med det samme. Retten vil også i slike tilfeller vurdere bevisavskjæring på bakgrunn av en helhetsvurdering.¹¹⁷

I den tidligere omtalte dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269 konkluderte Høyesterett med at når mistenkte ikke har blitt respektert i sin rett til ikke å selvinkriminere seg, vil det være en fortsettelse av dette rettsbruddet dersom opplesning av hans politiforklaring tillates ved bevisførselen. Selvinkrimineringsforbudet er et grunnleggende straffeprosessuelt prinsipp som ikke kan omgås ved utradisjonelle etterforskningsmetoder fra politiets side.

Et annet eksempel på når det vil foreligge en gjentakelse av rettsbruddet er dersom det er tatt ulovlig beslag i pasientjournaler som senere ønskes lagt frem som bevis i saken.

I den utstrekning det kan sies noe generelt om bevisavskjæringen og det enkelte moments gjennomslagskraft, så er det momentet om fortsettelse eller gjentakelse av det opprinnelige rettsbruddet. Det må imidlertid tenkes unntak for de tilfeller hvor det kommer inn helt spesielle hensyn som tilsier et annet resultat. Hensynet til den materielle sannhet kan i seg selv ikke

¹¹⁵ Rt. 1999 s. 1269.

¹¹⁶ Øyen(2010) s. 174 og blant annet Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.

¹¹⁷ Et eksempel er Rt. 1991 s. 616 hvor Høyesterett konstaterte en fortsatt krenkelse, men hvor de likevel vurderte dette mot andre mothensyn.

være et slikt tilstrekkelig tungtveiende mothensyn når føringen vil innebære en fortsettelse av det opprinnelige rettsbruddet.

I den tidligere nevnte dommen inntatt i Rt. 2006 s. 582 var det ikke tale om en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, og beslagrapporten ble heller ikke avskåret etter en interesseavveining. Politiet hadde ransaket ulovlig, men da det ble funnet våpen og ammunisjon forelå det ingen gjentakelse av den opprinnelige krenkelsen, fordi siktede oppbevarte dette ulovlig.

4.3 Interesseavveining

Dersom retten har lagt til grunn at det ikke foreligger noen fortsettelse eller gjentakelse av det opprinnelige rettsbruddet, beror spørsmålet om bevisavskjæring skal skje ut fra en samlet vurdering av ulike momenter, en såkalt interesseavveining eller kumulasjonsbetraktning. Momentene fremkommer av uttalelser i forarbeidene, og gjennom Høyesteretts praksis.

I ”Ullersmosaken”¹¹⁸ uttalte førstvoterende at en interesseavveining kan være et alternativt grunnlag for bevisavskjæring, dersom det ikke foreligger en gjentakelse eller fortsettelse av det opprinnelige rettsbruddet. Etter Øyens mening er Rt. 1997 s. 795 det eneste eksempelet på at Høyesterett faktisk har avskåret bevis på bakgrunn av en slik interesseavveining. Han mener at Høyesterett bør være varsomme med bevisforbud på et slikt grunnlag, og oppstiller et bevisavskjæringsgrunnlag på bakgrunn av hva han kaller en kumulasjonsbetraktning.¹¹⁹

Etter hva jeg forstår er det imidlertid ingen vesensforskjell mellom det Høyesterett kaller en interesseavveining og hva Øyen kaller en kumulasjonsbetraktning.

Det er lagt til grunn av EMD at en slik konkret interesseavveining er innenfor kravene til rettferdig rettergang i konvensjonens artikkel 6.

¹¹⁸ Rt. 1999 s. 1269.

¹¹⁹ Øyen(LOR-2010) s. 436

4.3.1 Prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak

Til tross for at Høyesterett i ”Gatekjøkkenkjennelsen”¹²⁰ konstaterte at det ville innebære en fortsatt krenkelse ved at videoopptaket ble tillatt ført, trakk de også inn andre hensyn før de avgjorde saken. Vesentlige personvern hensyn og at opptaket ble gjort på arbeidsplassen til tross for arbeidstakers vern, måtte veies mot hensynet til sakens opplysning. Forholdene i denne konkrete saken tilsa at personvern hensynet måtte få utslagsgivende vekt. Men det er gode grunner som tilsier at dersom de konkrete omstendighetene var annerledes, ville hensynet til sakens opplysning måtte gå foran.

I kjennelsen Rt. 1994 s. 1139 poengterte Høyesterett viktigheten av de prinsipielle hensyn og de konkrete forholdene i saken. Høyesterett la avgjørende vekt på at det ville virke støtende dersom politiet kunne oppnå domfellelse til tross for at en tilsidesettelse av regler til vern for siktede. Konkret i denne saken gjaldt det spørsmålet om det var avgitt et løfte om amnesti. Regler som skal verne siktede utgjør et prinsipielt hensyn som i denne saken gikk foran de konkrete omstendighetene, og Høyesterett tok ikke engang stilling til sakens konkrete omstendigheter.

4.3.2 Bevisverdien

Til tross for at bevis er ulovlig innhentet kan hensynet til sakens opplysning tale for at disse likevel føres. Bevisverdien av et ulovlig ervervet bevis kan imidlertid få betydning ved bevisbedømmelsen.¹²¹

Dersom det kun er formelle feil ved innhenting, vil bevisverdien neppe være svekket. Et typisk eksempel kan være ransaking uten formell hjemmel. ”Beviset kan være like pålitelig, og det medfører ikke nødvendigvis noen krenkelse av beskyttelsesverdige interesser å tillate beviset ført selv om det for eksempel er innhentet i forbindelse med en ulovlig ransaking.”¹²²

Bevisverdien vil imidlertid kunne være usikker dersom beviset er innhentet under tvang. Slike bevis kan være mindre pålitelige, men dette kan det være vanskelig å bli oppmerksom på i forbindelse med bevisbedømmelsen. Bevis med svekket bevisverdi vil aldri være et tilstrekkelig argument for bevisavskjæring.

¹²⁰ Rt. 1991 s. 616.

¹²¹ Andenæs(2009) s. 397, petit.

¹²² Strandbakken(2003) s. 185.

4.3.3 Krenkelsens grovhet

Betydningen av krenkelsens grovhet fikk en utslagsgivende betydning i blant annet Rt. 1999 s. 1269. Til tross for at siktede åpenbart var skyldig i å ha bistått en fange med å rømme, innebar bevisopptaket en så alvorlig krenkelse av hans rett til ikke å inkriminere seg selv, at lydopptaket måtte avskjæres som bevis. Denne saken viste at til tross for alvorligheten av siktelsen, må grunnleggende prinsipper ivaretas uavhengig av dette.

I Rt. 1991 s. 616 var saken imidlertid ikke like alvorlig, men krenkelsen var så betydelig at den kunne tenkes å gå foran hensynet til den materielle sannhet i mer alvorligere tilfeller.

4.3.4 Forbrytelsens alvor

Forbrytelsens alvor kan ofte være et moment som vil kunne få stor betydning for om beviset tillates. Jo alvorligere saken er, jo større mulighet er det for at beviset skal føres. Etter min mening kan det argumenteres for at terskelen for bevisavskjæring bør være lavere i saker hvor forbrytelsen er særlig alvorlig.

Et eksempel på at forbrytelsens alvor er et viktig moment i vurderingen ble poengtert av Høyesterett i ”Ullersmosaken”.¹²³ Til tross for dette konstaterte Høyesterett imidlertid at lydopptaket måtte avskjæres da bevisførselen ville krenke tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv.

4.3.5 Bevis til skade eller gunst

I utgangspunktet må det legges til grunn at bevis til gunst for tiltalte sjeldnere blir avskåret enn bevis til skade. Likevel er det en rekke eksempler i rettspraksis som viser at også tiltalte kan nektes bevisførsel. Resultatet fra en polygrafterst ble nektet i avgjørelsen inntatt i Rt. 1996 s. 1114, til tross for at det var tiltalte som ønsket resultatene fremlagt som bevis.

En samlet Høyesterett var enige i om at dersom polygrafterst blir tillatt som bevismiddel ville dette føre til at andre tiltalte i fremtiden ville føle seg tvunget til å ta testen, og dette vil kunne være personlighets- og identitetskrenkende.

¹²³ Rt. 1999 s. 1269.

5 Noen avsluttende bemerkninger

5.1 Virkningen av feil

Dersom retten tar feil avgjørelse i forbindelse med om bevis skal avskjæres, skal dette betraktes som en saksbehandlingsfeil. Etter straffeprosessloven § 343 første ledd blir spørsmålet da om ”det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold”. I Rt. 2005 s. 907 i punkt 44 ble det slått fast at det var tilstrekkelig at det forelå en ”rimelig mulighet for at feilen har hatt betydning”.

Har feilen innvirket på dommens innhold og det foreligger en fellende dom, blir resultatet opphevelse. Når dommen oppheves, skal også hovedforhandlingen oppheves etter § 347, og saken vil bli henvist til ny hovedforhandling.

Det ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2005 s. 907 at det bør kreves noe større grad av sannsynlighet for opphevelse av frifinnende dommer, og hvor feilen burde vært tatt opp tidligere av påtalemyndigheten.¹²⁴

5.2 Hensynet til det materielle sannhets prinsipp

Straffeprosessens formål er som nevnt tidligere å fremme den materielle sannhet. Bevisavskjæring vil nødvendigvis gå på beskostning av den materielle sannhet. Tanken er imidlertid at den materielle sannhet ofres i den konkrete saken, men fremmes i det lengre løp slik at flest saker avgjøres ut fra riktig faktum.¹²⁵

Bevisavskjæring kan i ytterste konsekvens føre til at skyldige blir frikjent på bakgrunn av at bevisene ikke er tilstrekkelige for domfellelse. Ved å avskjære viktige og avgjørende bevis, kan retten bli nødt til å avsi frifinnende dommer, til tross for at man etter det totale bevisbildet er overbevist om skyld.

¹²⁴ Jfr. også Rt. 2013 s. 1501 punkt 47.

¹²⁵ Strandbakken(2003) s. 168.

5.3 Den allmenne rettsfølelsen

Tanken om at bevisavskjæring kan føre til frifinnelse av en tilsynelatende skyldig person, vil stride mot den allmenne rettsfølelsen. Å tillate beviset til tross for ulovligheten, kan imidlertid oppfattes som en godkjenning av politiets fremgangsmåte.

Flertallet i samfunnet vil uten tvil reagere dersom skyldige går fri fordi retten avskjærer avgjørende bevis. Til tross for dette har de aller fleste stor tillit til domstolene, og slike saker kommer til folkets kunnskap i begrenset grad. Som oftest vil det være andre bevis som er tilstrekkelig til domfellelse, eller det kan tenkes tilfeller hvor bevisene uavhengig av bevisavskjæringen uansett ikke hadde vært tilstrekkelig for domfellelse. Uavhengig av disse synspunktene er det imidlertid viktigere å sørge for at ikke uskyldige dømmes, og en naturlig bekostning av dette vil være at noen skyldige nødvendigvis vil gå fri.

5.4 Botemiddel for tiltalte

I den nevnte Rt. 2006 s. 582 kom Høyesterett frem til at beviset ikke skulle avskjæres på grunn av hensynet til sakens opplysning. Politiet hadde ransaket og gjort beslag i ulovlig våpen og ammunisjon. Beviset var ulovlig innhentet, og Høyesterett drøftet om tiltalte hadde krav på et effektivt botemiddel i form av redusert straff etter EMK artikkel 13. I den aktuelle saken var det imidlertid tilstrekkelig å konstantere brudd på EMK artikkel 8. Det avgjørende var om det ut fra en konkret vurdering var tilstrekkelig å konstatere en krenkelse for å oppnå et effektivt botemiddel. Begrunnelsen var at tiltalte uansett måtte ha funnet seg i inngrepet, dersom politiet hadde hatt et bedre grunnlag for mistanken som ville gitt formell hjemmel for ransaking. Den psykiske påkjenningen kunne derfor neppe ha vært særlig stor, og Høyesterett konkluderte dermed med at en konstatering av krenkelse var tilstrekkelig.

Sammenligner man saken med tilfeller hvor tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv, måtte nok resultatet blitt at en konstatering av krenkelse ikke hadde vært tilstrekkelig. Hadde for eksempel lydopptaket blitt godtatt som bevis og tiltalte blitt domfelt i ”Uillersmosaken”,¹²⁶ hadde han sannsynligvis hatt krav på redusert straff på grunn av krenkelsen.

¹²⁶ Rt. 1999 s. 1269

5.5 Sanksjoner overfor politi- og påtalemyndigheten

Domstolsloven § 200 oppstiller et strafferettslig profesjonsansvar for politiets og påtalemyndighetens tjenestemenn¹²⁷ blant annet for den som gjør seg skyldig i ”forsømmelse eller annet utilbørlig forhold under rettergang”. Skyldkravet er i utgangspunktet uaktsomhet, og det må foreligge et klart klanderverdig forhold.¹²⁸ Det er lagt til grunn at uttrykket ”under rettergang” også omfatter forutgående saksbehandling før domstolsbehandlingen.¹²⁹ Dermed kan bestemmelsen benyttes i forbindelse med ulovlig og utilbørlig beviservervelse fra politiets side. Bestemmelsen er imidlertid sjelden brukt, og egner seg nok heller ikke veldig godt for det formål å sanksjonere påtalemyndigheten.

Domstolene vil på en mer hensiktsmessig måte kunne kritisere politi- og påtalemyndigheten i domsgrunnene sine, fremfor å ilegge rettergangsbot av eget tiltak eller etter begjæring overfor en tjenestemann. Ved kritikk i domsgrunnene vil ”sanksjonen” rettes mot de som kan ta tak i problemet, nemlig politi- og påtalemyndigheten som enhet. Samtidig poengteres det overfor politi- og påtalemyndighet at slike ulovlige metoder ikke godtas.¹³⁰ På den annen side bør det imidlertid ikke være domstolens oppgave å disiplinere politiet.

Feil i forbindelse med innhenting av bevis kan sanksjoneres på andre måter enn ved bevisavskjæring, som vil gå på bekostning av sakens opplysning. I løpet av de siste 15 årene har Høyesterett trukket opp linjene for hva som anses som tillatt bevissikringsprovokasjon. Fremfor å avskjære bevis, som er avgjørende for oppklaring av en sak, har det vist seg å være et bedre virkemiddel å innføre administrative og disiplinære forholdsregler for å hindre misbruk fra politiet.¹³¹ Dette har bidratt til å hindre uønsket adferd samtidig som saken blir så godt opplyst som nødvendig.

¹²⁷ Omfattet av formuleringen ”offentlig tjenestemann”.

¹²⁸ Jfr. Rt. 1997 s. 615

¹²⁹ Kjelby(1998) s. 653.

¹³⁰ Kjelby(1998) s. 667 og Strandbakken(2003) s. 185

¹³¹ Innst. (1969) side 197.

5.6 Refleksjoner

Dagens og fremtidens kriminalitetsbilde er stadig i endring. Det er grunn til å frykte at man i fremtiden vil stå overfor nye former for kriminalitet som vanskelig lar seg bekjempe med tradisjonelle strafferettslige og straffeprosessuelle virkemidler. Et endret kriminalitetsbilde kan føre til krav om ny lovgivning som tar sikte på å unngå bevisproblemer, og som vil gi politiet og påtalemyndigheten nye virkemidler for å bekjempe problemet.¹³²

Et endret kriminalitetsbilde med dertil bevisproblemer vil også få betydning for bevisavskjæringsspørsmålet. Det vil kunne bli aktuelt med bevisavskjæring i større eller mindre grad, men rammene vil også kunne være tilsvarende som nå.

Kriminalitet som er vanskelig å oppklare er særlig kriminalitet uten private fornærmede, og kriminalitet hvor ingen av de som er involvert ønsker en oppklaring av saken. Typisk eksempel er narkotikakriminalitet.¹³³ Den totale skadevirkningen av slik kriminalitet taler for bevisavskjæring i mindre grad.

En løsning på denne problematikken kan være å innføre nye etterforskningsmetoder. Nye etterforskningsmetoder kan imidlertid reise vanskelige personvernspørsmål. Det er imidlertid ikke dermed sagt at dette vil påvirke kvaliteten på bevisene som innhentes. Høyesteretts holdning de siste årene med hensyn til bevis ervervet på ulovlig eller utradisjonell måte, bidrar ikke til å fremme den materielle sannhet. Dette er problematisk sett i lys av at ett av straffeprosessens siktemål er å sikre den materielle sannhet. Denne praksisen kan i ytterste konsekvens føre til at lovgiver presses til å vedta lovgivning som åpner for bruk av metoder som burde vært unødvendige om man hadde hatt et smidigere syn på hvilke bevis som kan tillates ført. Ved å sammenligne Norge med andre land i Europa, og da særlig praksisen etablert av EMD, kunne Høyesterett med god grunn tillatt bevis som i dag avskjæres.¹³⁴

Spørsmålet om hvilke rammer som skal gjelde for bevisavskjæring vil avhenge av den enkeltes holdning til den materielle sannhet. Legger man størst vekt på å verne borgerne mot inn-

¹³² Strandbakken(2003) s. 641.

¹³³ Strandbakken(2003) s. 72-73.

¹³⁴ Strandbakken(2003) s. 641-642.

grep, vil terskelen for hvilke bevis som kan føres bli høyere. I motsatt fall vil de som legger størst vekt på å få domfelt skyldige anlegge en lavere terskel for bevisavskjæring.¹³⁵

Rammene for innhenting av bevis henger tett sammen med hva man ønsker å kriminalisere i samfunnet i fremtiden. Dersom lovgiverne ønsker å kriminalisere ny adferd, må det også være mulig å bevise overtredelser av straffebudet. Om dette ikke er mulig, er det heller ikke nødvendig med en kriminalisering. En slik tankegang taler dermed for at man ved visse alvorlige straffbare handlinger må være tilbøyelig til å godta bevis som også blir innhentet på ulovlige eller utilbørlige måter, rett og slett fordi det er vanskelig å bevise det straffbare forholdet. Virkemidlene og spillerommet politiet har for å innehente bevis må imidlertid alltid være proporsjonale i forhold til det straffbare forholds alvorlighet. Gode grunner taler for å tillate mer vidtgående og inngripende etterforskningsmetoder ved de mest alvorlige straffbare forhold. Den teknologiske utviklingen har gitt politiet anledning til en bred overvåkning av enkeltindivider i kampen mot kriminalitet. En slik utvikling medfører en nødvendig debatt rundt spørsmålet om hvilke bevissikringsmetoder som skal tas i bruk.¹³⁶

I forbindelse med de utradisjonelle etterforskningsmetodene må bevisavskjæringsvurderingen skje med bakgrunn i de verdier som gjør seg gjeldende på området til enhver tid.¹³⁷ Ved bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder må effekten av slike måles mot den totale nytten. Det eksisterer en vedvarende konflikt mellom hensynet til å verne borgerne mot inngrep i privatlivet og hensynet til den materielle sannhet. Et kompromiss mellom hensynet til vern av borgerne og det materielle sannhetsprinsipp bør være løsningen.¹³⁸ Etter min mening har Høyesterett i de overnevnte avgjørelsene lagt opp til en slik mellomløsning, og gode grunner taler for at dette bør bli løsningen også i fremtiden.

¹³⁵ Strandbakken(2003) s. 168-169.

¹³⁶ Strandbakken(2003) s. 169.

¹³⁷ Strandbakken(2003) s. 200.

¹³⁸ Strandbakken(2003) s. 170.

6 Konklusjon

En gjennomgang av Høyesteretts praksis har vist at fri bevisførsel er hovedregelen. Unntaksvis kan ideelle hensyn, rettssikkerhetshensyn og tanken om en human behandling av tiltalte føre til at denne hovedregelen må vike i visse tilfeller.

Til tross for at hensynet til den materielle sannhet er ett av straffeprosessens siktemål, har gjennomgangen av Høyesteretts avgjørelser avdekket at dette hensynet har relativ vekt, og kan måtte ofres i den konkrete saken. En absolutt regel om fri bevisføring samsvarer ikke med bevisretten sett i et helhetlig perspektiv.

Gjennomgangen av rettspraksis har vist at til tross for visse innskrenkninger i prinsippet om fri bevisførsel, har hensynet til den materielle sannhet ført til relativt få begrensninger i adgangen til fremleggelse av tilgjengelige bevis og den materielle sannhet blir oppfylt på lang sikt. Til tross for få begrensninger vil det kunne argumenteres med at beviset også i disse sakene burde blitt godkjent.

Bevisavskjæringsspørsmålet beror på en interessekonflikt mellom hensynet til sakens materielle sannhet og andre beskyttelsesverdige interesser. Hva som blir resultatet i den enkelte sak, beror på de konkrete omstendighetene og hva som etter dommerens mening gir det beste resultat.

Litteraturliste

- Aall, Jørgen ”Høyesterett som prosessrettsskaper særlig på området for utilbørlige bevis”. Festskrift til Carsten Smith(2002) s.957. (Sisert fra Lovdata).
- Andenæs, Johs. ”Norsk straffeprosess”. Samlet utgave av Tor-Geir Myhrer. Universitetsforlaget(2009). 4. utgave, 2. opplag.
- Eckhoff, Torstein (Helgesen) ”Rettskildelære” Universitetsforlaget(2001). 5.utgave.
- Kjelby, Gert Johan ”Rettergangsbot for utilbørlig forhold i anledning etterforskning – noen synspunkt på domstoloven § 200, jfr. § 213 femte ledd”. Festskrift til Per Stavang(1998) s. 653. (Sisert fra Lovdata).
- Kjelby, Gert Johan ”Mellom rett og plikt til straffeforfølgning – Den relative etterforsknings- og påtaleplikts rettslige rammer og rettslige utvikling i norsk straffeprosess”. Cappelen Damm Akademisk(2013).
- Kolflaath, Eivind ”Bevist utover enhver rimelig tvil”. Tidsskrift for rettsvitenskap(2011)s.135. (Sisert fra Lovdata).
- Møse, Erik ”Menneskerettigheter”. Cappelen Akademisk forlag. (2002). 1.utgave, 3. opplag.
- Torgersen, Runar ”Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?” Festskrift til Carl August Fleischer(2006) s. 533. (Sisert fra Lovdata).
- Schei, Tore(med flere) Tvisteloven: kommentarutgave. Universitetsforlaget (2013). Bind II. 2.utgave.
- Strandbakken, Asbjørn ”Uskyldspresumsjonen: In dubio pro reo”. Fagbokforlaget(2003).
- Øyen, Ørnulf ”I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?” Lov og rett(2010) s. 423. (Sisert fra Lovdata). Forkortet: LOR(2010).
- Ørnulf Øyen ”Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen”.

- Fagbokforlaget(2010).
- Øyen, Ørnulf ”Bevisforbud der politiet eller retten ikke har overholdt plikten til å orientere om straffeprosessloven § 122 – en kommentar til nyere praksis fra Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg”. Tidsskrift for strafferett(2010), s. 172. (Sisert fra Lovdata).
- Ørnulf Øyen ”Rettsens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker - sett i lys av målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling” Tidsskrift for strafferett(2013), nr. 2, s.198- 235. (Sisert fra Lovdata).
- Lover og forskrifter:
- Almindelig borgelig straffelov(straffeloven) av 1902. LOV-1902-05-22-10. Forkortet: strl.
- Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 1981. LOV-1981-05-22-25. Forkortet: strpl.
- Lov om domstolene(domstolsloven) av 1915. LOV-1915—08-13-5. Forkortet: dl.
- Forskrift om skytevåpen, våpendeler og ammunisjon mv.(våpenforskriften) av 2009. FOR-2009-06-25-904. Forkortet: våpenforskriften.
- Traktater:
- Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950. Forkortet: EMK.
- Forarbeider:
- Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteén(1969) – forkortet: Innst.(1969)

NOU 2001:32 B. Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven). Forkortet: NOU(2001)

Ot.prp.nr. 35(1978-1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker(straffesakloven). Forkortet: Ot.prp.nr. 35

Ot.prp. nr. 64(1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv. (etterforskningsmetoder mv). Forkortet: Ot.prp.nr. 64.

Ot.prp.nr. 66 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv.(hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.). Forkortet: Ot.prp. nr. 66.

Rettspraksis:

Rt. 1987 s. 92
Rt. 1990 s. 1008
Rt. 1991 s. 616
Rt. 1991 s. 1096
Rt. 1994 s. 610
Rt. 1994 s. 1139
Rt. 1996 s. 1114
Rt. 1997 s. 615
Rt. 1997 s. 795
Rt. 1997 s. 1778
Rt. 1999 s. 757
Rt. 1999 s. 1269
Rt. 2000 s. 1345
Rt. 2002 s. 1744
Rt. 2003 s. 383
Rt. 2003 s. 549

Rt. 2003 s. 651
Rt. 2003 s. 1814
Rt. 2004 s. 1561
Rt. 2004 s. 1719
Rt. 2004 s. 1789
Rt. 2005 s. 907
Rt. 2005 s. 1353
Rt. 2006 s. 582
Rt. 2006 s. 972
Rt. 2007 s. 920
Rt. 2007 s. 932
Rt. 2008 s. 605
Rt. 2008 s. 657
Rt. 2009 s. 567
Rt. 2009 s. 1526
Rt. 2010 s. 456
Rt. 2013 s. 323
Rt. 2013 s. 1501

EMD:

Saunders v. The United Kingdom
Sak nr. 19187/91

Luca v. Italy
Sak nr. 33354/96

Gossa v. Poland
Sak nr. 47986/99

Kaste and Mathisen v. Norway
Sak nr. 18885/04

