

Prosessuelle følger av at bevis er ulovlig ervervet - særlig retten til to-instansbehandling



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 573
Leveringsfrist: 25. November 2010

Til sammen 17265 ord

23.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Oppbygging av oppgaven	2
1.4	Rettskildebildet	3
1.4.1	Generelt	3
1.4.2	Forholdet til EMK	4
1.5	Den norske straffeprosess – Prosessuelle grunnprinsipper	5
1.5.1	Prosessuelle hensyn	5
1.5.2	God prosessordning	6
1.5.2.1	Grunnprinsipper for en god prosess	7
<u>2</u>	<u>LOVVERKET</u>	<u>9</u>
2.1	Ulovlig ervervede bevis	9
2.1.1	Læren om ulovlig ervervede bevis	9
2.1.2	Rettslig grunnlag	10
2.2	To-instansbehandling	11
2.2.1	To-instansreformen i 1995	11
2.2.2	Innholdet i retten til to-instansbehandling	12
2.2.3	Hensyn bak retten til to-instansbehandling	13
2.3	Lovbestemmelser i straffeprosessloven	14
2.3.1	Saksforberedelsen	14
2.3.2	Hovedforhandling	15
2.3.3	Anke	15
2.3.3.1	Opphevelse	15
2.3.3.1.1	Dommer	16
2.3.3.1.2	Kjennelser og beslutninger	17
2.3.3.2	Ny behandling	18

2.3.4	Oppsummering	20
3	<u>PROSESSUELLE FØLGER AV ULOVLIG ERVERVEDE BEVIS</u>	21
3.1	Høyesterett konkluderer med opphevelse på grunn av ulovlig ervervede bevis	22
3.1.1	Rt. 1999 s. 1269 " <i>fengselsbetjent-dommen</i> "	22
3.1.1.1	Om dommen	22
3.1.1.2	Forholdet til opphevelse	23
3.1.2	Rt. 2008 s. 657 – en kursendring av Høyesterett	25
3.1.2.1	Om dommen	25
3.1.2.2	Forholdet til opphevelse	26
3.1.3	Sammenligning	27
3.2	Høyesterett avviser opphevelse	29
3.2.1	Rettspraksis	30
3.2.1.1	Rt. 2000 s. 1345	30
3.2.1.2	Rt. 2003 s. 549	32
3.2.1.3	Rt. 2009 s. 1526	32
3.2.1.4	Oppsummering	34
3.2.2	Rt. 2010 s. 456	34
3.2.2.1	Om kjennelsen	34
3.2.2.2	Saksbehandlingsfeil og opphevelse	36
3.2.2.3	To-instansbehandling	40
3.3	Følgene av ulovlig ervervede bevis ut i fra Høyesterett praksis	43
3.3.1	Følgenes betydning for partene	46
3.3.2	Følgenes betydning for retten til to-instansbehandling	47
3.3.3	EMK	52
4	<u>AVSLUTNING</u>	55
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	57
5.1	Artikler	57
5.2	Lover	57
5.3	Internasjonale konvensjoner	58
5.4	Forarbeider	58

5.5	Forskrift	58
5.6	Rettspraksis	58
5.6.1	Norsk Retstidende	58
5.6.2	Lagmannsretten	59
5.7	Internasjonal rettspraksis	59
5.7.1	Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)	59

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er prosessuelle følger av at bevis er ulovlig ervervet, i forhold til retten til to-instansbehandling. Første problemstilling vil spørre om hva som kan være de prosessuelle følgene av at et bevis er ulovlig ervervet, mens andre problemstilling vil spørre om virkningene disse prosessuelle følgene får for retten til to-instansbehandling.

Ulovlig ervervede bevis er et forholdsvis lite og beskjedent behandlet område ved norske domstoler, sett hen til den begrensede mengden av rettspraksis som foreligger.

Det dilemmaet som oppstår her er at vi på den ene siden står ovenfor bevis som er ervervet på ulovlig måte, mens på den andre siden det forhold at det ikke blir stilt konsekvenser for de som bryter reglene for innhenting og bruk av bevis.

Mangel på konsekvenser for de som benytter seg av ulovlig ervervede bevis, kan få betydelige følger for de som er involvert i en straffesak.¹ Formålet med denne oppgaven er dermed å se på hvilke konsekvenser ulovlig ervervede bevis kan få for prosessen og retten til to-instansbehandling.

Siden læren om ulovlig ervervede bevis stort sett er ulovfestet, sett bort i fra bestemmelser om bevisforbud² og bevisfritak³, er det ikke mange lovregler som kan hjelpe med å kartlegge dette temaet, men jeg vil ta for meg både straffeprosessloven (heretter forkortet strpl)⁴ og Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (heretter forkortet EMK).⁵ Det vil også bli sett på tvisteloven (heretter forkortet tvl.)⁶, som et

¹ Andenæs (2009) s. 241

² Se blant annet strpl. § 117 til § 119

³ Se blant annet strpl. § 122 til § 125

⁴ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai nr. 25, 1981 (Straffeprosessloven)

⁵ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai nr. 30 1999

⁶ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni nr. 90 2005 (Tvisteloven)

sammenligningsgrunnlag til straffeprosessloven, siden tvisteloven har et lovfestet forbud mot *”bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte”*, jfr. tvl. § 22-7.

1.2 Avgrensninger

Temaet om ulovlig ervervede bevis strekker seg fra vurderingen av om beviset i det hele tatt er ulovlig og til bevisavskjæringsvurderingen som blir foretatt av domstolen. På grunn av problemstillingen som retter seg mot følger av ulovlig ervervede bevis, blir dette ikke tatt med i utredningen. Jeg vil konkret rette meg mot de lovregler som regulerer de ulike rettsmidlene som kan benyttes i de tilfeller det er benyttet ulovlig ervervede bevis.

Siden det er begrenset med rettspraksis på dette området vil det vil bli vist til 10 aktuelle avgjørelser fra Høyesterett, hvor Rt. 2010 s. 456 vil bli tatt grundigere for seg. Denne avgjørelsen vil bli tatt grundigere for seg blant annet fordi den ikke har blitt kommentert i litteraturen, og fordi den er av sentral betydning for Høyesterett sitt syn på de prosessuelle følgene av et ulovlig ervervet bevis.

Praksisen vil i all hovedsak stamme fra Høyesterett, men det er også aktuelt og se på avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, heretter forkortet EMD. Praksisen som er aktuell vil være fra etter reformen av straffeprosessloven i 1995, og vil bli tatt for seg i kronologisk rekkefølge, da dette gir den beste oversikten.

1.3 Oppbygging av oppgaven

Innledningsvis vil det blir gitt en kort oversikt over de viktigste hensyn og grunnprinsipper bak en god prosessordning. Deretter vil lovverket bli tatt for seg, for til slutt å se på rettspraksis på det aktuelle området.

1.4 Rettskildebildet

1.4.1 Generelt

I norsk straffeprosess er ikke bestemmelsene som regulerer hva som utgjør et ulovlig ervervet bevis og eventuelle følger av dette ikke samlet på et sted i straffeprosessloven.

Bestemmelser som regulerer hvilke bevis som ikke kan innhentes er for eksempel strpl. § 230 som regulerer vitneforklaringer avgitt til politiet. Politiet kan ikke pålegge noen å forklare seg etter denne bestemmelsen. Gjør de dette er beviset å anse som ulovlig ervervet.

Et eksempel fra et annet område er politiet sin adgang til videoovervåking etter strpl. § 202a. Her vil det foreligget et ulovlig ervervet bevis hvis de nødvendige vilkår etter loven ikke foreligger. Det finnes også flere bestemmelser i straffeprosessloven enn de som eksempelvis er nevnt her, hvor brudd på de ulike, resulterer i et ulovlig ervervet bevis. Dette gjelder spesielt på området for etterforskningen ⁷ og ved bruk av tvangsmidler.⁸

Brudd på påtaleinstruksen kan også kvalifisere som ”*ulovlig*” i denne sammenheng.⁹ Påtaleinstruksen regulerer politiets arbeidsmetoder innenfor behandling av en straffesak, og skal dermed ivareta sentrale hensyn.¹⁰ Brudd på påtaleinstruksens § 8-1 kan være et eksempel på når det kan oppstå et ulovlig bevis. Gir ikke politiet mistenkte informasjon om hans rett til ikke å forklare seg, kan dette lede til at beviset er ulovlig ervervet.

I tillegg til de ulike bestemmelsene i straffeprosessloven og påtaleinstruksen om hva som kan kvalifisere til å bli ett ulovlig ervervet bevis, foreligger det også ulovfestede prinsipper utviklet av Høyesterett. Et slikt eksempel finner vi blant annet i ”*videoovervåkings-dommen*”.¹¹

⁷ Strpl. kap. 18

⁸ Strpl. fjerde del

⁹ Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten av 28. juni 1985

¹⁰ Andenæs (2009) s. 38

¹¹ Rt. 1991 s. 616, se nærmere punkt 2.1.1

Når det kommer til området for prosessuelle følger av ulovlig ervervede bevis, foreligger det et forholdsvis omfattende regelverk om anke, opphevelse og ny behandling, uten at det foreligger en klar forbindelse mellom disse lovbestemmelsene og ulovlig ervervede bevis.

Grunnen til at læren om hva som utgjør ulovlig erverv av bevis ikke ble lovfestet mer inngående under forarbeidet av straffeprosessloven i 1981 er fordi lovgiver fant ut at det ville være vanskelig å detaljregulere dette området og at det ville *”belaste loven uforholdsmessig i forhold til den beskjedne praktiske betydningen.”*¹² Derfor overlot lovgiver løsning av dette spørsmålet til teori og praksis, siden tilfellene som kan oppstå er av veldig forskjellig art.¹³ Det er med dette opp til domstolen og bestemme hva som skal bli følgene av at ulovlig ervervede bevis har blitt benyttet. Som det fremgår av praksis så har ikke lovgivers syn fra 1981 holdt seg frem til i dag, da det viser seg at ulovlig ervervede bevis har mer enn en *”beskjeden betydning”* for de involverte i en straffesak. Jeg vil dermed i slutten av oppgaven drøfte behovet for et bedre og mer inngående regelverk på dette området.

1.4.2 Forholdet til EMK

Ved Norge sin ratifikasjon og inkorporasjon av Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) gjennom menneskerettsloven nr. 30 1999¹⁴ § 2 og § 3 og gjennom strpl. § 4, har EMK fått betydning som rettskilde ved straffeprosessuelle spørsmål ved at det ved denne inkorporasjonen har blitt gjort til norsk rett, i tillegg til at de folkerettslige reglene for forrang fremfor annen lovgivning ved tilfellet av motstrid.¹⁵

¹² Andenæs (2009) s. 241 og Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 197

¹³ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 197

¹⁴ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai nr. 30 1999 (Mnskrl)

¹⁵ Mnskrl. § 3; *”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.”*

Det samme gjelder for FNs konvensjon om Sivile og politiske rettigheter, heretter forkortet SP. Både EMK og SP har til formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.¹⁶

Håndhevelsesorganet til EMK er Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter forkortet EMD).

EMK har ingen regler som direkte regulerer forholdet til ulovlig ervervede bevis eller følger ved bruk av disse, men de har i art. 6 nummer 1 i konvensjonen en rett for tiltalte til en "fair trial", altså en rettferdig rettergang. Forholdet mellom en "fair trial" og prosessuelle følger ved ulovlig ervervede bevis vil bli nærmere behandlet i punkt 3.3.3.

1.5 Den norske straffeprosess – Prosessuelle grunnprinsipper

1.5.1 Prosessuelle hensyn

Ved avgjørelsen av et spørsmål om hva som skal bli de prosessuelle følgene av at et ulovlig ervervet bevis har blitt benyttet, er det ulike hensyn som domstolen må eller bør ta med i sin vurdering. Som Hov sier; *"bak slike regler ligger det til dels uutalte ønsker fra dem som har gitt, eller som har utformet loven, om at en bør prøve å utforme prosesslovgivningen under hensyntagen til bestemte generelle prinsipper"*.¹⁷ Disse prinsippene kan tenkes å være avgjørende for ulovlig erverv av bevis og følgene disse kan få for påtalemyndighetenes mulighet for irettføring. Spesielt siden dette er et ulovfestet område, slik at hensyn kan være av en avgjørende karakter for utfallet av den enkelte straffesak. Men det kan tenke seg at disse prosessuelle hensynene ikke får avgjørende vekt eller får gjennomslag hos domstolen. En hypotese som har vært aktuell ved arbeidet på denne oppgaven har vært at siden vi befinner oss på et ulovfestet område, kan det tenkes at de hensyn som begrunner en god prosessordning, ikke får den gjennomslagskraft de burde, og dermed trer i bakgrunnen, slik at konsekvensene for påtalemyndighetens sin mulighet for irettføring blir begrenset.

¹⁶ Jfr. mnskrl sin tittel; "Lov om styrking av menneskerettighetene sin stilling i norsk rett" og mnskrl. § 1: "Lovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett."

¹⁷ Hov (2010) s. 140

1.5.2 God prosessordning

Kjennetegnet på en god prosessordning viser seg ved at det blir avsagt flest mulig riktige resultater.¹⁸ Dette viser seg spesielt i straffesaker ved at det ikke er uskyldige som blir dømt, men at den skyldige blir holdt ansvarlig.¹⁹ Straffeprosessloven har ingen formålsparagraf som regulerer dette, men man kan trekke sammenligninger med tvl. § 1-1. Her har de lovfestet de hensyn som en god prosessordning skal forsøke å oppnå og ivareta,

”Loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.”²⁰

I straffeprosessen går det ett skille mellom behandlingen av saken i domstolen²¹ og behandling av saken utenfor domstolen.²² De hensyn som er lovfestet i tvisteloven, retter seg mot den behandlingen av en straffesak som foregår for domstolen.

Behandlingen utenfor domstolen har litt andre hensyn å ivareta.²³ Det er hovedsakelig gjennom saksbehandlingsreglene lovgiver ivaretar de ulike hensyn som begrunner en god prosessordning.²⁴

Det er flere forhold som kan hjelpe domstolen til å oppnå en god prosessordning.

Blant annet er det viktig at domstolen har tillitt hos befolkningen. Denne tillitten oppnås ved at domstolen treffer flest mulig riktige avgjørelser, og for å treffe flest mulige riktige avgjørelser må grunnlaget for avgjørelsen være så godt som mulig. Dette er viktig i forhold til de ulovlig ervervede bevisene. Retten skal ha det beste grunnlaget for avgjørelsen, men grunnlaget skal være innhentet og opparbeidet innenfor de lovregler, prinsipper og retningslinjer som foreligger.

¹⁸ Hov (2010) s. 138

¹⁹ Hov (2010) s. 139

²⁰ Tvisteloven av 2005 § 1-1

²¹ Se blant annet strpl. kap 22

²² Se blant annet strpl. kap 18

²³ Hov (2010) s. 141

²⁴ Hov (2010) s. 140

Retten må derfor foreta en konkret vurdering i den enkelte sak. Ved at det fattes riktige avgjørelser blir også prosessen betryggende, noe som igjen bygger tillitt. Tillitt og trygghet til rettsapparatet er en forutsetning for at en rettsstat som Norge skal fungere.

Effektivitet er også et viktig hensyn. Spesielt på ett område som for bevis, hvor det kan komme problemer hvis det tar lang tid fra tidspunktet for forbrytelsen til saken kommer opp for domstolen. Dette er viktig både i forhold til den individualpreventive og den allmennpreventive virkningen reaksjonen er ment å gi.²⁵ Det spesielle ved ulovlige ervervede bevis er at følgene av at slike bevis benyttetes ikke er lovregulert i straffeprosessloven, og ved mangel av lovregler er det spesielt viktig med hensyn som kan rettlede domstolen til å treffe riktige resultat.

Det som imidlertid kan bli problemet her, er at det foreligger hensyn som trekker i hver sin retning. For det er ikke gitt at de hensyn som er sentrale i en sak, trekker i samme retning. Det må derfor foretas en vurdering, og denne vurderingen er ikke alltid like lett. Det er ingen regler som gir anvisning på hvilke hensyn som skal gå foran fremfor de andre. Denne konflikten må derfor løses ut ifra forholdene i det enkelte tilfellet.²⁶

1.5.2.1 Grunnprinsipper for en god prosess

Det er noen grunnprinsipper som gjør seg spesielt gjeldende i saker hvor det foreligger ulovlig ervervede bevis. Disse prinsippene kan som jeg nevnte tidligere trekke i begge retninger i forhold til de prosessuelle følgene av ulovlig ervervede bevis. Noen hensyn er til støtte for en føring av slike bevis og at det dermed ikke får noen følger, mens andre er til støtte for at det burde bli konsekvenser ved en slik bruk.

Et viktig prinsipp i prosessen er det materielle sannhetsprinsipp. Det foreligger et sannhetsideal som domstolene strekker seg etter, og som skal forhindre at det blir fattet feil avgjørelser. I straffeprosessloven kommer dette indirekte til uttrykk i § 294 om at retten skal sørge for at saken blir fullstendig opplyst; *”Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst.”*

²⁵ Hov (2010) s. 139

²⁶ Torgersen (2009) s. 25

Fullstendig må her forstås som best mulig, siden det er nesten uopnåelig å opplyse straffesaker fullstendig.²⁷ Dette målet om ”fullstendighet” knytter seg opp til de ulovlig ervervede bevisene og vurderingen av tillatelse eller avskjæring. Hva veier mest, opplysningen av saken eller at de lovfestede eller ulovfestede saksbehandlingsreglene er brutt og dermed tilsier at beviset ikke skal kunne benyttes? Dette prinsippet taler for at ulovlige bevis skal kunne benyttes og det ved dette ikke kan medføre saksbehandlingsfeil og eventuelle konsekvenser av en slik feil. Men så kan man igjen spørre hvor langt man skal gå for å oppfylle dette prinsippet? Finnes det ingen grenser for muligheten til å benytte et bevis?

Et annet prinsipp som bør nevnes er retten til fri bevisføring og fri bevisbedømmelse. Disse to står som to grunnpilarer i den norske straffeprosessen.

Retten til fri bevisføring kommer ikke direkte til uttrykk i straffeprosessloven, men den innebærer en rett for begge parter til å føre alle bevis de ønsker.²⁸ Det foreligger ingen begrensninger, og det kan fremlegges ethvert bevis om har tilknytning til saken. Denne retten var lovfestet i straffeprosessloven av 1887, men ble senere utelatt. Selv om det ikke foreligger en lovfestet rett, er det ikke noe som tilsier at denne retten ikke skal videreføres, slik at retten til fri bevisføring er en uskreven grunnleggende rett. En fastlegging av dette prinsippet kommer også frem i avgjørelser avsagt av Høyesterett.²⁹ Retten til fri bevisbedømmelse er slått fast i tvisteloven, men er ikke slått fast i straffeprosessloven. Uansett om den er lovfestet eller ikke er dette en selvsagt rett for domstolen.³⁰

Disse to prinsippene er hovedreglene for henholdsvis bevisføringen til partene og den bevisbedømmelse domstolen skal foreta.³¹ Læren om ulovlig ervervede bevis er unntak til hovedreglene, og trenger dermed en nærmere begrunnelse. Siden ulovlig ervervede bevis er unntaket kan dette føre til at de øvrige hensyn som omtalt tidligere trer i bakgrunnen. Hvordan Høyesterett vektlegger de ulike hensyn vil derfor være sentralt ved analysen av rettspraksis under punkt 3.

²⁷ Bjerke og Keiserud (2001) s. 1022

²⁸ Hov (2010) s. 1099

²⁹ Se blant annet Rt. 1990 s. 1008

³⁰ Hov (2010) s. 1133

³¹ Jørgen Aall, ”Høyesterett som prosessrettskaper særlig på området for utilbørlige bevis” (2002) s. 962

Det aller viktigste for en god prosess er at det foreligger en rettferdig prosess. Dette er den største utfordringen vi møter i de tilfeller der det er benyttet ulovlig ervervede bevis og hvordan dette skal håndteres av domstolen.

2 Lovverket

2.1 Ulovlig ervervede bevis

2.1.1 Læren om ulovlig ervervede bevis

Hva inneholder ”læren om ulovlig ervervede bevis”?

Denne læren henviser til det forhold at det er opp til rettspraksis å bestemme hva som skjer med bevis som faller inn under kategorien ”ulovlig ervervet” siden denne læren er ulovfestet. Rettspraksis i dette tilfellet er praksis fra Høyesterett. Hva som blir gjeldende rett innenfor dette området er derfor opp til domstolens rettsskapende virksomhet.

Hovedregelen i norsk rett er at det er fri bevisførsel i straffesaker.³² Imidlertid oppstår det av og til situasjoner der det blir satt begrensinger ved dette utgangspunktet. En slik situasjon oppstår i de saker der det foreligger bevis som er skaffet til veie på en ulovlig måte.

Hvis man skal sette en definisjon på hva som skjer i dette tilfellet, kan man si at den rettslige beviservervsnormen er overtrådt.³³ Dette er både pliktnormer og kompetansenormer, og kan forekomme ved ulovlige handlinger eller ved unnlater. Ulovlighetene er heller ikke begrenset til å gjelde overtredelse av formelle lover, men gjelder generelt for rettslige normer. Overtredelsen kan også komme ved brudd på hensyn som står sterkt i vårt samfunn. Et eksempel på dette er Rt. 1991 s. 616, den såkalte ”*videoovervåkings-dommen*”. Spørsmålet i denne saken var om et videoopptak av de ansatte i en sak som gjaldt underslag, kunne benyttes som bevis. De ansatte var i dette tilfellet ikke klar over at de ble overvåket. Høyesterett uttalte her, ”*..er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige*

³² Se punkt 1.5.2.1 for hjemmel

³³ Torgersen (2009) s. 5

*integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis.*³⁴

Et ulovlig ervervet bevis er som regel bevis som er skaffet frem ved at politiet eller påtalemyndigheten har gått over de grenser som lovgivningen eller retningslinjer gir for innhenting og bruk av bevis.³⁵ Dette skjer ved enten tradisjonelle eller utradisjonelle etterforskningsmetoder.³⁶

Eksempler på utradisjonelle metoder kan være ulike former for kommunikasjonskontroll, provokasjon og infiltrasjon, mens avhør av siktede er den mest tradisjonelle etterforskningsmetoden.

Det skal imidlertid nevnes at problemet med ulovlig ervervede bevis ikke bare oppstår ved bevis som politiet eller påtalemyndigheten kommer med, dette kan også oppstå med bevis som siktede eller domstolen kommer med. Det er imidlertid sjelden det foreligger ulovligheter ved de bevis domstolen kommer med.

De aller fleste bevis som er knyttet til faktum og som bidrar til å belyse saksforholdet kan derfor være beheftet med feil som kan føre til opphevelse.

2.1.2 Rettslig grunnlag

Som nevnt tidligere foreligger det ikke i straffeprosessloven en lovbestemmelse som regulerer hva som er et ulovlig ervervet bevis, men det foreligger flere bestemmelser hvor overtredelse av disse vil føre til et ulovlig ervervet bevis.³⁷

Det foreligger heller ingen lovbestemmelse som regulerer hva følgene blir ved bruk av et ulovlig ervervet bevis.

I Innstillingen fra 1969 ble det sagt i fra Straffeprosesslovskomiteèn at det var vanskelig å fatte en lovbestemmelse på dette området, siden det var et forholdsvis lite problemområde. Lovgiver mente derfor at det skulle være opp til teori og praksis

³⁴ Rt. 1991 s. 616 s. 623

³⁵ Andenæs (2009) s. 240

³⁶ Aall (1995) s. 309

³⁷ Jfr. punkt 1.4.1

hvordan dette skulle håndteres.³⁸ Det er derfor opp til domstolene å utvikle reglene på dette området, men hovedregelen er likevel at selv om beviset er ulovlig ervervet kan det føres. Dette sier de med bakgrunn i hovedregelen i norsk rett om fri bevisførsel. I "videoovervåkings-dommen" kom Høyesterett med uttalelser om at vi hadde regler for ulovlig ervervede bevis. I denne saken hadde innehaveren av en videobutikk satt opp et overvåkingskamera for å se om det ble foretatt underslag av de ansatte. Her sier Høyesterett at *"som kjent er det ikke slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført. Spørsmålet er ikke lovregulert, men forarbeidene til straffeprosessloven forutsetter at avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse, se særlig Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197. Det må ved denne bedømmelse legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak."*³⁹

Hva som skal skje med et ulovlig bevis avhenger av en vurdering i den konkrete sak. Utgangspunktet er i hvertfall fri bevisføring. Eventuelle unntak må derfor begrunnes særskilt. Det er som regel ved denne vurderingen av om domstolen skal tillate eller avskjære beviset, at det oppstår feil som enten domfelte eller påtalemyndigheten vil anke over senere i prosessen. Det er dette stadiet av prosessen som er interessant for problemstillingen i denne oppgaven.

2.2 To-instansbehandling

2.2.1 To-instansreformen i 1995

Før 1995 var forholdene slik at ikke alle straffesaker hadde tingretten som første instans for behandling. Straffesaker med en nedre strafferamme på 6 år hadde lagmannsretten som første instans. Rettstilstanden var dermed slik at de mindre alvorlige sakene, som hadde tingretten som førsteinstans, fikk behandlet skyldspørsmålet to ganger, mens de sakene som startet direkte i lagmannsretten bare fikk behandlet skyldspørsmålet en gang, siden det til Høyesterett bare er adgang til å anke over lovanvendelsen, saksbehandlingen og straffeutmålingen, jfr. strpl. § 306 annet ledd. Det ble derfor satt et utvalg som skulle reformere dette rettsmiddelsystemet. I 1995 trådte To-

³⁸ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 197

³⁹ Rt. 1991 s. 616 s. 623

instansreformen i kraft. Denne reformen er den største som har blitt gjennomført i straffeprosessloven. Hovedpunktene ved denne reformen var at alle straffesaker skulle starte i herreds- eller byretten, nå tingretten, jfr. strpl. § 5, og første ankeinstans blir lagmannsretten uansett ankegrunn, jfr. strpl. § 321. Reformen fra 1995 skulle også lette på arbeidsmengden til Høyesterett, slik at de kunne konsentrere seg om de prinsipielle sakene.

Et annet forhold ved den reformen var også å forbedre forholdet mellom norske prosessregler og de folkerettslige forpliktelsene til Norge.⁴⁰ Spesielt i forhold til EMK og SP.

2.2.2 Innholdet i retten til to-instansbehandling

Det viktigste innholdet i retten til to-instansbehandling er at man nå skal få prøvd saken sin for to instanser. Det er spesielt i forhold til anke over skyldspørsmålet at retten til to-instansbehandling er viktig. Dette skal man nå få prøvet to ganger, uansett alvorlighetsgrad saken har, en gang for tingretten og en gang for lagmannsretten. Vil man prøve skyldspørsmålet for annen gang ved lagmannsretten må man anke over dette jfr. strpl. § 306 første ledd.

Forarbeidene⁴¹ til denne reformen av rettsinstansene, legger vekt på at retten til to-instansbehandling blant annet skal sikre flere riktige avgjørelser. Flere riktige avgjørelser skal sikres ved at retten til overprøving av saker skal utvides. Dette skal skje ved at alle saker nå skal begynne i tingretten.⁴² Dette sikres også ved at skyldspørsmålet nå skal kunne prøves for to instanser.

Forarbeidene sier imidlertid ikke klart hvordan domstolen skal forholde seg til at det har blitt foretatt feil i prosessen, og hvordan de skal forholde seg til eventuell opphevelse. Det eneste lovgiver sier er at hvis det har skjedd grove feil i første instansen burde dette

⁴⁰ Matningsdal (1995) s. 53

⁴¹ NOU 1992:28 To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker

⁴² NOU 1992:28 s. 25

tale for opphevelse, slik at det er mulig å sikre en fullverdig behandling i to instanser.⁴³ Ved å uttrykke seg med ”burde tale for”, legger de dermed vurderingen over i domstolen sin hender.

2.2.3 Hensyn bak retten til to-instansbehandling

To-instansutvalget foretok en grundig gjennomgang og vurdering av hensyn for og i mot at det skulle bli vedtatt en rett til behandling i to instanser.⁴⁴ Det forelå flere hensyn som talte mot en slik ordning enn de som talte for, blant annet den økte resursbruken og tidsbruk i tillegg til belastningen de involverte ble satt ovenfor. Allikevel konkluderte utvalget på bakgrunn av de hensyn som talte for en slik ordning, fordi disse var atskillig mer tungtveiende. Det viktigste hensynet som ble anført og som var det utslagsgivende for utvalget sin konklusjon var hensynet til rettsikkerheten. Utvalget konkluderer slik: ”Riktignok gjør det seg gjeldende vektige motforestillinger mot en slik reform, jf særlig punktene 3.5-3.8 foran. Men de rettsikkerhetshensyn som taler for å åpne adgang til full to-instansbehandling, er så tungtveiende at vi ikke kan se at reformen er til å komme utenom.”⁴⁵

Utvalget så det derfor som viktig at man i straffesaker har som mål å unngå uriktige domfellelser og frifinnelser, og at denne to-instansbehandlingen utvikler en bedre garanti for at man ender opp med ett riktig resultat. Dette gjør seg spesielt viktig på et område som strafferett.

Høyesterett kom i storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1764 med en uttalelse om de viktigste hensynene bak denne reformen. Denne saken omhandlet det forhold at lagmannsretten ved nektelse av en anke ikke hadde gitt begrunnelse for hvorfor denne anken ikke ble tillatt ført. Høyesterett tar her opp forholdet til to-instansbehandling og kommer med følgende uttalelse om hensynene bak to-instansreformen, ”Innføringen av to-instansordningen ble ansett som en viktig reform. To hensyn framheves i lovens forarbeider: Det ene er ønsket om å styrke rettsikkerheten for tiltalte ved økt adgang til behandling i to instanser. Det andre er målsettingen om i størst mulig grad å kunne

⁴³ NOU 1992:28 s. 148

⁴⁴ NOU 1992:28 s. 23-28

⁴⁵ NOU 1992:28 s. 28

frafalle forbeholdet om to-instansbehandling som Norge tok i forbindelse med ratifikasjonen i 1972 av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og FNs barnekonvensjon, jf. Ot.prp.nr.78 (1002-1993) side 5-6."⁴⁶ Det er med dette rettssikkerheten som har stått i fremsete for denne reformen.

2.3 Lovbestemmelser i straffeprosessloven

Det er mange spørsmål som reiser seg ved ulovlig ervervede bevis, spesielt om disse skal avskjæres eller hva som skal skje hvis skaden allerede har skjedd ved at beviset er ført for retten. Alle disse spørsmålene kan reise seg på forskjellige stadier av prosessen. Disse kan reise seg i saksforberedelsen, jfr. strpl. § 272, under hovedforhandlingen, jfr. strpl. § 272 tredje ledd eller i ankeforhandlingen gjennom anke over saksbehandlingen, jfr. strpl. § 314 jfr. § 343.

Jo senere det kommer innsigelser, jo svakere vil innsigelsen bli.⁴⁷ Dette kan få konsekvenser for de prosessuelle følgene av ulovlig ervervede bevis.

2.3.1 Saksforberedelsen

Som forarbeidene sier, kan det for visse spørsmål som reiser seg i en straffesak, være hensiktsmessig å avgjøre disse før hovedforhandling begynner. Dette gjelder blant annet spørsmål om avskjæring av bevisførsel.⁴⁸

Den beste måten å unngå fremtidige problemer i prosessen på grunn av bruk av ulovlig ervervede bevis, er å avskjære disse bevisene allerede under saksforberedelsen, jfr. strpl. § 272 første ledd bokstav c;

"om å avskjære bevisførsel under hovedforhandlingen"

Det er retten som avgjør om ett bevis skal avskjæres her.

⁴⁶ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 50

⁴⁷ Bratholm *"Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte."* (1959) s. 121

⁴⁸ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 296

Prosessøkonomisk og med tanke på rettssikkerheten er det best å ta stilling til et ulovlig ervervet bevis her. De prosessuelle følgene ved ulovlig ervervede bevis, kan få et helt annet utfall om domstolen innledningsvis har tatt stilling til problemet, og man slipper det scenarioet at Høyesterett blir veldig oppstykket om retten her skal ta stilling til spørsmål om bevisavskjæring.⁴⁹

2.3.2 Hovedforhandling

Etter samme bestemmelse, men i tredje ledd kan retten vente med å ta stilling til avskjæring helt til hovedforhandling har startet;

”Retten kan beslutte å utsette avgjørelsen til hovedforhandlingen.”

Dette blir ofte tilfellet hvis retten, ved rettens formann, føler de ikke har det tilstrekkelige grunnlaget for å treffe en avgjørelse i saksforberedelsen.⁵⁰

Da har vi forflyttet oss et skritt lenger inn i prosessen, og det er dermed lenger å gå tilbake for å bøte på eventuelle feil som kan oppstå i form av at ulovlige bevis blir benyttet.

2.3.3 Anke

Ved reformen av straffeprosessloven i 1995 var det ankereglene og reglene om juryordningen som fikk den største oppmerksomheten. For å sikre gjennomføringen av to-instansreformen måtte det til en ”oppussing” av de ankereglene som forelå før reformen.

2.3.3.1 Opphevelse

Det er på ankestadiet av en straffesak lovverket har flest regler som kan få betydning for eventuelle prosessuelle følger ved ulovlig ervervede bevis. Det er også disse lovreglene som blir mest aktuelle siden feilen ved bruk av ulovlig ervervede bevis ofte blir

⁴⁹ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 296

⁵⁰ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 297

oppdaget etter at beviset er ført under hovedforhandling i tingretten. Loven skiller også mellom opphevelse av dommer og kjennelser og beslutninger. Opphevelse vil her si at saken bringes tilbake til det stadiet der den sto før avgjørelsen ble fattet.⁵¹

2.3.3.1.1 Dommer

Straffeprosessloven skiller mellom opphevelse av dommer før ankeforhandling og etter ankeforhandling. Etter strpl. § 322 kan lagmannsretten beslutte å oppheve tingrettens dom før anken eventuelt blir henvist til behandling. Denne bestemmelsen er ment for de klare saksbehandlingsfeil i følge ordlyden ”klart”, men det er allikevel en vurdering retten må ta i form av ordvalget ”bør”.⁵² Denne bestemmelsen gjelder først og fremst for saksbehandlingsfeil, hvor det er klart at det vil være, sett med prosessøkonomiske øyne, uklokt å henvise anken til behandling.⁵³

Blir anken henvist til ankeforhandling er hovedregelen for opphevelse strpl. § 343.

I bestemmelsens andre ledd er det listet opp en rekke absolutte ugyldighetsgrunner som uansett skal lede til opphevelse. Dette er fordi disse absolutte ugyldighetsgrunnene er så alvorlige at det ikke er mulig å opprettholde dommens resultat selv om en slik ugyldighetsgrunn foreligger.⁵⁴

Foreligger det en slik absolutt ugyldighetsgrunn, er det ikke nødvendig med en vurdering av om feilen kan ha innvirket på dommens innhold. Er forholdene slik at det ikke er anket over en absolutt ugyldighetsgrunn, blir opphevelse bare aktuelt hvor retten finner at feilen kan ha virket inn på dommens resultat. Dette blir regulert i § 343 første ledd;

”Feil ved saksbehandlingen kommer bare i betraktning når det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold.”

Det er etter dette opp til domstolens vurdering hva følgene blir ved at det foreligger en saksbehandlingsfeil. Dette kommer klart til uttrykk ved at lovgiver har benyttet ”*antas*”

⁵¹ Hov (2010) s. 1296

⁵² Bjerke og Keiserud (2001) s. 1089

⁵³ Hov (2010) s. 1375

⁵⁴ Bjerke og Keiserud (2001) s. 1125

og ”kan”. Problemet vil her være å finne ut av i hvilke tilfeller bruk av et ulovlig ervervet bevis vil representere en saksbehandlingsfeil og i hvilken grad dette beviset kan ha innvirket på dommens resultat.

Det er ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen kan ha virket inn etter denne bestemmelsen. Det kan tenkes at grunnen til at innvirkningsspørsmålet ikke har strengere krav, er at man ikke har mulighet til å se hvordan feilen kan ha innvirket på dommen, og det kan dermed tenkes at opphevelse har en form for ”*føre var prinsipp*”.⁵⁵ Det er kun etter første ledd det er snakk om en vurdering for domstolen. Foreligger det feil som regnet opp i bestemmelsens andre ledd, fører dette automatisk til opphevelse. Imidlertid er ikke ulovlig ervervede bevis nevnt her.

Oppsummeringen av § 343 er at virkningene av et ulovlig ervervet bevis avhenger av om det foreligger en absolutt ugyldighetsgrunn. Hvis det ikke foreligger en slik ugyldighetsgrunn som er nevnt i bestemmelsens andre ledd, blir resultatet opp til en skjønnsmessig vurdering foretatt av Høyesterett.

2.3.3.1.2 Kjennelser og beslutninger

Hovedregelen i norsk rett er at det er adgang til å anke over enhver kjennelse og beslutninger⁵⁶, jfr. strpl. § 377 første ledd. Dette er avgjørelser fattet av retten, og omfatter ikke avgjørelser fattet av andre som er involvert i en straffesak.⁵⁷ I denne avhandlingens henseende blir dette aktuelt i de tilfeller der retten har godkjent føring av ett bevis, som forsvaret eller påtalemyndigheten har ugyldighetsinnsigelser mot.

Unntakene kommer også frem av bestemmelsens første ledd. Disse retter seg spesielt mot de tilfeller der samme grunnlag for anken kan benyttes i anke mot dommen som helhet, jfr. lovens kapittel 23. Dette kan ofte bli ett dilemma, siden bruk av ulovlig ervervede bevis som regel vil ha påvirket hele dommen, og at det da er mer naturlig å anke over dommen som helhet, jfr. strpl. § 306 første ledd.

⁵⁵ Hov (2010) s. 1296

⁵⁶ Nærmere innhold av hva som er kjennelser og beslutninger, se straffeprosessloven § 30.

⁵⁷ Bjerke og Keiserud (2001) s. 1191

Opphevelse av kjennelser og beslutninger på bakgrunn av ulovlig ervervede bevis er regulert i strpl. § 385 andre ledd. Opphevelse er i disse tilfellene aktuelt der retten ikke finner at de har tilstrekkelig grunnlag til å treffe en ny avgjørelse.⁵⁸

Bestemmelsens tredje ledd regulerer saksbehandlingsfeil. Det er den samme vurderingen som skal foretas her, som etter strpl. § 343 første ledd, men det er viktig å merke seg at de er bare ”påberopte” saksbehandlingsfeil. Forligger det en saksbehandlingsfeil som ikke er påberopt er det likevel en mulighet for retten til å oppheve, ved å gå utenfor ankegrunnene etter strpl. § 342 andre ledd. Forholdene stiller seg derfor likt for ulovlig ervervede bevis etter denne bestemmelsen som det gjør ved anke over dommer, jfr. strpl. § 343. Vurderingen som retten må foreta blir den samme etter § 285 tredje ledd § 343 første ledd.⁵⁹

2.3.3.2 Ny behandling

Hvis retten bestemmer at en dom skal oppheves fordi feilen har oppstått ved ett bevis, kan de velge om også hovedforhandlingen skal oppheves eller ikke. Straffeprosessloven § 347 og § 350 regulerer dette.

Etter § 347 første ledd er det opp til domstolen å bestemme hva som skal skje etter at en dom blir opphevet;

”Når en dom blir opphevd, skal også hovedforhandlingen oppheves, om ikke retten finner at opphevingen bare bør gjelde dommen.”

Hvis ankeinstansen ikke velger å oppheve hovedforhandling, er det opp til underinstansen å bestemme om en ny hovedforhandling er nødvendig.⁶⁰ Foreligger det et ulovlig ervervet bevis foreligger det mange grunner til at underinstansen beslutter å gjennomføre en ny hovedforhandling, siden et ulovlig ervervet bevis antagelig har påvirket innholdet i den første hovedforhandling. Men som sagt er det opp til en

⁵⁸ Bjerke og Keiserud (2001) s. 1213

⁵⁹ Bjerke og Keiserud (2001) s. 1213

⁶⁰ Bjerke og Keiserud (2001) s. 1135

vurdering fra domstolen sin side om hva de mener er det beste resultatet, sett på bakgrunn av alle hensyn som skal ivaretas.⁶¹ I ”fengselsbetjent-dommen”⁶² valgte Høyesterett å oppheve lagmannsretten dom med ankeforhandlingen. Høyesterett mente at dommen måtte oppheves med ankeforhandling fordi vesentlige hensyn hadde blitt tilsidesatt og beviset hadde innvirket på dommens resultat.⁶³

Velger domstolen å oppheve dommen med hovedforhandling; ”Blir saken behandlet på ny etter at dommen er opphevd, skal nye meddommere delta”, jfr. strpl. §350 første ledd. Dette er den beste løsningen i de tilfeller hvor det har blitt benyttet et ulovlig ervervet bevis, i form av at det kommer inn nye meddommere som ikke har kunnskap om det beviset som tidligere har blitt ført.

Dette er kanskje ikke den beste løsningen sett i forhold til tidsmomentet og prosessøkonomiske hensyn, siden ny behandling både tar lenger tid og er dyrere for det norske rettsapparatet i form av at en sak får flere behandlinger.

Resultatet ved en slik løsning som nevnt i § 350 er at saken, som tidligere har vært behandlet av retten, blir ”nullstilt” ved den nye behandlingen, og den feilen som ble foretatt i den forrige behandling nå er ute av verden, siden det er nye meddommere som ikke har kunnskap om den feilen som ble foretatt.

Men en fullstendig ny behandling etter strpl. § 347 og § 350 blir ikke aktuelt før domstolen bestemmer at dommen blir opphevet, jfr. strpl. 322 og § 343.

⁶¹ Blant annet prosessøkonomiske hensyn og hensynet til rettssikkerheten.

⁶² Rt. 1999 s. 1269, se nærmere punkt 3.1.1

⁶³ Se punkt 3.1.1.2

2.3.4 Oppsummering

Det foreligger med dette en del lovbestemmelser som omhandler opphevelse og ny behandling av både kjennelser, beslutninger og dommer, men ingen av disse reglene kan konkret fortelle oss hva som blir resultatet i de saker det har blitt benyttet ulovlig ervervede bevis. De prosessuelle følgene kommer ikke klart frem av lovbestemmelsene i straffeprosessloven.

Alle de bestemmelsene som foreligger er vurderingspregede, som gir domstolen myndighet til å utøve skjønn, og det er derfor opp til domstolen å bestemme hva som skal til for at det skal bli aktuelt med opphevelse i de sakene hvor det foreligger bruk av ulovlig ervervede bevis.

Denne vurderingen er i all hovedsak lik for dommer som den er for kjennelser og beslutninger, med unntak av at saksbehandlingen ved anke over kjennelser og beslutninger er litt enklere og raskere.⁶⁴ Spørsmål om prosessuelle følger ved ulovlig ervervede bevis og retten til to-instansbehandling vil derfor søkes løst gjennom rettspraksis- både nasjonalt og internasjonalt og juridisk teori.⁶⁵ Den aktuelle praksisen er i liten grad kommentert i den juridiske teorien. Utfordringen blir derfor å finne ut hva Høyesterett mener forholdet mellom ulovlig ervervede bevis og opphevelse skal være, sett i forhold til de motstridende interesser som foreligger.

⁶⁴ Hov (2010) s. 1294

⁶⁵ Torgersen (2009) s. 67

3 Prosessuelle følger av ulovlig ervervede bevis

Som det har vist seg ved gjennomgangen av lovverket og de lovregler som kan få betydning ved bruk av ulovlig ervervede bevis, og de ulike konsekvensene av dette, er det ikke mange konklusjoner vi kan trekke om hva som blir resultatet i de enkelte tilfellene. Det foreligger kun vurderingspregede bestemmelser som legger opp til domstolen å avgjøre hva som blir de prosessuelle følgene i en sak der det er foretatt bruk av ulovlig ervervede bevis. Det er derfor rettspraksis som blir avgjørende for å finne svar på problemstillingen om hva som blir de prosessuelle følgene ved bruk av ulovlig ervervede bevis.

Spørsmålet om de prosessuelle virkningene av ulovlig ervervede bevis avhenger derfor av om det er anket over en absolutt ugyldighetsgrunn som nevnt i strpl. § 343 andre ledd. Er det ikke anket over en slik ugyldighetsgrunn foretar Høyesterett en skjønnsmessig vurdering etter strpl. § 343 første ledd for å avgjøre om opphevelse blir aktuelt.

Det foreligger ikke mange avgjørelser fra Høyesterett hvor de tar stilling til følgene av ulovlig ervervede bevis, men for å kunne trekke slutninger må man se på den praksis som foreligger og hvilke forhold og hensyn som ble vektlagt i den enkelte sak.

Bakgrunnen for den grundigere analysen spesielt av Rt. 2010 s. 456, er Høyesterett sine uttalelser om opphevelse av dommer på grunn av feil som har blitt foretatt, og hvordan dette stiller seg i forhold til retten til to-instansbehandling. Høyesterett kommer med forholdsvis tydelige uttalelser om i hvilke tilfeller det blir aktuelt med følger ved av ulovlig ervervede bevis. Det skal imidlertid nevnes at Høyesterett i denne avgjørelsen fra 2010 ikke kom til at det forelå saksbehandlingsfeil, den aktuelle forklaringen var ikke et ulovlig ervervet bevis, men jeg henviser til de uttalelser Høyesterett kommer med om hvordan forholdene hadde vært om forklaringen var et ulovlig ervervet bevis.⁶⁶ Videre vil annen relevant rettspraksis bli analysert for å se hvordan Høyesterett har konkludert tidligere, for så å se om det er mulig å trekke slutninger mellom denne praksisen og Rt. 2010 s. 456.

⁶⁶ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 34

3.1 Høyesterett konkluderer med opphevelse på grunn av ulovlig ervervede bevis

Det finnes ikke mange avgjørelser fra Høyesterett hvor de konkluderer med at dommen eller kjennelsen må oppheves på grunn av ulovlig ervervede bevis, men det vil i dette punktet bli analyse av to avgjørelser hvor Høyesterett konkluderer med opphevelse på grunn av ulovlig ervervede bevis.

3.1.1 Rt. 1999 s. 1269 "*fengselsbetjent-dommen*"

3.1.1.1 Om dommen

Den såkalt "*fengselsbetjent-dommen*" er avgjørelsen gitt av Høyesterett som er mest omtalt på området for ulovlig ervervede bevis og hvor de knytter konsekvenser til bruk av slike bevis.

Saksforholdet i denne saken var at tiltalte anket over saksbehandlingen foretatt i lagmannsretten opp til Høyesterett, fordi han mente at bevisene som hadde blitt ført mot han var ulovlig ervervet, i form av en provokasjonshandling av politiet, og at bevisene derfor burde ha vært avskjært i straffesaken mot han. I tillegg måtte dette føre til at dommen mot han måtte oppheves siden bevisene hadde blitt ført for retten.

Påtalemyndigheten hadde for retten benyttet en "forklaring" gitt av tiltalte, som hadde blitt innhentet ved skjult mikrofon og båndopptager av en politibetjent, som fremsto som en annen enn den han var. Dette beviset ble ansett for å være fremprovosert av politiet og på denne bakgrunn ansett for å være ulovlig ervervet. Høyesterett tok anken om saksbehandlingsfeil til følge og resultatet ble at lagmannsrettens dom med ankeforhandling ble opphevet. Høyesterett sendte dermed saken tilbake til lagmannsretten for en fullstendig ny behandling.

Dommen ble avsagt enstemmig.

Denne avgjørelsen satte virkelig temaet for ulovlige ervervede bevis, på grunn av provokasjon, på kartet i form av at Høyesterett var forholdsvis klare i sin drøftelse av at

det måtte slås ned på bruk av bevis som hadde fremkommet på denne måten. Også i forhold til tidligere praksis utvider her Høyesterett grensene rundt opphevelse av dommer på grunn av ulovlig ervervede bevis. Rekkevidden av dommen strekker seg utover forklaringer fremskaffet ved provokasjon, som var tilfellet i denne saken. Den har hatt betydning for senere praksis på bakgrunn av de generelle uttalelsene om hvordan domstolen skal vurdere en situasjon hvor det foreligger ulovlig ervervede bevis, og hvordan de skal stille seg til dette. Det viser seg også at denne avgjørelsen har hatt betydning når man ser at det blir vist til denne dommen ved andre saker som kommer opp for Høyesterett.⁶⁷

3.1.1.2 Forholdet til opphevelse

Høyesterett konkluderte i denne saken med at lagmannsrettens dom med ankeforhandling måtte oppheves. Resultatet i denne saken gir oss indikasjoner på hva Høyesterett mener rettstilstanden skal være ved bruk av ulovlig ervervede bevis fremkommet ved provokasjon og hva de prosessuelle følgene blir ved at dette har virket inn på dommens resultat;

”Selv om de beviser som var fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, ikke var de eneste bevis for domfellelsen for overtredelse av straffeloven § 131 første ledd annet straffalternativ, kan disse bevisene ha virket inn på dommens innhold. Etter dette må lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for så vidt gjelder domfellelsen for dette forholdet, se straffeprosessloven § 343, jf. § 347 første ledd.”

Høyesterett foretok en totalvurdering av feilens betydning, og vurderte dette opp mot bestemmelsen om opphevelse i strpl. §343 første ledd.

Høyesterett anså det derfor i denne saken som sannsynlig at bevisene kunne ha innvirket på domfellelsen av tiltalte både i herredsretten og lagmannsretten, siden de

⁶⁷ Se blant annet Rt. 2007 s. 932, Rt. 2006 s. 582, Rt. 2000 s. 1345

ulovlige bevisene hadde blitt brukt og fremvist i begge de tidligere instansene.⁶⁸

Høyesterett sa også at selv om det forelå flere bevis i denne saken, kunne man ikke utelukke at de som det forelå ulovligheter ved kunne ha virket inn på resultatet.

Det kommer videre frem i dommen at forsvareren til tiltalte ved begge foregående behandlinger hadde fremmet innsigelser mot at beviset var ulovlig og derfor ikke skulle blitt benyttet. Ulovligheten ble her oppdaget og satt på agendaen allerede i herredsrettens behandling av saken. Dette kan tyde på at de tidligere instanser har sett dette beviset som viktig i bevisførselen under skyldspørsmålet.

Siden det ulovlige ervervede beviset i denne saken ble ført både herredsretten og lagmannsretten, i tillegg til at lagmannsretten anså faktum som bevist,⁶⁹ var det ikke mulig med en rettferdig og feilfri behandling av anken hos lagmannsretten. Høyesterett opphever lagmannsrettens dom med ankeforhandlingen, fordi det kunne antas at det ulovlig ervervede beviset hadde foreligget og hatt betydningen for dommens innhold i begge de tidligere ankeinstansene og at det derfor er nødvendig med opphevelse, jfr. § 343 første ledd.⁷⁰

Det kan også tyde på at Høyesterett legger avgjørende vekt på at det er tungtveiende straffeprosessuelle hensyn som er blitt satt til side i denne saken, blant annet at det ikke har blitt *”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.”*⁷¹ Ved at de uttaler seg om betydningen av disse hensyn, tyder det på at Høyesterett i denne saken er opptatt av å gjenopprette de feil som har blitt gjort for å sikre at den rettferdigheten som skal foreligge i straffesaker blir bedre ivaretatt i dette tilfellet. Feilen ble gjenopprettet i denne saken ved en ny behandling for lagmannsretten.

⁶⁸ Rt. 1999 s. 1296 s. 1270

⁶⁹ LE-1998-672

⁷⁰ Rt. 1999 s. 1269 s. 1273

⁷¹ Rt. 1999 s. 1269 s. 1272-1273

3.1.2 Rt. 2008 s. 657 – en kursendring av Høyesterett

3.1.2.1 Om dommen

I denne saken var forholdet noe av det samme som i Rt. 2010 s.456. Det var også her spørsmål om det var en saksbehandlingsfeil å lese opp en politiforklaring gitt av samboeren til en siktet i en straffesak. Samboeren til den tiltalte hadde selv vært siktet i den samme saken, og på dette stadiet som siktet i etterforskningen, hadde hun avgitt en politiforklaring. Ved disse avhørene hadde hun ikke fått opplyst sin rett til ikke å forklare seg om nærstående etter strpl. §122.

Da siktelsen senere ble frafalt ovenfor kvinnen, ble hun innkalt som vitne i saken mot sin samboer. Saken var nå til ankebehandling hos lagmannsretten etter at Kommisjonen til gjenopptaking av straffesaker besluttet at saken skulle opp til ny behandling i lagmannsretten. Dette ble besluttet etter at den tidligere behandlingen ved lagmannsretten hadde blitt klaget inn til EMD på grunn av en opplesning av politiforklaringen til medtiltalte D. EMD konkluderte med at opplesningen av politiforklaringen representerte ett brudd på kravet til en rettferdig rettergang. EMD mente at klageren ikke hadde fått en tilstrekkelig mulighet til å bestride eller stille spørsmål ved forkaringen som ble avgitt av vitnet, og at rettighetene etter EMK ikke skilte mellom om vedkommende var vitne eller medtiltalt.⁷² I tillegg var denne forklaringen sentral i avgjørelsesgrunnlaget til domstolen.⁷³ Derfor fant EMD at det forelå ett brudd på kravet til en rettferdig rettergang.⁷⁴

Da samboeren ved den nye behandlingen for lagmannsretten nektet å forklare seg, ble politiforklaringene hennes tillatt lest opp. Dette forholdet mente flertallet i Høyesterett var en saksbehandlingsfeil, og opphevet derfor lagmannsrettens dom med ankeforhandling. Slik at tiltalte også her fikk en fullstendig ny behandling hos lagmannsretten.

Forsvareren til tiltalte hadde også i denne saken anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet fra tingretten til lagmannsretten.

⁷² Kaste and Mathisen V. Norway avsnitt 54

⁷³ Kaste and Mathisen V. Norway avsnitt 55

⁷⁴ Kaste and Mathisen V. Norway avsnitt 57

Rt. 2008 s. 657 representerte et avvik fra den tidligere rettstilstanden. I forhold til tidligere praksis⁷⁵ går Høyesterett i denne dommen lenger for å konstatere saksbehandlingsfeil, i tillegg til å gå lenger for å ivareta rettssikkerheten til tiltalte. I Rt. 1988 s. 314 var det stadfestet at en slik opplesning av en politiforklaring ikke resulterte i en saksbehandlingsfeil for ulovlig innhenting av bevis. Høyesterett gikk inn og endret dette i Rt. 2008 s. 657.

Det ble dissens 3-2 i denne saken, Høyesterett var derfor ikke enige om det forelå en saksbehandlingsfeil, eller hvordan den eventuelt skulle repareres.

3.1.2.2 Forholdet til opphevelse

I saken vurderer Høyesterett på ny opphevelse opp mot om saksbehandlingsfeilen kunne ha virket inn på dommens innhold, jfr. strpl§. 343. De kom her til ”*under tvil*” at forklaringen ikke skulle vært opplest og at dette representerte en saksbehandlingsfeil som førte til opphevelse.⁷⁶

Annenvoterende, som representerte flertallet, mente at det ikke var nødvendig å gå inn i en vurdering av vekten av det ulovlig ervervede beviset. Så lenge det var blitt forelagt ett indisiebevis for retten å ta stilling til, var dette nok til at det kunne ha virket inn på dommens resultat etter strpl. § 343 første ledd.⁷⁷ Høyesterett mente graden av sannsynlighet som måtte foreligge etter § 343 første ledd, var oppfylt.

De legger derfor listen i denne saken lavt i forhold til å ivareta tiltales prosessuelle rettigheter.

Flertallet legger avgjørende vekt på ”*Es forklaring om tidspunkter, kontakter, telefoner, reiser osv. med rimelighet kan ha hatt betydning.*”,⁷⁸ og at hovedinnholdet i disse forklaringene ”*gjelder Es forklaring i det vesentlige Cs forhold, ikke hennes egne*”.⁷⁹

⁷⁵ Rt. 1988 s. 314

⁷⁶ Rt. 2008 s. 657 avsnitt 30

⁷⁷ Rt. 2008 s. 657 avsnitt 40

⁷⁸ Rt. 2008 s. 657 avsnitt 40

⁷⁹ Rt. 2008 s. 657 avsnitt 35

Det var først ved gjenopptagelsen av saken for lagmannsretten at lagmannsretten bestemte at forklaringen kunne leses opp i retten og det var her retten fikk kunnskap om innholdet, men spørsmålet om opplesning ble allerede reist i tingretten.

Det kan tyde på at kunnskapen om innholdet i forklaringene som kom i lagmannsretten var det avgjørende for Høyesterett konklusjon om å oppheve dommen.

3.1.3 Sammenligning

Siden det sjeldent blir aktuelt å oppheve en dom på grunn av ulovlig ervervede bevis, er det ikke lett å trekke noen sammenhenger ut i fra de to foreliggende avgjørelsene. Det er kun en av disse hvor Høyesterett er enstemmig om at opphevelse er det eneste alternative når det foreligger bruk av ulovlig ervervede bevis. For å se klarere hvordan Høyesterett mener rettstilstanden skal være på dette området, må vi se på den rettspraksis som foreligger hvor Høyesterett ikke opphever dommer på grunn av ulovlig ervervede bevis.

Et fellestrekk som skal nevnes ved disse to dommene er at flertallet legger vekt på hensynene bak reglene, slik at det viktigste er å ivareta de involvertes rettigheter. I *”fengselsbetjent-dommen”* er det blant annet avgjørende at man verner de interesser som ligger bak selvinkrimineringsvernet;

”I dette tilfellet har påtalemyndigheten fått tilgang til de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, 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.”⁸⁰

Tilsvarende i Rt. 2008 s. 657 er hensynene bak retten til ikke å forklare seg om nærstående etter § 122 viktige;

⁸⁰ Rt. 1999 s. 1269 s. 1272-1273

”Men hensynene bak § 122 tilsier man må sikre at dette elementet i vurderingen er klart for siktede i en situasjon hvor det ellers lett kan komme i bakgrunnen – ubevisst eller som følge av sviktende innsikt i prosessreglene.. Det var derfor etter min mening i strid med § 122 at hennes forklaring ble opplest i lagmannsretten da hun nektet å gi forklaring i retten.”⁸¹

Mindretallet i Rt. 2008 s. 657 mente at hensynene bak reglene om fritak for vitneplikt var ivare tatt ved orienteringen om retten etter § 232, og at det dermed ikke var grunnlag for opphevelse. De ulike hensynene blir altså vektlagt forskjellig av flertallet og mindretallet.

Ellers i strafferetten kan det være betenkeligheter ved å gi hensyn den avgjørende vekten i avgjørelsen av et straffespørsmål, siden vi er på ett område hvor legalitetsprinsippet står sterkt, men også sett i forhold til lovkravet i Grunnloven § 96. Men med den bakgrunn at det ikke foreligger lovregler om følger ved bruk av ulovlig ervervede bevis, blir det nødvendigvis opp til andre rettskilder å avgjøre, spesielt med tanke på at lovreguleringen som foreligger om opphevelse er vurderingspreget, jfr. § 343 første ledd og § 322. Derfor kan det være rom for at hensyn får en avgjørende betydning ved avgjørelsen av spørsmålet om prosessuelle følger av ulovlig ervervede bevis.

⁸¹ Rt. 2008 s. 657 avsnitt 38-39

3.2 Høyesterett avviser opphevelse

Praksis på området hvor Høyesterett ikke opphever er betraktelig mer omfattende sett i forhold til de saker hvor Høyesterett konkluderer med opphevelse på grunn av ulovlig ervervede bevis. Da de konkluderer med at det ikke foreligger en saksbehandlingsfeil, velger de som regel ikke å gå over i en omfattende drøftelse av opphevelse.

Selv om Høyesterett i flertallet av disse sakene ikke direkte sier hvorfor de velger ikke å oppheve, må man ut i fra Høyesterett sin drøftelse og de konkrete omstendighetene i saken for øvrig prøve å finne ut av hvorfor opphevelse ikke blir aktuelt i den enkelte sak.

Det er under dette punktet Rt. 2010 s. 456 vil bli grundigere analysert, spesielt på bakgrunn av Høyesterett sin uttalelse om hvilke feil som fører til opphevelse og forholdet til to-instansbehandlingen.

I de avgjørelser hvor Høyesterett kommer til at det ikke er grunnlag for opphevelse, kan det likevel være slik at de har konkludert med at det foreligger en saksbehandlingsfeil. Det er altså ikke feilen i seg selv som avgjør om den tidligere avgjørelsen skal oppheves. Dette er i tråd med vurderingen etter strpl. § 343 første ledd. Dette var tilfellet i Rt. 2003 s. 549.

Her hadde tiltalte rett etter pågripelse blitt avhørt av to politibetjenter uten at de hadde informert tiltalte om hans straffeprosessuelle rettigheter etter strpl. § 232. Både tingretten og lagmannsretten tillot her de to politimennene å forklare seg om avhøret. Vedrørende saksbehandlingsfeilen uttalte Høyesterett dette;

”Den formløse beslutning om å tillate politibetjentene å forklare seg om det ulovlige avhør av siktede etter at forsvareren hadde protestert, er etter min mening en åpenbar feil ved lagmannsrettens saksbehandling.”⁸²

Uansett på bakgrunn av dette kom Høyesterett i denne saken til at det ikke var grunnlag for opphevelse av lagmannsretten dom.⁸³

⁸² Rt. 2003 s. 549 avsnitt 18

⁸³ Se nærmere punkt 3.2.1.1

3.2.1 Rettspraksis

Under punkt 3.1 ble det gjennomgått rettspraksis hvor Høyesterett valgte å oppheve dommen fra lagmannsretten. Under dette punktet blir det en kronologisk gjennomgang av rettspraksis hvor Høyesterett velger ikke å oppheve dommen fra lagmannsretten eller tingretten. På bakgrunn av denne gjennomgangen og en sammenligning med punkt 3.1, vil det i punkt 3.3 bli forsøkt å trekke slutninger for å finne ut av hva rettsstilstanden er på området for prosessuelle følger av ulovlig ervervede bevis.

Det viser seg gjennom rettspraksis at det er ulike momenter og omstendigheter i den enkelte sak som avgjør om Høyesterett konkluderer med hvorvidt det mest riktige i en sak er opphevelse eller om anken skal forkastes. Spørsmålet er om man ut i fra gjeldende rettspraksis kan finne noen felles momenter eller trekk for når Høyesterett har bestemt seg for å oppheve en dom og når de bestemmer seg for ikke å gjøre dette, jfr. strpl. § 343 første ledd. Hvordan begrunner Høyesterett sin beslutning om ikke å oppheve en sak på grunn av ulovlige ervervede bevis?

3.2.1.1 Rt. 2000 s. 1345

I Rt. 2000 s. 1345 kom Høyesterett enstemmig til at det ikke hadde blitt foretatt en saksbehandlingsfeil, og at opphevelse av lagmannsrettens dom ikke var aktuelt. Forholdet i denne saken var at tiltalte hadde blitt arrestert for besittelse av narkotika. Ved arrestasjonen hadde politiet beslaglagt mobiltelefonen til tiltalte. Mens denne lå til oppbevaring hos politiet hadde hovedetterforskeren svart på to innkommende samtaler til tiltaltes mobil. Politiet hadde vært passive i samtalen, og lot innringerne være den aktive part. Politiet mente disse samtalene var med kunder av tiltalte, som ville kjøpe narkotiske stoffer. Forsvarer anførte at politiet hadde gått utenfor deres lovlige etterforskningsmetoder, slik at disse samtalene ikke kunne benyttes som bevis og begjærte at de skulle forkastes i lagmannsretten, siden de var innhentet på ulovlig måte. Anførlene til forsvarer førte ikke frem.

Beviset ble presentert for første gang under ankeforhandlingen for lagmannsretten. Her vurderte lagmannsretten om beviset skulle tillates først, på bakgrunn av forsvarers anførsel om at beviset var ulovlig ervervet. Lagmannsretten svarte bekreftende på at

beviset kunne føres. Beviset hadde ikke blitt ført i tingretten, i motsetning til *”fengselsbetjent-dommen”* hvor beviset hadde blitt benyttet av retten i deres bevisvurdering ved alle instanser.⁸⁴

Høyesterett var i den foreliggende sak ikke enig med forsvarer, som anfører mange hensyn for eksempel; *”alminnelig personvern hensyn”*, *”vernet mot selvinkriminering”* og *”vesentlige rettsikkerhetsgarantier”*,⁸⁵ som begrunnelse for at beviset skulle vært avskjært og dommen fra lagmannsretten opphevet,

Høyesterett mener likevel at lagmannsretten sin behandling var korrekt ved å tillate politibetjentens forklaring.

Forsvarerens sine hensyn, som retter seg mot tiltaltes rettigheter i en straffesak, blir satt til side for politiet sin bruk at *”ekstraordinære etterforskningsmetoder i bekjempelsen av alvorlig og samfunnstruende kriminalitet”*.⁸⁶

Høyesterett fant heller ikke at det forelå et brudd på de folkerettslige forpliktelsene etter EMK artikkel 8, om brudd på privatlivets fred. Forsvarer anførte at det ikke var adgang for etterforskerne å innhente privat informasjon på denne måten, og at denne fremgangsmåten ikke var i samsvar med de *”alminnelige personvern hensyn”*.⁸⁷

Høyesterett mente at det måtte være adgang til å benytte disse samtaler, når situasjonen var slik at de bidro til å sikre bevis for en straffbar handling som allerede var forøvet. I tillegg har ikke en person som er medskyldig i et straffbart forhold den samme beskyttelsesinteresse ved konfidensialitet.⁸⁸ Disse forholdene var med å begrunne hvorfor ikke grensene etter EMK var overtrådt. Det var derfor ikke grunnlag for konsekvenser ved bruk av informasjonen fra telefonsamtalene etter de menneskerettslige forpliktelsene etter EMK.

⁸⁴ Rt. 1999 s. 1269 s. 1270

⁸⁵ Rt. 2000 s. 1345 s. 1347

⁸⁶ Rt. 2000 s. 1345 s. 1347

⁸⁷ Rt. 2000 s. 1354 s. 1347

⁸⁸ Rt. 2000 s. 1354 s. 1347

3.2.1.2 Rt. 2003 s. 549

Som nevnt ovenfor i punkt 3.2 kom også Høyesterett enstemmig til i Rt. 2003 s. 549 at feil ved lagmannsrettens behandling ikke ga grunnlag for opphevelse. Selv om de konstaterte en saksbehandlingsfeil i lagmannsretten, opphevet de likevel ikke dommen på bakgrunn av at Høyesterett mente feilen ikke hadde innvirket på dommens resultat, jfr. strpl. § 343 første ledd. Det aktuelle beviset hadde ”åpenbart”⁸⁹ ikke betydning for bevisbedømmelse. Høyesterett var derfor forholdsvis sikker i sin sak om at det ikke var sannsynlig for at feilen kunne ha virket inn.

Høyesterett mente i tillegg at rettergangen var ivaretatt tilstrekkelig, siden det omstridte beviset ikke er det eneste eller det mest sentrale i domfellelsen av tiltalte.⁹⁰

I likhet med den tidligere rettspraksis kom forsvareren med innsigelser ovenfor bevisføringen ved behandlingen i lagmannsretten.

Høyesterett konkluderer også med at rettighetene etter EMK artikkel 6 om rettfærdig rettergang og FNs SP artikkel 14 nummer 3 bokstav g ikke er krenket, siden beviset og føringen av dette ikke har hatt betydning for dommens innhold.⁹¹ Det var dermed heller ikke i denne avgjørelsen, sammenlignet med Rt. 2000 s. 1345, grunnlag for konsekvenser ved bruk av beviset etter de menneskerettslige forpliktelsene.

3.2.1.3 Rt. 2009 s. 1526

En nyere sak fra Høyesterett hvor det forelå et ulovlig ervervet bevis, er Rt. 2009 s. 1526. Heller ikke i denne avgjørelsen ble det aktuelt med opphevelse, selv om det ble konstatert at det forelå et ulovlig ervervet bevis og at dette hadde blitt benyttet under lagmannsrettens behandling av ankesaken. Beviset ble tilbudt ført av aktor i lagmannsretten, og forsvarer kom med innsigelser mot dette. Lagmannsretten besluttet at beviset kunne føres. Forholdene i denne saken er dermed lik med de foregående

⁸⁹ Rt. 2003 s. 549 avsnitt 21

⁹⁰ Rt. 2003 s. 549 avsnitt 21

⁹¹ Rt. 2003 s. 549 avsnitt 21 og 22

avgjørelsene fra Høyesterett hvor de ikke opphever saker hvor feilen er blitt foretatt i lagmannsretten og hvor forsvarer har kommet med innsigelser i lagmannsretten.

Det omstridte beviset var en samtale mellom fengselspresten, fornærmede og tiltalte. Samtalen hadde av fornærmede blitt tatt opp på en mp3 spiller, i uvisshet for de andre involverte.

Høyesterett konkluderte med at det ikke forelå en saksbehandlingsfeil på bakgrunn av;

*”På den annen side står vi overfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende. Jeg vil også peke på at betydningen av prestens tilstedeværelse ikke kan tillegges stor vekt i denne saken, ettersom de primære samtalepartene var A og D.”*⁹²

Høyesterett vurderte her hensynene bak viktigheten av å oppklare alvorlig kriminalitet, opp mot de hensyn som gjør seg gjeldende ved at dette var en fortrolig samtale med presten tilstede, slik at de hensyn som ligger bak strpl. § 119 gjorde seg gjeldende selv om bestemmelsen ikke var anvendelig i denne saken.⁹³ Men som det viste seg la Høyesterett avgjørende vekt på å oppnå en materielt riktig avgjørelse, og de bevisene som forelå i saken gjorde at dette lot seg oppnå på best mulig måte.

Høyesterett sier på en indirekte måte at beviset ikke påvirket lagmannsrettens dom ved å konkludere med at det ikke foreligger en saksbehandlingsfeil og at det dermed ikke er grunnlag for opphevelse på bakgrunn av det ulovlig ervervede beviset, jfr. strpl. § 343 første ledd.

Imidlertid kommer det senere frem i førstvoterende sin behandling, ved vurdering av et annet punkt i anken at: *”Antakelig har også andre bevis, blant annet lydopptaket, hatt betydning for lagmannsrettens dom.”*⁹⁴

Et resultat av dette blir at selv om beviset kan ha hatt en innvirkning, blir det ikke i denne saken sett på som tilstrekkelig til å ha innvirket på dommens resultat etter strpl. § 343 første ledd.

⁹² Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 32

⁹³ Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 26

⁹⁴ Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 36

3.2.1.4 Oppsummering

Etter en gjennomgang av den utvalgte praksisen frem til 2009 er det ikke lett å trekke konkrete slutninger om hva Høyesterett mener de prosessuelle følgene blir ved at det er blitt tillatt å bruke ulovlig ervervede bevis eller hva følgene burde bli.

Det eneste vi kan si er utviklingstrekkene for den Høyesteretts praksis som foreligger er at det er sjeldent en sak blir opphevet på grunn av et ulovlig ervervet bevis, og at det ofte er hensyn som har en avgjørende betydning.

3.2.2 Rt. 2010 s. 456

I denne ferske avgjørelsen fra Høyesterett, gir Høyesterett forholdsvis klare uttalelser om hva som blir de prosessuelle følgene av at det foreligger ulovlig ervervede bevis i en straffesak.

3.2.2.1 Om kjennelsen

Saken gjaldt en anke over lagmannsretten sin kjennelse om ikke å oppheve en dom fra tingretten på grunn av en saksbehandlingsfeil som ble foretatt både på etterforskningsstadiet og i tingretten, men som først ble oppdaget av forsvareren ved ankeforhandlingen hos lagmannsretten.

De tiltalte hadde blitt informert om retten til ikke å forklare seg etter strpl. § 90, men det ble utelatt å informere om retten til ikke å forklare seg om nærstående etter § 122. Dette var en rettighet de tiltalte hadde det var flere brødre involvert i den samme saken.

De tiltalte hadde derfor forklart seg om nærstående i avhør og ble deretter konfrontert med disse forklaringene i ankeforhandlingen for lagmannsretten og tidligere i hovedforhandlingen for tingretten. Feilen hadde derfor foreligget under både saksforberedelsen og under hovedforhandling.

Feilen ble, som nevnt, først oppdaget etter at det var påbegynt ankeforhandlinger for lagmannsretten, hvor de tiltalte hadde anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Den ene av de tiltalte som forklarte seg under ankeforhandlingen hadde imidlertid her blitt informert om retten til ikke å forklare seg om nærstående etter § 122.

Forsvareren mente at forklaringene som var gitt under forståelsen av at de måtte forklare seg om nærstående, var bevis som hadde blitt ervervet på ulovlig måte og at dette måtte føre til opphevelse både av tingrettens dom og ankeforhandling for lagmannsretten pga. at det forelå en saksbehandlingsfeil. Lagmannsretten bestemte ved kjennelse å utsette ankeforhandlingen til behandling med nye dommere og ny lagrette, mens de ikke tok begjæringen om opphevelse av tingrettens dom til følge. De domfelte anket til Høyesterett, ved at de mente lagmannsretten hadde foretatt en saksbehandlingsfeil ved ikke å oppheve dommen fra tingretten.

Høyesteretts avgjorde saken i avdeling.⁹⁵

Kjennelsen var i dette tilfellet enstemmig.

Det som er aktuelt i denne kjennelsen, i forhold til denne oppgaven, er Høyesterett sine drøftelser og konklusjoner om saksbehandlingsfeil ved ulovlig ervervede bevis og hva de prosessuelle konsekvensene av dette kan bli, spesielt forholdet mellom opphevelse og to-instansbehandling.

Selv om Høyesterett i denne kjennelsen sier at det ikke foreligger et ulovlig ervervet bevis, er den likevel høyst interessant for denne oppgaven på grunnlag av uttalelsen i kjennelsens avsnitt 34; ”*Jeg tilføyer at jeg vanskelig kan se at det ville være nødvendig å oppheve tingrettens dom, også om det påberopte forholdet var å anse som en saksbehandlingsfeil.*”⁹⁶ Denne generelle uttalelsen gjelder uansett, selv om det i denne saken ikke forelå et ulovlig ervervet bevis, og er av interesse for senere straffesaker hvor det foreligger saksbehandlingsfeil på grunn av ulovlig ervervede bevis.

⁹⁵ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 9

⁹⁶ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 34

3.2.2.2 Saksbehandlingsfeil og opphevelse

Høyesterett konkluderer i denne saken med at det kun er de ”*alvorlige saksbehandlingsfeil*” som kan føre til opphevelse av en dom.⁹⁷ De ”*alvorlige saksbehandlingsfeil*” Høyesterett viser til er de absolutte ugyldighetsgrunnene i strpl. §342 andre ledd nummer fire jfr. § 343 andre ledd. I redegjørelsen av disse bestemmelsene gir ikke Høyesterett en beskrivelse av eller uttrykk for hva som er absolutte ugyldighetsgrunner eller hva lovgiver sier om dette i forarbeidene.⁹⁸

I kommentarutgaven til straffeprosessloven skrevet av Bjerke og Keiserud, står det at når det foreligger slike absolutte ugyldighetsgrunner som § 343 andre ledd beskriver, trenger ikke retten foreta en vurdering av den feilen som foreligger fordi den fører automatisk til opphevelse. I denne saken var det ikke anket over manglende opplysning om retten til ikke å forklare seg om nærstående etter § 122, siden feilen ble oppdaget etter at anken var henvist til ankeforhandling. Uansett er ikke brudd på retten til ikke å forklare seg om nærstående en slik rettighet som går inn under betegnelsen ”*absolutt ugyldighetsgrunn*”, jfr. § 343 andre ledd.

Kommentarene til § 343 andre ledd sier imidlertid at listen som er regnet opp i § 343 ikke er uttømmende, slik at andre forhold som er graverende nok også kan føre til opphevelse selv om de ikke er angitt i paragrafen. Forarbeidene til § 343 er tilsvarende som kommentarene til Bjerke og Keiserud når det kommer til innholdet i begrepet ”*absolutt ugyldighetsgrunn*”.⁹⁹ Det er derfor opp til domstolen å vurdere i den konkrete sak hva som er en alvorlig nok feil til at den går inn under absolutte ugyldighetsgrunner og som videre fører til opphevelse. Høyesterett konkluderte i denne saken med at feilen om ikke å opplyse om retten etter § 122 ikke var en slik absolutt ugyldighetsgrunn.

Det ble derfor opp til Høyesterett skjønnsmessig å vurdere om saken måtte oppheves etter § 343 første ledd.¹⁰⁰

⁹⁷ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 34

⁹⁸ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 20

⁹⁹ NOU 1992:28 s. 155 jfr. Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 326

¹⁰⁰ Bjerke og Keiserud (2001) s. 1122

I kommentarene til § 342 andre ledd nummer tre og § 343 første ledd sies det at det ikke er krav til sannsynlighetsovervekt for at feilen kan ha virket inn. Det er tilstrekkelig at det kan ”*antas*” at feilen kan ha virket inn på dommens resultat, og en vurdering av dette inneholder saksbehandlingsfeilens alvor og muligheten for sammenheng mellom feilen og dommens innhold.¹⁰¹

Høyesterett konkluderer i denne saken med at det ikke forelå et ulovlig ervervet bevis og dermed heller ingen saksbehandlingsfeil som kunne ha virket inn på dommens resultat. På bakgrunn av dette var det dermed ikke grunnlag for opphevelse. Det forelå altså ikke en feil ved at de domfelte hadde forklart seg om nærstående og at de hadde blitt konfrontert med sine forklaringer på et senere tidspunkt i prosessen. Høyesterett mente at siden de tiltale hadde blitt gjort oppmerksomme på sin rett til å nekte å forklare seg etter § 90, var det ikke et brudd på straffeprosessloven at det ikke hadde blitt informert om retten til ikke forklare seg om nærstående etter § 122, siden det er like hensyn som ligger bak bestemmelsene. Det var tilstrekkelig med den generelle informasjonen etter § 90;

”hensynene bak reglene om fritak fra vitneplikt om nærstående, jf. § 122 og § 123, er tilstrekkelig ivaretatt gjennom den generelle orienteringen siktede får om at han eller hun ikke har plikt til å forklare seg.”¹⁰²

Høyesterett konkluderte også med at de tillater bruk av forklaringer som er gitt uten at vedkommende har blitt opplyst om sine rettigheter etter strpl. § 122. Høyesterett mente det var tilstrekkelig at de domfelte hadde blitt informert om sin rett til selv å nekte å forklare seg etter § 90.¹⁰³ I sin konklusjon sier de følgende;

”Dette innebærer at tingrettens dom i vår sak ikke er beheftet med en saksbehandlingsfeil. Jeg tilføyer at jeg vanskelig kan se at det ville være nødvendig å oppheve tingrettens dom, også om det påberopte forholdet var å anse som en saksbehandlingsfeil. Retten til to-instansbehandling innebærer ikke rett til to feilfrie

¹⁰¹ Bjerke og Keiserud (2001) s. 1121

¹⁰² Rt. 2010 s. 456 avsnitt 33

¹⁰³ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 33

*behandlinger – det er ved alvorlige saksbehandlingsfeil at tingrettens dom bør oppheves. Siden jeg er kommet til at tingrettens dom ikke er beheftet med saksbehandlingsfeil, går jeg ikke nærmere inn på dette.*¹⁰⁴

Høyesterett mener at det forhold at de domfelte ikke har fått opplyst sine rettigheter etter § 122 ikke er en feil som kan ha virket inn på dommens resultat, og dermed ikke gir grunnlag for opphevelse, jfr. avsnitt 34; *”Dette innebærer at tingrettens dom i vår sak ikke er beheftet med en saksbehandlingsfeil. Jeg tilføyer at jeg vanskelig kan se at det ville være nødvendig å oppheve tingrettens dom, også om det påberopte forholdet var å anse som en saksbehandlingsfeil.”*

Ut ifra denne konklusjonen og uttalelser om forholdet mellom § 90 og § 122 mener Høyesterett at hensynene bak reglene er ivaretatt ved den generelle orienteringen gitt om retten etter § 90, siden det ikke foreligger noen *”vesensforskjell”*¹⁰⁵ mellom regelsettene.¹⁰⁶ Siden det ikke foreligger en slik *”vesensforskjell”* mellom regelsettene mener Høyesterett også at de tiltalte burde ha skjönt at siden de ikke trengte å forklare seg etter § 90, trengte de heller ikke å avgi forklaring, jfr. § 122. I tillegg til at de tiltalte visste at andre nærstående var tiltalt i saken. Dette kan tyde på at Høyesterett mener at retten etter § 90 og § 122 er naturlige konsekvenser av hverandre.

Høyesterett har foretatt en interesseavveining av de ulike hensyn som taler for og i mot å tillate føring av dette beviset, og legger avgjørende vekt på de prosessuelle hensyn, som blant annet effektivitet og opplysningen av straffesaker, og ikke hensynene til de rettighetene som domfelte har fått av blant annet lovgiver og gjennom internasjonale konvensjoner, heriblant EMK art. 6 og SP art. 14.¹⁰⁷

Det kan være grunn til å se Høyesterett sin avgjørelse i denne saken som en utvidelse av retten til å tillate ulovlig ervervede bevis. Dette kan begrunnes ved at Høyesterett vektlegger og baserer tillatelsen av ulovlig ervervede bevis på prosessuelle hensyn i en

¹⁰⁴ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 34

¹⁰⁵ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 31

¹⁰⁶ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 33

¹⁰⁷ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 32 og 33

større grad enn brudd på rettighetene som de involverte i en straffesak har fått av lovgiver, jfr. § 122. Det kan tyde på at for at bruk av ulovlig ervervede bevis skal få prosessuelle konsekvenser skal den overtredelsen som har blitt gjort av politi, påtalemyndigheten, tingretten eller lagmannsretten være av en alvorligere karakter, jfr. § 343 andre ledd og gjelde andre rettigheter enn de som fremkommer etter strpl. § 90 og § 122.

Det kan være grunnlag til å si at Høyesterett legger listen lavt for hva som er tillatt å benytte seg av i sin prosedyre i retten. Spesielt med tanke på Høyesterett sine uttalelser om at det kun er de alvorligste feilene som kan føre til opphevelse av dommer, og fraviker dermed to avgjørelser som vurderer det samme tema, henholdsvis Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2008 s. 657. Utvidelsen kan vi også se ved at Høyesterett avstår fra resultatet i Rt. 2008 s. 657.¹⁰⁸

Høyesterett sin uttalelse; *"hvis forklaringen fra siktede om familiemedlemmers forhold skal nektes opplest fordi det heller ikke er opplyst om straffeprosesslovens § 122 og § 123, vil dette skape et unødig hinder for opplesning av straffesaker"*,¹⁰⁹ kan også bidra til synet om at Høyesterett legger listen lavt for hva som kan tillates, i tillegg tolkes som om Høyesterett ikke alltid er villige til å sanksjonere bruk av ulovlig ervervede bevis. Tiltalte hadde i denne saken fått informasjon om retten til ikke å forklare seg om nærstående etter § 122 ved innledningen til ankeforhandlingen. Utfallet av denne saken kunne derfor ha blitt annerledes hadde tiltalte overhodet ikke fått informert retten sin etter § 122.

¹⁰⁸ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 30

¹⁰⁹ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 33

3.2.2.3 To-instansbehandling

Høyesterett anfører i sin konklusjon at de heller ikke ville opphevet dommen fra tingretten hadde det foreligget en saksbehandlingsfeil, fordi retten til to-instansbehandling ikke innebærer to feilfrie behandlinger.¹¹⁰ Det er etter Høyesterett sitt syn kun ved de saker det foreligger grove og alvorlige feil at retten til behandling av skyldspørsmålet i to instanser er til stede. Dette kan tyde på at feil ved bruk av ulovlig ervervede bevis ikke er en slik feil som er omfattet av retten til to-instansbehandling.

Forarbeidene gir ingen anvisning på om retten til to-instansbehandling innebærer to feilefrie behandlinger eller om det ordrett er at man skal kunne få prøvet saken sin for to instanser uten at eventuelle feil skal få betydning. Slike feil kan for eksempel være ulovlig ervervede bevis. Dette gir inntrykk av at lovgiver ikke har tatt direkte standpunkt til dette spørsmålet, og at det dermed er opp til domstolen å bestemme hva man skal legge i retten til to-instansbehandling.

I sin drøftelse av ankedomstolen sitt forhold til ankegrunnene etter strpl. § 342, sier Høyesterett at det ved anker over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, såkalte fullstendige anker, blir foretatt en fullstendig ny prøving av saken jfr. strpl. § 331. Alle feil som da har forekommet tidligere i prosessen blir rettet opp igjen hos ankedomstolen. Det kan tyde på at Høyesterett støtter seg på et syn om at lagmannsretten ved fullstendige anker ser seg uavhengig av dommen fra førsteinstansen.¹¹¹ Det Høyesterett slår fast, blir også bare aktuelt ved anker fra tingretten og opp til lagmannsretten, siden det ikke er mulig å anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet til Høyesterett, jfr. strpl. § 306 annet ledd. Så denne garantien for å få rettet opp i feil får man bare en gang i løpet av en straffesak.

Det er her Høyesterett mener at retten til to-instansbehandling blir sikret, hva innholdet i denne retten er og hva rettstilstanden er på dette området. Spesielt i forhold til det de angir i konklusjonen sin om at det ikke er en rett for tiltalte til to feilfrie behandlinger.¹¹² Prosessuelle feil på grunn av ulovlig ervervede bevis, som i denne

¹¹⁰ Rt. 2010 s. 456 avsnitt 34

¹¹¹ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 323

¹¹² Rt. 2010 s. 456 avsnitt 34

saken, blir dermed rettet opp av ankedomstolen, som Høyesterett også konstaterte i Rt. 2004 s. 477.¹¹³

Tolkningen av disse uttalelsene fra Høyesterett kan trekke i retning av at opphevelse av en dom eller kjennelse som en prosessuell følge av ulovlig ervervede bevis, avhenger av når beviset er ført for retten eller kommer retten til kunnskap. Er beviset ført for tingretten er det ikke grunnlag for opphevelse, fordi man da retter den eventuelle feilen ved en fullstendig behandling i ankedomstolen jfr. strpl. § 331.

Strpl. § 331 nevner bare forholdet til ankeforhandling i lagmannsretten. Spørsmålet blir da igjen hva som er innholdet i to-instansbehandlingen, siden vi da får den situasjonen at du "*mister*" en instans som kunne ha behandlet saken din uten at det foreligger et ulovlig ervervet bevis som kan ha påvirket saken til ugunst for tiltalte.

Det kan også være grunn til å spørre om det er på grunn av at ankeinstansen skal rette opp igjen feil ved hovedforhandlingen at Høyesterett legger listen for opphevelse av dommer såpass høyt som de gjør, at det kun er ved grove feil at det er grunn til opphevelse. Da kommer vi igjen tilbake til det Høyesterett mener er feil som er alvorlig og grove nok til at det fører til opphevelse. Dette gjentar de igjen i redegjørelsen for § 342 andre ledd nummer tre og fire.

Disse lovreglene i straffeprosessloven gjelder uansett ankegrunn. Det må derfor ikke foreligge en fullstendig anke, anke over bevisvurderingen under skyldspørsmålet, for at disse lovreglene skal gjelde. Disse bestemmelsene skal derfor gjelde hvor det ville være urimelig og ikke oppheve en dom hvor det foreligger en grov saksbehandlingsfeil. Her begrunner Høyesterett disse reglene med at disse må til for å oppnå en "*reell to-instansbehandling*".

Ut i fra det Høyesterett uttaler om fullstendige anker som virkemiddel mot feil og opphevelse uansett ankegrunn etter strpl. § 342 andre ledd nummer tre og fire, er det naturlig å forstå at det Høyesterett mener er innholdet i to-instansbehandlingen avhenger av hvilke feil som foreligger i den enkelte sak. Er det en grov nok feil, kan

¹¹³ Se nærmere punkt 3.3

dette føre til opphevelse som igjen sikrer to riktige behandlinger. Det må altså foretas en vurdering av det ulovlige beviset og hvilken innvirkning dette har hatt på saken. I denne saken var feilen foretatt av politiet og tingretten, og som Høyesterett ikke mente var alvorlig nok til å føre til opphevelse.

Det kan diskuteres om avgjørelsen i denne saken, om ikke å oppheve dommen fra tingretten pga. saksbehandlingsfeil, var den mest optimale løsningen i forhold til forholdet mellom ulovlige ervervede bevis, opphevelse og retten til to-instancesbehandling, og den interesseavveiningen som må foretas her. Retten sitter i denne saken med et bevis som de ikke hadde vært i besittelse av dersom politiet og tingretten hadde informert om alle rettighetene til de tiltalte. I tillegg er det bevis som normalt sett har innvirkning på resultatet retten kommer til, siden det er vanskelig og ikke ta et slikt bevis i betraktning ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Det kommer ikke frem av Høyesterett hvilken betydning dette beviset har hatt, men i dommen fra lagmannsretten kommer det frem at de tiltalte har blitt konfrontert med avhørene og det har ført til en endring i forklaringene, i tillegg til at det blir sagt at det i tingretten var blitt lagt avgjørende vekt på avhørene som bevis.¹¹⁴

Forarbeidene i NOU 1992:28 er som nevnt ovenfor, forteller oss ikke mye om innholdet i retten til to-instancesbehandling, men de gir en utfyllende beskrivelse av de hensyn som denne reformen skal ivareta. Som også nevnt tidligere har Høyesterett i Rt. 2010 s. 456 lagt avgjørende vekt på at prosessen i det norske rettsystemet skal fungere optimalt i forhold til opplysningen av straffesaker, at en prosess skal være effektiv og at ikke alle saker derfor kan få to feilfrie behandlinger. Hensynene bak gjennomføringen og oppklaring av straffesaker, veier i denne saken derfor tyngre enn andre straffeprosessuelle hensyn.¹¹⁵

Utvalget som sto ansvarlig for utredning av to-instancesreformen legger i sin utredning avgjørende vekt på blant annet rettssikkerheten, forholdet til menneskerettslige forpliktelser og sikkerheten for å nå flere riktige avgjørelser, når de redegjør for hvorfor de mener det er viktig med en slik reform. I denne saken blir det med dette uenighet om

¹¹⁴ LB 2009-48300 avsnitt 2 og 10

¹¹⁵ Jfr. Rt. 2010 s. 456 avsnitt 33

hvilke hensyn som er viktigst i en sak hvor det ikke er informert om retten til ikke å forklare seg om nærstående etter § 122.

Det kan etter en gjennomgang av Høyesterett sine konklusjoner i denne kjennelsen stilles usikkerhet rundt spørsmålet når det blir aktuelt med konsekvenser ved bruk av ulovlig ervervede bevis, hvilke omstendigheter som bør eller må foreligge, og eventuelt hvilke konsekvenser som er aktuelle.

Det kan også spørres og vurderes om konsekvensene som må eller burde knyttes til feil som blir foretatt av institusjoner i rettssystemet og hvordan skal man stille seg til feil som påvirker rettsprosessen negativt for den tiltalte, og hvordan skal man få rettet opp dette, slik at prosessen blir gjennomført på best mulig måte. Spørsmålet blir derfor hva som er det mest rettferdige og optimale innholdet i behandlingen av straffesaker i to instanser.

3.3 Følgene av ulovlig ervervede bevis ut i fra Høyesterett praksis

Etter en gjennomgang og sammenligning av praksis, kan det tyde på at de prosessuelle følgene av at det har blitt benyttet ulovlig ervervede bevis i en straffesak, avhenger av når beviset har blitt oppdaget i retten, og omstendighetene rundt saken ellers. Dette bekreftes også av Bratholm.¹¹⁶ Denne ”teorien” er basert på Rt. 2010 s 456, men også på de andre avgjørelsene hvor Høyesterett ikke har opphevet dommene fra lagmannsretten. Spesielt i Rt. 2010 s. 456 slår Høyesterett fast at for dem avhenger opphevelse av når beviset er oppdaget for retten. Er beviset ført og oppdaget for tingretten er det opp til lagmannsretten behandling å rette opp i denne feilen. Opphevelse er dermed ikke aktuelt før en eventuell anke til Høyesterett over saksbehandlingsfeil ved lagmannsretten behandling, med mindre feilen er så grov at lagmannsretten beslutter å oppheve dommen før den henviser anken etter strpl. § 322 nummer 1. Uansett er det sjeldent at opphevelse blir benyttet for å bøte på feil.

¹¹⁶ Bratholm ”Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte.” (1959) s. 131

Som en støtte for dette synet, ble det avsagt en dom i 2004 og i 2010, nærmere sagt Rt. 2004 s. 477 og Rt. 2010 s. 456, som begge er til støtte for det Høyesterett har konkludert med i Rt. 2010 s. 456.

Rt. 2004 s. 477 omhandler ikke bruk av ulovlig ervervede bevis, men gjelder inhabilitet hos en dommer. Høyesterett sin konklusjon er likevel interessant for problemstillingen i denne oppgaven, fordi Rt. 2004 s. 477 har uttalelser om hvordan en eventuell saksbehandlingsfeil foretatt i tingretten skal påvirke den videre behandlingen av straffesaken, og forholdet til to-instansbehandlingen.

Det er Høyesterett sine uttalelser om opphevelse av lagmannsrettens dom som er av interesse for problemstillingen i denne oppgaven.

I Rt. 2004 s. 477 var problemet sorenskriverens habilitet. Forsvarer til tiltalte kom med innsigelser om at sorenskriveren måtte være inhabil, siden sorenskriveren hadde deltatt i en tidligere sak med samme sakskompleks og at sorenskriveren hadde behandlet begjæringer om kommunikasjonskontroll mot tiltalte. På bakgrunn av dette måtte både tingretten og lagmannsrettens dom oppheves.

Den første innsigelsen ble ikke tatt til følge av Høyesterett, siden det ikke var foretatt noen skyldkonstatering av tiltalte i den første saken, mens den andre habilitets innsigelse ble tatt til følge og dommen fra tingretten ble opphevet.

Lagmannsrettens dom ble i denne saken ikke opphevet. Spørsmålet Høyesterett stiller seg, *„er da om dommen <lagmannsretten>¹¹⁷ reparerer den saksbehandlingsfeilen som hefter ved tingrettens dom ved at rettens formann var inhabil.*”¹¹⁸ Høyesterett henviser til forarbeidene og fastslår at det er opp til lagmannsretten om de vil oppheve dommen etter strpl. §322 eller om de vil henwise bevisanken. Om feilen ved inhabilitet i tingretten skal føre til opphevelse beror på en nærmere vurdering. Det viktigste for Høyesterett er at *”ankeforhandlingen innebar en ny og selvstendig behandling av skyldspørsmålet*”.¹¹⁹ Feilen som ble foretatt i tingretten ble rettet opp ved

¹¹⁷ Min kursivering

¹¹⁸ Rt. 2004 s. 477 avsnitt 36

¹¹⁹ Rt. 2004 s. 477 avsnitt 39

ankeforhandlingen til lagmannsretten. Vi kan kanskje si at feilen ble i lagmannsretten ”nullet” ut.

Ankebehandlingen ble sett på som en ”selvstendig behandling” og at ”lovens ordning er at saksbehandlingsfeil som utgangspunkt skal kunne repareres i ankeinstansen”.¹²⁰

Forsvarer anførte også at tiltalte hadde krav på en behandling i to instanser med uhildete dommere. Høyesterett sitt svar på dette var at ”jeg kan ikke se at vår prosessordning gir han noe absolutt krav på dette. Lovens ordning er at saksbehandlingsfeil som utgangspunkt skal kunne repareres i ankeinstansen”.¹²¹

I tillegg til sine uttalelser om hvordan ankeinstansen skal rette opp i feil, slik at opphevelse ikke blir nødvendig, blir det også nevnt hensyn som begrunner hvorfor det ikke blir aktuelt med opphevelse her. Det at tiltalte sitter i varetekt, tidsmomentet og prosessøkonomiske hensyn er av avgjørende vekt. Høyesterett mener at det vil bli for dyrt og tidkrevende om også lagmannsretten ankebehandling skulle oppheves og sendes tilbake til tingretten for ny behandling.

I Rt. 2010 s. 600, som viser til Rt. 2004 s. 477, var spørsmålet om et dommeravhør av tiltalte, som ble foretatt uten forsvarer til stede, kunne benyttes som bevis under ankeforhandlingen. Høyesterett opphevet heller ikke her lagmannsrettens dom, fordi det ikke forelå en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten hadde ført dette beviset. Det ble foretatt ett nytt dommeravhør for å avhjelpe feilen som hadde skjedd tidligere.

Forsvarer anførte også her at lagmannsretten skulle ha opphevet tingrettens dom for å få en fullverdig behandling i to instanser. Her henviser Høyesterett til Rt. 2004 s. 477 og støtter seg til den begrunnelse som ble gitt her. Høyesterett uttaler om sin egen sak; ”Når feilen ved tingrettens dom er rettet opp...er det ikke noe som tilsier at lagmannsrettens dom bør oppheves”.¹²²

¹²⁰ Rt. 2004 s. 477 avsnitt 39 og 40

¹²¹ Rt. 2004 s. 477 avsnitt 40

¹²² Rt. 2010 s. 600 avsnitt 21

Da Høyesterett igjen uttaler det samme som i de to foregående sakene, tyder dette på at Høyesterett har bestemt seg for en plattform de vil holde i saker hvor det er snakk om opphevelse på grunn av saksbehandlingsfeil. Hvis man kan trekke denne konklusjonen er det flere spørsmål som reiser seg. Blant annet hvordan dette stiller seg i forhold til retten til to-instansbehandling, hvilken betydning dette får for partene og hvordan det stiller seg i forhold til de menneskerettslige forpliktelsene til Norge.

Opphevelse av saker er noe som er begrenset til de spesielle tilfellene, det ser vi på det antall dommer hvor anker om opphevelse blir forkastet. Etter Rt. 2010 s. 456 mener Høyesterett at opphevelse bare er for de saker hvor det forligger grove feil. Dette kan tyde på at feil ved bruk av ulovlig ervervede bevis, ikke er en grov nok feil til at det er grunnlag for opphevelse.

Riksadvokaten bekrefter også i et brev sendt etter at Rt. 2010 s. 456 ble avsagt at; *”norsk rett har man vært tilbakeholdne med å konstatere bevisforbud ved ulike former for feil ved bevisinnhenting.”*¹²³ Selv om denne uttalelsen retter seg mot bevisforbud, kan man antageligvis anføre denne også til vurderingen av opphevelse av dommer. Tolket man denne uttalelsen andre veien er domstolene åpne for bevisføring som kan være ulovlig, slik at opphevelse blir mindre aktuelt.

3.3.1 Følgenes betydning for partene

Hvis de prosessuelle følgene ved bruk av ulovlig ervervede bevis avhenger av når beviset blir oppdaget for retten, får dette også betydning for partene i en straffesak og hvordan disse burde føre saken sin for retten. Uansett fra hvilke side man ser følgens betydning, om det er fra forsvaret sin side eller påtalemyndigheten sin side, må begge parter ta konsekvensen av rettstilstanden.¹²⁴

For påtalemyndigheten kan konsekvensen bli at det blir lettere å få gjennomslag for bevis som egentlig ikke skulle vært ført. Dette er bevis som påtalemyndigheten selv selvsagt mener er lovlige. Dette på grunn av at det tyder på at Høyesterett legger

¹²³ Riksadvokaten 2.7.2010 s. 2

¹²⁴ Riksadvokaten 22.2.2010 s. 2

hensynet til opplysning av straffesaker, fremfor andre hensyn. Dette kommer tydelig frem av Høyesterett i Rt. 2010 s. 456.

Følgenes betydning for tiltalte blir at rettssikkerheten blir redusert, hvis ulovlig ervervede bevis kan benyttes uten konsekvenser.

3.3.2 Følgenes betydning for retten til to-instansbehandling

Konsekvensene av ulovlig ervervede bevis basert på rettspraksis er at det sjeldent blir aktuelt å oppheve dommer i lagmannsretten.

Et spørsmål som må stilles, er hvordan Høyesterett mener at retten til to-instansbehandling skal ivaretas hvis det ikke blir aktuelt med opphevelse i lagmannsretten fordi feilen skal rettes opp her ved fullstendig ny behandling, jfr. strpl. § 331. Ved at det ikke blir foretatt opphevelse blir vi stående med den konsekvens at tiltalte har fått behandlet sin sak i en instans basert på en uriktighet, og at det da ikke har blitt en reell to-instansbehandling.

Det blir i denne vurderingen viktig å tenke på tillitten til domstolen og rettsapparatet i Norge. Hvordan skal alle interessene som melder seg her forenes? Blant annet interessen til å få oppklart saker og rettigheten til individet i en straffesak.

Spørsmålet som først og fremst reiser seg er hva som ligger i en *”reell to-instansbehandling”*?

Skal man legge Høyesterett sin forståelse til grunn, jfr. Rt. 2010 s. 456, Rt. 2010 s. 600 og Rt. 2004 s. 477, er innholdet i denne retten kun at man skal kunne få behandlet skyldspørsmålet i en straffesak i to instanser. De mener at det ikke er et krav til at disse to behandlingene skal være feilfrie. Feilfrihet er bare for de tilfeller det foreligger alvorlige feil, jfr. §. 343 andre ledd. Ut ifra Høyesterett konklusjon anser ikke de bruk av ulovlig ervervede bevis som en alvorlig nok feil. Dette kan igjen tyde på at ulovlig ervervede bevis ikke omfatter retten til to-instansbehandling. Feilen som oppstår ved slike bevis, er ikke alvorlig nok til at det skal sikres en riktig behandling ved å oppheve en dom og sende den tilbake for en fullstendig ny behandling, som er den beste løsning

for å ivareta retten til to-instansbehandling. Domstolen mener feilefrihet ikke er et krav og at det kan være vanskelig å gjennomføre en feilfri domsprosess, i tillegg til at andre hensyn enn hensynet til individet veier tyngre. Blant annet effektivitet i domstolen og sikring av materielt riktige avgjørelser.

Forarbeidene som er representant for lovgiver sitt syn, gir ikke et entydig svar på hva lovgiver legger i denne retten, annet enn det de sier i NOU 1992:28, *”Er det skjedd grove saksbehandlingsfeil i herreds- eller byretten, kan dette tale for opphevelse, slik at saken kan få en fullverdig to-instansbehandling.”*¹²⁵

Forarbeidene sier oss derfor ikke mye om hvordan de mener rettstilstanden skal være hvor det foreligger ulovlig ervervede bevis.

Rettstilstanden er imidlertid slik at det ikke foreligger en klar regulering av forholdet mellom ulovlig ervervede bevis og retten til to-instansbehandling sett ut ifra forarbeidene og straffeprosessloven. Men gjennom de vurderingspregede lovreglene har Høyesterett opparbeidet seg en praksis, som viser seg å trekke i retning av en begrenset og restriktiv bruk av opphevelse ved saker hvor det har blitt benyttet ulovlig ervervede bevis.

Den interessekonflikten som oppstår mellom ulovlig ervervede bevis og retten til to-instansbehandling er dermed opp til domstolen å avgjøre. Det foreligger i dette tilfellet en interessekonflikt fra begge sider. Fra den ene siden kan man spørre hvorfor man skal oppheve en dom på grunn av et bevis som sikrer at en straffesak blir bedre opplyst og dermed fører til riktige resultater, mens på den andre siden hvorfor man ikke skal oppheve en sak for det blir benyttet bevis om er innhentet på en ulovlig måte.

Høyesterett utøver dermed rettsskapende virksomhet når de gjennom sine avgjørelser bestemmer at følgene av ulovlig ervervede bevis avhenger av når beviset blir oppdaget. De velger derfor den siden av interessekonflikten som sørger for at straffesaker blir best mulig opplyst.

¹²⁵ NOU 1992:28 s. 148

Sett i et lovteknisk perspektiv, kan vi spørre om hva vi kan forvente av domstolene om å ivareta individets rettigheter? Domstolen er den instansen i rettsystemet som skal verne om rettferdigheten og sikre at domstolsprosessen går riktig for seg. For de involverte i en slik prosess, spesielt i straffeprosessen, er det viktig at det går riktig for seg og at alle de involvertes rettigheter blir ivaretatt.

Konsekvensen ved domstolen sitt resultat blir at individets rettigheter i prosessen blir betydelig svekket ved at de ikke får behandlet saken sin feilfritt i to instanser. Meningen bak to-instansreformen blir visket gradvis ut, ved at ulovlig ervervede bevis ikke skal få konsekvenser.

Opphevelse er det rettsmiddelet som best ivaretar denne retten for individet. Som det viser seg gjennom rettpraksisen som er gjennomgått, er det sjeldent dette blir aktuelt. Som jeg nevnte tidligere legger Høyesterett listen for opphevelse høyt, med andre ord godtar de mye for at straffesakene skal bli best mulig opplyst, og dermed komme til flest mulig riktige resultater, selv om lovgiver har gitt forholdsvis åpne lovbestemmelser om opphevelse. Dette burde tilsi at det skal være lett for Høyesterett å oppheve hvis de oppdager feil som kan ha virket inn på dommens resultat. Likevel er det viktigere for Høyesterett, som de uttaler i Rt. 2010 s. 456, å sikre opplysningen av straffesaker, enn å oppheve dommer fordi det har foreligget et ulovlig ervervet bevis, sett i forhold til *"fengselsbetjent-dommen"* hvor de la avgjørende vekt på grunnleggende rettstatsprinsipper som beskytter for tiltaltes rettssikkerhet. Individets rettigheter og rettssikkerhet stiller seg dermed bak andre hensyn som domstolen anser som viktigere, selv om to-instansreformen ble bygget på hensyn som skal ivareta individets rettssikkerhet, blant annet rettssikkerhetshensynet som det viktigste. Dette hensynet stiller seg vesentlig svakere som konsekvens av Høyesterett sin rettsskapende virksomhet for de prosessuelle følgene ved ulovlig ervervede bevis.

Høyesterett sin rettsskapende virksomhet når det gjelder prosessuelle følger ved ulovlig ervervede bevis, kommer tydelig frem hvis man sammenligner Rt. 2010 s. 456 med *"videoovervåkings-dommen"*.

Spørsmålet for Høyesterett var om det var lov å benytte denne overvåkningsvideoen som bevis mot de ansatte. Høyesterett kom til at dette ikke var aktuelt på grunn av de sterke personvernshensyn som gjorde seg gjeldende.

Ser vi denne dommen i forhold til den retssituasjonen vi har etter Rt. 2010 s. 456 og senere praksis, vektlegger Høyesterett i dag andre hensyn enn de gjorde i 1991. I *”videovervåkingsdommen”* er *”betydelig uthulling av personvern hensyn”*, *”nekte bruk av et bevis..vil domstolen motvirke denne formen for krenkelser”* og *”risiko for en mer utstrakt bruk av hemmelige opptak”* momenter som er avgjørende for Høyesterett.¹²⁶ Hensynene til tiltalte er i Rt. 2010 s. 456 og senere praksis¹²⁷ satt til side til fordel for opplysningen av straffesaker.

Når Høyesterett har lagt listen for opphevelse så høyt som de har, er det mange rettstvister som kan bli skadelidende. Spesielt i de saker det foreligger mindre feil, som ikke kvalifiserer til opphevelse, men hvor det er en sjanse for at feilen kan ha virket inn etter § 343 første ledd. Rettssikkerheten til tiltalte blir i disse sakene betydelig svekket.

Dette påpeker også riksadvokaten i et brev utgitt etter Rt. 2010 s. 456; *”skulle det vise seg at de prosessuelle rettighetene ikke respekteres dersom feil ikke får prosessuell virkning, vil domstolens holdning til bevisforbud lett kunne tenkes å endre seg.”*¹²⁸

Mitt syn er dermed at de prosessuelle følgene av ulovlige ervervede bevis får for en straffesak svekker retten til to-instansbehandling og de hensyn denne retten skal ivareta. Rettigheten etter denne reformen som kom i 1995 blir ikke så reelle som lovgiver kanskje hadde tenkt, ved at de skulle unngå feil avgjørelser, men også utvide rettighetene til individet med å få behandler skyldspørsmålet to ganger. Og ut ifra en helhetsvurdering av rettspraksis og de uttalelser som domstolen kommer med, tyder dette på at ulovlige ervervede bevis ikke har betydning i forhold til retten til to-instansbehandling. Foreligger det et ulovlig ervervet bevis, er det dermed ikke sagt at resultatet blir opphevelse med en fullstendig ny behandling i første instansen. Man kan kanskje si at den ulovfestede læren om ulovlig ervervede bevis er unntaket til retten til to-instansbehandling.

¹²⁶ Rt. 1991 s. 616 s. 623 og 624

¹²⁷ Rt. 2010 s. 600

¹²⁸ Riksadvokaten 2.7.2010 s. 2

Det kan derfor spørres om lovgiver burde sikre at det knyttes konsekvenser til bruk av ulovlig ervervede bevis, siden tiltaltes rettigheter og rettssikkerhet blir betydelig svekket hvis bevisene blir oppdaget etter at de er ført for retten. Dette retter seg spesielt mot retten tiltalte har til to-instansbehandling. Som Jørgen Aall anfører, kan det være betenkelig å lempe på rettssikkerheten til fordel for å oppklare saker.¹²⁹

I sivilprosessen har de forsøkt å avhjelpe feil ved bruk av ulovlig ervervede bevis gjennom en lovfesting. Tvisteloven § 22-7 lyder;

”Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.”

Med en slik lovregulering vil det være lettere å håndtere problemer med ulovlig ervervede bevis på et tidligere stadium i saksgangen, i tillegg til at det vil foreligge klarere retningslinjer for domstolen. Rettstilstanden vil med en slik regulering bli mer forutberegnlig og rettssikkerheten vil bli styrket, selv om det blir en vurdering fra i sak til sak hvordan man skal stille seg til det aktuelle beviset, men som Torgersen påpeker vil forutberegnligheten ”kreve et klart avgrenset hjemmelsgrunnlag”, og dette kan være vanskelig å gjennomføre på et område som er så ”flytende”.¹³⁰

Rettssikkerheten til tiltalte er et viktig moment i vurderingen av hvorfor det burde iverksettes konsekvenser ved bruk av ulovlig ervervede bevis, men også tillitten til rettsapparatet er et viktig moment. Denne tillitten ville øke og forsterkes hvis de involverte i en straffesak visste at det ville bli stilt konsekvenser i de tilfeller det blir gjort feil.

¹²⁹ Aall (1995) s. 314

¹³⁰ Runar Torgersen ”Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?” (2006) s. 572

3.3.3 EMK

I følge Aall vil blant annet opphevelse avhjelpe en eventuell krenkelse av en rettferdig rettergang.¹³¹

Høyesterett sier i flere av sakene hvor de ikke opphever at de menneskerettslige forpliktelsene er ivaretatt. Blant annet i Rt. 2003 s. 549 og mindretallet i Rt. 2008 s. 657.

Som nevnt innledningsvis i punkt 1.3.2 har ikke EMK bestemmelser som regulerer området for ulovlig ervervede bevis. EMD har uttalt at det er opp til de nasjonale domstoler og ta stilling til et ulovlig ervervet bevis. Dette kom frem blant annet i *Kahn V. The United Kingdom*. Kort fortalt var tilfellet i denne saken at klageren hadde blitt funnet skyldig i medvirkning til import av heroin. I et hus hadde det blitt satt opp avlytningsutstyr, som eieren ikke var klar over. Retten bestemte at opptaket av klageren skulle benyttes som bevis i retten, som blant annet var det eneste beviset i saken. Klageren anførte at det krenket hans rett etter artikkel 6 at dette beviset ble tillatt ført. EMD uttaler følgende om stillingen til ulovlig ervervede bevis;

*“While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law.”*¹³²

Selv om Høyesterett har tatt stilling til dette, må man se om Høyesterett sitt syn samsvarer med den rett tiltalte har til en ”rettferdig rettergang”¹³³ etter EMK artikkel 6 nummer 1.

Retten til en rettferdig rettergang er her et generelt prinsipp og retter seg dermed ikke mot bestemte områder innenfor behandlingen hos den nasjonale domstolen. Dette er derfor en omfattende folkerettslig regel. Den norske domstol kan ikke gi individet dårligere rettigheter enn det de folkerettslige regler gjør.

¹³¹ Aall (2010) s. 299

¹³² Kahn V. The United Kingdom avsnitt 34

¹³³ EMK artikkel 6 bruker ordet ”fair hearing”, men EMD omtaler rettigheten som ”fair trial”

Artikkel 6 nummer 1 fastslår følgende;

”In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”.

Det avgjørende etter denne bestemmelsen er at rettergangen som en helhet har vært rettferdig. At rettergangen skal sees som en helhet ble stadfestet av EMD blant annet i *Schenk V. Switzerland*. I denne saken hadde det blitt benyttet et opptak av en telefonsamtale mellom klageren og personen klageren hadde gitt i oppdrag å drepe hans tidligere hustru. Vedrørende rettergangen sier EMD;

” The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible .It has only to ascertain whether Mr. Schenk's trial as a whole was fair. ”¹³⁴

Siden artikkel 6 nummer 1 er ett generelt prinsipp, gir den ingen konkrete svar på overprøvelse av straffesaker, men det er allment akseptert at denne artikkelen kan benyttes ved spørsmål om overprøving. Dette er blant annet bekreftet i *Monnell and Morris V. The United Kingdom*. Problemet var i denne saken at klagerne ikke fikk fradrag i straffen for varetaktsfengsling mens ankesaken behandlet ankesaken. Vedrørende artikkel 6 anvendelse på overprøvingssaker sier EMD;

“The Convention does not, it is true, compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation. Nevertheless, a State which does institute such courts is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in Article 6 (art. 6).” ¹³⁵

EMK regulerer overprøving av saker i tilleggsprotokoll nummer 7 artikkel 2 nummer 1 som sier følgende;

¹³⁴ Schenk V. Switzerland avsnitt 46

¹³⁵ Monnell and Morris V. The United Kingdom avsnitt 54

”1. Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law. “

Så lenge Norge har regler om overprøving, er det opp til Norge selv å bestemme hvordan disse skal utformes. Det synet Høyesterett har kommet med i forhold til prosessuelle følger av ulovlig ervervede bevis, kan etter denne artikkelen ikke angripes, så lenge det står der at det er opp til Norge selv å bestemme innholdet i disse reglene.¹³⁶

Siden det er mangel på avgjørelser fattet av EMD som behandler de prosessuelle følgene av ulovlig ervervede bevis, og hvordan disse følgene stiller seg i forhold til retten til to-instansbehandling, er det ikke mange konklusjoner som kan trekkes.

Det er vanskelig å stille noen klare regler ut i fra EMD og EMK om prosessuelle følger ved ulovlig ervervede bevis sett i forhold til kravet om en ”fair trial”. Det kan tyde på gjennom EMD praksis at det må foretas en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak om hvorvidt rettergangen har vært rettferdig som en helhet. Det kan tenkes at siden ulovlig ervervede bevis i seg selv kan føre til brudd på retten til en rettferdig rettergang, at mangel på konsekvenser for prosessen også vil føre til konvensjonsbrudd, men det er ikke grunnlag for å trekke en slik konklusjon.

Min mening er at det kan være vanskelig å se at rettergangen har vært rettferdig som en helhet etter EMD sine krav, når det har oppstått en feil i behandlingen og at det er mangel på konsekvenser for dette. Ved at det foreligger en eller flere feil, gjør at det er mangler ved prosessen, og at det kan være vanskelig å forsvare mangler i en straffesak ovenfor EMK sine konvensjonsbestemmelser. Et moment som taler i retning av at en rettferdig rettergang ikke er optimalt realisert ved den løsning domstolen i Norge velger, er at reformen av straffeprosessloven som kom i 1995 delvis ble vedtatt for å bedre gjennomføre de folkerettslige forpliktelsene Norge hadde. Utvalget til NOU 1992:28 sier blant annet; *”I de senere års drøftelser av om det bør innføres en mer utstrakt to-instansbehandling av de alvorligste straffesakene, har forholdet til*

¹³⁶ NOU 1992:28 s. 24

*menneskerettighetskonvensjonene vært et vesentlig argument.*¹³⁷ To-instansreformen skulle altså bedre forholdet mellom de norske reglene og de etter EMK. Hvis løsningen i norsk rett blir at det ved ulovlig ervervede bevis ikke blir en rett til to-instansbehandling svekker dette forholdet til EMK, som reformen skulle ivareta. Dette kan derfor tyde på at den rettferdige rettergangen ikke er ivaretatt på en tilstrekkelig måte.

4 Avslutning

Jeg vil nå forsøke å trekke ut noen av de hovedfunn som kommer frem i fremstillingen i relasjon til problemstillingen for denne oppgaven.

Det kan tyde på at det hersker en viss usikkerhet om hva som blir de prosessuelle følgene ved bruk av ulovlig ervervede bevis. Praksis sier lite, men skal man kunne basere seg på den senere tids praksis og det som kommer frem her, avhenger følgene av når det ulovlig ervervede beviset blir oppdaget, om omstendighetene i sakene for øvrig.

Retts situasjonen har endret seg flere ganger over årene, spesielt i fra *”fengselsbetjent-dommen”* og *”videoovervåkings-dommen”* og frem til i dag med blant annet Rt. 2010 s. 456. Denne endringen gjelder spesielt for de tilfeller der det har blitt benyttet forklaringer mot nærstående, og hvor det ikke har blitt informert om fritaksretten.¹³⁸

Bli beviset oppdaget under hovedforhandlingen i tingretten, blir følgen for dette beviset at lagmannsretten skal rette opp i denne feilen ved en fullstendig ny behandling, jfr. strpl § 331. Det er altså ikke aktuelt med opphevelse av tingretten dom.

Bli beviset oppdaget i ankeforhandlingen hos lagmannsretten, viser rettspraksis at det sjeldent også her blir konsekvenser ved bruk av ulovlig ervervede bevis, men at det i visse tilfeller kan bli aktuelt med opphevelse, jfr. *”fengselsbetjent-dommen”* og Rt. 2008 s. 657.

¹³⁷ NOU 1992:28 s. 24

¹³⁸ Riksadvokaten 2.7.2010 s. 1

De prosessuelle følgene av ulovlig ervervede bevis sett i forhold til retten til to-instansbehandling, er at retten til behandling i to instanser blir svekket eller borte, slik at man kan anta at bruk av ulovlig ervervede bevis ikke omfatter retten til to-instansbehandling.

Et tegn på denne endringen i rettssituasjonen er at rettssikkerheten kan ha blitt svekket fra slik den fremsto tidligere.

En oppsummering av hvilke hensyn og prinsipper som er viktige for Høyesterett, ser vi klart at prinsippene om fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse er den klare hovedregel hos Høyesterett.

Dette bekreftes av praksis hvor Høyesterett velger å tillate bruk av et ulovlig ervervet bevis fremfor opphevelse.¹³⁹ I tillegg er det viktig for Høyesterett å opprettholde effektiviteten i behandlingen av straffesaker. Dette gjenspeiles i alle avgjørelser fra Høyesterett hvor de velger å forkaste anker om opphevelse, fordi å sende saken tilbake til lagmannsretten for ny behandling vil hindre effektivitet og ta for lang tid. I tillegg er det dyrt prosessøkonomisk.

Hensynene til en rettferdig prosess og tillitten til domstolen er de hensyn som blir satt delvis til side, til fordel for oppklaring av straffesaker og det materielle sannhetsprinsipp. Dette ser vi blant annet ved at Høyesterett er villige til å bruke ulovlig ervervede bevis for å opplyse saken best mulig, selv om dette kan være skadelidende for en rettferdig prosess i tillegg til at tillitten til domstolen kan svekkes.

¹³⁹ Se punkt 3.2

5 Litteraturliste

- Torgersen, Runar *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. 1.utg. Oslo, 2009
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4. utg. Oslo, 2009
- Hov, Jo *Rettergang I*. Oslo, 2010
- Hov, Jo *Rettergang II*. Oslo, 2010
- Aall, Jørgen *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen, 1995
- Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik. *Straffeprosessloven Kommentarutgave. Bind II*. 3.utg. Oslo, 2001
- Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik. *Straffeprosessloven Kommentarutgave. Bind I*. 3.utg. Oslo, 2001
- Matningsdal, Magnus *To-instansreformen*. Oslo, 1996
- Riksadvokaten, ”*Politiforklaringer fra siktedes nærstående mv. – krav til informasjon om fritaksreglene – bevisforbud.*” (22.2.2010)
- Riksadvokaten, ”*Informasjonsplikt om fritaksrett etter straffeprosessloven § 122 for nærstående medsiktede – nye og presiserte direktiver*”. (2.7.2010)

5.1 Artikler

- Torgersen, Runar ”*Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?*” (2006) dog Fred er ej det Bedste...: festskrift til Carl August Fleischer 2006 s. 533 - (FEST-2006-caf-533)
- Aall, Jørgen ”*Høyesterett som prosesskaper særlig på området for utilbørlig bevis.*” (2002). Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv 2002 s 957 - (FEST-2002-cs-957)
- Bratholm, Anders ”*Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*” (1959)

5.2 Lover

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr. 30
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

5.3 Internasjonale konvensjoner

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950

SP Den internasjonale konvensjonen om sivile og økonomiske rettigheter av 16. desember 1966

5.4 Forarbeider

NOU 1992:28 To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker

NUT-1969-3 Innst. 1969 – Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen.

5.5 Forskrift

1986 Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen) av 28. juni 1985

5.6 Rettspraksis

5.6.1 Norsk Retstidende

Rt. 2010 s. 456

Rt. 2010 s. 600

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2008 s. 657

Rt. 2007 s. 932

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2004 s. 477

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2000 s. 1345

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1990 s. 1008

5.6.2 Lagmannsretten

LG 2009-48300

LE-1998-672

5.7 Internasjonal rettspraksis

5.7.1 Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)

Schenk V. Switzerland The European Court of Human Rights 12. June 1988

Application no 10862/84

Monnell and Morris V. The United Kingdom The European Court of Human Rights 2.

March 1987 Application no 9562/81 and 9818/82

Kahn V. The United Kingdom The European Court of Human Rights 12. May 2000

Application no 35394/97

Kaste and Mathisen V. Norway The European Court of Human Rights 9. November

2006 Application no 18885/04 and 21166/04