

"NYE" TYPER SAKKYNDIGE I STRAFFESAKER

En analyse av Høyesterettspraksis

Kandidatnr: 294

Veileder: Ina E Strømstad

Leveringsfrist:25.11.2004

Til sammen 13 862 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING.	1
1.2	AVGRENSING AV OPPGAVEN.	1
1.3	BEGREPSAVKLARING.	2
1.4	BRUK AV ”NYE TYPER SAKKYNDIGHET” I ANDRE LANDS RETTSSYSTEM.	2
<u>2</u>	<u>HJEMMELSGRUNNLAGET FOR BRUK AV SAKKYNDIGE.</u>	<u>2</u>
<u>3</u>	<u>OM BRUK AV SAKKYNDIGE I STRAFFESAKER</u>	<u>3</u>
3.1	UTVIKLINGEN DE SISTE ÅRENE	3
3.2	AKTIVT FORSVAR.	4
3.3	ULIKE FORMER FOR BRUK AV NYE TYPER SAKKYNDIGHET	5
3.3.1	ANALYSERING AV TILSTÅELSER.	5
3.3.2	BRUK AV LØGNDETEKTOR.	5
3.3.3	TROVERDIGHETSVURDERINGER	6
<u>4</u>	<u>EN OVERSIKT OVER RETTSPRAKSIS SOM OMHANDLER BRUK AV NYE TYPER SAKKYNDIGHET.</u>	<u>6</u>
4.1	LØGNDETEKTORKJENNELSE, RT – 1996 - 1114.	6
4.2	”GAMAL – HOSEIN” SAKEN	11
4.3	BIRGITTE TENGS/KARMØY DOMMEN.	14
4.4	ORDERUD.	15
4.5	DEN SAKKYNDIGES MANDAT	17
<u>5</u>	<u>VURDERING AV DE ULIKE BEGRUNNELSENE.</u>	<u>17</u>
5.1	INNLEDNING	17
<u>6</u>	<u>LØGNDETEKTOR</u>	<u>18</u>
6.1	FORHOLDET TIL DE STRAFFEPROSESSUELLE GRUNNPRINSIPPER	18

6.1.1	FRI BEVISFØRSEL	19
6.1.2	KONTRADIKSJON	19
6.1.3	”FAVOR DEFENSIONIS”	20
6.1.4	LEGALITETSPRINSIPPET	20
6.2	FORHOLDET TIL ØVRIGE RETTSKILDER	22
6.2.1	STRAFFEPROSESSLOVEN § 92 ANNET LEDD 2. PUNKTUM	22
6.2.2	FORARBEIDENE TIL § 92 ANNET LEDD 2. PUNKTUM	23
6.2.3	REELLE HENSYN	24
6.2.4	DE REELLE HENSYNENE SOM HØYESTERETT BYGGER PÅ (VURDERING)	25
6.2.5	FORHOLDET TIL EMK	28
6.3	DOMSTOLSKAPT RETT ELLER LOVREGULERING?	30
6.3.1.1	Lovgivers holdning til bruk av løgndetektor.	32
7	<u>TROVERDIGHETSVURDERINGER.</u>	33
7.1	FORHOLDET TIL DE STRAFFEPROSESSUELLE PRINSIPPENE	33
7.1.1	LEGMANNSPRINSIPPET – DEN SAKKYNDIGE GRIPER INN I SKYLDVURDERINGEN	33
7.1.2	PRINSIPPET OM FRI BEVISBEDØMMELSE	34
7.2	LIKHET FOR LOVEN?	35
7.3	FORHOLDET TIL DE ØVRIGE RETTSKILDER	36
7.3.1	STRAFFEPROSESSLOVEN § 294	36
7.3.2	NOU 2001: 12	37
8	<u>BETENKELIGHETER KNYTTET TIL Å NEKTE DEN SAKKYNDIGE FØRT SOM BEVIS</u>	38
9	<u>ANDRE BETENKELIGHETER KNYTTET TIL BRUKEN AV NYE TYPER SAKKYNDIGHET</u>	41
9.1	PROSEDERING VIA MEDIA.	41
9.2	UPÅLITELIGE RESULTATER	41
10	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJON</u>	42
11	<u>LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V</u>	44

1 Innledning.

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.

Temaet for oppgaven er bruk av nye typer sakkyndighet i straffesaker. De senere årene har det i økende grad blitt tatt i bruk ny og utradisjonell form for sakkyndighet i straffesaker. Noen av denne type sakkyndighet har blitt tillatt ført som bevis, mens andre former har blitt nektet fremlagt med ulik begrunnelse. Flere av avgjørelsene er omstridt og har blitt mye kritisert i ettertid.

Jeg vil i oppgaven min gjøre rede for ulike former for nye typer sakkyndighet og noen av de mest sentrale avgjørelsene hvor denne formen for sakkyndighet har blitt prøvd fremlagt som bevis. Videre vil jeg foreta en vurdering av de ulike begrunnelsene som Høyesterett har gitt for å nekte denne type bevis ført, og videre vil jeg gjøre rede for betenkeligheter knyttet til å tillate og/eller avskjære denne formen for bevis.

1.2 Avgrensing av oppgaven.

Jeg vil i oppgaven konsentrere meg om bruk av ”nye typer sakkyndighet” og har derfor valgt å avgrense oppgaven mot mer tradisjonell form for sakkyndighet som granskning av bevismidler, rettspsykiatriske undersøkelser av tilregnelighet og lignende.

Videre har jeg valgt å avgrense oppgaven mot reglene knyttet til oppnevning av sakkyndige. Metodene og fremgangsmåtene knyttet til oppdraget vil ikke bli behandlet nærmere.

Jeg har videre valgt å avgrense oppgaven mot vitnepsykologisk tema. Vitnepsykologisk forskning og resultater fra denne vil komme inn i oppgaven som momenter i drøftelsen om nye typer sakkyndighet bør tillates ført, men vil ikke bli behandlet ut over dette.

1.3 Begrepsavklaring.

Utgangspunktet for oppgaven er bruk av nye former for sakkyndighet i straffesaker. Med sakkyndig menes en person som oppnevnes for å avgi ekspertuttalelser i forbindelse med bevisføringen i en rettssak.¹ ”Nye typer sakkyndighet” er ikke noe entydig begrep med en fast definisjon. Oppgaven omhandler bruk av sakkyndige på områder som i norsk strafferettspleie er relativt nye. Med at metodene omtales som ”nye” mener jeg at de er forholdsvis ny introdusert som bevismiddel i norsk rett.

Jeg har i oppgaven valgt å konsentrere meg om tre former for ”ny” type sakkyndighet, sakkyndige som i sitt arbeid utfører troverdighetsvurderinger, sakkyndige som analyserer tilståelser og sakkyndige som anvender polygrafer, også omtalt som ”løgndetektor”.

1.4 Bruk av ”nye typer sakkyndighet” i andre lands rettssystem.

Ulike former for nye typer av sakkyndighet anvendes i atskillig større grad i Europa enn hva det gjøres i Norge. Spesielt Storbritannia har høy ekspertise og faglig utvikling hva gjelder denne type sakkyndighet. Også i Sverige anvendes denne formen for bruk av sakkyndige i mye større grad enn i Norge, bl.a. er resultater av løgndetektor tester der tillatt ført som bevis i retten.²

2 Hjemmelsgrunlaget for bruk av sakkyndige.

Norsk straffeprosess bygger på det ulovfestede prinsippet om fri bevisførsel. I dette ligger det at partene skal kunne føre de bevisene de ønsker. Fri fremføring av bevis omfatter også fremleggelse av sakkyndige erklæringer og bruk av sakkyndige. Med hjemmel i dette prinsippet har utgangspunktet følgelig vært at partene har kunnet føre alle former for sakkyndige som bevis.

¹ Gisle 1999

² Andenæs 2000

Men i de senere årene hvor bruken av nye typer sakkyndighet har aktualisert seg i flere ulike straffesaker, har man imidlertid gjennom rettspraksis fått en innskrenkning i bevisførselen knyttet til bruken av nye typer sakkyndighet. Høyesterett har innsnevret prinsippet om fri bevisførsel noe ved at de i flere avgjørelser har avslått siktedes begjæring om å tillate ulike former av nye typer sakkyndighet ført som bevis. Prinsippet om fri bevisførsel er innskrenket av Høyesterett, og gjeldende rett er at en nå ikke tillater alle former for sakkyndige ført som bevis.

3 Om bruk av sakkyndige i straffesaker

3.1 Utviklingen de siste årene

Det er retten som våker over sakens opplysninger. Det følger av Lov om rettergangsmåter i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (strpl) § 294 at retten i straffesaker ”på embetes vegne skal våke over at saken blir fullstendig opplyst”. Retten har her selvstendig plikt til å føre kontroll med bevisføringen. Retten skal av eget tiltak sørge for alle de opplysningene som er nødvendig for å sikre en riktig avgjørelse, for eksempel ved å innkalle et vitne, oppnevne en sakkyndig eller lignende.

Siktede har ingen plikt til å bidra med opplysninger til saken, jfr. forbudet mot selvinkriminering. Han har heller ingen plikt til å forklare seg, og selv om han forklarer seg så kan han ikke dømmes for falsk forklaring, jfr. strpl § 167. Det er et grunnleggende prinsipp i straffeprosessen at det er påtalemyndighetene som har bevisbyrden og skal fremlegge bevis for siktedes skyld. Siktede skal anses uskyldig til det motsatte er bevist³.

Rettergangen er bygd opp slik at siktede kan velge å forholde seg passiv i sitt forsvar. Siktede og hans forsvarer kan velge å kun forholde seg til de bevisene, vitnene og sakkyndige som fremlegges i saken, og har ingen plikt til selv å fremlegge bevis.

³ Hov 1999

3.2 Aktivt forsvar.

Selv om det ikke foreligger noen plikt for siktede å aktivt bidra til sakens opplysning, så har man de senere årene sett at utviklingen i straffeforfølgingen har beveget seg i retning av at siktede og hans forsvarer oftere enn før er aktiv i sitt forsvar, blant annet ved å begjære sakkyndige oppnevnt. Dette skyldes flere ulike forhold:

For det første har en del saker reist nye og kompliserte spørsmål. For det andre har man blitt oppmerksom på at det finnes ny og utradisjonell kompetanse, for eksempel vitnepsykologi, troverdighetsvurderinger og evnetesting. For det tredje har man i økende grad blitt oppmerksom på at det ofte utøves et sakkyndig skjønn som det kan være svært ulike oppfatninger av. Det vil her ofte kunne være i siktedes interesse å bringe inn et alternativt skjønn. Videre har man gjennom noen enkeltsaker blitt oppmerksom på farene for mangler både ved den faglige kompetansen og den faglige integriteten. Dette tilsier også at man i en del tilfeller bringer inn ny og alternativ sakkyndighet.⁴

Et aktivt forsvar knyttet til bruk av sakkyndighet vil innebære at siktede og hans forsvarer vurderer om saken kan anses tilstrekkelig opplyst, eller om det er behov for ytterligere sakkyndighet. Siktede og forsvarer vil vurdere om det er behov for sakkyndige vurderinger når dette ikke allerede foreligger og deretter må de vurdere om det er behov for supplerende sakkyndighet. Slikt behov vil kunne foreligge hvis en anser de undersøkelsene som er foretatt for mangelfulle eller ensidige. Dette kan både skyldes den sakkyndiges kompetanse og habilitet, erklæringens utforming eller måten granskingen har skjedd på. Det kan også være at saken reiser så vanskelige eller så spesielle spørsmål at det, uavhengig av de mangler som eventuelt foreligger ved de foretatte undersøkelsene, er grunn til å be om supplerende sakkyndighet.

⁴ NOU: 2001:12

3.3 Ulike former for bruk av nye typer sakkyndighet

3.3.1 Analysering av tilståelser.

Dette er en bruk av sakkyndige som er aktuell i saker hvor det er knyttet tvil til riktigheten av en avgitt tilståelse. Dette vil typisk være tilfelle i saker hvor det påberopes at det foreligger en såkalt ”falsk” tilståelse. Med dette menes at siktede tilstår å ha begått ugjerningen, men senere trekker denne tilståelsen tilbake og hevder videre at den avgitte tilståelsen var ”falsk”, dvs. ikke korrekt, sannferdig.

Den sakkyndige vil her kunne komme inn å foreta en analyse og av tilståelsen og omstendighetene knyttet til denne for deretter å avgjøre sannsynligheten for at siktedes tilståelse var falsk og gjøre rede for momenter som taler for dette. Grunlaget for en slik sakkyndig vurdering vil ikke nødvendigvis være innholdet i den avgitte tilståelsen, men omstendighetene knyttet til avgivelsen av denne. Forholdene rundt selve avhørssituasjonen vil her være av betydning sammenholdt med trekk ved den siktedes person.

3.3.2 Bruk av løgndetektor.

En polygraf, også kalt løgndetektor, er et instrument som registrerer automatiske, ikke-viljestyrte fysiologiske reaksjoner, som puls, blodtrykk og svetterreaksjoner, og nedtegner registreringene fortløpende på en blekkskriver eller en dataskjerm.

Forandringer i fysiologisk aktivering, parett med et nøye overveid sett med kritiske spørsmål og kontrollspørsmål, kan med en statistisk sannsynlighet si hvorvidt den som testes lyver eller snakker sannferdig.⁵ Ved vurderingen legges det til grunn at en skyldig person vil ha andre fysiologiske forandringer på relevante spørsmål sammenlignet med irrelevante spørsmål enn det en uskyldig person vil ha.

Ved bruk av sakkyndige i forbindelse med avviklingen av løgndetektortester er det utarbeidelsen av testprosedyren knyttet til spørsmålsstillingen som er den mest omfattende og arbeidskrevende. Testprosedyren består i at det fysiologiske reaksjonsmønsteret til ”avhørspersonen” sammenholdes med spørsmål og svar som

⁵ Magnussen 2004

både berører nøytrale og ladede tema. Bruk av sakkyndige i tilknytning til løgndetektortester vil innebære utarbeidelsen av selve testprosedyren, ulike kontrolltester av siktede i forkant av selve polygraftesten og deretter selve gjennomføringen av testen.

3.3.3 Troverdighetsvurderinger

Dette er en form for bruk av sakkyndighet som har flere likhetstrekk med analysering av tilståelser og bruk av løgndetektor. Men det er her siktede og hans person som er grunnlaget for analysen (vurderingen) og det benyttes ingen måleinstrumenter ved vurderingen i motsetning til tester utført med løgndetektor. En troverdighetsvurdering består i at den sakkyndige vurderer personlighetstrekk ved undersøkelsespersonen og vurderer om det kan identifiseres spesielle karaktertrekk eller problemer som kan innvirke på personens evne til å gi troverdige eller sanne forklaringer i forbindelse med inntrådte hendelser og handlinger.

Dette er en bruk av sakkyndighet som vil kunne være aktuell i saker hvor tiltaltes troverdighet er omstridt og det foreligger motstridende forklaringer med den følge at troverdigheten ved forklaringene trekkes i tvil.

4 En oversikt over rettspraksis som omhandler bruk av nye typer sakkyndighet.

4.1 Løgndetektorkjennelse, Rt – 1996 - 1114.

Saken gjaldt om en troverdighetsvurdering basert på en utført løgndetektortest kunne tillates ført som bevis i en straffesak⁶.

En mann var satt under tiltale ved Midt-Trøndelag herredsrett for overtredelse av straffelovens § 272 første ledd første punktum, ved at han skal ha tent på sitt bolighus for å få utbetalt forsikringssummen. I et politiavhør tilstod A å ha tent på huset, men han

⁶ Rt – 1996 - 1114

trakk så tilbake tilståelsen i et senere avhør. A hevdet at han i det første avhøret følte seg presset til å tilstå. Bakgrunnen for at han hevder å ha følt seg presset var at han mente at påtalemyndigheten under varetektsfengslingen ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til at han led av diabetes, og at dette medførte at han tilstod for å med dette få slippe ut av varetekt. Tilståelsen ble i et senere avhør trukket tilbake.

A gjorde gjeldende at det, bortsett fra den politiforklaring der han tilsto, var lite bevismateriale mot ham, og at det sentrale bevistema i straffesaken ville være hans troverdighet når han nå i ettertid hevder at tilståelsen var uriktig. For å underbygge sin troverdighet i henhold til hans senere forklaring underkastet A seg tester med løgndetektor. Testene ble utført etter A sitt initiativ, og politi og påtalemyndighet var ikke involvert ved testingen. Løgndetektortestene ble gjennomført av professor i medisin ved Universitetet i Trondheim, dr. philos. Sven Svebak. Etter utførte tester utarbeidet professor Svebak en troverdighetsvurdering basert på de utførte testene. Det var denne rapporten A ønsket å fremlegge som bevis i saken, i tillegg til at han ønsket å få avhøre professor Svebak som sakkyndig vitne. Aktoratet motsatte seg at de tilbudte bevis skulle fremlegges og føres.

Midt Trøndelag herredsrett nektet rapporten fremlagt som bevis og nektet videre professor Svebak å vitne. A påkjærte herredsrettens kjennelse til Frostating lagmannsrett. Lagmannsretten tillot rapporten og vitneforklaringen fra Svebak ført som bevis. Statsadvokatene i Trondheim påkjærte lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett som nektet bevisene ført med følgende begrunnelse:

Fri bevisførsel:

Høyesterett tar utgangspunkt i prinsippet om fri bevisførsel, at partene i utgangspunktet skal få føre de bevis de ønsker i saken. Men Høyesterett sier videre at dette prinsippet ikke gjelder uten unntak. Det fremkommer i dommen ”at det helt unntaksvis kan tenkes at det – på ulovfestet grunnlag – også må nektes ført bevis selv om beviset er ervervet på lovlig måte, og selv når det er siktede som ønsker å føre det. Men det er åpenbart at det må meget sterke og tungtveiende hensyn til for en slik nektelse, og disse hensynene må være sterkere jo svakere forankring eller tilknytning en nektelse vil ha til straffeprosess lovens regler vurdert ut fra regelens ordlyd og i lys av lovforarbeidene”. Hensyn som kan tenkes å bære en slik nektelse vil i henhold til Høyesteretts avgjørelse

være ” tungtveiende generelle rettsikkerhets- eller personvern hensyn som mer enn oppveier de rettsikkerhetsmessige betenkeligheter ved å nekte den aktuelle type bevis ført”⁷.

Straffeprosessloven § 92 annet ledd 2. punktum:

Høyesterett finner videre støtte for å nekte løgndektoren ført som bevis i strpl § 92 annet ledd 2. punktum. Retten fremhever i dommen at bestemmelsen direkte gjelder hvordan avhør av siktede skal foregå, men mener bestemmelsen forutsetningsvis gir holdepunkt for den karakter bevis må ha for å være akseptable.

Retten tar utgangspunkt i paragrafens ordlyd som lyder: "Løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes. Det samme gjelder midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse". Retten går gjennom ordlyden i bestemmelsen og konkluderer med at bruk av polygraf ikke er anvendelse av middel som nedsetter bevisstheten. Retten er også et stykke på vei enig i at bruk av løgndetektor ikke nedsetter evnen til fri selvbestemmelse. Men Høyesterett mener imidlertid at fordi en løgndektortest skal avdekke kroppslige reaksjoner testpersonen ikke har kontroll over vil derfor i den forstand en test avsløre et "kroppsspråk" som ikke kan kontrolleres. Retten legger derfor til grunn at gjennomføringen av en løgndektortest innebære en invadering av personligheten ved at sannheten fås fram uten at testpersonen har kontroll over det og Høyesterett sier om dette at ”i så måte ligner polygrافتesten på bruk av midler som narkoanalyse, som bestemmelsen setter et direkte forbud mot”.

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor går så Høyesterett til forarbeidene til strpl § 92, som omtaler bruk av polygrافتester. Høyesterett gjengir i sin helhet det straffeprosesslovkomiteen sier om bruk av polygrافتester, og oppsummerer deretter dette med at det komiteen uttaler ikke er klart i enhver henseende. Komiteen sier at det ikke er tatt stilling til bruk av løgndetektor, samtidig som det påpekes som en forutsetning at slike midler ikke tas i bruk uten at det er gitt nærmere regler om bruken av dem.

Til tross for disse uklarhetene knyttet til bruken av løgndetektortester sier Høyesterett at det er vanskelig å komme utenom komiteens uttalelse om at bruken forutsettes nærmere regulert før polygraftester tas i bruk. Retten uttaler at ”bruk av slike bevismidler reiser en rekke prinsipielle og praktiske spørsmål og problemer. Det har komiteen åpenbart vært oppmerksom på og det er naturlig å forstå den slik at den har ment det som er sagt, at det må ta stilling til dette gjennom et regelverk før slike tester eventuelt tas i bruk som bevis”.

Etter å ha gått igjennom strpl § 92 annet ledd 2. punktum og bestemmelsens forarbeider, oppsummerer retten drøftelsen med at det nok kan være tvilsomt om strpl § 92 annet ledd 2. punktum bedømt utelukkende ut i fra ordlyden og fra de overnevnte forarbeidene gir grunnlag for å nekte en siktet å føre bevis om polygraftester, dette også fordi bestemmelsen direkte regulerer påtalemyndighetenes fremskaffelse av bevis.

Men retten bruker bestemmelsen som støtte for å nekte beviset ført, samholdt med reelle hensyn. Høyesterett sier om dette at når man imidlertid har den lovgivningsmessige forankringen for et bevisforbud vedrørende polygraftester som man tross alt har i bestemmelsen, og dette ses i samhold med de sterke reelle hensyn som retten mener tilsier nektelse av beviset, legger Høyesterett til grunn at dette samlet sett må være avgjørende for at resultatet fra løgndetektor testen nektes ført.

Sterke reelle hensyn:

Høyesterett fremhever at en polygraftest innebærer en invadering av personligheten til undersøkelsespersonen. Retten mener at slike undersøkelser for mange vil oppleves som integritets- og personlighetskrenkende. Videre fremhever Høyesterett at dette også vil kunne gjelde personer som uttaler seg sannferdig. Retten uttaler at personer som uttaler seg sannferdig vil kunne være engstelige over de negative konsekvensene som vil følge for dem dersom testen skulle gi et uriktig resultat og at dette vil være en ekstra belastning ved en slik form for undersøkelse.

Høyesterett ser også hen til og legger vekt på de videre konsekvensene retten mener vil følge hvis en tillater resultatene fra løgndetektortesten fremlagt som bevis i den aktuelle saken. Retten uttaler at de ”reelle hensynene må vurderes i lys av situasjonen slik den

vil være om polygraftester tillates og blir tatt i bruk som bevismiddel". Høyesterett henviser også her til straffeprosesslovkomiteens uttalelser. Komiteen har i sin innstilling uttalt at hvis det "skulle det bli alminnelig å bruke et slikt middel under etterforskning, kan den som nekter komme i en vanskelig stilling"⁸ Høyesterett kommenterer at denne uttalelsen direkte tar sikte på tilfellene hvor det er påtalemyndighetene som ønsker testene utført, men retten legger videre til grunn at det helt generelt må antas at dersom bruk av polygraf tester tillates ført som bevis, vil dette kunne innebære et sterkt press på en siktet til å la seg underlegges slike tester, hva spørsmål om slik testing reises av politi/påtalemyndighet eller ikke.

Videre negative konsekvenser av en eventuell tillatelse:

Høyesterett uttaler at hvis det åpnes for polygraftesting av siktede som bevismiddel, vil en vanskelig kunne nekte et vitne å fremlegge en tilsvarende test, for eksempel en fornærmet i en sedelighetssak som ønsker å fremlegge en polygraftest av seg selv. Dette vil etter rettens syn igjen kunne føre til at en vil sette fornærmede i en vanskelig stilling. Fornærmede vil kunne føle seg presset til å utføre en test hvis resultatet av slike tester tillates ført som bevis. Høyesterett uttaler om dette" at en fornærmet i en slik sak vil kunne føle seg presset til å la seg teste, hvor vedkommendes troverdighet vil kunne stå på spill, står for meg som innlysende. I det hele, presset til å la seg teste med polygraf vil i mange tilfeller måtte kunne bli betydelig".

Overførte konsekvenser i sivilprosessen:

Høyesterett mener også at hvis en tillater en polygraftester fremlagt som bevis i strafferetten, vil det bli vanskelig å nekte tilsvarende bevis ført i sivilprosessen hvor partenes troverdighet står sentralt. Retten trekker her frem som eksempel familiesaker hvor det er framsatt beskyldninger om overgrep. Høyesterett mener at polygraftestester vil kunne være aktuelle i slike saker, og tilsvarende situasjoner som nevnt overfor med faktisk press til å la seg teste vil kunne oppstå.

Regulering:

Til slutt uttaler Høyesterett at "dersom man tross disse betenkelighetene av personvernmessig art skulle mene at polygraftester bør tillates som bevis, er det

åpenbart behov for å lovregulere dette før en slik ordning innføres. Lovgiver bør blant annet ta stilling til i hvilke situasjoner polygraftester skal tillates som bevis, om det skal gjelde både for siktede og vitner, eventuelt for hvilke grupper vitner. Det bør videre gis regler blant annet om hvordan testene skal gjennomføres, om testpersonene skal ha adgang til å nekte testen fremlagt etter at den er utført m.v. Å gi adgang til å bruke polygraftester som bevis før det er tatt stilling til disse – og langt flere – spørsmål bruk av slike bevis vil reise, ville være meget utilfredsstillende og skape betydelig usikkerhet omkring bevisførselen”.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK):

Høyesterett anfører videre at det hensyn som beviset nektes ført ut i fra, nemlig hensynet til den personlige integritet, er søkt vernet i EMK. Retten sier på bakgrunn av dette at den vanskelig kan se at en slik begrenset beskjæring i adgangen til bevisførsel, begrunnet i tungtveiende hensyn som konvensjonen selv beskytter, kan innebære at siktedes krav på en rettferdig rettergang er krenket.

Sammenfatning:

Høyesterett legger til grunn at sterke personvern hensyn tilsier at det ikke åpnes for et bevismiddel basert på undersøkelser som etter sitt formål innebærer en invadering av personligheten hos testpersonen. Dette hensynet, sammenholdt med straffeprosesslovens § 92 annet ledd 2. punktum og forarbeidene til bestemmelsen mener Høyesterett er avgjørende for at slik bevis ikke tillates ført.

4.2 "Gamal – Hosein" saken

En mann var satt under tiltale ved Skien og Porsgrunn tingrett for å ha drept sin ektefelle og siden dumpet henne i en elv. Han ble funnet skyldig i tingretten og anket saken videre inn for Agder lagmannsrett. Før lagmannsretten behandlet saken dro siktede til Sverige og lot seg underkaste en løgn detektortest som ble utført av professor ved universitetet i Trondheim Sven Svebakk. Forsvareren til siktede ønsket når saken kom opp for lagmannsretten å få eksaminere tiltalte og Svebak om gjennomføringen og resultatet av testen, og videre å få Svebak til å uttale seg om denne type tester i sin alminnelighet.

Tiltalte ønsket på bakgrunn av Menneskerettslovens ikrafttrekken i 1999 å få en ny behandling av mulighetene for å føre resultater av løgndetektortester som bevis. Tiltalte viste her til at de avgjørelsene som tidligere har nektet denne formen for bevisføring i det vesentlige skrev seg fra tiden før Menneskerettsloven, og dette var et forhold som gjorde at rettskildemessige situasjonen nå var endret. Tiltalte påberopte seg derfor at en nektelse av å føre løgndetektortesten som bevis, ville være i strid med EMK art. 6 nr. 3 bokstav d, da denne bestemmelse var overordnet norsk lov og rettspraksis gjennom menneskerettsloven av 1999.

Videre påberopte tiltalte seg at testen måtte tillates ført da denne var foretatt i Sverige, hvor denne formen for tester er et lovlig bevismiddel.

Tiltalte henviste her til en avgjørelse⁹ hvor Høyesterett tillot bevis som skrev seg fra en telefonavlytting foretatt i Spania av spanske myndigheter og som var lovlig i Spania, men ikke ville vært det om den hadde vært foretatt i Norge, tillatt ført. Tiltalte anførte på bakgrunn av denne avgjørelsen at det forhold at testen var utført i Sverige burde tilsi at resultatet fra testen ble tillat fremlagt som bevis i denne saken.

Tiltalte påberopte seg at det etter norsk rett kreves en klar hjemmel for å gjøre unntak fra prinsippet om fri bevisførsel. Tiltalte la her til grunn at det følger av EMK art 6 nr 3 bokstav d at en siktet person har rett til å avhøre vitner, og at denne bestemmelsen er overordnet norsk lov og rettspraksis gjennom menneskerettsloven. Videre mente tiltalte å finne støtte for kravet om hjemmel i både i den nevnte avgjørelsen om telefonavlytting foretatt i Spania og i en avgjørelse fra Rt 1990 s. 1008 om adgangen til å legge frem fotoboks-bilde som bevis for andre forhold enn vedkommende trafikkovertrødelse. Tiltalte støttet sin anførsel på at det i begge avgjørelsene ble stilt krav om hjemmel for å avskjære vedkommende bevis.

⁹ Rt – 2002 - 1744

Resultat:

Bevisføringen ble ikke tillatt¹⁰. Lagmannsretten tillot verken professor Sven Svebak eller andre vitner å uttale seg om den foretatte løgndetektortesten eller om løgndetektortester i sin alminnelighet.

Begrunnelse:

Lagmannsretten tok i sin begrunnelse for å nekte beviset ført utgangspunkt i Høyesteretts sin avgjørelse fra 1996 (Løgndetektorkjennelsen). Lagmannsretten uttalte her at ”denne rettspraksis er bindende for den foreliggende sak med mindre det kan påvises relevante endringer i gjeldende rett eller at det foreligger faktiske forhold som atskiller den foreliggende sak fra 1996 på en slik måte at det er grunnlag for et annet resultat enn det Høyesterett kom til i 1996”. Lagmannsretten kunne ikke se at det var noen slike forhold i denne saken, og følgelig ble ikke beviset tillatt ført.

Forholdet til EMK:

Lagmannsretten kunne ikke se at menneskerettsloven av 1999 hadde medført noen endring i den rettslige situasjonen. Retten trakk her frem at norske domstoler også i tiden før vedtagelsen av menneskerettsloven var bundet av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og rettet seg etter praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Lagmannsretten la derfor til grunn at dette var et forhold som Høyesterett tok med i vurderingen i avgjørelsen fra 1996. Lagmannsretten uttalte om dette at ”forholdet til EMK er vurdert i avgjørelsen fra 1996 bl.a. i forhold til bestemmelsen i art. 6 nr. 3 som forsvareren har nevnt i sine anførsler”.

Lovlig bevismiddel i Sverige:

At løgndetektortesten var utført i Sverige mente lagmannsretten ikke kunne være av betydning i forhold til om testen skulle tillates ført som bevis eller ikke. Dette begrunnet retten med at ”forbudet mot denne type tester hviler på en overordnet prinsipiell begrunnelse knyttet til personvern hensyn som innebærer en total avvisning av denne type bevis”. Avgjørelsene som tiltalte påberopte seg som støtte for at testen skulle

¹⁰ Agder lagmannsrett – Dom. 2003-22-09

tillates ført gjaldt bevismateriale som ikke er utelukket i norsk rett og omhandlet den nærmere avgrensingen av adgangen til å fremlegge denne type bevis for retten. Tiltalte fikk derfor ”ikke noen større adgang til å fremlegge resultatet av løgndetektortesten ved å reise over grensen til Sverige sammen med den sakkyndige å foreta testen der”.

Hjemmelsgrunnlag:

Lagmannsretten uttalte videre at de nevnte avgjørelsene som tiltalte påberopte seg om at det kreves hjemmel for å avskjære bevis, ikke kunne tillegges vekt Dette begrunnet retten med at løgndetektorkjennelsen fra 1996 nettopp går ut på at det med støtte i loven, forarbeidene og tungtveiende personhensyn er hjemmel for å avskjære løgndetektortester som bevis.

4.3 Birgitte Tengs/Karmøy dommen.

En 21 år gammel mann (A) var tiltalt for å ha drept sin kusine. Han ble i Karmsund herredsrett dømt for drapet. A anket dommen inn for Gulating lagmannsrett og ble her frikjent¹¹. Saken var uklar på grunn av et sammenfall av et uvanlig stort antall uheldige omstendigheter på etterforskningsstadiet. Bevismessig var det bare fetterens tilståelse som knyttet han direkte til åstedet/funnstedet for den drepte. De tekniske bevisene i saken gav få entydige konklusjoner, og de øvrige bevisene i saken var i stor grad indisier som ikke alene eller hver for seg knyttet A til handlingen.

I denne saken var det knyttet spesiell stor oppmerksomhet rundt avhørssituasjonen og riktigheten av en tilståelse som ble avgitt og senere trukket tilbake. A endret ikke forklaringen sin i den forstand at han hadde en annen forklaring på hva som hadde skjedd. Bakgrunnen for at tilståelsen ble trukket tilbake var at han nå ikke hadde noen erindring om de handlingene han hadde tilstått, og han mente han heller ikke hadde det da han tilstod.

Politiet hadde i forkant av avhørene av mannen en teori om at fetteren led av en form for traumatisk hukommelses svikt og avhøret ble lagt opp med en form og metode som

¹¹ LG – 1998 -00260

skulle bidra til å bringe det glemte frem fra erindringen. Bakgrunnen for tilståelsen var bl.a. at avhøreren gav inntrykk av at politiet satt med informasjon om at A var skyldig. Siktete ble fortalt at han kunne ha fortrenget hendelsen og han ble også satt til å skrive ”filmmanus” eller scenarier om hvordan han forestilte seg at drapet hadde skjedd. På bakgrunn av dette ble siktete etter hvert ledet til å mistro sin egen hukommelse.

Det sentrale spørsmålet i saken var på bakgrunn av dette om den første tilståelsen var ekte eller falsk. Det var i denne saken flere ulike sakkyndige inne på ulike stadier av saken. Politiet hadde på etterforskningsstadiet kontakt med en svensk psykiater, dr. med. Ulf Åsgård som hadde betydelig erfaring i utarbeiding av såkalte gjerningsmannprofiler. Han ble senere oppnevnt som sakkyndig i straffesakene. Han mente at A fortalte noe han faktisk erindret i tilståelsen

Når saken ble anket inn for lagmannsretten ble det i tillegg oppnevnt to britisk rettspsykologisk sakkyndige. Den ene var Gisli Gudjonsson, som nå er professor i rettspsykologi ved University of London. Den andre sakkyndige var Ph.D. Barrie L. . I tillegg var det rettsoppnevnte sakkyndige, overlegene Grunfeld og Nordeik, som redegjorde for teorier om falsk tilståelse generelt.

Gisli Gudjonsson konkluderte etter å ha intervjuet de ulike aktørene i saken, med at det var flere forhold ved avhørene og selve avhørssituasjonen som pekte i retning av at en falsk tilståelse kunne være sannsynlig.¹² Fetteren ble bl.a. på bakgrunn av dette frikjent for drapet i lagmannsretten.

Oppnevningen av de ulike sakkyndige var ikke omstridt i denne saken og påtalemyndighetene hadde ingen innvendinger mot bruken av Gudjonsson i tilknytning til vurderingen av fetterens tilståelse.

4.4 Orderud.

Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse, Rt – 2001 – 1465.

¹²Magnussen 2004.

Fire personer var ved Nes herredsrett satt under tiltale for medvirkning til overlagt drap på tre mennesker. Tre av de tiltalte ble funnet skyldig i herredsretten, mens den fjerde ble frifunnet på dette punktet, men dømt for uaktsomt drap. A, B og C påanket herredrettens avgjørelse til Eidsivating lagmannsrett og riksadvokaten anket dommen i forhold til D.

Ved lagmannsrettens behandling av saken ønsket A og B å få oppnevnt en sakkyndig for å vurdere de tiltaltes personlighet. De øvrige tiltalte, C og D, samt påtalemyndigheten motsatte seg at den sakkyndige skulle tillates ført. Eidsivating lagmannsrett fattet beslutning hvor begjæringen om oppnevning av sakkyndig ikke ble tatt til følge. A påkjærte beslutningen til Høyesteretts kjæremålsutvalg som etter en vurdering forkastet kjæremålet.

Saken gjaldt oppnevning av sakkyndig. A og B begjærte i ankesak for lagmannsretten oppnevnt en sakkyndig for å vurdere de tiltaltes personlighet. Blant annet ”..om det kan identifiseres spesielle karaktertrekk eller problemer som kan ha innvirket på deres evne til å gi troverdige eller sanne forklaringer i forbindelse med hendelsene”. A og B begrunnet begjæringen i at straffesaken reiser helt spesielle problemstillinger omkring de ulike tiltaltes personlighet, og deres relasjoner til hverandre og deres relasjoner til andre mennesker. I tillegg ønsket de den sakkyndige oppnevnt da straffesaken reiste en del kompliserte spørsmål om motiv, endring og tilpasning av forklaringer samt de tiltaltes eventuelle personlighetsavvik. A og B anførte videre at oppnevningen av den sakkyndige var nødvendig for sakens opplysning, jfr. straffeprosesslovens § 294.

Begjæringen om å få føre den sakkyndige ble ikke tatt til følge. Lagmannsretten begrunnet dette med at en slik oppnevning ikke var nødvendig av hensyn til sakens fulle opplysning. Videre begrunnet lagmannsretten nektelsen av å tillate det nevnte beviset ført med at en sakkyndig vurdering, med et mandat som her var foreslått, ville gripe direkte inn i lagrettens bevisvurdering, noe som retten mente var prinsipielt uheldig.

Høyesteretts kjæremålsutvalg kommenterte i sin behandling av kjæremålet at de ikke hadde noen innvendinger mot lagmannsrettens uttalelser. Videre sa kjæremålsutvalget at de heller ikke på annet grunnlag ville sette til side lagmannsrettens skjønsmessige

vurdering av behovet for sakkyndig med sikte på å belyse blant annet hvilken troverdighet hver av de tiltalte i saken har. Kjæremålet ble på bakgrunn av dette forkastet.

4.5 Den sakkyndiges mandat

Både i Birgitte Tengs saken og i Orderud saken ble Gisli Gudjonsson begjært oppnevnt som sakkyndig. I Orderudsaken ble de siktede nektet å føre Gudjonsson som sakkyndig for å vurdere de tiltaltes troverdighet, mens han ble tillatt ført i Birgitte saken, hvor han skulle vurdere om det forelå en falsk tilståelse.

Gudjonsson ble i de ulike sakene begjært oppnevnt med forskjellig mandat. I Birgitte saken skulle han analysere siktedes tilståelse og gjøre rede for i hvilken grad han mente den avgitte tilståelsen var falsk, mens han i Orderud saken skulle vurdere de siktedes personlighet og gjøre rede for om det kunne identifiseres spesielle karaktertrekk som kunne virke inn på de siktedes evne til å gi troverdige forklaringer.

5 Vurdering av de ulike begrunnelsene.

5.1 Innledning

Det følger på bakgrunn av den rettspraksis som er omtalt i del I at Høyesterett har innsnevret siktedes adgang til å føre noen former for nye typer sakkyndige som bevis. Jeg vil i det følgende foreta en vurdering av de ulike begrunnelsene som Høyesterett anfører til støtte for å avskjære denne formen for bevis og vil videre legge vekt på de betenkelighetene jeg mener knytter seg til rettens begrunnelse for å nekte denne type bevis ført.

Jeg vil først behandle Høyesteretts begrunnelse for å nekte resultat av løgndetektortester fremlagt og deretter vil jeg vurdere rettens begrunnelse for å avskjære siktedes begjæring om bruk av sakkyndige i tilknytting til troverdighetsvurderinger. Denne inndelingen vil kunne medføre en viss ”dobbelt behandling” da mange av de samme

vurderingene og innvendingene gjør seg gjeldene i forhold til de ulike begrunnelsene for bevisavskjæringene. For å unngå for mye gjentakelse har jeg derfor prøvd å henvise til tidligere drøftelser der dette har vært mulig.

6 Løgn-detektor

Jeg vil i det følgende stort sett forholde meg til Høyesteretts begrunnelsen for å nekte løgn-detektortesten ført fra 1996, da denne er bestemmende for de senere avgjørelsene. Domstolene har på bakgrunn av Høyesterett avgjørelse i løgn-detektorkjennelsen nektet denne formen for bevis ført i de senere avgjørelsene hvor dette har vært prøvd.

Å nekte siktede å føre en sakkyndig for å gjøre rede for resultatet av en gjennomført løgn-detektortest er å innskrenke tiltaltes rett til å føre bevis. At tiltaltes muligheter for å føre bevis for sin uskyld innsnevres er betenkelig på bakgrunn av flere viktige prinsipper til grunn for vår prosessordning.

6.1 Forholdet til de straffeprosessuelle grunnprinsipper

At Høyesterett i løgn-detektorkjennelsen åpnet for bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag mener jeg er betenkelig i forhold til flere viktige prinsipper til grunn for straffeprosessen. På bakgrunn av dette finner jeg det underlig at Høyesterett i avgjørelsene avskjærer siktedes rett til å føre bevis uten å nevne viktige prinsipper og rettsikkerhetsgarantier til grunn for straffeprosessen. Disse prinsippene er utformet med sikte på å sikre en trygg, tillitvekkende og rettferdig rettergang, og videre for å ivareta et overordnet prinsipp i strafferetten om at ingen uskyldige skal dømmes til straff.¹³

At Høyesterett i løgn-detektorkjennelsen ikke nevner noe om innskrenkningen av siktedes rett til å føre bevis sett i forhold til straffeprosessuelle grunnprinsipper, fremstår for meg som betenkelig da de fleste av disse prinsippene er utformet med tanke på å beskytte siktede.

¹³ Hov 1999

Høyesterett innsnevrer retten til fri bevisførsel til ugunst for siktede i saken, og dette taler for at retten i større grad burde ha behandlet hensynene som ligger bak retten til fri bevisførsel og konsekvensene som en nektelse vil kunne medføre for den siktede.

6.1.1 Fri bevisførsel

Jeg mener Høyesteretts begrunnelse for å nekte beviset ført er betenkelig på bakgrunn av prinsippet om fri bevisføring. Det er et grunnleggende prinsipp i straffeprosessen at siktede som utgangspunkt skal få føre de bevis han ønsker, se her pkt. 2.

En innsnevring av dette prinsippet medførte at saken blir dårligere opplyst, og rettens avgjørelsesgrunnlag blir med dette svekket.

At saken blir opplyst er en viktig forutsetning for å sikre en materielt riktig avgjørelse, og videre vil dette minske mulighetene at uskyldige blir dømt, noe som anses for å være en overordnet verdi i strafferetten. At tiltalte blir nektet å fremlegge et bevis som kan bidra til å belyse hans sak, er på bakgrunn av disse prinsippene uheldig. Dette vil innebære at avgjørelsesgrunnlaget for retten svekkes, og forhold som taler til siktedes fordel blir ikke fremlagt.

6.1.2 Kontradiksjon

Videre fratas siktede gjennom løgndetektorkjennelsen muligheter til å føre motbevis til den påståtte falske tilståelsen. Siktede hevdet at han hadde følt seg presset til å avgi en falsk tilståelse, og på bakgrunn av dette ønsket han nå å motbevises påtalemyndighetenes påstand om at den avgitte tilståelsen var korrekt.

Å nekte siktede en slik mulighet er betenkelig på bakgrunn av prinsippet om kontradiksjon. En tiltalt har krav på å bli hørt før han blir straffet, og det er et viktig element i en rettferdig prosessordning at siktede får mulighet til å føre motbevis. At siktedes rett til å føre bevis begrenses gjennom dommen, medfører at hans mulighet til å kommentere anførsler og bevis fra påtalemyndighetens side blir dårligere, noe som vil kunne bidra til å svekke hans sak. At Høyesterett i sin avgjørelse ikke nevner dette forholdet finner jeg betenkelig.

6.1.3 "Favor defensionis"

Videre vil det forhold at siktede ikke får muligheten til å fremlegge bevis som han mener taler for hans uskyld være uheldig på bakgrunn av prinsippet om "Favor defensionis". Det følger av dette prinsippet at prosessen skal legges opp i favør av den siktede da påtalemyndighetene både rettslig og faktisk har et betydelig overtak overfor siktede. Domstolen skal på bakgrunn av dette søke å kompensere denne ubalansen ved at tiltalte får fordeler under rettergangen. Siktede er på bakgrunn av dette gitt spesielle rettigheter under saken. Prinsippet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode utledes bl.a. av dette prinsippet.

Hensynet til siktede mener jeg ikke er blitt tilstrekkelig ivaretatt i løgndetektorkjennelsen.

Det forhold at siktede ønsket beviset ført, burde tale for at retten hensyn tok dette i større grad i sin vurdering. Det å nekte siktede å føre et bevis han ønsker vil her medføre at uskyldspresumsjonen ikke blir hensyn tatt i tilstrekkelig grad. Det forhold at det var omstridt i hvilken grad tiltaltes tilståelse var falsk eller ikke burde etter min mening medført at tiltalte fikk føre løgndetektorbeviset da dette var et bevis egnet til å skape tvil om riktigheten av tilståelsen, og dermed medføre "rimelig tvil".

6.1.4 Legalitetsprinsippet

Høyesterett bruker en uttalelse fra en avgjørelse i tilknytning til ulovlig ervervet bevis til inntekt for å utvide adgangen til å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag, til også å omfatte lovlige ervervete bevis.

At Høyesterett her stiller opp en adgang til å avskjære lovlig ervervet bevis på ulovfestet grunnlag finner jeg betenkelig av flere grunner, men først og fremst på bakgrunn av legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet innebærer at inngrep i borgernes rettsfære må ha hjemmel i lov. Inngrep omfatter her både pålegg av nye plikter, og reduksjon av eksisterende rettigheter¹⁴. Jeg vil på bakgrunn av dette mene at det å åpne

¹⁴ Fleischer 1998

for å tillate avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag er betenkelig sett i forhold til legalitetsprinsippet og av den grunn ikke burde vært foretatt.

Videre har jeg vansker for å se på hvilket grunnlag uttalelsene som Høyesterett henviser til kan gi støtte til en utvidet adgang til å avskjære bevis på ulovfestet grunnlag.

Avgjørelsen som Høyesterett hentet uttalelsen fra omhandler et helt annet saksforhold og problemstillinger enn hva som gjør seg gjeldene i løgndetektorkjennelsen.

Avgjørelsen fra Rt – 1900 – 1008 gjaldt bevisnektelse i tilknytning til bevis som påtalemyndighetene hadde ervervet på ulovlig måte.

Jeg vil anta at det ligger helt andre vurderinger til grunn for å nekte påtalemyndighetene å legge fram et bevis som er tilegnet på ulovlig måte, enn hva som vil være tilfelle ved å nekte siktede å fremlegge et lovlig ervervet bevis.

Det vil for det første gjøre seg ulike hensyn gjeldende avhengig av om det er siktede eller påtalemyndighetene som ønsker beviset fremlagt. De vurderingene som gjøres i forbindelse med politiets/påtalemyndighetenes bruk av ”ulovlige” bevismidler er ikke de samme som må foretas når det gjelder tiltaltes adgang til å føre lovlig ervervet bevis, jfr. bl.a. prinsippet om ”favor defensionis” i pkt. 6.1.3

Videre vil det også være ulike hensyn og avveininger knyttet til fremleggelsesadgangen som gjør seg gjeldende avhengig av om beviset er ervervet lovlig eller om tilegnelsen av beviset har foregått på ulovlig måte. Det fremstår for meg som mye mer betenkelig i et rettsikkerhetsmessig perspektiv å nekte siktede å føre bevis for sin uskyld, enn å nekte påtalemyndighetene å føre et ulovlig bevis. Jeg mener på bakgrunn av dette at å nekte påtalemyndighetene å føre et ulovlig ervervet bevis på ulovfestet grunnlag er mindre betenkelig enn å nekte siktede å fremlegge et lovlig bevis fremstår og jeg har derfor vanskeligheter med å forstå at Høyesterett kan bruke uttalelser i tilknytning til dette som støtte for å utvide regelens anvendelsesområde.

Jeg vil på bakgrunn av dette mene at det er uheldig at retten på bakgrunn av en avgjørelse som nekter ulovlig bevis fremlagt utvider den ulovfestede adgangen til å avskjære bevis til også å omfatte lovlig bevis.

6.2 Forholdet til øvrige rettskilder

6.2.1 Straffeprosessloven § 92 annet ledd 2. punktum

Høyesterett uttaler i løgndetektorkjennelsen at retten finner støtte for å nekte siktede å framlegge og føre bevis om løgndetektortester i straffeprosessloven § 92 annet ledd 2. punktum.

Denne paragrafen omhandler avhør av siktede og omfatter både politiavhør og avhør i retten. Bestemmelsen gir nærmere regler om hvordan avhøringen skal foregå og den forbyr bruk ulike former for ”pressmidler” under avhør, for eksempel trusler, tvang eller bruk midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse.

Jeg har vanskelig for å se på hvilket grunnlag Høyesterett finner støtte for å nekte løgndetektorbeviset ført i denne bestemmelsen.

For det første regulerer bestemmelsen fremgangsmåter i tilknytning til avhør av siktede. Høyesterett sier om dette at selv om bestemmelsen direkte gjelder avhør av siktede, så gir den forutsetningsvis holdepunkter for den karakter et bevis må ha for å være akseptabelt. Denne betraktningmåten kan jeg vanskelig si meg enig i.

Hvilken fremgangsmåte og metoder en kan benytte under avhør av siktede har lite sammenheng og tilknytning med siktedes rett til å føre bevis. Det ligger helt andre hensyn bak en regulering av metodene påtalemyndighetene kan benytte seg av under avhør av siktede, enn hva som vil ligge til grunn for siktedes rett til å føre bevis han selv ønsker.. Karakteren av de bevis som tillates ført skal avgjøres på bakgrunn av andre prinsippene, ikke gjennom en forutsetning utledet av en bestemmelse som omhandler avhør.

Videre inneholder ikke bestemmelsen noen forbud mot bruk av løgndetektortester.

Høyesterett løser dette ved å tolke bruk av løgndetektor slik at den i en forstand kan sies å skulle skal avsløre et ”kroppsspråk” som ikke kan kontrolleres, og den vil da med dette innebære en invadering av personligheten ved at sannheten fås fram uten at testpersonen har kontroll over dette. Retten mener på bakgrunn av dette at bruk av løgndetektor til en viss grad ligner på bruk av midler som narkoanalyse, som bestemmelsen setter et direkte forbud mot. Jeg finner på bakgrunn av legalitetsprinsippet denne betraktningmåten betenkelig. Det fremkommer av dette prinsippet at jo mer inngripende vedtak det er snakk om, jo klarere bør hjemmelen i lov være. Dette tilsier at det må foreligge sterke grunner for at det skal være berettiget å gå ut over det som naturlig ligger i ordlyden, særlig hvis det er tale om vidtgående inngrep. Jeg kan ikke se at dette er tilfelle i den foreliggende saken.

Etter å ha prøvd å finne støtte for å nekte siktede å føre løgndetektortesten i bestemmelsens ordlyd, tar Høyesterett tak i forarbeidene til strpl § 92 og prøver å utlede et forbud mot denne formen for bevis fra uttalelser i tilknytning til disse.

6.2.2 Forarbeidene til § 92 annet ledd 2. punktum

Høyesterett gjengir i løgndetektorkjennelsen store deler av forarbeidene tilknyttet strpl § 92 annet ledd. Straffeprosesslovkomiteen kom i sin innstilling til bestemmelsen med noen betraktninger knyttet til en eventuell fremtidig bruk av løgndetektor i tilknytning til avhør av siktede, og Høyesterett bruker noen av disse uttalelsene som støtte for et bevisforbud vedrørende løgndetektortest.

Jeg har vansker med å se at uttalelsene fra forarbeidene tilknyttet § 92 kan forankre et bevisforbud knyttet til løgndetektortester.

For det første mener jeg at forarbeidene til bestemmelsen i liten grad kan tas til inntekt for en begrensning i siktedes rett til å føre bevis da vurderingene i forarbeidene er utformet med sikte på å regulere gjennomføringen av avhør av siktede jfr. kommentarene knyttet til selve bestemmelse se pkt. 6.2.1

Videre mener jeg at uttalelsene i forarbeidene uansett vil ha begrenset vekt i forhold til bruk av løgndetektor, da komiteens uttalelser i tilknytning til en eventuell bruk av løgndetektor fremstår som innbyrdes motstridende og uklare. Forarbeidene er motstridende da komiteen på den ene siden uttaler at de ikke har tatt stilling til bruk av løgndetektor, samtidig som de forutsetter at denne bruken reguleres nærmere. Komiteen sa om dette at tiden vil vise om løgndetektor lar seg bruke på en måte som er tilstrekkelig betryggende. Komiteen uttalte så til slutt at ”man forutsetter at slike midler ikke blir tatt i bruk uten i henhold til nærmere regler om bruken av dem.”

Det fremgår av de nevnte sitatene at straffeprosesslovkomiteen ikke vurderte en eventuell bruk av løgndetektor særlig grundig. At uttalelsene nå tas til inntekt for å begrense siktedes bevisførsel er på bakgrunn av dette uheldig. Bør kunne forvente at dette blir vurdert grundig da det er et inngripende vedtak i siktedes rett til fri bevisføring.

Videre vil jeg mene at det å tillate påtalemyndighetene å anvende løgndetektortester under avhør vil være noe helt annet enn å la siktede som selv ønsker å fremføre en test gjøre dette. Det forhold at det er så ulike vurderinger som vil ligge til grunn for de forskjellige situasjonene, mener jeg er enda et argument for at forarbeidenes uttalelser kan ilegges begrenset vekt i tilknytning til siktedes ønske om å føre denne formen for bevis.

Jeg har derfor vanskelig for å se at de uklare uttalelsene fra komiteen kan gi hjemmel for å avskjære denne formen for bevis. At retten, når den foretar et så inngripende vedtak som jeg mener det å nekte fremleggelse av beviset er, velger å støtte seg på noen gamle, uklare forarbeider tilknyttet en bestemmelse som regulerer et annet forhold er finner jeg betenkelig.

6.2.3 Reelle hensyn

Etter å ha behandlet straffeprosessloven § 92 andre ledd 2. punktum oppsummerer Høyesterett drøftelsen med at det nok kan være tvilsomt om bestemmelsen bedømt utelukkende ut fra ordlyd og forarbeider kan gi grunnlag for å nekte den siktede å føre bevis om løgndetektortesten. Men retten sier videre at når man imidlertid har den

lovgivningsmessige forankringen som retten mener her foreligger, og denne ses i lys av de sterke reelle hensyn som tilsier nektelse av beviset, må dette etter Høyesteretts mening samlet sett være avgjørende for å nekte beviset ført.

Høyesterett fremhever videre at det må foreligge sterke og tungtveiende hensyn for at retten skal kunne avskjære lovlig ervervet bevis på ulovfestet grunnlag. Retten sier om dette at disse hensynene må være sterkere jo svakere forankring eller tilknytning en nektelse vil ha til straffeprosesslovens regler vurdert ut fra regels ordlyd og i lys av lovforarbeidene.

Jeg mener at Høyesteretts begrunnelse for å nekte beviset ført er i strid med grunnleggende rettsikkerhets prinsipper, da spesielt legalitetsprinsippet jfr. tidligere drøftelse pkt. 6.1.4. Domstolen må her ha hjemmel i lov for å innskrenke siktedes rettsstilling.

Uansett hvor sterke reelle hensyn som måtte foreligge kan disse ikke erstatte hjemmel i lov. Bakgrunnen for legalitetsprinsippet er nettopp å trygge borgernes stilling ved å sikre at rettstilstanden ikke kan innskrenkes til deres ugunst på bakgrunn av ”ren synsing”. Jeg mener at Høyesterett hjemmelsgrunnlag her er uklart og at dette er uheldig sett i forhold til at de med dette avviker et grunnleggende prinsipp om fri bevisføring til ugunst for tiltalte.

6.2.4 De reelle hensynene som Høyesterett bygger på (vurdering)

Høyesterett sier om dette at det helt unntaksvis kan tenkes at det på ulovfestet grunnlag også må nektes å føre bevis selv om beviset er ervervet på lovlig måte og selv når det er siktede som ønsker å føre det. Men det er åpenbart at det må meget sterke og tungtveiende hensyn til for en slik nektelse og disse hensyn må være sterkere jo svakere forankring eller tilknytning en nektelse vil ha til straffeprosesslovens regler vurdert ut fra regelens ordlyd og i lys av lovforarbeidene.

Retten tar utgangspunkt i at en polygrafterst innebærer en invadering av personligheten til undersøkelsespersonen og at mange vil oppleve en slik undersøkelse som integritets- og personlighetskrenkende.

Det er nok en følge av bruk av løgndetektorer som vanskelig kan unngås. Det å underkaste seg en testing av troverdighet eller undersøkelse av personlighet vil automatisk innebære en form for ”invadering av personligheten”.

Men til tross for at en slik form for undersøkelse vil innebære en press på siktedes person vil dette være et hensyn som i mye større grad vil gjøre seg gjeldene ved tvungen bruk av løgndetektortester eller troverdighetsvurderinger. Et fellestrekk ved de omtalte avgjørelsene er at det er siktede som har ønsket å la seg underkaste denne formen for vurdering og testing og følgelig vil dette hensynet fremstå som noe mindre betenkelig i disse tilfellene.

Høyesterett sier seg til en viss grad enig i denne betraktningsmåten. Men retten uttaler videre at en slik betraktningsmåte bare vil være korrekt i en situasjon som her foreligger hvor bruk av løgndetektortest er et nytt bevismiddel og at siktede av den grunn står overfor et fullstendig fritt valg med hensyn til om han skal la seg teste eller ikke.

Høyesterett legger derfor til grunn at en slik betraktningsmåte er for snever når reelle hensyn skal avveies. Retten trekker her fram at de ulike hensynene må vurderes i lys av situasjonen slik den vil være om polygraftester tillates og er tatt i bruk som bevismiddel. Høyesterett viser her til forarbeidene til strpl § 92 annet ledd 2 som sier at skulle det bli alminnelig å bruke et slikt middel under etterforskning kan den som nekter å medvirke komme i en vanskelig stilling.

Høyesterett bemerker selv at disse uttalelsene direkte tar sikte på at det er påtalemyndigheten som ønsker testen utført, men legger likevel til grunn at det på generelt grunnlag må antas at dersom bruk av polygraftester tillates vil det kunne innebære et sterkt press på en siktet på å la seg teste hva enten spørsmål om slik testing reises av politi/påtalemyndighet eller ikke. Retten sier videre at dette kan forplante seg videre og dermed medføre press til å la seg teste for fornærmede og for partene i sivilprosessen. Realiteten vil i mange tilfelle da bli at det ikke vil være frivillig å underkaste seg en slik test.

Høyesterett trekker i sin gjennomgang av reelle hensyn frem alle tenkelig vanskelige situasjoner som en tillatelse til å føre resultatene fra en løgndetektortest kan føre med seg.

Det er klart at bruken av løgndetektortester ikke er uten betenkeligheter. At en siktede vil kunne føle seg presset til å la seg underkaste en test hvis løgndetektortester skulle bli vanlig å bruke kan være. Samtidig viser resultater fra land hvor dette er et lovlig bevismiddel at dette i liten grad har skjedd. Å anvende løgndetektortester som bevis vil stort sett bare være aktuelt i et fåtall saker, noe som vil redusere sannsynligheten for at man ved å tillate denne formen for bevis vil oppleve at siktede blir utsatt for et press for å la seg testes.

Men til tross for dette skal man selvfølgelig ikke se bort fra at presset til å la seg teste kan følge som en uheldig konsekvens av å tillate løgndetektortester ført som bevis. Jeg vil her anta at hvis det åpnes for å fremlegge løgndetektortester som bevis er dette et forhold som vil trenge regulering jfr. drøftelsen i pkt om nærmere regulering. Bruk av denne type tester medfører mange nye spørsmål for eksempel knyttet til hvem som kan kreve testen utført, hvem som kan kreve testen fremlagt som bevis osv. Dette er noe som lovgiver må ta stilling til, og lovgiver vil da gjennom nærmere regulering av denne formen for bevismidler kunne begrense de uheldige virkningene som Høyesterett her skisserer.

Sammenhengen med at en ved å tillate siktede å føre denne formen for bevis vil medføre at fornærmede vil føle seg presset har jeg vansker med å forstå. Å åpne for at siktede kan fremlegge et sakkyndig bevis som ledd i sitt forsvar har ingen sammenheng med at fornærmede på bakgrunn av dette blir presset til å la seg underkaste samme formen for testing.

Dette vil uansett være et forhold som lovgiver bør ta stilling til gjennom en nærmere regulering eller forbud. At siktede skal nektes å føre resultater fra en løgndetektortest i straffesaker med den begrunnelse at dette kan medføre vansker i sivile saker fremstår for meg som en lite holdbar begrunnelse for å nekte siktede å før bevis for sin uskyld. Dette er noe som kan reguleres.

Høyesterett fremhever innledningsvis i løgndetektorkjennelsen at de reelle hensynene som retten mener kan tenkes å bære en nektelse av denne formen for bevis, må være tungtveiende generelle rettsikkerhets- eller personvern hensyn som ”mer enn oppveier de rettsikkerhetsmessige betenkelighetene en nektelse av denne formen for bevis innebærer”.

På bakgrunn av disse uttalelsene fra retten finner jeg det betenkelig at Høyesterett i sin utlegging av de negative konsekvensene en tillatelse til å fremlegge testene vil utgjøre sett i forhold til personvern hensyn ikke nevner konsekvensene som en nektelse av å føre denne formen for bevis vil kunne ha for siktede. At siktede på ulovfestet grunnlag får innskrenket sine muligheter for å føre bevis for sin uskyld er et forhold som jeg mener retten burde ha viet mer oppmerksomhet. Spesielt tatt i betraktning at Høyesteretts avgjørelse berører flere viktige prinsipper til grunn for straffeprosessen, som retten til fri bevisførsel, retten til kontradiksjon, legalitetsprinsippet og uskyldspresumsjonen.

At Høyesterett i sin kjennelse helt unnlater å nevne at de ved sin avgjørelse foretar innskrenkninger i siktedes rett til å føre de bevis han ønsker fremstår for meg som underlig. Dette spesielt på bakgrunn av at prinsippet om fri bevisførsel er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti og at det her var tiltalte som ønsker å føre bevis.

Når Høyesterett i sin vurdering av reelle hensyn vektlegger at en generell tillatelse til å føre løgndetektortester vil kunne medføre at siktede blir satt i en vanskelig situasjon, burde retten etter min mening også i vurderingen lagt vekt på, tatt hensyn til konsekvensene for siktede når han får innskrenket sin rett til å føre bevis for sin uskyld.

6.2.5 Forholdet til EMK

Den europeiske menneskerettighets konvensjon (EMK) har på ulikt grunnlag kommet opp i de forskjellige avgjørelsene. EMK har både blitt påberopt som støtte for å tillate bruk av nye typer sakkyndige, og som argument for å nekte denne formen for bevis ført.

Høyesterett sier om forholdet til EMK i løgndetektorkjennelsen at ”bevisforbudet gjelder et bevis som ikke alene kan være avgjørende for troverdigheten. Dertil kommer

at beviset nektes ført ut fra hensynet til den personlige integritet – som i seg selv er søkt vernet i EMK” Retten legger derfor til grunn at den vanskelig kan se at en slik begrenset beskjæring i adgangen til å føre bevis, begrunnet i tungtveiende hensyn konvensjonen selv beskytter, kan innebære at siktedes krav på en rettferdig rettergang eller hans rettigheter slik de er spesifisert i konvensjonens artikkel 6 nr 3, er krenket.

I 1999 ble menneskerettighetsloven vedtatt. Tiltalte i Gamalsaken påberoper seg på bakgrunn av menneskerettslovens vedtagelse at rettskilde situasjonen nå var endret slik at en avskjæring av løgndetektorbeviset vil være i strid med både kravet om rettferdig rettergang i art 6, og videre art 6 (3) bokstav d. Lagmannsretten sa om dette at norske domstoler var bundet av EMK og rettet seg atter praksis fra Den Europeiske Menneskerettighets Domstolen (EMD) også før menneskerettsloven ble vedtatt, og på bakgrunn av dette kunne ikke lagmannsretten se at det var grunn til å vurdere dette forholdet annerledes i dag enn hva Høyesterett gjorde i løgndetektorkjennelsen.

Både tiltalte i løgndetektor kjennelsen og tiltalte i ”Hosein”-saken påberopte seg at nektelsen av å føre resultatet av løgndetektortestene var i strid med EMK art. 6s generelle bestemmelse om rettferdig rettergang, og med art. 6 (3) bokstav d om retten til å avhøre vitner.

Det følger av EMDs praksis at det i første rekke er opp til de nasjonale domstolene å vurdere behovet for vitneførsel¹⁵. Dette kom blant annet klart frem i *Vidal v. Belgia*¹⁶, hvor Domstolen uttalte at det som utgangspunkt er opp til de nasjonale domstolene å vurdere bevis og om de bevismidlene som søkes ført av tiltalte, er relevante. Det samme gjaldt behovet for vitneførsel

EMK art 6 (3) (d) gir rett til å få avhørt vitner mot seg. Denne rettighet er ikke ubetinget: Som utgangspunkt er det opp til de nasjonale domstoler å vurdere fremlagt bevis, samt betydningen av bevis tilbudt av tiltalte. Likeledes er det i første rekke opp til dem å bestemme om det er hensiktsmessig å innkalle vitner. Etter bestemmelsen er det

¹⁵ Møse 2002

ikke nødvendig å innkalle og avhøre ethvert vitne tiltalte krever og retten til å føre egne bevis ikke er ubetinget. Kjernen i regelen er at den anklagede ikke skal stilles mindre gunstig enn aktoratet med tanke på vitneførsel og at begge parter har anledning til å føre tilstrekkelig mange vitner til at saken blir forsvarlig opplyst.

Om Høyesteretts avgjørelse om å nekte resultat av løgndetektortestene fremlagt som bevis er i strid med EMK vil altså bero på flere forhold. I utgangspunkt vil dette være opp til Høyesterett å avgjøre og følgelig vil avgjørelsen om å nekte beviset i ført i utgangspunktet ikke være i strid med EMK. Men det forhold at løgndetektortestene nektes ført når det er knyttet stor bevisverdi til tiltaltes forklaring og troverdighet (mangel på dette) vil kunne være et forhold som tilsier at sakene ikke blir forsvarlig opplyst, og dermed i strid med bestemmelsen.

Videre er dette imidlertid ikke det eneste innhold i art. 6 (3) (d). Avgjørelsen av om art. 6 (3) (d) er overtrådt, bygger på en nærmere vurdering av den enkelte sak. Spørsmålet er om rettergangen som helhet tilfredsstillende kravet til rettferdig ("fair") rettergang, siden art. 6 (3) (d) er en spesiell side av det grunnleggende krav som oppstilles i art. 6 (1).

Vurderingen i forhold til om nektelse av å føre løgndetektor beviset vil være i strid med siktedes krav på en rettferdig rettergang vil etter min mening langt på vei være lik vurderingen i forhold til norsk rett, så jeg har her valgt å ikke behandlet dette nærmere.

6.3 Domstolskapt rett eller lovregulering?

Bruk av løgndetektortester reiser mange vanskelige problemstillinger og spørsmål. Denne formen for bruk av sakkyndighet er som nevnt innledningsvis forholdsvist nyintrodusert i norsk rett og noe de fleste har liten kunnskap om og kjennskap til. Spørsmålet er om det forhold at bruken reiser vanskelige vurderinger er en god nok begrunnelse for å nekte denne formen for bevis ført.

Høyesterett henviser i løgndetektorkjennelsen til straffeprosesslovkomiteens uttalelser om at de forutsetter at slike midler ikke blir tatt i bruk uten i henhold til nærmere regler.

Avslutningsvis i avgjørelsen sier Høyesterett at dersom man, på tross av alle betenkelighetene retten mener er knyttet til bruken av løgndetektortester, mener at testene bør tillates ført som bevis, så er det åpenbart behov for å lovregulere dette før en slik ordning innføres. Høyesterett sier blant annet at lovgiver må ta stilling til ”i hvilke situasjoner polygrafester skal tillates som bevis, om det skal gjelde både for siktede og vitner, eventuelt for hvilke grupper vitner”. Til slutt sier Høyesterett om dette at å tillate siktede å føre denne formen for bevis før det er tatt stilling til disse og – langt flere - spørsmål bruk av slike bevis vil reise, ville vært meget utilfredsstillende og skape betydelig usikkerhet rundt bevisførselen.

Å begrunne en ulovfestet adgang til å avskjære bevis med at bruken av bevismiddelet må reguleres før denne typen kan tillates ført fremstår for meg som en form for ”omvendt argumentasjon”. Utgangspunktet i norsk rett er at partene fritt kan føre de bevis de ønsker og det forhold at det knyttes vanskelige grensdragninger til et bevismiddel kan ikke medføre at dette av den grunn kan nektes fremlagt.

Det er klart at bruk av nye typer sakkyndighet er forbundet med både praktiske og prinsipielle spørsmål. Vurderingene tilknyttet bruken av denne typen trenger en grundig utredning og vurdering. Men selv om bruken av denne formen for sakkyndige reiser vanskelige spørsmål, så vil jeg legge til grunn at så lenge det ikke foreligger klare holdepunkt for at denne type bevis skal nektes ført, bør dette tillates på bakgrunn av regelen om fri bevisførsel.

Jeg mener at dersom en ønsker å begrense bruken av nye typer sakkyndighet, så er dette noe som må lovreguleres, jfr. drøftelsen i forhold til legalitetsprinsippet pkt. 6.1.4 Videre mener jeg at det å foreta innskrenkninger i siktedes rett til fri bevisførsel er noe som krever en grundig utredning, og dette taler også i retning av at dette er noe som også lovgiver bør ta stilling til.

I Sverige hvor Högsta Domstolen har tillatt bruk av løgndetektor i rettssalen har lovgiver kommet inn i etterkant og gitt regler som regulerer bruken av denne formen for bevis. Dette måtte også kunne være mulig å gjøre i Norge og fremstår som en mer

naturlig fremgangsmåte enn å nekte beviset ført bl.a. med begrunnelsen at bruken reiser vanskelige spørsmål.

6.3.1.1 Lovgivers holdning til bruk av løgndetektor.

Nye typer sakkyndiges inntreden i rettssalene reiser som nevnt mange vanskelige spørsmål noe som også Høyesterett fremhever i løgndetektorkjennelsen se pkt 5.4.2. Reguleringer knyttet til bruken av denne formen for sakkyndige er noe jeg mener lovgiver må ta stilling til, men foreløpig har lovgiver stort sett forholdt seg taus hva gjelder bruken av nye typer sakkyndighet.

Etter at løgndetektorkjennelsen ble avsagt har spørsmålet om bruk av løgndetektor gjentatte ganger vært prøvd for domstolene. Resultatet fra løgndetektortesten har i alle sakene blitt nektet ført som bevis med henvisning til Høyesterett sin avgjørelse og begrunnelse i løgndetektorkjennelsen.

Jeg mener at denne utviklingen i praksis har medført at lovgiver har kunne forholde seg passiv til problemstillingene knyttet til denne formen for bevismidler, og dette har derfor blitt en hvilepute for lovgiver. Det kan være at lovgiver foretrekker å holde en tilbaketrukket rolle i forhold til bruken av nye typer sakkyndighet da dette er et forholdsvis kontroversielt tema og vanskelig å ta stilling til. Ved å overlate dette til domstolene unngår de på denne måten å ta stilling til noe som kan skape uenighet og medføre kritikk.

På bakgrunn av utgangspunktet om fri bevisføring mener jeg det er en uheldig utvikling at lovgiver ikke tar stilling til denne formen for bevisføring. En innskrenkning av siktedes rettigheter bør underlegges grundig behandling og på bakgrunn av legalitetsprinsippet bør innskrenkningene foretas i lovs form. Hadde løgndetektortesten blitt tillatt ført måtte lovgiver ha tatt ta stilling til denne formen for bruk av sakkyndige og den nærmere reguleringen av dette. Gjennom en nærmere utredning av de ulike momentene tilknyttet bruk av denne formen for sakkyndighet ville en kunne unngått mange av de uheldige situasjonene som Høyesterett skisserer i løgndetektorkjennelsen.

Videre ville en nærmere utredning kunne belyse konsekvensene av å tillate denne formen for bevis ført sett på bakgrunn av erfaringer fra land hvor løgndetektor er et tillatt bevismiddel. Dette var noe en ville kunne hensyn tatt i en nærmere regulering av bruken, og dermed sikret en større grad av forutberegnelighet tilknyttet bevisføringen.

Jeg mener at Høyesterett burde ha tillat beviset ført, og heller rettet en oppfordring til lovgiver om å ta stilling til bruken av denne formen for bevis. Dette ville kunne foranlede at en nærmere regulering av nye former for sakkyndighet ble gitt. Jeg finner det uansett uheldig at en ikke får en ordentlig utredning knyttet til bruken av denne typen bevismidler.

7 Troverdighetsvurderinger.

Jeg vil i det følgende vurdere rettens begrunnelse for å nekte den sakkyndige ført, og videre trekke frem de betenkelighetene jeg mener knytter seg til å en avskjæring av denne formen for bevis.

7.1 Forholdet til de straffeprosessuelle prinsippene

At de siktede i Orderudsaken ble nektet å føre en sakkyndig som bevis, bl.a. på bakgrunn av at dette grep inn i lagrettens skyldvurdering mener jeg er betenkelig i forhold til flere viktige prinsipper til grunn for straffeprosessen.

7.1.1 Legmannsprinsippet – den sakkyndige griper inn i skyldvurderingen

Retten begrunner nektelsen av å føre den sakkyndige med at en slik sakkyndig vurdering med foreslått mandat vil gripe direkte inn i lagrettens bevisvurdering, noe som anses som prinsipielt uheldig. Jeg finner denne begrunnelsen vanskelig å forstå, sett på bakgrunn av prinsippet om fri bevisbedømmelse som innebærer at det er lagretten som skal vurdere vekten av de ulike bevisene. Straffeprosessordningen vår bygger på prinsippet om at legfolk skal delta i domstolsbehandlingen, og på bakgrunn av prinsippene om fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse skal de ta stilling til bevisgrunnlaget i saken.

7.1.2 Prinsippet om fri bevisbedømmelse

At bevisbedømmelsen er fri innebærer at det er opp til domstolen å avgjøre verdien av de ulike bevismidlene og i hvilken grad retten velger å legge de ulike bevisene til grunn. Prinsippet bygger på den oppfatningen at dommeren best kan finne frem til sannheten i saken hvis han får bedømme bevisene uten å være bundet av lovregler¹⁷.

Prinsippet om fri bevisbedømmelse har i seg et krav om en helhetlig betraktning. At bevisbedømmelsen er fri innebærer derfor i utgangspunktet at sakkyndige oppnevnes for å gjøre rede for og presenterer et tema for retten, og så er det videre opp til den dømmende rett, å ta standpunkt til i hvilken grad den sakkyndiges vurderinger skal legges til grunn, og hvilken vekt den skal ha sett i forhold til en samlet vurdering av alt bevismaterialet i saken. De sakkyndiges uttalelser er bare veiledende og binder ikke retten ved dens avgjørelse av saken¹⁸. Retten har følgelig ingen plikt til å legge de sakkyndiges vurdering til grunn.

På bakgrunn av dette kan jeg ikke skjønne rettens uttalelser om at oppnevning av den sakkyndige vil gripe inn i lagrettens bevisvurdering og en slik betraktning fraviker det grunnleggende utgangspunkt om at det er retten som skal ta standpunkt til hvilket faktum avgjørelsen skal bygge på etter en samlet vurdering av bevismaterialet.

Den sakkyndig vurdering vil bare utgjøre en liten del av den samlede bevismateriale i saken og den sakkyndige skal i dette tilfelle bare presentere supplerende grunnlag for rettens avgjørelse. Jeg kan ikke se på hvilket grunnlag en vurdering av tiltaltes troverdighet derfor skulle gripe direkte inn i rettens vurdering av bevismateriale mens bruk av andre former for sakkyndige og fremføring av andre former for bevis ikke vil det. At sakkyndige uttaler seg om sentrale bevisema i straffesaker er forholdsvis ordinært. Ved rettens bruk av rettspsykiatriske sakkyndige gjelder dette for eksempel ved spørsmål om tilregnelighet eller vilkår for sikring. Hvis den sakkyndige har kompetanse innenfor det aktuelle området, burde det derfor ikke være noen forskjell i

¹⁷ Hov 1999

¹⁸ Andenæs 2000

oppnevnelserne av de ulike formene for sakkyndige. Det dreier seg om sentrale bevisstemaer hvor lagretten skal treffe avgjørelsen, og jeg har derfor vanskelig for å se at bruk av sakkyndig i dette tilfelle skal nektes med begrunnelsen at en slik vurdering griper inn i lagrettens vurdering.

Å bedømme verdien av de ulike bevismidlene vil omfatte å ta stilling til både innholde i den sakkyndiges vurdering og vurderingens videre betydning. Den sakkyndiges uttalelser må så sammenholdes med andre bevis som måtte foreligge i saken både hva gjelder andre forklaringer, andre sakkyndige vurderinger og tekniske bevis. De forelagte bevis må videre sammenholdes med alminnelige erfaringssetninger om deres verdi, og på dette grunnlag må dommeren ta standpunkt til om det foreligger en tilstrekkelig grad av sannsynlighet til at han kan bygge på den¹⁹

7.2 Likhhet for loven?

Den sakkyndige som uttalte seg i Birgitte saken, var den samme som ble nektet ført i Orderud saken. Gisli Gudjonsson. Lagmannsretten sa om dette at oppnevningen av Gudjonsson som sakkyndig i Birgitte saken ”hadde en helt annen og konkret foranledning, og at mandatet var også helt konkret begrunnet”:

I Birgitte saken var Gudjonssons oppgave å vurdere om det forelå en ”falsk tilståelse.” Gudjonsson ble ført som sakkyndig og gav retten et supplerende grunnlag for å vurdere om den siste forklaringen fra fatteren, hvor han hevet å ha avgitt en falsk tilståelse, fremstod som troverdig. Gudjonsson hadde som grunnlag for sin vurdering foretatt en personlighetsanalyse av den tiltalte, og redegjorde videre for hvilke psykologiske faktorer som kunne bidra til å klargjøre for retten hvilken forklaring som skulle kunne legges til grunn som troverdig.

I Orderud saken ønsket to av de tiltalte Gudjonsson oppnevnt for å foreta vurderinger av personligheten deres og deres evne til å gi troverdige eller sanne forklaringer. Det var også her spørsmål om å bidra med vurderinger tilknyttet endringer i forklaringer.

¹⁹ Andenæs 2000

Spørsmålet blir om dette kan sies å utgjøre en slik forskjell at det kan forsvares at den sakkyndige blir tillatt ført i den ene saken men nektet i den andre på bakgrunn av ulikt mandat? Eller om det foreligger forskjeller i behovet for sakkyndige i de to sakene som kan begrunne denne ulikheten/forskjellsbehandlingen? Begge mandatene innebar at retten skulle gis supplerende sakkyndig kunnskap om det psykologiske aspektet tilknyttet siktedes forklaringer, noe som taler for at ulikhetene i mandatet ikke var så stor at de kan begrunne en slik forskjellsbehandling. Det fremstår uansett som uheldig at den samme sakkyndige blitt tillatt ført i den ene saken mens har blir nektet i den andre. Dette er et forhold som skaper usikkerhet i rettstilstanden tilknyttet bruk av nye typer sakkyndighet og fremstår som uheldig ut i fra et "likhetsprinsipp".

7.3 Forholdet til de øvrige rettskilder

7.3.1 Straffeprosessloven § 294

Det følger av strpl § 294 at retten har et overordnet ansvar til å sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst. I Orderud saken ønsket to av de tiltalte en sakkyndig oppnevnt, blant annet begrunnet med at det var nødvendig for sakens opplysning.

Orderud saken var veldig spesiell. Tre personer var drept, men ingen var tiltalt for å ha utført de aktuelle drapene. Det var reist tiltale for medvirkning til drap for alle de fire siktede. Det var et slektskapsforhold mellom noen av de siktede og de avdøde, samt mellom enkelte av de siktede. Det var en omfattende sak med mange motstridende forklaringer, blant annet fordi de ulike siktede prøvde å legge skylden på hverandre. Saken reiste en del kompliserte spørsmål knyttet til motiv, endring og tilpasning av forklaringer, samt spørsmål knyttet til de tiltaltes eventuelle personlighetsavvik. Videre reiste saken en del vanskelige problemer i tilknytning til de ulike tiltaltes personlighet, samt deres relasjoner til hverandre og til andre personer. Det var lite bevismateriale i saken og de forklaringene som forekom fremsto som innbyrdes motstridene. De siktede var i lagmannsretten alle tiltalt for medvirkning til overlagt drap, og risikerte med dette opp til 21 års fengsel.

At retten nekter de siktede å føre den sakkyndige med begrunnelsen at saken anses tilstrekkelig opplyst fremstår for meg som uheldig på bakgrunn av sakens omfang, kompleksitet og alvorlighetsgrad. Nettopp det forhold at saken reiser så mange uklare problemstillinger burde tilsi at det var spesielt viktig at saken ble fullstendig opplyst.

Det forhold at de siktede risikerte lang fengselsstraff hvis de ble funnet skyldig taler også for viktigheten av at saken ble tilstrekkelig opplyst, og at den sakkyndige derfor burde ha vært tillatt ført som bevis. At saken blir best mulig opplyst medfører at sannsynligheten for å komme frem til en materielt riktig avgjørelse øker.

Dette regnes som et hovedmål i straffeprosessen og er et overordnet hensyn som blant annet prinsippet om fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse ledes ut av. Videre regnes det som en overordnet verdi i straffesaker at ingen uskyldige skal dømmes til straff²⁰ At saken blir best mulig opplyst antas å gi størst sannsynlighet for at avgjørelsen bygger på sanne faktiske forutsetninger, og dette vil dermed minske sannsynligheten for at uskyldige blir dømt. Jeg mener derfor at viktighetene av prinsippene samhold med sakens alvorlighetsgrad taler for at retten i en slik kompleks sak burde tillate den sakkyndige ført som bevis. Dette ville medføre at retten fikk et bredere bevisgrunnlag å ta stilling til og at avgjørelsesgrunnlaget deres dermed hadde blitt styrket. Dette vil øke sannsynligheten for en materielt riktig dom, og dermed redusere faren for å dømme en uskyldig.

7.3.2 NOU 2001: 12

Retten viser i sin avgjørelse av å nekte den sakkyndige ført til en uttalelse fra NOU 2001: 12 om rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker. Retten siterer uttalelsen fra utredningen om at ”Tradisjonelt har rettspsykiatrisk sakkyndige vært meget tilbakeholdne med å uttale seg om bevisvurderinger og personers troverdighet, da dette anses å være en oppgave for retten, og som de sakkyndige ikke har spesiell kompetanse i.”²¹ Retten sier om dette at den deler de rettspsykiatriske syn og finner videre at en

²⁰ Hov 1999

²¹ NOU 2001: 12

sakkyndig vurdering med mandat som foreslått, vil gripe inn i lagrettens bevisvurdering av sentrale bevisstemaer, noe som anses som prinsipielt uheldig.

Retten henviser her til en uttalelse som refererer seg til rettspsykiaternes tilbakeholdenhet med hensyn til å uttale seg om ”bevisvurderinger og personers troverdighet”, blant annet på det grunnlag at de ikke mener å ha tilstrekkelig kompetanse til dette. Utvalget sier ikke noe om at retten ikke skal kunne etterspørre både slik og annen sakkyndighet om den finnes. Jeg kan på bakgrunn av dette ikke se at uttalelsene fra NOU-en kan begrunne en nektelse av den form for sakkyndighet det her er tale om. Det er her forskjell på de ulike formene for sakkyndighet og retten bør etter min mening kunne etterspørre denne formen for sakkyndighet i tilfeller hvor det finnes sakkyndige med tilstrekkelig kompetanse til å foreta en slik vurdering som det her er snakk om.

8 Betenkeligheter knyttet til å nekte den sakkyndige ført som bevis

I saker hvor troverdigheten til tiltalte har stor betydning for skyldspørsmålet vil det kunne være betenkelig at tiltalte ikke skal få kunne føre motbevis for sin påståtte manglende troverdighet hvis han ønsker dette. Ved å tillate denne formen for bevisføring vil retten få styrket avgjøringsgrunnlaget sitt og saksgangen ville fremstått som mer rettferdig, da tiltalte med dette hadde fått mulighetene til å imøtegå påtalemyndighetenes bevisførsel

Vitnepsykologisk forskning viser at det å vurdere en persons troverdighet basert på dennes uttalelser eller opptreden er et område beheftet med mange feilkilder og misoppfatninger.

For det første er det vanskelig å vurdere en persons troverdighet. Dette gjelder også for rettens aktører. I en undersøkelse foretatt av Paul Ekman og Maureen O`Sullivan i tilknytning til personers evne til å avsløre løgn, skåret dommerne, i likhet med mange andre yrkesgrupper, rundt det tilfeldige (57 %) hva det gjaldt å bedømme hvem som var sannferdig og hvem som ikke var det. Ekman og O`Sullivans resultater er bekreftet av et

tjuetalls senere undersøkelser med varierende forsøksopplegg med ulik grad av realisme, og hvor deltakerne, inkluderer politifolk og andre aktører i rettsvesenet.²² Evnen til å skille løgnaktige forklaringer fra sannferdige på grunnlag av hvordan løgnerne fremtrer, ligger meget nær tilfeldighetsnivå.

Resultatene fra disse undersøkelsene mener jeg taler for at retten i større grad bør tillatte nye typer sakkyndighet ført for å foreta vurderinger av siktedes troverdighet der dette er ønsket av tiltalte selv.

For det andre viser forskning i tilknytning til menneskers (innbilte)evne til å vurdere troverdigheten at retten ikke er bedre egnet til å vurdere troverdighetene til en person enn hva andre mennesker er da også rettens aktører er preget av og utsatt for de samme feilkildene som andre.

Resultater fra undersøkelser foretatt med sikte på å kartlegge hva folk oppfatter som tegn på løgn, viser en stor enighet blant legfolk og ”eksperter” (politifolk og dommere) om hva de oppfatter som tegn på løgn. Det tegnet som de fleste anser for sikrest er unnvikende øyebevegelser. Undersøkelsene viser om dette at det er liten sammenheng mellom de subjektive og de objektive indikatorene på løgn, og i noen av undersøkelsene var resultatene at enkelte atferdstegn på løgn var stikk i strid med hva folk tror.²³ En undersøkelse foretatt av Vrij og Manns viste for eksempel at blikket til noen av undersøkelsespersonene ble fastere og mindre unnvikende når de løy. Forskning tyder altså på at mennesker vurdering av troverdighet baserer seg på stereotypiske forestillinger som i liten grad stemmer med virkeligheten. Dette mener jeg taler for at en burde tillate bevisføring tilknyttet dette tema. Å tilføre retten kunnskap om dette emnet vil bidra til å minske sannsynligheten for feile slutninger tilknyttet tiltaltes troverdighet og dette vil igjen bidra til at uskyldige dømmes, noe som er et overordnet hensyn i straffesaker.

Det er omstridt om noen personer er bedre egnet enn andre til å vurdere troverdigheten til mennesker og på denne bakgrunn kan foreta individuelle vurderinger tilknyttet

²² Magnussen 2004

²³ Magnussen 2004

siktedes troverdighet. Ved å tillate denne formen for sakkyndighet ført vil dette noe det blir opp til retten å ta stilling til under den frie bevisbedømmelsen. Retten skal gjennom den sakkyndiges arbeid få et bedre grunnlag for selv å ta standpunkt til spørsmålet om de tiltaltes troverdighet og spørsmålet om hvilken vekt retten vil ilegge den sakkyndige vurderingen avgjøres på bakgrunn av prinsippet om fri bevisbedømmelse. Saken vil med dette bli bedre opplyst, sannsynligheten for at feilkilder tilknytning til troverdighetsvurderinger blir vektlagt blir redusert og avgjørelsesgrunnlaget i saken vil bli styrket.

Det å tillate nye typer sakkyndighe ført vil forhåpentlig også medføre at man får rettet mer oppmerksomhet til vanlige feiloppfatninger knyttet til det å avgjøre troverdighet. Ved bruk av denne formen for sakkyndighet vil man kunne få større fokus på feilkilder som ofte medfører at siktedes troverdighet på basis av feilaktige antagelser blir trukket i tvil.. Dette vil da kunne være med å bidra til at en får flere materielt riktige avgjørelser, og enda viktigere at færre uskyldige blir dømt til straff på bakgrunn av generelle antagelser om kjennetegn på at vitne ikke snakker sant eller ikke som ikke har hold i virkeligheten.

Det er i alles interesse og samfunnets spesielt at ingen uskyldige skal dømmes til straff, og når forskning knyttet til dette temaet viser at det foreligger så mange feilkilder knyttet til menneskers innbilte evne til å vurdere troverdigheten til en person basert på deres opptreden og uttalelser i retten er dette kanskje det sterkeste momentet for å tillate denne formen for bevisføring.

Når retten ikke er i stand til å avgjøre om trekk ved siktede tilsier at denne er troverdig eller ikke, hvorfor ikke tillate ført en sakkyndig som i større grad enn andre vil kunne bedømme dette? Og i hvert fall vil den sakkyndige kunne tilføre retten kunnskap om dette emnet og dermed bidra til at feilaktige antagelser knyttet til vurderingen av troverdigheten blir luket vekk.

9 Andre betenkeligheter knyttet til bruken av nye typer sakkyndighet

9.1 Prosedering via media.

Det har blitt fremhevet som en uheldig bivirkning av å nekte nye typer sakkyndighet ført som bevis at resultatene fra disse vurderingene har lekket ut til media og dermed medført en slags form for indirekte/skjult bevisføring. Jo Hov uttaler i sin lærebok ”Rettergang I” at han anser dette som svært uheldig da bevisene på denne måten unndras kontradiktorisk behandling og feilkilder tilknyttet vurderingens bevisverdi ikke fremkommer²⁴.

Jeg er enig i Hovs sin betraktningssmåte knyttet til de uheldige virkningene en slik form for ”bevisførsel” vil kunne føre med seg, men jeg kan ikke si meg enig i at dette er noe som tilsier at denne formen for bevis burde vært tillatt ført. (Jeg mener at beviset burde vært tillatt ført, men på annet grunnlag). Det kan ikke være slik at domstolene skal kunne presses til å tillate bevis ført med den begrunnelsen at dette har fremkommet i media.

Å ta stilling til om et bevis skal tillates ført eller ikke er en oppgave for lovgiver (og domstolene) og ikke noe en skal kunne presse frem gjennom å lekke informasjon til media. Dette er noe som alltid vil kunne forekomme, for eksempel knyttet til synske personer, spåkoner osv. Jeg har vanskelig for å se at dette skal kunne være et argument for å tillate beviset ført. I hvilken grad resultatet fra utførte tester eller vurderinger blir omtalt i media, kan ikke være avgjørende. Med Hovs betraktninger vil i hvert fall kunne tas til inntekt for et argument som støtter en eventuell tillatelse til å tillate nye typer sakkyndige ført som bevis, nemlig at en ved dette kan få belyst metodene og feilkildene knyttet til denne formen for bevis i retten.

9.2 Upålitelige resultater

Det har også vært reist innvendinger mot bruk av nye typer sakkyndige med den begrunnelsen at resultatene ikke er holdbare og metodene til grunn for utføringen av testene ikke er pålitelige nok. Når herredsretten (i forkant av lagnedektorkjennelsen)

²⁴ Hov 1999

behandlet om løgndetektortesten skulle tillattes fremlagt som bevis la retten til grunn at løgndetektorapparatet var for upålitelige til å kunne brukes som bevis i straffesaker og på bakgrunn av dette nektet herredsretten beviset fremlagt. Både lagmannsretten og Høyesterett tok i de senere avgjørelsene avstand fra herredsrettens uttalelser om testenes manglende pålitelighet. Høyesterett sier om dette at påliteligheten av testen ikke var av betydning for om beviset skulle tillates ført eller ikke, ”at det hefter usikkerhet ved bevismiddelets beviskraft, gir etter norsk rett ikke grunnlag for å nekte beviset ført. Dette følger også av prinsippet om fri bevisbedømmelse, det er opp til retten å bedømme hvilken vekt de mener beviset har.

Videre har det også vært reist som innvendinger mot å tillate denne formen for bevis ført at det mangler sakkyndige som har den nødvendige kunnskapen og innsikten i testmetodikken. Videre hevdes det at på bakgrunn av dette vil det komme flere useriøse og ukompetente aktører på markedet. Dette må selvfølgelig reguleres og kan lett unngås ved å stille strenge kvalifikasjonskrav til de sakkyndige. En innskrenkning av siktedes rett til å føre bevis vil uansett neppe kunne begrunnes med mangelen på kvalifisert personell.

10 Oppsummering og konklusjon

Som det fremgår av oppgaven reiser bruk av nye typer sakkyndige mange vanskelige spørsmål og vurderinger. Høyesterett har avskåret denne formen for bevis på ulovfestet grunnlag. Dette finner jeg betenkelig på bakgrunn av at høyesterett med dette innskrenker siktedes rett til fri bevisførsel. Legalitetsprinsipper tilsier her at et slikt inngrep må ha hjemmel i lov. På bakgrunn av rettspraksis på området har jeg kommet til at høyesterett i sin begrunnelse utelater å henvise til grunnleggende straffeprosessuelle prinsipper. Det er her ikke nødvendigvis det retten sier som er mest betenkelig, det er heller det at de unnlater å nevne viktige rettsikkerhetsgarantier i sin begrunnelse. På bakgrunn av denne vurderingen mener jeg at nye typer sakkyndige burde vært tillatt ført i de nevnte avgjørelsene. Videre syns jeg at det forhold at forskningen viser at det er vanskelig å avgjøre om siktede er troverdig eller ikke også taler i retning av å tillate nye

typer sakkyndighet brukt i atskillig større grad. Hvis dette kan medføre at vi får redusere antall uskyldig dømte, så er det et forhold som klart taler i retning av at denne type sakkyndighet bør tillates føres som et lovlig bevismiddel i norsk rett.

Litteraturliste:

Litteratur:

Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess, bind I. 3. utg. Oslo, 2000

Fleischer, Carl August. Rettskilder og juridisk metode. Oslo, 1998

Gisle, Jon. Jusleksikon. Oslo, 1999

Hov, Jo. Rettergang I, Sivil- og straffeprosess. Oslo, 1999

Magnussen, Svein. Vitnepsykologi. Oslo, 2004.

Møse, Erik. Menneskerettigheter. Oslo, 2002

Forarbeider:

NOU 2001: 12 Om rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker

Domsregistre:

Rt. 1996.1114 Løgn-detektorkjennelsen

Rt. 2001. 1465 Orderud

Rt. 1900. 1008

Lg. 1998. 00260 Karmøy

Upubliserte dommer:

Sak nr: 02-01173. Agder lagmannsrett – Dom. 2003-09-22

Sak nr: 01-00666. Eidsivating Lagmannsrett- Dom. 2001-10-09

Lovregister:

Lov om rettergangsmåter i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25

§ 92

§ 294

Konvensjoner:

Den europeiske konvensjon for menneskerettigheter av 4. november av 1950

11 Lister over tabeller, figurer m v