

UiO • Det juridiske fakultet

Ulovlig ervervede bevis

Kandidatnummer: 514

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 15 238



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	AVGRENSNING	1
1.3	RETTSKILDEBILDET	2
2	NÅR ER BEVISET ULOVLIG ERVERVET?	4
2.1	DEFINISJON	4
2.2	FORMELL LOV ELLER FORSKRIFT SOM SKRANKE	4
2.2.1	<i>Nærmere om påtaleinstruksen</i>	6
2.2.2	<i>Utilbørighetsterminologien</i>	6
2.3	EMK SOM SKRANKE.....	8
2.4	STRAFFEPROSESSUELLE GRUNNPRINSIPPER SOM SKRANKE	8
2.5	OPPSUMMERING	11
3	I HVILKEN UTSTREKNING KAN ULOVLIG ERVERVEDE BEVIS FØRES FOR DOMSTOLENE?	12
3.1	INNLEDNING.....	12
3.2	OVERORDNEDE HENSYN	14
3.2.1	<i>Hensyn til den materielle sannhet</i>	14
3.2.2	<i>Prevensjonshensynet</i>	16
3.2.3	<i>Hensynet til rettferdig rettergang</i>	19
3.2.4	<i>Hensynet til allmenhetens rettsfølelse</i>	20
3.2.5	<i>Hensynet til domstolens autoritet og anseelse</i>	21
3.3	DEN KONKRETE AVSKJÆRINGSVURDERINGEN	22
3.3.1	<i>Fortsatt eller gjentatt krenkelse</i>	23
3.4	HELHETSVURDERINGEN	26
3.4.1	<i>Momentene i helhetsvurderingen</i>	27
3.4.2	<i>Hvor grov er krenkelsen?</i>	27
3.4.3	<i>Hvor alvorlig er saken?</i>	32
3.4.4	<i>Bevisets vekt</i>	33
3.4.5	<i>Bevisets pålitelighet</i>	34

4	ULOVLIG ERVERVEDE BEVIS OG FORHOLDET TIL EMK	36
4.1	EMK.....	36
4.2	“FAIRNESS” VURDERING ETTER ARTIKKEL 6 VED BRUK AV BEVIS ERVERVET I STRID MED NASJONALE REGLER ELLER KONVENSJONSBESTEMMELSER	36
4.3	MOMENTER I «FAIRNESS» VURDERINGEN	39
4.3.1	<i>Sakens viktighet</i>	39
4.3.2	<i>Bevis erverv i strid med selvinkrimineringsvernet</i>	40
4.3.3	<i>Adgang til å imøtegå og protestere mot beviset</i>	41
4.3.4	<i>Bevisets pålitelighet</i>	43
4.3.5	<i>Er det ulovlig ervervede beviset det eneste eller et vesentlig bevis i saken?</i>	44
4.4	BEVISERVERV I STRID MED EMK ARTIKKEL 3.....	45
4.5	BEVISERVERV I STRID MED EMK ARTIKKEL 8.....	48
4.6	SAMMENLIGNING AV EMD PRAKSIS OG HØYESTERETTSPRAKSIS	50
5	BEHANDLINGSMÅTEN FOR SPØRSMÅLET OM BEVISA VSKJÆRING OG VIRKNINGEN AV AT AVSKJÆRING ER FORSØMT	51
5.1	BEHANDLINGSMÅTEN	51
5.1.1	<i>Under saksforberedelsen</i>	51
5.1.2	<i>Under hovedforhandlingen</i>	52
5.2	VIRKNINGENE AV AT AVSKJÆRING ER FORSØMT	52
6	RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER	53
6.1	NOEN BETRAKTNINGER	53
6.2	HENSYN SOM TALER FOR OG MOT LOVFESTING AV DE ULOVFESTEDE REGLENE OM BEVISA VSKJÆRING.....	55
	LITTERATURLISTE	57

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet i oppgaven er ulovlig ervervede bevis og den ulovfestede læren om bevisavskjæring i straffesaker. Jeg skal ta for meg gjeldene rett på dette området og gjøre rede for de momenter og hensyn som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført eller ikke. I praksis kan dette spørsmålet være av stor betydning.

Oppgaven reiser to sentrale problemstillinger. For det første reiser den spørsmål om hva som ligger i at et bevis er ulovlig ervervet. For det andre reises det spørsmål om, og i hvilken utstrekning det ulovlig ervervede beviset kan føres for retten. For å kunne svare på disse spørsmålene vil jeg i stor grad vise til Høyesterettspraksis, praksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) og ikke minst juridisk litteratur.

1.2 Avgrensning

I denne avhandlingen vil jeg ta for meg bevis som er skaffet til veie på en ulovlig måte og hvilken betydning dette skal ha for føringen av et slikt beviset. Jeg kommer i det følgende til å behandle ulovlig ervervede bevis og avskjæring av ulovlig ervervede bevis på et generelt grunnlag. Bevis som er skaffet til veie på en lovlig måte, men som det av ulike grunner er ulovlig å legge frem i retten, som f.eks. opplesning av vitneforklaringer, vil bli holdt utenfor denne fremstillingen. Bevis som er ulovlig ervervet i utlandet og adgangen til å føre disse kommer jeg til å holde utenfor denne oppgaven. Gjeldene rett peker i retning av at handlinger som er fremprovosert av politiet, ulovlig politiprovokasjon, ikke er et spørsmål om avskjæring av bevis. Praksis peker i retning av at tiltalte i slike saker snarere må frifinnes.¹ Ulovlig politiprovokasjon ligger ikke innenfor oppgavens ordlyd og vil derfor ikke bli behandlet i denne fremstillingen.

¹ Se Rt.1992 s1088, Rt.1993 s.407, Rt.2000 s.1233 og Rt.2006 s.120

Forbudet mot selvinkriminering er et viktig og ikke minst et helt sentralt tema for denne oppgaven. Imidlertid er dette et omfattende tema som det vil bli vanskelig å behandle inngående. Derfor kommer jeg til å gi en kort fremstilling av forbudet mot selvinkriminering i forhold til ulovlig ervervede bevis, uten å drøfte alle spørsmål som kan reises i den forbindelse.

1.3 Rettskildebildet

Hvorvidt et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført eller ikke, har ikke vært gjenstand for lovregulering i norsk rett. Reglene er i stor grad basert på ulovfestet rett. Rettspraksis vil derfor være en sentral rettskilde for å kunne fastlegge innholdet i den ulovfestede læren. I tillegg til rettspraksis vil lover, forskrifter, forarbeider, straffeprosessuelle grunnprinsipper, reelle hensyn og juridisk teori være med på å kaste lys over rettstilstanden på området.

Når det kommer til lov som tolkningsfaktor har vi lov av 22.mai 1981 nr.25 om rettergangsmåten i straffesaker. Imidlertid er det ingen bestemmelser i denne loven som konkret regulerer føringen av et ulovlig ervervede bevis. Straffeprosessloven vil derfor ikke ha selvstendig vekt i bevisavskjæringsvurderingen, men den vil kunne tjene som tolkningsfaktor i en bevisavskjæringsvurdering.²

Spørsmålet om føringen av ulovlig ervervede bevis burde lovfestes, har vært diskutert i forarbeidene til straffeprosessloven.³ I følge Straffeprosesslovkomiteens innstilling ville en lovregulering bli vanskelig og uforholdsmessig tyngende. Løsningen av disse spørsmålene ble derfor overlatt til teori og praksis.

For å kunne fastlegge det nærmere innholdet i den ulovfestede bevisavskjæringslæren må det foretas en analyse av rettspraksis. Analysen vil i stor grad bero på hvilke hensyn retten anser for å

² Se f.eks Rt.2000 s.1345 og Rt.2009 s.1526

³ Straffeprosesslovkomiteens innstilling 1969 s.97

være relevante og hvilke momenter som burde tillegges vekt i avskjæringsvurderingen. Denne fremstillingen vil derfor i stor grad baseres på hva som kan utledes av det som foreligger av vesentlig Høyesterettspraksis på dette området.

Praksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) vil også spille en viktig rolle i bevisavskjæringsvurderingen. Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK) og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (SP) er blitt inkorporert og gjort til norsk rett gjennom straffeprosessloven § 4 og menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr.30 §§ 2 og 3. Ved motstrid må norske bestemmelser vike for konvensjonsbestemmelsene. Således har den norske stat forpliktet seg til å utvikle en praksis som samsvarer med EMDs praksis. EMDs praksis vil derfor også ha betydning for å belyse temaet i denne oppgaven.

Straffeprosessuelle grunnprinsipper vil også være av stor betydning på et område som ikke er lovfestet. Prinsippet om den materielle sannhet, fri bevisføring og fri bevisbedømmelse, har vist seg å være noen få blant flere tungtveiende momenter i vurderingen av om ulovlig ervervede bevis burde tillates ført eller ikke.⁴

Hensynet til klarhet og forutberegnelighet og ikke minst legalitetsprinsippet tilsier at en skal være forsiktig med å bruke reelle hensyn på straffeprosessens område. I mangel på autorativ lovgivning vil derfor reelle hensyn tjene som argumenter, sammen med faktiske forhold som inngår i en avskjæringsvurdering. Det kan ikke utelukkes at hensyn til sakens opplysning, hensynet til den personlige integritet, allmennhetens rettsfølelse og andre relevante reelle hensyn vil være viktige hensyn, som tillegges vekt i praksis.

⁴ Nærmere om dette i pkt. 2.4 og 3.4

2 Når er beviset ulovlig ervervet?

2.1 Definisjon

En alminnelig språklig forståelse av “ulovlig ervervet” tilsier at beviservervelsen må være i strid med gjeldende rettsregler. Etter omstendighetene i den konkrete sak kan også bevis som ikke strider imot noen lovfestet regel, noen ganger bli ansett for å være ulovlig ervervet.

I teorien har Bratholm gitt begrepet «ulovlig ervervet» en videre definisjon:

“En fremgangsmåte vil kunne være ulovlig selv om det ikke er noe uttrykkelig forbud mot den”.⁵

Jeg støtter meg til Bratholms definisjon av ulovlig ervervet og bevis og det er denne definisjonen som vil bli lagt til grunn for den videre fremstillingen.

2.2 Formell lov eller forskrift som skranke

Det generelle utgangspunktet er at bevis innhentet i strid med gjeldende regler vil være ulovlig. Det klareste eksempelet på ulovlig beviserverv vil være dersom ervervelsen er foretatt i strid med straffebestemmelser i formell lov, eller i strid med forskrift gitt med hjemmel i formell lov.⁶

I Rt.1994 s.1139 “Amnestisaken” hadde politiet foretatt et avhør av en person som var mistenkt i en drapssak. Politiet ga mistenkte et løfte om at opplysningene som fremkom av avhøret ikke skulle brukes i rettssaken mot ham. Mistenkte ble opplyst om at den informasjonen som fremkom av avhøret kun skulle brukes som bakgrunnsopplysninger i drapsetterforskningen. Politiets

⁵ Bratholm, Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte, TfR 1959 s.111

⁶ Bjørnvik og Selfros s.21

fremgangsmåte ble ansett for å være i strid med straffeprosessloven § 92 som setter forbud mot bruk av løfter i avhør. Avhøret ble ansett for å være ulovlig ervervet bevis.⁷

I noen tilfeller kan selve beviservervelsen rammes av ordlyden i et straffebed, uten at handlingen i seg selv nødvendigvis er straffbar.⁸ Et bevis kan være ulovlig ervervet, selv om det ikke rammes av en konkret lovbestemmelse eller et straffebed. Begrepet «ulovlig ervervet bevis» omfatter således både tilfeller der det foreligger brudd på en lovfestet regel og ved brudd på ulovfestet rett. Det sentrale er at det må ha skjedd et brudd på en rettslig norm.⁹

Dette var tilfellet i Rt.1991 s.616 “Gatekjøkken kjennelsen” hvor en daglig leder hadde foretatt hemmelige videopptak av en ansatt som han mistenkte for å unndra penger. Arbeidsmiljøloven hadde ingen bestemmelser som uttrykkelig rettet seg mot videoovervåkning på arbeidsplassen. Under tvil kom allikevel Høyesterett til at fremgangsmåten var i strid med arbeidsmiljøloven § 12 nr.1 og § 19. Videre ble fremgangsmåten ansett for å være i strid med arbeidsmiljølovens “bærende prinsipper”, som bl.a. generelle krav til arbeidsmiljøet jf. arbeidsmiljølovens § 7. Førstvoterende uttaler på s.620 i dommen at:

“... bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt. Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant.”

Videopptaket som forelå i denne saken ble ansett for å være ulovlig ervervet bevis, til tross for at beviservervelsen ikke var belagt med straffansvar og arbeidsgiveren ikke hadde ment å handle i strid med loven. Dommen viser at selv om et bevis ikke direkte rammes av et straffebed vil det

⁷ Imidlertid finnes det både i straffeloven og i spesiallovgivning bestemmelser som setter grenser for politiets fremgangsmåter. Se f.eks straffelovens annen del, kap.11

⁸ Bjørnvik og Selfors.21.

⁹ Torgersen 2009 s.7

kunne ansees for å være ulovlig ervervet dersom det strider imot annen formell lovgivning eller forskrift.

2.2.1 Nærmere om påtaleinstruksen

Påtaleinstruksen inneholder endel praktiske viktige regler for politiets innhenting av bevis.¹⁰ Påtaleinstruksen er gitt i medhold av straffeprosessloven § 62, derfor er det store likheter mellom reglene i påtaleinstruksen og reglene straffeprosessloven. Instruksen har derfor ingen selvstendig vekt, den tjener snarere som et supplement til straffeprosesslovens regler om politiets handlemåte. Det fremkommer av juridisk litteratur at tatt i betraktning påtaleinstruksens tilblivelsesmåte og betydning, kan det ikke være tvilsomt at beviserhvervelse foretatt i strid med den, vil bli ansett for å være ulovlig. I de tilfellene påtaleinstruksens regler verner om siktedes rettigheter i større grad enn straffeprosessloven, kan brudd på en instruks anses for å være et moment som taler for bevisavskjæring.¹¹ Særlig da store deler av påtaleinstruksen anses for å være en forskrift.¹²

2.2.2 Utilbørighetsterminologien

For å kunne kreve bevisavskjæring er det ikke noe krav om at beviset må være ulovlig ervervet. Bevis som er ervervet på en “utilbørlig»”måte, kan også sette skranker for bevisførselen. Praksis fra Høyesterett har vist at for å kunne avskjære et bevis, kreves det enten at beviset er «ulovlig eller utilbørlig ervervet».¹³

“Utilbørlig” ervervede bevis har noe uklar avgrensing. I tvisteloven § 22-7 har ordet fått et vidt anvendelsesområde:

¹⁰ Forskrift om ordning av påtalemyndigheten 29.juni 1985 nr1679

¹¹ Bjørnvik og Selfors, petitavsnitt s.24

¹² Jf. Forvaltningsloven § 2 bokstav a og c

¹³ Rt.2003 s.1266 s.20 og Rt.2011 s.1324 s.33

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

Av forarbeidene til bestemmelsen fremkommer det at:

“Paragrafen kodifiserer en ulovfestet regel om rettens adgang til i særlige tilfeller å avskjære bevis som er ervervet på en ulovlig måte”¹⁴

Selv om det er noen forskjeller i grunnleggende hensyn og i enkelte bestemmelser i sivilprosessen og straffeprosessen, er det også mange likheter mellom disse to prosessformene. En særlig forskjell ligger i at beviskravet generelt er sterkere i straffesaker enn i sivile saker.¹⁵ Imidlertid er reglene om ulovlig ervervede bevis og den ulovfestede avskjæringsvurderingen, relativt sammenfallende for begge prosessformene. Domstolen operer heller ikke med et prinsipielt skille mellom sivile saker og straffesaker.¹⁶ I Rt.2009 s.1526 uttaler Høyesterett at:

“Det har gjennom rettspraksis utviklet seg regler for bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisene er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak. Reglene om ulovlig ervervede bevis oppfattes derfor som fellesprosessuelle.”¹⁷

I praksis vil det ikke være en skarp avgrensing av utilbørlighetsbegrepet. Dette begrepet anses i stor grad for å være et terminologisk virkemiddel som anvendes av retten for å markere at det kan foreligge bevisforbud, selv om beviset ikke er ervervet ved overtredelse av en formell lov eller en ulovfestet rettsnorm.¹⁸

¹⁴ Ot.prp nr.51 2004-2005 s.459

¹⁵ Torgersen s.61

¹⁶ Øyen s.426

¹⁷ Torgersen s.106

¹⁸ Ørnulf Øyen LoR 2010 nr 7 s.425

Høyesterett benytter i stor grad ulovlig erverv i de tilfeller beviservervelsen krenker en formell lov, mens begrepet utilbørlig beviserverv benyttes i de tilfeller der det foreligger brudd på en ulovfestet rettsnorm.¹⁹

2.3 EMK som skranke

Det er i hovedsak EMK artikkel 6 nr.1 som setter skranke for føringen av ulovlig ervervede bevis. I EMK artikkel 3. finner vi forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, videre beskytter EMK artikkel 8 mot inngrep i privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. EMK artikkel 6 nr. 1 og kravet til «fair trial» vil sette grenser for, og i hvilken utstrekning bevis innhentet i strid med disse bestemmelsene, kan føres. Bevis innhentet i strid med disse bestemmelsene vil derfor kunne anses for å være ulovlig ervervet.²⁰

SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g gir enhver som er siktet i en straffesak rett til å ikke bli tvunget til å vitne mot seg selv, eller erkjenne seg skyldig i et straffbart forhold. Forbudet mot tvungen selvinkriminering kommer ikke direkte frem av EMK. Imidlertid er det sikker rett at dette forbudet innfortolkes i kravet til rettferdig rettergang i artikkel 6 nr.1.²¹ Siktetes rett til en rettferdig rettergang kan medføre at bevis som er ervervet i strid med SP artikkel 14.nr.3 og forbudet mot tvungen selvinkriminering, kan anses for å være ulovlig ervervet.²²

2.4 Straffeprosessuelle grunnprinsipper som skranke

Straffeprosessuelle grunnprinsipper setter også skranke for føringen av ulovlig ervervede bevis. Jeg vil nå ta for meg noen av disse prinsippene som kan være av betydning for denne fremstillingen.

¹⁹ Se her Rt.1991 s.616 og Rt.1997 s.795

²⁰ Nærmere om dette i pkt.4

²¹ Se Funke mot Frankrike og Saunders mot Storbritannia

²² Nærmere om selvinkrimineringsvernet i pkt.4.3.2

Rettspraksis viser at direkte lovbrudd ikke er en nødvendig betingelse for å anse et bevis for å være ulovlig ervervet. I Rt.1984 s.1076 “Politiheroin I” uttaler Høyesterett at:

*“I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie”.*²³

I litteraturen har Aall hevdet at det vil foreligge ulovlighet *“ved beviservervelse i strid med prinsipper fastslått i rettspraksis”*.²⁴

Det viktigste prinsippet på strafferetten/straffeprosessens område, er prinsippet om den materielle sannhet. Domstolenes overordnede oppgave er å komme til avgjørelser som stemmer best mulig med sannheten. Domstolens viktigste oppgave er at uskyldige ikke blir straffedømt.²⁵

Videre eksisterer det på straffeprosessens område et prinsipp om fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse.²⁶ Prinsippet om fri bevisførsel går ut på at partene i en straffesak kan føre alle bevis som vedrører saken. Prinsippet om fri bevisførsel bidrar derfor til å oppfylle prinsippet om den materielle sannhet.²⁷ I forlengelsen av prinsippet om fri bevisførsel har vi prinsippet om fri bevisbedømmelse. Med fri bevisbedømmelse siktes det til at det er opp til domstolen å vurdere vekten av de ulike bevis som presenteres for retten, og hvilke bevis som er viktige og relevante i den enkelte saken. Selv om disse prinsippene ikke direkte kommer til uttrykk i loven fremkommer det av rettspraksis at prinsippet om fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse er klare hovedregler på straffeprosessens område.²⁸

²³ s.1079

²⁴ Aall, Rettergang og menneskerettigheter, Bergen 1995 s.312

²⁵ Mer om dette i pkt. 3.2.1

²⁶ Nærmere om dette i pkt.3.1

²⁷ Ot.prp nr.66 (2001-2002)

²⁸ Rt.2005 s.1353 (13)

Det er et grunnleggende prinsipp i vår rettsstat at en som er siktet i en straffesak, ikke skal tvinges til å bidra til egen domfellelse. Forbudet mot selvinkriminering innebærer at den som er mistenkt for en straffbar handling skal slippe å bidra til egen domfellelse ved f.eks. å bli tvunget til avgi en forklaring til politiet. Dette prinsippet anses for å være et grunnleggende rettsstatsprinsipp og kan tjene som et argument mot bruk av ulovlig ervervede bevis.²⁹

Et annet grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess er det kontradiktoriske prinsipp. Dette prinsippet innebærer at siktede skal ha rett til å imøtegå anklager som rettes mot ham. Siktede skal også ha rett til å være tilstede under rettsaken og få anledning til å føre de vitner og bevis han selv måtte ønske.

I tillegg til disse prinsippene jeg nå har nevnt, har Høyesterett gjennom sin praksis utmeislet en rekke andre ulovfestede hensyn. Praksis viser at bevis kan anses for å være ulovlig ervervet dersom føringen av beviset vil medføre brudd på slike ulovfestede hensyn som er etablert gjennom Høyesterettspraksis.

Alvorlige krenkelser av den personlige integritet kan tilsi at beviset ikke burde føres. I Rt.1991 s. 616 “Gatekjøkkenkjennelsen” uttaler Høyesterett at:

“Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelig video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis.”

²⁹ Mer om dette i pkt. 4.3.2

Illojalitet ved selve beviservervelsen kan medføre at det vil anses støtende å føre et slikt bevis. Dette var tilfellet i Rt.1997 s.795 “Samværsaken” i denne saken var beviset skaffet til veie på en så illojal og støtende måte, at det ble ansett uakseptabelt å føre beviset i retten.

“... den ulovfestede adgangen til å kreve bevis avskåret må... rekke lenger enn å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling. Slike hemmelige lydbåndopptak vil ofte være både illojale og støtende. Den annen part må – i alle fall som et utgangspunkt – ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter.”

2.5 Oppsummering

På bakgrunn av det som nå er nevnt ser vi at til tross for at det ikke finnes en lov som direkte regulerer ulovlig erverv av bevis, finnes det i rettspraksis, juridisk litteratur og andre lovbestemmelser skranker, som setter grenser for føring av bevis som er fremskaffet på en ulovlig måte.

Av det foreliggende materialet ser vi at det kun er bevis som er ervervet på en ulovlig måte som kan avskjæres. Hovedregelen er derfor at dersom beviset ikke er skaffet til veie på en ulovlig måte, skal beviset føres. I det følgende vil jeg se på hva som blir konsekvensene av at beviset er ervervet på en ulovlig måte. Jeg vil også komme inn på hvilke hensyn og momenter som gjør seg gjeldende ved bevisavskjæringsvurderingen.

3 I hvilken utstrekning kan ulovlig ervervede bevis føres for domstolene?

3.1 Innledning

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er at partene står fritt til å føre de bevis de måtte ønske. Selv om prinsippet om fri bevisførsel er ikke direkte lovfestet i straffeprosessloven, er dette prinsippet likevel ansett for å være helt grunnleggende i vår straffeprosess.

For sivilprosessens vedkommende er prinsippet om fri bevisførsel lovfestet i tvisteloven § 21-3 og det eksisterer ingen tvil om at dette prinsippet også gjelder på straffeprosessens område.

I Rt.1990 s.1008 "Fotoboksdommen" uttaler Høyesterett følgende:

"Etter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetning er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar."

I juridisk teori har det tradisjonelt vært tre tilnærminger til avskjæring av ulovlig ervervede bevis.³⁰

I Det første alternativet er at måten beviset er skaffet til veie på, er uten betydning. Det overordnede hensynet i prosessretten er å få saken best mulig opplyst, slik at domstolen kommer til et materielt riktig resultat.

II Det andre alternativet er at ulovlig ervervede bevis alltid må utelukkes. Begrunnelsen for dette er at allmennheten vil finne det støtende dersom politiet eller retten skal benytte seg av bevis som er fremskaffet på en ulovlig måte.

³⁰ Bratholm TfR 1959. s19, på s 115, Aall 2002 s. 957 på s 961.

III Det tredje alternativet er at spørsmålet om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må avgjøres ved en vurdering av omstendighetene i det enkelte tilfellet.

Om virkningene av at bevis er skaffet til veie på en ulovlig måte uttaler forarbeidene til straffeprosessloven følgende:

“Etter komitéens mening lar det seg ikke gjøre å gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis. Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt. Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken. Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan førest til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte.”³¹

Synspunktene som fremkommer av forarbeidene er også kommet til uttrykk i rettspraksis. I Rt.2006 s.582 “Osterhausgaten Farvehandel” uttaler retten at:

“Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres.”

Høyesterettspraksis er slik å forstå at hvorvidt et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må vurderes konkret i den enkelte sak.³² Det siste alternativet, alternativ III, samsvarer derfor best med Høyesteretts praksis og forarbeidene.

³¹ Straffeprosesslovkomiteens innstilling 1969 s.197

³² Se f.eks Rt.1991 s.616 (s.623) og Rt. 1994 s.1139 (s1141)

Dette harmoniserer også godt med Norges folkerettslige forpliktelser. Etter EMK artikkel 6 nr.1 er det overordnede kravet retten til «fair- trial». Vurderingstema etter konvensjonsbestemmelsen er hvorvidt rettergangen, sett under ett, fremstår som rettferdig.

Av det foreliggende rettskildematerialet ser vi at hovedregelen i norsk rett er prinsippet om fri bevisførsel. Avskjæring av et ulovlig ervervet bevis representerer således et unntak fra denne hovedregelen. Hvert tilfelle må analyseres og retten må foreta en interesseavveining mellom hensynet til sakens opplysning og andre hensyn som taler imot føring av beviset.

I det følgende vil jeg gjøre rede for de viktigste hensyn og momenter som er utmeislet gjennom rettspraksis og juridisk teori. Det er mange hensyn som kan gjøre seg gjeldene i en avskjæringsvurdering. Listen er derfor ikke uttømmende angitt.

3.2 Overordnede hensyn

I det følgende vil jeg gjøre rede for en rekke overordnede hensyn som kan tale for eller mot bruken av ulovlig ervervede bevis. Disse hensynene vil stort sett gjøre seg gjeldene i enhver sak. Selvsagt vil det være ulike hensyn som vil gjøre seg gjeldende, avhengig av sakens omstendigheter. Imidlertid vil disse overordnede hensynene ligge til grunn i de fleste avskjæringsvurderinger. I denne fremstillingen vil jeg fokusere på de hensyn som går igjen i rettspraksis og juridisk teori.

3.2.1 Hensyn til den materielle sannhet

Et grunnleggende utgangspunkt i norsk straffeprosess er prinsippet om fri bevisføring. Målet med straffeprosessen er at retten, gjennom bevisføringen, skal kunne danne seg et bilde av den faktiske situasjonen. I straffeprosessloven §294 står det at: *“retten skal på embetets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst”*. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at all informasjon som er av betydning for saken, i utgangspunktet skal kunne føres som bevis.

Prinsippet om fri bevisføring kan sies å være et utslag av hensynet til den materielle sannhet.³³ Prinsippet om den materielle sannhet innebærer at rettens oppgave er å komme til avgjørelser som er samsvarer best med den materielle sannhet, basert på de bevis som foreligger i saken. Rettens overordnede oppgave er å sørge for at skyldige dømmes og uskyldige går fri. Dersom retten har et rikt bevisstilbud, vil det være større sannsynlighet for at den kommer til det materielt riktige resultatet.³⁴

Hensynet til den materielle sannhet tilsier at det ikke burde foretas innskrenkninger i retten til fri bevisføring. Det ville vært svært uheldig om en skyldig skulle gå fri med den begrunnelse at det beviset som taler for tiltaltes skyld ikke kan anvendes, fordi det er skaffet til veie på en ulovlig måte.³⁵

I Rt.2003 s.1814 “Promillekjennelsen” uttaler førstvoterende følgende:

“Min konklusjon blir etter dette at hensynet til den materielle sannhet tilsier at beviset tillates ført fullt ut, og blir underlagt prinsippet om fri bevisbedømmelse, og at As interesse i at beviset ikke skal tillates, ikke er så tungtveiende at dette bør fravikes.”

Straffeprosesslovkomiteen er også av den oppfatning at ulovligheter begått ved selve beviservervelsen kan motarbeides på andre måter ”enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken.”³⁶

³³ Strandbakken s.174

³⁴ Strandbakken s.173

³⁵ Brøbech s.19

³⁶ Straffeprosslovkomiteens innstilling

Retten kan kun på bakgrunn av bevisførselen ta stilling til hva som er sannheten. Jo bedre saken er opplyst, desto bedre grunnlag vil retten ha for å treffe en riktig avgjørelse. Hvis saken ikke er tilstrekkelig opplyst, vil dette medføre en materielt uriktig avgjørelse. Slik det også fremkommer av forarbeidene vil hensynet til sakens opplysning nesten alltid tale for at beviset tillates ført. Dette innebærer at retten kan ta i betraktning alle opplysninger som har kommet frem under bevisføringen, unntatt de som loven selv utelukker. Prosessreglene skal ikke brukes slik at de hindrer sannhetens åpenbaring.³⁷

Hensynet til sakens opplysning vil i tillegg gjøre seg sterkere gjeldene ved svært alvorlige forbrytelser, enn ved mindre alvorlige forhold.³⁸

3.2.2 Prevensjonshensynet

Med prevensjonshensynet siktes det til at avskjæring av ulovlig ervervede bevis kan være en effektiv måte å motvirke ulovligheter i forbindelse med beviservervelse. Det er i første omgang ulovligheter fra politiets side man har i tankene, men det utelukkes ikke at prevensjonshensynet også gjør seg gjeldene for privatpersoner.³⁹ Dersom beviset utelukkes fordi det er skaffet til veie på en ulovlig måte, kan dette ha en preventiv effekt overfor politiet eller en privatperson. Ved å avskjære ulovlig ervervede bevis vil domstolen kunne bidra til å motvirke ulovlig og utilbørlig adferd.⁴⁰

I Rt.1997 s.795 “Samværssaken” gir Høyesterett uttrykk for at de ikke ønsker å tillate hemmelige lydbåndopptak som foreldre foretar i forbindelse med samværssaker, og at det er “grunn til å motvirke” en slik aktivitet ved og ikke tillate et slike lydbåndopptak. Dette synet følges også opp

³⁷ Brøbech s.19.

³⁸ Rt.1992 s.698 s.706

³⁹ Se Rt.1991 s.616 «Gatekjøkken kjennelsen»

⁴⁰ Bjørnvik og Selfors s. 34.

i Rt.1991 s.616 “Gatekjøkkenkjennelsen”, hvor Høyesterett inntar en restriktiv holdning til slike bevis og uttaler sitt ønske om og «å motvirke denne form for krenkelser».

Av forarbeidene fremkommer det også at: “bevisavskjæring vil kunne virke preventivt” i slike tilfeller.⁴¹

3.2.2.1 Har bevisavskjæring preventiv effekt på politiet?

I praksis kan det tenkes at enkelte polititjenestemenn blir litt for ivrige på etterforskningsstadiet. I slike tilfeller er det lett å miste grepet om grensene for lovlig etterforskning. Ofte er det også slik at polititjenestemenn er tilbakeholdne med å kritisere og anklage andre kollegaer for lovbrudd. En overordnet vil til en viss grad ha en forståelse for at en underordnet overskrider grensene for hva som er lovlig etterforskning, særlig dersom etterforskningen har oppklart et kriminelt forhold.⁴²

Bevisavskjæring i retten vil således tjene som den eneste konsekvensen av den ulovlige etterforskningen. Resultatet blir at dersom politiet ikke får tillatelse til å benytte det ulovlig ervervede beviset, bortfaller selvet formålet med den ulovlige fremskaffelsen. Hvis beviset imidlertid tillates ført, kan politiet på sin side hevde at ulovligheten ikke får noen straffeprosessuelle følger. Noe som kan øke risikoen for at politiet fortsetter og skaffe til veie bevis på en kritikkverdig måte.

I prinsippet faller det naturlig å tro at prevensjonshensynet ville være av vesentlig betydning i bevisavskjæringsvurderingen. Særlig i de tilfeller beviset er ulovlig ervervet fra politiets side. Imidlertid viser det seg at forarbeidene og Høyesterettspraksis å ha et noe annerledes syn på saken. En sentral dom som belyser dette er Rt.1992 s.698 “Treholtkjennelsen”, hvor Høyesterett viser til Straffeprosesslovkomiteens uttalelser:

⁴¹ NOU 2001:32B s.961.

⁴² Brøbech s.26

“Komiteens syn er imidlertid at mulige misbruk fra politiets side mer hensiktsmessig lar seg motarbeide ved disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken» Dette må etter kjæremålsutvalgets syn være utgangspunktet også i tilfeller da den fremgangsmåten som er benyttet, ikke bare kan være gjenstand for disiplinære forholdsregler, men også for straffansva.”

Høyesterett har holdt fast ved dette synspunktet også ved senere anledninger. I Rt.1997 s.1778 “Taushetspliktdommen” uttaler Høyesterett blant annet at:

“Hensynet til den som krenkes ved brudd på taushetsplikten bør ivaretas gjennom eventuelle strafferettslige reaksjoner mot den som har brutt sin taushetsplikt, og ikke ved at påtalemyndigheten i praksis avskjæres fra å fremme straffesak.”⁴³

I Rt.2006 s.582 “Osterhausgaten Farvehandel”, finner Høyesterett at prevensjonshensynet er et viktig moment i en bevisavskjæringsvurdering, men ikke nødvendigvis det eneste momentet av betydning i en avskjæringsvurdering:

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

Så langt kan det konkluderes med at prevensjonshensynet er et viktig moment i bevisavskjæringsvurderingen. Imidlertid er praksis slik å forstå at selv om beviset er ulovlig ervervet, er det ingen automatikk i at påtalemyndigheten nektes å føre beviset. Retten vil heller se etter om det finnes alternative reaksjoner som vil ivareta den krenkedes interesser på en bedre måte, i stedet for å avskjære viktige bevis i saken. Regelbrudd fra politiets side motarbeides ved

⁴³ s. 1780 i dommen

administrative og disiplinære forholdsregler og ikke minst straffansvar, dersom politiet har begått ulovligheter i forbindelse med beviservervelsen.

3.2.3 Hensynet til rettferdig rettergang

Et annet viktig hensyn som kan begrunne avskjæring av ulovlig ervervede bevis, er hensynet til rettferdig rettergang. Retten til en rettferdig rettergang er et overordnet prinsipp i straffesaker.⁴⁴ I følge EMK artikkel 6 nr.1 er statene forpliktet til å gi enhver som er siktet i en straffesak, en rettferdig rettergang.⁴⁵ EMK artikkel 6 nr.1 setter ingen grenser for adgangen til å innhente bevis. Bestemmelsens oppgave er i hovedsak å sikre borgerne en rettergang som ivaretar deres interesser. EMD har selv uttalt at artikkel 6 nr.1 ikke regulerer hvordan bevis skal bedømmes. Dette er en vurdering som i utgangspunktet er tillagt nasjonale domstoler.⁴⁶ Dette fremkommer også av en prinsipputtalelse, som EMD ofte viser til⁴⁷:

“While article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk’s trial as whole was fair.”⁴⁸

Slik EMD praksis er å forstå må det foretas en helhetsvurdering, for å se om rettergangen mot siktede, i sin *helhet* er rettferdig. Praksis fra EMD viser i tillegg at hver sak må vurderes særskilt,

⁴⁴ Jebens s.314

⁴⁵ NOU 2004:6

⁴⁶ Se Schenk v. Sveits (sak nr. 10862/24) og Khan mot Storbritannia (sak nr.35394/97)

⁴⁷ Brøbrech s.73

⁴⁸ Schenk saken avs.46.

derfor blir det vanskelig å oppstille en liste over generelle kriterier for hva som gjør en rettergang “unfair”⁴⁹

Prinsippet om rettferdig rettergang er også kommet til uttrykk i norsk rettspraksis. I Rt.1991 s.1096 var det spørsmål om avskjæring av en politiforklaring som var avgitt uten at forsvarer hadde vært tilstedeværende. Førstvoterende uttaler i denne saken:

*“Det må alltid has for øye at avskjæringsspørsmålet skal vurderes i lys av det grunnleggende prinsippet om betryggende og rettferdig rettergang”*⁵⁰

3.2.4 Hensynet til allmenhetens rettsfølelse

Med hensynet til allmennhetenes rettsfølelse siktes det til den alminnelige oppfatningen i samfunnet om hvordan rettstilstanden er eller bør være.⁵¹ Grunnsteinen i et demokratisk samfunn er at borgerne har tillitt til autoriteter. Denne tillitten omfatter blant annet at domstolen opptrer upartisk og objektivt og at den dømmer i samsvar med borgernes rettsbevissthet. En sak kan være av så alvorlig karakter at dersom retten skulle nekte å føre det ulovlig ervervede beviset vil dette virke støtende på allmennheten. Motsatt kan det være slik at beviservervet kan være såpass krenkende at det ville stride imot allmenhetens rettsfølelse å føre beviset.⁵²

At den alminnelige rettsfølelsen er et moment i avskjæringsvurderingen som tillegges vekt fremkommer også av forarbeidene til straffeprosessloven:

⁴⁹ Brøbech s.30

⁵⁰ Mer om retten til rettferdig rettergang i pkt.4.

⁵¹ Andenæs, s.64

⁵² Bjørnvik og Selfors s.36

*“det... kan anføres andre grunner til avskjæring, for eksempel at det vil være støtende om rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler”.*⁵³

Dersom beviset inneholder viktig og relevant informasjon av stor betydning for saken, kan hensynet til den materielle sannhet tilsi at beviset skal føres. På den andre siden kan forhold ved selve beviservervelsen være av så alvorlig karakter at prevensjonshensynet tilsier at beviset burde avskjæres. I slike sammenhenger vil hensynet til allmenhetens rettsfølelse kun tjene som et supplerende argument for avskjæring av ulovlig ervervede bevis. Den alminnelige rettsfølelse vil selvfølgelig variere etter omstendighetene.

3.2.5 Hensynet til domstolens autoritet og anseelse

Hensynet til allmenhetens rettsfølelse har nær sammenheng med domstolens autoritet og anseelse. Folk skal ha tillit til at de fleste avgjørelser som treffes er korrekte og at rettsapparatet har opptrådt rettferdig mot alle som er innblandet i saken. Utgangspunktet i norsk rett er at domstolen skal treffe flest mulig materielt riktige avgjørelser. Sannsynligheten for at retten har kommet til et materielt riktig resultat vil være størst når avgjørelsen har vært truffet på grunnlag av alle bevisene i saken. Hvorvidt hensynet til domstolens anseelse i slike tilfeller vil tale for eller mot bevisavskjæring vil blant annet være avhengig av bevisverdien til det aktuelle beviset, hvor graverende den ulovlige fremgangsmåten er og om føringen av beviset vil krenke retten til rettferdig rettergang. Selv om et bevis anses å være pålitelig og dermed vil fremme et materielt riktig resultat, kan fremgangsmåten som er benyttet ved ervervelsen, være så graverende at rettergangen vil bli oppfattet som lite betryggende og urettferdig hvis beviset tillates ført.

⁵³ Straffeprosesslovkomiteens innstilling

Av forarbeidene fremkommer det at:

*“Det kan i undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, f.eks.at det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldene regler”.*⁵⁴

Domstolen vil heller ikke lenger ha den samme «verdigheten» dersom retten ikke selv tar avstand fra ulovlige handlinger, og tillater ulovlig ervervede bevis.⁵⁵ Dette vises godt i Rt.1991 s.616 “Gatekjøkkenkjennelsen” og Rt.1997 s.795 “Samværssaken”, hvor retten uttrykkelig sier at de ønsker å motvirke at partene i saken kan føre hemmelige video- og lydopptak. Retten uttaler at det ville bli oppfattet som støtende dersom domstolen skulle tillate føringen av slike bevis.

3.3 Den konkrete avskjæringsvurderingen

Utover de overordnede hensynene som kommer til anvendelse på et generelt grunnlag fremkommer det også av rettspraksis og juridisk teori at spørsmålet om ulovlig ervervede bevis skal avskjæres eller ikke, må løses utfra konkrete momenter som gjør seg gjeldene i den enkelte sak. Et sentralt moment i avskjæringsvurderingen vil være om bevisføringen vil innebære en krenkelse av samme karakter som ved beviservervelsen.⁵⁶ Hovedsakelig må det foretas en analyse av rettspraksis for å kunne løse spørsmålet om avskjæring av ulovlig ervervede bevis.

En treffende oppsummering av rettstilstanden følger av Rt.1999 s.1269 “Fengselsbetjentdommen”⁵⁷. Det ulovlig ervervede beviset i denne saken var en samtale politiet hadde hatt med siktede, uten at siktede var klar over at det var politiet han snakket med. Om føring av dette beviset uttaler retten at:

⁵⁴ Straffeproseslovkomiteens instilling 1969 s.197

⁵⁵ Torgersen 2009 s.52

⁵⁶ Torgersen s.136

⁵⁷ Rt. 2006 s.582

*“Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset **normalt** nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining.”*⁵⁸

Dommen er slik å forstå at først må det vurderes om føringen av det ulovlig ervervede beviset vil representere en gjentakelse, eller fortsatt krenkelse av det rettsbruddet som skjedde ved ervervelsen. Et bekreftende svar leder til ”normalt”, men ikke nødvendigvis til bevisforbud.⁵⁹ Støtte for dette synet finner vi også i juridisk teori og praksis.⁶⁰ I tillegg til kriteriet om at bevisførselen ikke må representere en fortsatt eller gjentatt krenkelse, må det foretas en interesseavveining.

3.3.1 Fortsatt eller gjentatt krenkelse

Et sentralt moment i avskjæringsvurderingen er om føringen av et bevis vil innebære en krenkelse av samme karakter som den som fant sted ved beviservervelsen.⁶¹ I juridisk teori har Torgersen gitt uttrykk for at fokuset på gjentakelseskriteriet er av relativt ny dato.⁶²

Av Rt.1999 s.1269 “Fengselsbetjentdommen” fremkommer det at det normalt vil medføre bevisavskjæring dersom føringen av beviset vil representerer en «fortsatt eller gjentatt krenkelse». I Rt.2006 s.582 «Osterhausgaten Farvehandel» gjengir Høyesterett uttalelsene⁶³ i

⁵⁸ ss.1272, avsnitt 3

⁵⁹ Torgersen s.140

⁶⁰ Bjørnvik/Selfors, Torgersen, Rt 2003 s.549, Rt.1991 s.616 og Rt.1997 s.795

⁶¹ Torgersen s.136

⁶² Torgersen s.137

⁶³ Uttalelsene er står under pkt.33 i dommen

Rt.1999 s.1269 og omtaler dette som en “*treffende oppsummering av rettsstilstanden*”. Begrepene “fortsatt eller gjentatt krenkelse” brukes om hverandre både i praksis og juridisk teori. Innholdet i begge disse begrepene er imidlertid det samme.⁶⁴

Hva som skal anses for å være en gjentatt eller fortsatt krenkelse kan typisk være at politiet avlytter en person uten tillatelse og uten å gjøre vedkommende oppmerksom på opptaket, for å så fremlegge det ulovlige opptaket i retten. Eller at påtalemyndigheten har fått tak i legejournaler, som er underlagt taushetsplikt, og ønsker disse ført i retten uten at det er gitt samtykke til å føre disse. Slike bevis vil ofte være gode og ikke minst viktige bevis i saken, men føringen av disse vil representere en gjentakelse av den krenkelsen som ble begått ved ervervelsen av disse.

Det er vanskelig å si noe konkret om hva som skal til for at føringen av et ulovlig ervervet bevis vil representere en fortsettelse eller gjentakelse av det rettsbruddet som forelå ved beviservervet. Vurderingstema er om de interesser den krenkende ervervsnormen er satt til vern for, også krenkes ved bevisføringen. Det sentrale her vil være om den som har fått sine rettigheter krenket ved beviservervelse vil føle eller oppfatte bevisføringen som en ny krenkelse av sin rett.⁶⁵ Dette vil variere med den krenkelsen som er foretatt i den enkelte sak.

Gjentakelseskriteriet er flere ganger berørt i rettspraksis. I Rt.1991 s.616 “Gatekjøkkenkjennelsen” uttalte Høyesterett at:

“Det vil videre kunne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt, og det vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket”⁶⁶

⁶⁴ Torgersen s.136

⁶⁵ Torgersen s.141 pkt 3.5.3.2

⁶⁶ S.623 i dommen.

Videre fremkommer det av Rt.1999 s.1269 “Fengselsbetjentdommen” at det er krenkelsens grovhet som er utslagsgivende for avgjørelsen av om beviset skal avskjæres. I denne dommen var det snakk om brudd på grunnleggende prinsipper i straffeprosessen, en ny krenkelse av disse kunne derfor ikke godtas.

I Rt.1997 s.1778 “Taushetspliktdommen” ble et bevis tillat ført, til tross for at det kunne innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse av den krenkelsen som fant sted ved ervervet. I denne saken hadde en sykepleier brutt taushetsplikten sin og meddelt politiet at fornærmede hadde blitt voldtatt av sin samboer, uten samtykke fra fornærmede selv. På bakgrunn av at sykepleieren hadde brutt sin taushetsplikt fikk politiet kjennskap til andre bevis, først og fremst forklaringer avgitt av fornærmede. Et av spørsmålene som reiste seg i denne saken var om taushetsbruddet som medførte at politiet fikk kjennskap til saken, skulle medføre at øvrige bevis i saken skulle avskjæres. Høyesterett kom til at selv om lovbruddet ikke ville blitt avdekket dersom den ulovlige anmeldelsen ikke hadde blitt gitt inn, kunne ikke dette innebære at samtlige bevis i saken skulle avskjæres. Dersom påtalemyndigheten skulle nektes å fremlegge bevisene de hadde for hånden, ville dette medført at et straffbart forhold i realiteten ville blitt straffritt. Et slikt standpunkt kunne neppe godtas. Høyesterett holdt derfor fast ved lagmannsrettens uttalelser, hvor det het at:

“Hensynet til fornærmede kan isolert sett tale for denne løsningen idet det kan anføres at denne bevisførselen representerer en fortsettelse av den krenkelsen som har skjedd ved taushetsbruddet”

Videre uttalte retten at vernet av taushetsplikten er viktig, men at denne retten bedre kan ivaretas gjennom strafferettslige reaksjoner mot den som har brutt taushetsplikten, enn å avskjære bevis

som var oppklarende for saken.⁶⁷ Det var her snakk om en svært alvorlig sak og hensynet til sakens opplysning tilsa at beviset skulle tillates ført.

Av dette ser vi at det ikke er noe automatikk i at beviset avskjæres dersom bevisføringen innebærer en fortsettelse eller gjentakelse av den rettskrenkelsen som forelå ved beviservervelsen. Spørsmålet om beviset skal avskjæres vil bero på en helhetsvurdering hvor ulike momenter, i tillegg til fortsettelseskriteriet vil være av betydning for bevisføringen.

3.4 Helhetsvurderingen

I tillegg til vurderingen av om krenkelsen er en gjentatt eller fortsatt krenkelse av rettsbruddet ved ervervelsen, må retten foreta en selvstendig helhetsvurdering av avskjæringsspørsmålet. I Rt.2006 s.582 “Osterhausgaten Farvehandel” viser retten til Rt.1999 s.1269 “Fengselsbetjentdommen”, hvor det uttales at det i en avskjæringsvurdering blant annet legges vekt:

“... på grovheten av den krenkelsen som ble begått, om den som satt med beviset har plikt til å utlevere det eller forklare seg, hvor alvorlig og viktig saken er og bevisverdien av beviset.”

Dommen er heller ikke slik å forstå at den gir en uttømmende liste over hvilke momenter som kan tas i betraktning, jfr. uttrykket «bla». Imidlertid kan denne uttalelsen gi en slags oversikt over hvilke momenter som normalt tillegges vekt i en avskjæringsvurdering. Det vil også være vanskelig å si noe konkret om vekten av de ulike momentene. Jeg skal nå gjennomgå disse ulike momentene og si noe om hva som kan bli vektlagt under behandlingen av hver av disse.

⁶⁷ Se nederst på s.1780 og øverst på s.1781 i dommen

3.4.1 Momentene i helhetsvurderingen

3.4.2 Hvor grov er krenkelsen?

I teorien har Bratholm uttalt at ved vurderingen av hvor grov krenkelsen er ved beviservervelsen bør det tillegges betydning hvor alvorlig den ulovlige fremgangsmåten er, om handlingen er fortsettlig eller uaktsom, hvilke interesser som er krenket ved ervervelse og om det er materielle eller formelle vilkår som er tilsidesatt.⁶⁸

3.4.2.1 Hvor alvorlig er den ulovlige fremgangsmåten?

En ulovlig fremgangsmåte som er straffbar vil helt klart anses for å være mer alvorlig, enn en handling som ikke er straffbar.

I Rt.1994 s.1139 “Amnestisaken” hadde politiet fått en tilståelse av tiltalte, med løfte om at opplysningene de fikk, ikke skulle brukes mot ham. Høyesterett uttalte i denne saken at det ikke var tillatt å gjøre bruk av løfter under avhør jfr. Straffeprosessloven §92, for å fremtvinge en forklaring. En så alvorlig tilsidesettelse av regler, til vern for siktede ble sett på som svært støtende. Det var viktig for retten i denne saken å motarbeide slike ulovlige handlemåter foretatt av autoritative myndigheter. Grovheten av den krenkelsen politiet hadde gjort seg skyldig i var derfor det avgjørende momentet i denne saken.

3.4.2.2 Tilsidesettelse av materielle eller formelle regler?

Ved en avskjæringsvurdering kan det også tillegges betydning om det er materielle eller formelle regler som er brutt ved beviservervelsen. Det er vesensforskjell mellom og f.eks. beslaglegge en leges journaler, enn å beslaglegge et bevis uten å ha fått tillatelse av retten, hvor denne ville blitt

⁶⁸ Bratholm s.118.

gitt hvis politiet hadde bedt om det.⁶⁹ Dette tilsier at det vil peke mer i retning av avskjæring dersom det er brudd på materielle regler enn ved brudd formelle regler, ved beviservervelse.

I Rt.2006 s.582 “Osterhausgaten Farvehandel” hadde politiet foretatt en ulovlig ransaking av en bil de mistenkte for å ha tilknytning til et ransmiljø, uten at vilkårene for ransaking etter straffeprosessloven §192 første ledd og straffeprosessloven §195 første ledd, var oppfylt. Ved ransaking hadde politiet funnet at tiltalte hadde våpen og ammunisjon liggende i bilen. Spørsmålet i saken var om disse kunne føres som bevis. Retten kom til at dersom politiet hadde hatt kjennskap til de faktiske forholdene, ville de ha fått tillatelse av retten til å foreta ransaking, hvis de hadde vært kjent med eller hadde skjellig grunn til mistanke til at det var våpen og ammunisjon i bilen. Høyesterett nevner at det er grunn til å motvirke ulovlige handlemåter fra politiets side, og at saken hadde stilt seg annerledes dersom politiet hadde benyttet seg av tvangsmidler som det overhode ikke var hjemmel for å benytte.

3.4.2.3 Forsettlig eller uaktsom handling?

Det kan videre tenkes at ervervelsen enten har skjedd ved en ren forglemmelse av regler, eller ved bevisst regelbrudd. Det er naturlig å anse bevisste regelbrudd for å være mer alvorlige, enn en uaktsom overtredelse. Ved en bevisst overtredelse av regler ved beviservervelse, er vedkommende som foretar den ulovlige handlingen fullstendig klar over at han ikke har lovlig tilgang til beviset.

En dom som belyser dette er Rt.1992 s.698 (Treholtkjennelsen). I denne saken var en mann dømt til 20 års fengselsstraff for bl.a. spionasje. Domfelte søkte begjæring om gjenopptagelse på det grunnlag at de bevisene som var ført mot ham, var ulovlig ervervede. Bevisene var ervervet i strid med dagjeldende straffeprosesslov.⁷⁰ Den anklagende var ikke varslet om ransakingen jfr. straffeprosessloven § 225 annet ledd og det hadde ikke vært vitner å tilstede under ransakingen jfr. straffeprosessloven § 224 første ledd. Retten uttalte at det faktum at det dreide seg om

⁶⁹ Bratholm s.119

⁷⁰ Straffeprosessloven av 1887

bevisste regelbrudd fra politiets side, pekte i retning av at beviset ikke skulle tillates ført. Resultatet ble imidlertid at det ulovlige “Pengebeviset”, som det var snakk om i denne saken ble tillatt ført. I den forbindelse bemerket retten at det var snakk om et pengebevis, som var et av flere bevis i saken. Retten påpekte dessuten at både domfelte og forsvarer hadde kjennskap til bevismaterialet, slik at kontradiksjonsprinsippet var ivaretatt. Hensynet til sakens opplysning ble tillagt betydelig vekt, da det i denne saken var snakk om at domfelte hadde begått svært alvorlige forbrytelser som det var viktig å få oppklart.

Hensynet til domstolens anseelse peker også i retning av avskjæring, dersom det foreligger bevisste overtramp fra politiets side. Det ville være et svært alvorlig inngrep i borgernes rettssikkerhet dersom domstolen hadde benyttet seg av materialet som var skaffet til veie ved grove overtramp av gjeldene regler.

3.4.2.4 Er det en spesielt beskyttelsesverdig interesse som er krenket?

At et bevis kan avskjæres fordi det krenker en spesielt beskyttelsesverdig interesse fremkommer av Rt.2003 s.549 hvor retten uttaler at:

“Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset... krenker beskyttelsesverdige interesser...”

I rettspraksis har særlig hensynet til den personvern og vernet av den personlig integritet tradisjonelt blitt ansett for å være en særlig beskyttelsesverdig interesse. I Rt.1991 s.616 “Gatekjøkkenkjennelsen” var det snakk om hensynet til tiltaltes personlig integritet og personvern som var det avgjørende for om beviset kunne føres. I denne saken la Høyesterett særlig vekt på hvor krenkende det ville være overfor en ansatt å bli utsatt for hemmelig videoovervåkning på arbeidsplassen og at retten kom til at personvern er en spesiell beskyttelsesverdig interesse. Ved å avskjære bevis som var tilveiebragt ved en så grov tilsidesettelse av personvern hensyn, uttrykket retten sitt ønske om å motvirke denne form for

krenkelser. I denne saken veide ikke hensynet til sakens opplysning like tungt som hensynet til den personlige integritet. Fremleggelsen av videobeviset, det var snakk om i denne saken, ville i tillegg innebære en fortsatt krenkelse overfor tiltalte og beviset ble derfor avskåret.

3.4.2.5 Erverv i strid med selvinkrimineringsvernet

Som nevnt tidligere i pkt. 2.4 er forbudet mot selvinkriminering et grunnleggende prinsipp på straffeprosessens område. Forbudet mot selvinkriminering er et rettssikkerhetsprinsipp til vern for siktede. Straffeprosessloven §§ 90,92 og 232 anses derfor å være utslag av dette prinsippet.

Etter straffeprosessloven §90 skal retten gjøre siktede kjent med at han ikke har noen plikt til å forklare seg. Straffeprosessloven § 92 angir regler for hvordan avhør skal foretas. At mistenkte, så vel som siktede, ikke har noen forklaringsplikt fremkommer av straffeprosessloven §232. Denne bestemmelsen lovfester at retten til å forholde seg taus er reell, og at håndheving av denne rettigheten er grunnleggende.⁷¹

Hvilken betydning forbudet mot selvinkriminering har i norsk rett, kommer tydelig frem av Rt.1999 s.1269 “Fengselsbetjentdommen”. I denne saken var en fengselsbetjent mistenkt for å ha hjulpet innsatte med å rømme. For å oppklare saken innledet politiet et samarbeid med en av de innsatte i fengslet. Den innsatte og fengselsbetjenten avtalte at fengselsbetjenten skulle lage en skisse over fengslet og levere dem til en medhjelper utenfor fengslet. Ved overleveringen møtte politiet opp som medhjelperen. Politiet spurte betjenten om han også hadde hjulpet andre med å rømme på denne måten, fengselsbetjenten svarte bekræftende og dette ble tatt opp med hemmelig avlyttingsutstyr av politiet. Saken kom opp for Høyesterett som anke over saksbehandlingen. Høyesterett kom til at beviset var ulovlig ervervet, fordi politiets fremgangsmåte ikke i tilstrekkelig grad ivaretok siktedes rett til å forholde seg taus. Beviset skulle vært avskåret i denne saken. Om retten til selvinkriminering uttaler førstvoterende at:

⁷¹ Straffeprosesslovens kommentar utgave 4.utgave bind II s.852 pkt.2

“Det er et grunnleggende rettsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus... Men også lenge før disse konvensjonene⁷² ble gjort til norsk rett har det vært et grunnfestet prinsipp i norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt.”⁷³

Brudd på selvinkriminering var også tilfellet i Rt.2003 s.1814 “Promillekjennelsen” saksforholdet her var at to politimenn observerte en mann sitte bak førersete i en bil, med kjørellys på. Mannen luktet alkohol og var tydelig beruset. Politiet begynte å stille vedkommende innledende spørsmål som, om det var han som hadde kjørt bilen, om han hadde drukket alkohol osv. Ved bekreftende svar på slike spørsmål hadde politiet stil oppfølgende spørsmålet. Retten kom til at det faktum at politiet hadde spurt innledende spørsmål for å avklare om det forelå et straffbart forhold var ikke ulovlig. Imidlertid hadde politiet gått over til å stille oppfølgende spørsmål og disse ble av retten ansett for å gå over til en avhørslignende situasjon. Mistenkte hadde ikke blitt gjort oppmerksom på retten til å forholde seg taus og bidra til egen domfellelse. Spørsmålet for Høyesterett var om samtalen mellom politiet og mistenkte kunne føres som bevis. Retten viste til Rt.1999 s.1269 «Fengselsbetjentdommen» og uttalelsene vedrørende forbudet mot selvinkriminering. Det interessante ved denne avgjørelsen var imidlertid at retten tillot føringen av beviset. Politiets krenkelse ble ikke ansett for å være så graverende at beviset skulle avskjæres. Det ble lagt vekt på at det var snakk om en umiddelbar kontroll uten forankring i forutgående etterforskning og politimennene hadde opptrådt i uniform. Føringen av beviset ville heller ikke representere noen krenkelse av retten til rettferdig retten gang. Hensynet til den materielle sannhet i denne saken tilsa at beviset skulle tillates ført. Retten anså heller ikke at føringen av beviset krenket retten til rettferdig rettergang.

Det vi kan utlede av det foregående er at bevis som er ervervet ved grove brudd på selvinkrimineringsvernet vil i utgangspunktet bli avskåret. Imidlertid er det ingen automatikk i at

⁷² SP artikkel 14 nr.3 bokstav g og EMK artikkel 6 nr.1

⁷³ Nederst på s.12.7

beviset alltid avskjæres ved brudd på selvinkrimineringsvernet. Det kan tenkes at beviset, til tross for at det foreligger brudd på selvinkrimineringsvernet, tillates ført. Avgjørelsen vil bero på en helhetsvurdering, der retten i tillegg tar i betraktning at føringen av beviset ikke krenker siktedes rett til en rettferdig rettergang.

3.4.3 Hvor alvorlig er saken?

Som nevnt innledningsvis er det ikke kun krenkelsens grovhet som er utslagsgivende i avskjæringsvurderingen. Et annet viktig moment i helhetsvurderingen er hvor alvorlig saken er. Det kan ikke gis noe entydig svar på hva som er viktige saker og hva som er mindre viktige saker. Rettspraksis gir til en viss grad veiledning på hva som kan falle inn under dette momentet.

Siktelsens alvorlighet var et utslagsgivende moment i Rt.1997 s.1778 “Taushetspliktdommen”. Retten uttalte i denne saken at selv om politiet hadde fått kjennskap til saken ved brudd på taushetsplikt, kunne ikke dette medføre at samtlige bevis i saken skulle avskjæres. Høyesterett anså denne saken for å være en svært alvorlig sak og hensynet til sakens opplysning tilsa at alle bevisene skulle tillates ført.

Tiltalens alvorlighet ble også tillagt betydelig vekt i Rt.1992 s.698 “Treholtkjennelsen”. Retten uttalte i denne saken at siktelsens alvorlighet er et moment av “*vesentlig betydning*”.⁷⁴ Det ulovlig ervervede «pengebeviset» det var snakk om i denne saken, var dessuten et av flere bevis i saken. Derfor hadde ikke selve ulovligheten noe å si for bevisets kvalitet. Retten kom til at det ikke hadde vært feil av lagmannsretten å tillate beviset, til tross for at det her var snakk om bevisste overtramp fra politiets side. Tiltalens alvorlighet tilsa at hensynet til sakens opplysning gjorde seg sterkt gjeldene i denne saken.

⁷⁴ s.706 i dommen

Rettspraksis viser at jo alvorlig siktelsen er, desto mer betenkelig vil det være å avskjære beviset.⁷⁵ Hensynet til den materielle sannhet vil gjøre seg sterkere gjeldende ved en alvorlig siktelse, enn ved en mindre alvorlig sak. Selv om hensynet til sakens opplysning står sterkt i en alvorlig sak, vil også hensynet til tiltalte ha betydelig vekt. Vernet om selvinkriminering vil derfor også spille en betydelig rolle i en alvorlig straffesak.

I enkelte saker kan det tenkes at nettopp det faktum at tiltalen ikke gjelder noe alvorlig forhold, kan tilsi at beviset skal føres. Sakens alvorlighet kan dermed ha to utfall. Det vi kan slutte av det foregående er at; det gjør seg vanskelig å gi noe svar i den ene eller den andre retning på hvor alvorlig en sak må være for at et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført. Det vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak hvorvidt beviset skal tillates eller ikke.

3.4.4 Bevisets vekt

Hvilken vekt beviset har kan også være et moment i avskjæringsvurderingen. Med bevisets vekt siktes det til hvor avgjørende beviset er for skyldspørsmålet. I noen tilfeller kan beviset være helt avgjørende for sakens utfall, det vil si at beviset alene kan føre til domfellelse. I andre tilfeller kan beviset være et av flere bevis og derfor ikke være like avgjørende for sakens utfall. Sist men ikke minst kan, i enkelte tilfeller, en samlet vurdering av flere bevis medføre domfellelse.⁷⁶

Det finnes ikke noe «fasit» svar på hvor viktig et bevis er. Ulike hensyn kan trekke i ulike retninger. Dersom det gjelder et vesentlig bevis i saken, kan hensynet til den materielle sannhet tilsi at beviset skal tillates ført.

Bevisets vekt kan også være av betydning for retten til rettferdig rettergang. Det kan tenkes at føringen av det ulovlig ervervede beviset medfører brudd på siktedes rettigheter. I Schenk

⁷⁵ Bratholm s.120 pkt.4

⁷⁶ Brøbech operer med en slik inndeling. s.266

dommen var det snakk om føring av et telefonopptak, medførte en krenkelse av retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1. Etter en helhetsvurdering kom EMD til at føringen av telefonopptaket ikke krenket retten til en rettferdig rettergang, da beviset var et av flere bevis i saken.

Videre kan det oppfattes støtende overfor allmennheten at tiltalte frifinnes for en straffbar handling, på det grunnlag at det eneste beviset som forelå i saken var ulovlig ervervet.

I Rt.1992 s.698 “Treholtkjennelsen” kom retten til at det lett kunne bli ansett for å være støtende å føre et bevis dersom det var det eneste, eller det hovedsakelige beviset i saken. «Pengebeviset», som det var snakk om i denne saken, var ett av flere bevis og ble derfor tillatt.

I teorien vil det bli ansett som mindre betenkelig å avskjære et ulovlig ervervet bevis som antas å ha liten betydning for sakens utfall, enn å avskjære et bevis som er helt avgjørende.⁷⁷ Dette er allikevel sjelden et problem i praksis. Påtalemyndigheten vil i stor grad reservere seg mot å bruke ulovlig ervervede bevis som ikke vil være avgjørende for utfallet i saken.

3.4.5 Bevisets pålitelighet

Av rettspraksis fremkommer det at bevisets troverdighet kan være et relevant moment i avskjæringsvurderingen.⁷⁸ I Rt.2003 s.549 uttaler Høyesterett at:

“Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdige måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite til å stole på ...”

⁷⁷ Bratholm s.120 pkt.5

⁷⁸ Rt.1999 s.1269 “Fengselsbetjentdommen”

Bevisets troverdighet kan være svekket som følge av ulovligheten som er begått ved ervervelsen. Typiske tilfeller kan være at beviset er provosert frem, eller at et avhør foregår under tvang eller trusler. I slike tilfeller kan tenkes at beviset ikke vil være pålitelig

Føring av et bevis som ikke er pålitelig, vil medføre at retten ikke kommer nærmere den materielle sannhet. I slike tilfeller vil hensynet til sakens opplysning tilsi at beviset burde avskjæres.

I Rt.1992 s.698 “Treholtkjennelsen” kom Høyesterett til at politiets tilsidesettelse av lovens regler ved ervervelse av “pengebeviset”, ikke hadde noen innvirkning på bevisets pålitelighet. Det samme var tilfelle også Rt.2006 s.582 “Osterhausgaten Farvehandel”. Begge disse avgjørelsene påpeker at dersom politiet overtrer reglene i straffeprosessloven vil ikke dette nødvendigvis svekke bevisets troverdighet, men at det vil gi feil signaler dersom retten benytter bevis som er anskaffet ved brudd på gjeldende regler. Slik det fremgår tidligere i denne avhandlingen, kan slike overtramp mer hensiktsmessig motarbeides ved disiplinærstraffer enn ved å avskjære viktige bevis i saken.

Av Rt.1994 s.1139 “Amnestisaken” fremkommer det at manglende pålitelighet ikke nødvendigvis medfører avskjæring, men at momentet spiller en viktig rolle i avskjæringsvurderingen. Det vil være av betydning for skyldspørsmålet hvor stor vekt man tillegger et slikt bevis. Derfor kan det sies at det er nær sammenheng mellom bevisets vekt og dets pålitelighet.

4 Ulovlig ervervede bevis og forholdet til EMK

4.1 EMK

I hovedsak er det EMK artikkel 6 nr.1 som setter grenser for adgangen til å benytte ulovlig ervervede bevis. Det følger av EMD praksis at det kan innfortolkes et krav om retten til rettfærdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1. Formålet med denne bestemmelsen er ikke å sette begrensninger for innhenting eller føring av bevis. Bestemmelsen tar sikte på å regulere hvilken betydning det vil ha for rettergangen at bevis er ervervet på en ulovlig måte. Hvis det f.eks. foretas hemmelig avlytting av siktede vil dette krenke retten til privatliv og personlig integritet, men det er ikke dermed gitt at føringen av det skjulte opptaket vil medføre at rettergangen ikke anses for å være rettfærdig.⁷⁹

EMK oppstiller derfor ingen regler om bevisforbud. Som nevnt i pkt.3.2.3 vil en slik regulering være en oppgave som tillegges nasjonale domstoler.

Det prinsipielle spørsmålet for EMD vil være om føringen av et ulovlig ervervet bevis vil medføre at siktede ikke får en «fair trial», eller en rettfærdig rettergang. EMD praksis synes å peke i retning av at det domstolen tar stilling til er: *“whether the proceedings as a whole including the way in which the evidence was obtained, were fair.”*⁸⁰

Den videre fremstillingen vil derfor bero på hvilke kriterier en slik “fairness” – vurdering skal foretas etter.

4.2 “Fairness” vurdering etter artikkel 6 ved bruk av bevis ervervet i strid med nasjonale regler eller konvensjonsbestemmelser

Retten til rettfærdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1 inneholder ikke noe lovskrav.⁸¹ Det vil derfor ikke være avgjørende etter EMK artikkel 6 nr.1 om rettergangen er i samsvar med den

⁷⁹ NOU 2004:6

⁸⁰ Khan avsnitt 34

⁸¹ Det organet som skal avgjøre saken må være opprettet ved lov.

nasjonale retten. Retten til rettferdig rettergang kan være krenket, selv om de nasjonale regler er fulgt. På den andre siden kan retten til rettferdig rettergang være oppfylt, selv om det foreligger brudd på nasjonal rett.⁸² Det kan tenkes at hjemmelskravene i nasjonal rett er svakere enn etter EMK, slik at myndighetsinngrep som er lovlig etter nasjonale regler allikevel krenker konvensjonen. Dette har særlig vært tilfelle i Storbritannia hvor blant annet hemmelig romavlytting tidligere ikke hadde noen forankring i formell lov.⁸³ En sentral avgjørelse her er Khan mot Storbritannia.

I denne saken hadde Khan og hans fetter N hadde blitt stoppet og ransaket på flyplassen i Manchester. På N fant tollerne store mengder heroin og vedkommende ble arrestert. Khan derimot hadde ingen ting på seg og ble derfor løslatt. Ved en senere anledning besøkte Khan sin venn B i hans hus. Det Khan ikke visste var at B var under etterforskning for heroinhandel og i den forbindelse var huset hans under avlytting. Gjennom avlyttingen fikk politiet opplysninger om at Khan hadde vært med på heroinsmuglingen som N var arrestert for. På bakgrunn av dette ble Khan arrestert. Da saken kom opp for EMD, uttalte «House of Lords» at det ikke fantes noen regel om rett til privatliv i engelsk rett. Uansett var det tillatt å føre ulovlig ervervede bevis da dette ikke var i strid med landets straffeprosesslov. I denne saken kom EMD til at det forelå krenkelse av retten til privatliv. Likevel ble det ikke konstatert brudd på retten til rettferdig rettergang i denne saken. Khan hadde underveis i saken hatt adgang til og både imøtegå og protestere mot beviset.

Schenk saken kan tjene som eksempel på at brudd på nasjonal rett ikke nødvendigvis medfører brudd på retten til rettferdig rettergang. I Schenk mot Sveits hadde Schenk blitt dømt for drapsforsøk på sin egen kone. En tredjemann, Mr. Pauty, som Schenk hadde engasjert i forbindelse med drapet, hadde foretatt opptak av en telefonsamtale mellom dem. Schenk var ikke kjent med telefonopptaket som Mr. Pauty hadde foretatt, og føringen av opptaket var i strid med

⁸² Jebens s.313

⁸³ Torgersen s.324-325

Sveitsisk rett. EMD anså imidlertid ikke føringen av dette opptaket som en krenkelse av EMK artikkel 6 nr.1 og retten til rettferdig rettergang. EMD la i denne saken vekt på at klageren hadde hatt anledning til å forsvare seg mot beviset og imøtegå adgangen til å føre beviset. Dessuten var ikke telefonopptaket det eneste beviset i saken og ble derfor ikke ansett for å være et avgjørende bevis.

Av dette ser vi at EMD stort sett vurderer betydning av at bevis er ervervet på en konvensjonsstridig måte eller i strid med nasjonal rett, utelukkende etter det generelle kravet om retten til rettferdig rettergang. EMD praksis begrenser seg således til en overordnet «fairness vurdering». Grunnen til dette er at det ikke eksisterer noen felleseuropeisk standard for hvordan ulovlige ervervede bevis skal håndteres. Det gjør seg derfor vanskelig å utvikle detaljerte regler om bevisføringsadgangen.⁸⁴

Det følger av EMD praksis at det lettere vil føre til krenkelse av retten til rettferdig rettergang dersom beviset er ervervet i strid med grunnleggende konvensjonsrettigheter. Retten til rettferdig rettergang, retten til privatliv og ikke minst forbudet mot selvinkriminering anses for å være blant de mest grunnleggende konvensjonsrettighetene. Dersom bevisføringen innebærer en krenkelse av noen av disse rettighetene vil som oftest også retten til rettferdig rettergang bli ansett for å være krenket.

Det jeg skal se på i det følgende er hvilke krav det stilles til bevisføringen for å sikre at rettergangen blir “fair”, i tilfeller der beviset er fremskaffet i strid med konvensjonsbestemmelser eller i strid med nasjonale regler.

⁸⁴ Se Torgersen pkt. s.77

4.3 Momenter i «fairness» vurderingen

Det EMD i utgangspunktet vurderer, er om føringen av det ulovlige ervervede beviset vil gjøre selve rettergangen “unfair”.

Av EMD praksis følger det at sentrale momenter i en «fairness» vurdering vil bl.a. være sakens karakter, om ervervelsen strider imot selvinkrimineringsvernet, om retten til effektivt forsvar har blitt ivaretatt, bevisets pålitelighet, måten prosessen har foregått på, i tillegg blir også konkrete omstendigheter ved selve beviservervelsen tillagt vekt. I det følgende kommer jeg til å ta for meg de momentene som synes å være de mest sentrale i EMD praksis.

4.3.1 Sakens viktighet

Hensynet til sakens opplysning og det offentliges interesse i straffeforfølgning vil således være sentrale hensyn i denne sammenheng.⁸⁵ Det er på det rene at det vil stilles strengere krav til i en alvorlig og komplisert straffesak enn til en enkel forseelsesak.⁸⁶

Det offentliges interesse i straffeforfølgning finner vi i Jalloh mot Tyskland. Saken gjaldt bruk av bevis innhentet i strid med EMK artikkel 3.⁸⁷ I dommen heter det:

“...when determining whether proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence at issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully.”⁸⁸

⁸⁵ Torgersen s.333

⁸⁶ Jebens s.313.

⁸⁷ Nærmere om EMK artikkel 3 i pkt.4.4

⁸⁸ Avsnitt 97

4.3.2 Bevis erverv i strid med selvinkrimineringsvernet

Forbudet mot selvinkriminering har sitt rettslige grunnlag i SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Her er det uttrykkelig fastsatt at ingen må “bli tvunget til å vitne mot seg selv eller til å erkjenne seg skyldig”. EMK artikkel 6 har ikke en slik uttrykkelig regulering, men retten til å forholde seg taus er innfortolket i kravet til rettferdig rettergang. Forbudet mot selvinkriminering beskytter siktede mot å avgi forklaring i strid med sin egen vilje.⁸⁹ Dette innebærer først og fremst at siktede ikke kan tvinges til å forklare seg og har dermed rett til å forholde seg taus. Forbudet mot selvinkriminering anses også for å være et av de grunnleggende konvensjonsrettighetene. I Allan saken uttaler EMD følgende om retten til å forholde seg taus i egen straffesak:

“As regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has reiterated that these are generally recognized international standards which lie at the heart of a fair procedure.”⁹⁰

Saksforholdet her var at politiet hadde foretatt lyd og videoopptak av Allans fengselscelle, som han delte med en politiinformant. Informantens oppgave var å få Allan til å innrømme at han hadde vært med i et ran med døden til følge. Opptakene fra cellen ble senere ført i retten med informanten som vitne. EMD kom i denne saken til at det her forelå en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1. Informanten hadde her spilt en aktiv rolle i saken og derfor var beviset heftet med stor usikkerhet. Klageren hadde heller ikke fått noen mulighet til å imøtegå eller protestere mot føringen av beviset. Dette innebar at føringen av beviset krenket retten til rettferdig rettergang. EMD la i tillegg vekt på at under slike omstendigheter var det enda viktigere å påse at prosessen var betryggende overfor siktede.

Forbudet mot selvinkriminering har to sider. På den ene siden kan et beviserverv anses for å være ulovlig, fordi det er ervervet i strid med selve selvinkrimineringsforbudet. Dette var tilfellet i

⁸⁹ Jebens s.409

⁹⁰ Allan avsnitt 44

Funke saken. Funke som var en tysk statsborger, var mistenkt for brudd på franske valuta – og tollbestemmelser. Etter en ransaking av Funkes bopel fant ikke politiet tilstrekkelig dokumentasjon til å kunne reise sak mot ham. Under trussel om løpende mulkt, ble Funke pålagt å fremskaffe ytterligere dokumentasjon som kunne føre til at han ble funnet skyldig i brudd på franske valuta- og tollbestemmelser. Funke nektet å etterkomme pålegget og han brakte saken inn for franske domstoler og senere for EMD. EMD konkluderte med at plikten til å fremlegge dokumentasjon under trussel om mulkt, var i strid med vernet mot selvinkriminering. I denne saken konstaterte EMD at franske myndigheter hadde krenket selvinkrimineringsvernet og retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1.

På den andre siden kan føringen av bevis som er ervervet i strid med selvinkrimineringsforbudet medføre at selve rettergang blir «unfair». Dette var tilfellet i Allan- saken. Her forelå det et grovt brudd på selvinkrimineringsvernet. Siktete som var innsatt ønsket ikke å avgi forklaring til politiet under avhør. Likevel hadde politiets informant gått svært aktivt inn for å få siktete til å avsløre sin skyld. Dette ble ansett for å være i strid med selvinkrimineringsvernet da selve kjernen i dette vernet er retten til å forholde seg taus.

Av det foreliggende materialet kan det utledes at grove brudd på selvinkrimineringsvernet vil medføre at rettergangen anses for å være “unfair”. Videre vil det bero på forholdene i den enkelte sak om det foreligger brudd på selvinkrimineringsvernet, retten til rettferdig rettergang, eller begge deler.

4.3.3 Adgang til å imøtegå og protestere mot beviset

Et viktig moment i fairness vurderingen er om siktete har hatt adgang til å protestere mot og imøtegå føringen av beviset. Dette er et moment som EMD ofte vektlegger i vurderingen av om rettergangen har vært rettferdig.

Hva som ligger i adgangen til å kunne imøtegå eller protestere mot beviset kommer tydelig frem av Schenk saken. Føringsen av telefonopptaket ble ikke ansett for å krenke retten til rettfærdig rettergang i denne saken. Domstolen kom til at *“the rights of the defence were not disregarded”*. Dette underbygget retten med flere forhold.⁹¹ For det første var Schenk klar over at opptaket var ulovlig og han hadde derfor mulighet til å imøtegå opptakets ekthet og protestere mot at det ble brukt mot ham. Denne muligheten hadde han også benyttet seg av senere i saken. For det andre la domstolene vekt på at Schenks forsvarer hadde hatt anledning til å eksaminere Mr. Pauty. For det tredje la domstolene vekt på at telefonopptaket ikke var det eneste beviset i saken.

Disse synspunktene har senere også blitt fulgt i konvensjonspraksis. I Allan saken uttalte EMD at: *“...regard must also be had to... whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use...”*⁹²

I Khan saken ble resultatet at føringsen av bevis i form av et hemmelig opptak, ikke krenket retten til rettfærdig rettergang. EMD begrunnet resultatet sitt med at siktede hadde hatt en: *“...ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording-”*⁹³

For at dette momentet skal ha noen reell betydning har EMD også lagt til grunn at domstolen må ha adgang til å avskjære beviset hvis det ville medføre at rettergangen ville bli *“unfair”*. I Khan saken uttaler EMD at: *“...admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness... would have had discretion to exclude it.”*⁹⁴

⁹¹ Schenk saken, avsnitt 47-48

⁹² Allan- dommen, avsnitt 43

⁹³ Khan- saken, avsnitt 38

⁹⁴ Khan- saken , avsnitt .39

4.3.3.1 Kontradiksjon

Et viktig moment i forlengelsen av det som nå er nevnt, er retten til kontradiksjon. Det kontradiktoriske prinsippet er heller ikke en lovfestet rettighet i EMK art 6. Men det følger av EMD praksis at er på det rene at det kontradiktoriske prinsipp er et sentralt element i kravet til rettferdig rettergang.⁹⁵ I tillegg til at siktede har hatt rett til å imøtegå og protestere mot føringen av beviset, må siktede også ha fått muligheten til å fremsette motanførsler og motbevis. For at denne retten skal ha noen reell betydning, må partene for det første gjøres kjent med hva som anføres fra den motpartens side, og for det andre må partene gis tid og anledning til å fremsette bemerkninger.⁹⁶ Siktetes rett til å føre vitner anses også for å være utslag av det kontradiktoriske prinsipp. Siktetes rett til kontradiksjon innebærer at siktede i tillegg må ha fått ha fått anledning til å krysseksaminere motparten. Dette momentet ble tillagt betydning i bl.a. Schenk saken hvor retten kom til at rettergangen ikke var «unfair», fordi siktede hadde hatt full anledning til å imøtegå beviset som var fremsatt mot ham og tillegg hadde fått adgang til å krysseksaminere vitner.

4.3.4 Bevisets pålitelighet

EMD praksis synes å vektlegge om måten beviset er fremskaffet på skaper tvil om bevisets kvalitet.⁹⁷ Det kan tenkes at det er forholdet ved selve beviservervelsen som gjør at bevisets troverdighet svekkes.

At bevisets pålitelighet er et relevant moment fremkommer bl.a. Allan saken, hvor EMD uttaler at:

“regard must also be had to ... the quality of the evidence, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubts on its reliability or accuracy”⁹⁸

⁹⁵ Jebens s.324

⁹⁶ Jebens 323-324

⁹⁷ NOU 2004:6

⁹⁸ Allan- saken, avsnitt 43 og Khan- saken avsnitt 35

Imidlertid finnes det også eksempler på at selv om beviset er skaffet til veie på en kritikkverdig måte, kan ikke dette automatisk medføre at bevisets pålitelighet svekkes. I Khan saken kom EMD til at føringen av beviset ikke ville krenke EMK artikkel 6.nr 1. Domstolene uttalte at: «*there was no risk of it being unreliable*». Forskjellen i denne saken var at Khan selv hadde uttalt seg om sine straffbare handlinger, disse var ikke fremprovosert av hverken politi eller en annen privat part.

4.3.5 Er det ulovlig ervervede beviset det eneste eller et vesentlig bevis i saken?

Om beviset som foreligger i saken er det eneste eller et vesentlig bevis i saken, vil være av betydning for domfellelse. At dette er et relevant moment i en «fairness» vurdering kommer bl.a. til uttrykk i Schenk saken. I avsnitt 48 uttaler EMD at:

“The Court also attaches weight to the fact that the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based”

Selv om det ulovlig ervervede beviset er det eneste eller det vesentlige beviset i saken, er det ingen automatikk i at føring av dette vil være “unfair”. I Khan saken var det ulovlig ervervede beviset det eneste beviset i saken. EMD fant, til tross for dette, at det ikke forelå brudd på EMK artikkel 6 nr. 1. I avsnitt 37 i dommen uttaler EMD følgende:

“The Court next notes that the contested material in the present case was in effect the only evidence against the applicant and that the applicant’s plea of guilty was tendered only the basis of the judge’s ruling that the evidence should be admitted. ... In the present circumstances, where the tape recording was acknowledged by very strong evidence, and where there was no risk of it being unreliable, the need of supporting evidence is correspondingly weaker.”

At det ulovlig ervervede beviset er det eneste beviset i saken er således ikke avgjørende for sakens utfall. Av EMD praksis ser vi at dette er et relevant, men ikke nødvendigvis et avgjørende

moment. I en «fairness» vurdering må dette momentet sees i sammenheng med at siktede har fått anledning til å imøtekomme beviset. Det vil derfor ikke anses «unfair» at domfellelsen bygger på et enkeltstående bevis.⁹⁹ Så lenge dette beviset er tilstrekkelig pålitelig.

4.4 Beviserverv i strid med EMK artikkel 3

EMK artikkel 3 oppstiller forbud mot overgrep som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Bruk av bevis som er innhentet i strid med artikkel 3 vil som regel anses for å være uforenelig med en rettferdig rettergang. Normalt vil bevis innhentet ved bruk av ovennevnte metoder, innebære en grov overtredelse av konvensjonstatenes lovgivning.¹⁰⁰ Forklaringer som er fremtvunget på en måte som krenker artikkel 3, typisk forklaringer innhentet ved bruk av fysisk eller psykisk tvang, vil også krenke forbudet mot tvungen selvinkriminering. Føringsen av slike bevis vil dermed også krenke retten til rettferdig rettergang etter artikkel 6. I en «fairness» vurdering etter artikkel 3, vil det også være av betydning om det i tillegg foreligger grov krenkelse av den nasjonale retten.¹⁰¹ Det er ingen tvil om at bevis som er fremtvunget på en måte som kvalifiserer seg som tortur eller umenneskelig behandling vil bli avskåret på et internrettslig grunnlag.¹⁰²

EMD praksis viser at det går et skille mellom forbudene som er nevnt i EMK artikkel 3. Tortur, alvorlig fysisk eller psykisk mishandling, anses i denne sammenheng for å være den groveste formen for krenkelse. Bruk av bevis som er fremskaffet ved tortur vil aldri være forenelig med retten til en rettferdig rettergang.¹⁰³ Umenneskelig behandling anses for å ligge i en slags mellomstilling, mens nedverdiggende behandling angir den nedre grense for krenkelse av artikkel

⁹⁹ Torgersen s.330

¹⁰⁰ Torgersen s.211

¹⁰¹ All s.304

¹⁰² Torgersen s.210

¹⁰³ Torgersen s.211

3.¹⁰⁴ EMD har lagt til grunn at bevis som er innhentet ved bruk av tortur alltid vil medføre at rettergangen er «unfair». I Jalloh saken uttaler EMD følgende om dette:

*“In this view, incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterized as torture – should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe”*¹⁰⁵

Saksforholdet i ovennevnte sak var at klageren Jalloh var mistenkt for narkotika salg. Han ble observert av sivilpoliti idet han tok ut to små plastposer ut av munnen og overleverte dem til noen andre mot betaling. Politiet mistenkte klageren for omsetning av narkotika og pågrep Jalloh. Under arrestasjonen svelget Jalloh en liten pose. Ved en nærmere ransaking fant politiet ikke noe narkotika på klageren. Politiet bestemte seg for å føre ham til sykehuset og tilføre ham brekkmiddel. Klageren nektet å innta brekkmiddelet frivillig, resultatet ble at brekkmiddelet, med hjemmel i tyske regler, ble tilført ham ved tvang. Fire politimenn holdt ham nede, mens legen tilførte brekkmiddelet via en slange gjennom nesen hans. Han fikk også en sprøyteinjeksjon med et annet brekkmiddel. Siktet kastet opp tre små plastposer og det viste seg at disse inneholdt kokain. Innføringen av brekkmiddelet i denne saken ble ikke ansett for å være tortur, fordi det ikke hadde vært tyske myndigheters intensjon å påføre klageren slike lidelser som det ble lagt til grunn at han faktisk ble utsatt for. EMD fant at beviservervelsen var ervervet ved en nedverdiggende og umenneskelig behandling. Beviservervelsen utgjorde dermed en krenkelse av «one of the core rights guaranteed by the convention». Måten beviset var ervervet på ble derfor ansett for å være «unfair» i denne saken.

¹⁰⁴ Torgersen s.212

¹⁰⁵ Avsnitt 105

Det er noe uklart hva som er tilfellet dersom bevis er innhentet i strid med artikkel 3, men hvor selve beviservervelsen ikke har foregått ved tortur. EMD har selv uttalt at beviservervelse i strid med nedverdiggende eller umenneskelig behandling ikke uten videre er uforenlig med en «fair» rettergang. I avsnitt 106 i Jalloh-saken heter det at:

“It cannot be excluded that on the facts of a particular case the use of evidence obtained by intentional acts of ill-treatment not amounting to torture will render the trial against the victim unfair irrespective of the seriousness of the offence allegedly committed the weight attached to the evidence and the opportunities which the victim had to challenge its admission and use at his trial”

Beviservervelse som krenker artikkel 3 i form av en “*intentional act of ill-treatment*”, men som ikke innebærer tortur, vil som regel automatisk anses for å være krenkende i konvensjonens forstand.¹⁰⁶ Motsetningsvis fremkommer det av det siterte, at andre momenter enn krenkelsens karakter som kan gjøre seg gjeldende der det ikke foreligger en slik «*intentional act*», eller andre krenkelser som ikke kvalifiseres som tortur er: 1) “*the seriousness of the offence allegedly committed*”, 2) “*the weight attached to the evidence*” og 3) “*the opportunities which the victim had to challenge it’s admission and use at his trial.*”¹⁰⁷

Det synes ikke å være av betydning om handlingene har vært umenneskelig eller nedverdiggende. Resultatene i Jalloh- saken viser at tilsiktede handlinger som krenker artikkel 3, uten videre krenker artikkel 6 nr.1 og retten til rettferdig rettergang. Den generelle praksisen i EMD synes også å peke i denne retning.¹⁰⁸ EMD klargjør heller ikke alltid hvilken del av artikkel 3 som er krenket.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Torgersen s.213

¹⁰⁷ Torgersen s.213

¹⁰⁸ Se Torgersen 217

¹⁰⁹ Torgersen s.212

4.5 Beviserverv i strid med EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 verner borgerne mot inngrep fra myndighetene i privatliv, familieliv, hjemmet og korrespondansen. Sagt med andre ord verner denne bestemmelsen om retten til privatliv. Bevis ervervet i strid med artikkel 8 kan innebære at føringen av beviset vil medføre at rettergangen blir «unfair». Imidlertid synes tendensen i både EMD praksis og juridisk teori å være at bevis anskaffet i strid med artikkel 8 ikke nødvendigvis vil krenke artikkel 6.¹¹⁰

En treffende oppsummering av konvensjonspraksis på dette området finner vi i Wood mot Storbritannia.¹¹¹ Spørsmålet i saken var om det var i strid med artikkel 6 å gjøre bruk av bevis som stammet fra en hemmelig avlytting av en fengselscelle mellom flere personer. Klageren Wood var sammen med flere andre personer, mistenkt for en rekke ran og våpenlovbrudd. Politiet hadde ikke tilstrekkelig bevis for at det forelå noe straffbart forhold. På bakgrunn av dette besluttet politiet å pågripe flere mistenkte og plassere dem i samme fengselscelle med romovervåkning. Romovervåkingen var lovlig etter nasjonale, til dels ulovfestede regler, men var i strid med artikkel 8 som følge av manglende nasjonal lovgivning. Et av EMDs prinsipputtalelser går på følgende:

“...the use at a trial of material obtained without a proper legal basis or through unlawful means will not generally, without more, of itself offend the standard of fairness imposed by Article 6 § 1 where proper procedural safeguards are in place and the nature and source is not tainted, for example, by any oppression, coercion or entrapment which would render reliance on it unfair in the determination of a criminal charge ... The obtaining of such information is rather a matter which calls into play the Contracting State’s responsibility under Article 8 to secure the right to respect for private life in due form.”

Kjernen i det som uttales er at i tilfeller der ulovligheten innebærer en krenkelse av konvensjonen, som følge av nasjonalstatens utilstrekkelige lovgivning, eller i de tilfeller der

¹¹⁰ All s.307

¹¹¹ Torgersen s.326-327

nasjonale regler er overtrådt, vil det på nærmere vilkår ikke være i strid med artikkel 6 å bruke bevis som er ulovlig ervervet.¹¹²

Den siterte uttalelsen er veldig generelt formulert og en skal derfor reservere seg mot å tillegge den alt for stor betydning. Imidlertid hevder Torgersen at denne uttalelsen vil ha betydelig interesse utover den sakstypen den gjaldt og da særlig for saker som omhandler krenkelser av artikkel 8.¹¹³

I Khan saken gjorde klageren gjeldene at det forelå brudd på artikkel 8, da det ikke var noen bestemmelser i britisk rett som vernet privatpersoner og retten til privatliv, mot hemmelig overvåkning. Retten uttalte i denne saken at ved hemmelig overvåking foretatt av offentlige myndigheter, måtte nasjonal rett gi beskyttelse mot vilkårlige inngrep i et individs rettigheter etter art 8. Retten fant at føringen av den hemmelige avlytting krenket artikkel 8. EMD kom imidlertid etter en helhetsvurdering til at føringen av beviset ikke krenket retten til rettfærdig rettergang.

Det er ikke slik at beviservervelse i strid artikkel 8 aldri kan tenkes å være «unfair». Dette ville innebære at retten til privatliv ikke ville hatt selvstendig betydning, noe som ville vært svært uheldig. EMD praksis viser kun at det ikke i like stor grad konstateres brudd på retten til rettfærdig rettergang der det foreligger krenkelse av artikkel 8, enn der det f.eks. foreligger krenkelse av artikkel 3. De tilfellene jeg har behandlet til nå har dessuten kun omhandlet hemmelig avlytting. Det kan tenkes at andre typer inngrep som f.eks. politiets krenkelse av mistenktes taushetsrett, medfører brudd på artikkel 8 og dermed anses for å krenke retten til rettfærdig rettergang.¹¹⁴

¹¹² Torgersen s.327

¹¹³ Torgersen s.327

¹¹⁴ NOU 2006:4

4.6 Sammenligning av EMD praksis og Høyesterettspraksis

Sammenfatningsvis ser vi at det både i EMK og i norsk rett ikke finnes noen lovfestede regler om avskjæring av ulovlig ervervede bevis. Begge rettsområder synes å være sammenfallende hva det angår den ulovfestede avskjæringen av ulovlig ervervede bevis. Bevisavskjæringsvurderingen vil i stor grad bero på ulike momenter og hensyn som vil gjøre seg gjeldene i den ene eller andre retning. Et sentralt moment som vektlegges på begge rettsområder er om føringen av et ulovlig ervervet bevis ikke vil medføre en krenkelse av siktedes grunnleggende rettigheter. Norsk praksis synes langt på vei å være i samsvar med artikkel 6.¹¹⁵

Begge rettsområder legger til grunn at det må foretas en helhetsvurdering av hver enkelt sak. EMD har på rettsområde for EMK og Høyesterett har i norsk rett, utmeislet en rekke momenter og hensyn som kan være av betydning i en slik helhetsvurdering.

Både EMD og Høyesterettspraksis legger videre vekt på ulovligheter knyttet til selve beviservervelsen og hvilken betydning ulovlighetene har, veid opp mot sakens viktighet. Vi ser at det kontradiktoriske prinsipp er et grunnleggende prinsipp på begge rettsområdene.

Imidlertid er det noen forskjeller mellom EMDs praksis og Høyesterettspraksis når det kommer til vektlegging av de ulike momentene. Etter Høyesterettspraksis synes det å være et viktig moment at bevisførselen ikke medfører en fortsatt eller gjentatt krenkelse av det rettsbruddet som fant sted ved selve beviservervelsen. EMD praksis synes ikke å vektlegge dette momentet.^{116 117} Det viser seg at Høyesterett har en mer restriktiv holdning til dette momentet, enn EMD.

En sentral forskjell synes også å ligge i bevis som er ervervet i strid med personvern hensyn. EMD praksis synes å legge vekt på at bevis ervervet i strid med retten til privatliv kan tillates ført, så lenge det ikke innebærer at rettergangen blir «unfair», og at siktede underveis har hatt

¹¹⁵ Aall s.320

¹¹⁶ Brøbech s.299

¹¹⁷ Jf. Schenk – og Khan – saken.

adgang til å imøtegå føringen av beviset.¹¹⁸ Slik det fremkommer av denne avhandlingen går man etter norsk rett lenger i å avskjære bevis som er ervervet ved krenkelser av den personlig integritet, særlig i de tilfellene det er foretatt hemmelig opptak av siktede.¹¹⁹ Legalitetsprinsippet i norsk rett går også langt på vei for å hindre at myndighetene griper inn i borgernes privatliv.

EMK legger også stor vekt på bevis som er ervervet ved tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Bevis innhentet ved bruk av tortur vil sjelden være et problem i norsk rettspraksis. Det eneste tilfellet i norsk rett som omhandler grovt forklaringspress er en eldre avgjørelse fra krigsopprøret i etterkrigstiden.¹²⁰

5 Behandlingsmåten for spørsmålet om bevisavskjæring og virkningen av at avskjæring er forsømt

5.1 Behandlingsmåten

Spørsmålet om avskjæring av bevis kan tas opp under saksforberedelsen, eller under hovedforhandlingen. Spørsmålet kan videre reises som anke over saksbehandlingen, hvis avgjørelsen om beviset tillates ført eller avskjæres er uriktig. I det følgende skal jeg kort gjøre rede for disse to behandlingsmåtene og hva som blir virkningene av at avskjæring er forsømt.

5.1.1 Under saksforberedelsen

Etter straffeprosesslovens § 272 første ledd bokstav c kan spørsmålet om avskjæring av bevis tas opp til avgjørelse under saksforberedelsen. Etter Straffeprosesslovens § 272 annet ledd kan ikke slike beslutninger ikke ankes. Slike avgjørelser er det enten de tre dommere i lagmannsretten eller rettens leder i underinstansen, som tar jfr. Straffeprosesslovens § 274. Spørsmålet et bevis skal avskjæres burde det i utgangspunktet være avklart før hovedforhandlingen.

¹¹⁸ Jf. Schenk og Khan saken

¹¹⁹ Jf. Rt.1991 s.616 «Gatekjøkkenkjennelsen» og Rt.1997 s.795 «Samværssaken».

¹²⁰ Rt.1948 s.46

5.1.2 Under hovedforhandlingen

Adgangen til å avskjære bevis under hovedforhandlingen finner vi straffeprosesslovens § 272 tredje ledd. Det ideelle er at spørsmålet om bevisavskjæring er avgjort under saksforberedelsen. Situasjonen kan bli noe vanskelig for domstolen hvis den må ta stilling til avskjæringsspørsmålet, etter at retten har blitt kjent med innholdet i det beviset som kreves avskåret. Det kan hevdes at det vil effektivisere sikringen av potensielle krenkelser etter EMK artikkel 6 at beviset avskjæres under saksforberedelse, enn at det avskjæres under hovedforhandlingen. Retten til rettfærdig rettergang vil best bli ivaretatt dersom beviset overhode ikke kommer til den dømmende retts kunnskap.¹²¹

5.2 Virkningene av at avskjæring er forsømt

Hvis retten har tillatt et bevis som i utgangspunktet skulle vært avskåret, vil dette anses for å være en saksbehandlingsfeil. En saksbehandlingsfeil kan brukes som ankegrunn for å angripe saken. Dette følger av straffeprosesslovens § 343 første ledd.

Bestemmelsen kommer imidlertid bare til anvendelse dersom det kan antas at feilen kan ha virket inn på dommens innhold. Det er på det rene at ikke enhver feil kommer i betraktning, men terskelen for at feilen kan ha virket inn på dommens innhold er nokså lav. Det er ikke noe krav om sannsynlighetsovervekt.¹²² Det holder at det har vært en «rimelig mulighet» for at feilen kan ha virket inn på dommens innhold.¹²³

Hvorvidt manglende bevisavskjæring har hatt innvirkning på en dom vil dels avhenge av hvilke bevis som finnes i saken og dels hvilke bevisverdi det omstridte beviset har. Ved spørsmålet om hvilken innvirkning en saksbehandlingsfeil har hatt, må retten foreta en selvstendig vurdering av hvilken betydning det aktuelle beviset har i saken.¹²⁴ Dersom det foreligger flere mindre feil som

¹²¹ All s.299

¹²² Torgersen s.490

¹²³ Andenæs s.523

¹²⁴ Torgersen s.490

isolert sett ikke er tilstrekkelige til opphevelse, kan feilene samlet sett gi grunnlag for opphevelse av dommen.^{125 126}

I Rt.1999 s.1269 “Fengselsbetjentdommen” opphevet Høyesterett den fellende dommen. Høyesterett kom til at til tross for at beviset ikke var det eneste beviset som lagmannsretten hadde begrunnet domfellelsen på, så kunne beviset ha virket inn på dommens innhold og det burde derfor ha vært avskåret.¹²⁷

Feil i saksbehandlingen var også fremme i Rt.2003 s.549. I denne saken kom retten til det ulovlige ervervede beviset sett i sammenheng med det øvrige bevismaterialet, ikke hadde hatt betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet.¹²⁸ Saksbehandlingsfeilen hadde derfor ikke hatt innvirkning på dommens innhold. Anken ble dermed forkastet.

6 Rettspolitiske betraktninger

6.1 Noen betraktninger

De grunnleggende rettspolitiske spørsmål synes å være om de ulovfestede reglene om ulovlig ervervede bevis burde lovfestes, slik at grensene for hvorvidt ulovlig ervervede bevis skal tillates eller avskjæres er klare. Eller om resultatet fortsatt skal bero på en konkret vurdering av hver enkelt sak.¹²⁹

Etter å ha studert rettspraksis, forarbeider, juridisk litteratur og ikke minst EMD avgjørelser viser det seg at når det gjelder spørsmålet om hvordan domstolene skal forholde seg til ulovlig

¹²⁵ Andenæs s.523

¹²⁶ Se Rt.1981 s.673 og Rt 1982 s.8 hvor det ble presisert at saksbehandlingsfeilene måtte vurderes samlet ved vurderingen av om feilene kunne ha virket inn på dommens innhold. En samlet vurdering av feilene begått i begge sakene ble ansett for å komme inn under dagjeldende straffeprosesslov §392 hhv første og annet ledd. Begge dommene resulterte i opphevelse.

¹²⁷ Rt.1999 s.1269 s.1273

¹²⁸ Rt.2003 s.549, avsnitt 21

¹²⁹ Se Bratholm TfR 1959 s.109-132. s.118 flg.

erhvervede bevis synes det ikke å være praktisk mulig å stille opp noen absolutt regel i den ene eller den andre retning.¹³⁰ Av det foreliggende materialet ser vi at spørsmålet må løses etter omstendighetene i den konkrete sak.

Det foreligger et beskjedent antall avgjørelser om bevisforbud ved ulovlig beviservert. Visse grunnvilkår vil allikevel gjøre seg gjeldende for at det i det hele tatt skal være snakk om bevisforbud. For det første må det ha skjedd en krenkelse av en persons rettigheter ved selve beviservertelsen. For det andre må det foreligge en årsakssammenheng mellom den ulovlige handlingen og beviservertet. Sist men ikke minst må det ikke vær slik at beviset kunne vært ervertet uten at den ulovlige handlingen var begått. Det må allikevel foretas en nærmere vurdering av hvert enkelt tilfelle.¹³¹ Hvorvidt det ulovlig ervertede beviset er ervertet av det offentlige eller av en privatpart synes ikke å ha noen betydning i praksis.

Av de Høyesterettsavgjørelsene jeg har gjennomgått i denne fremstilling kan vi slutte oss til at retten konstaterer bevisforbud ved; 1) forklaringer innhentet ved krenkelse av retten til å forholde seg taus¹³² 2) ulovlige lyd/video- opptak av personer, foretatt av private eller offentlige¹³³. Høyesterett vurderer også omstendighetene rundt selve beviservertelsen, særlig der det foreligger brudd på regler som verner om bevisets pålitelighet.¹³⁴

I bevisforbudsvurderingen ser vi at Høyesterett også har lagt stor vekt på «gjentakelseskriteriet». Praksis viset at dersom føringen av et bevis innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse av det rettsbruddet som forelå ved beviservertelsen, er hovedregelen at dette beviset som regel

¹³⁰ Bratholm s.131 pkt.X

¹³¹ se Torgersen, øverst på s.496

¹³² Krenkelse etter pkt.1 kan også utgjøre et brudd på selvinkrimineringsvernet og kan dermed medføre at rettergangen ikke blir rettferdig

¹³³ Krenkelse etter pkt.2 utgjør også brudd på EMK artikkel 8 og kan medføre at rettergangen anses for å være «unfair».

¹³⁴ Torgersen s.496

avskjæres.¹³⁵ Disse synspunktene er imidlertid en sterk generalisering av forbudet mot å føre ulovlig ervervede bevis. Det kan selvsagt tenkes andre tilfeller som tilsier bevisforbud.

6.2 Hensyn som taler for og mot lovfesting av de ulovfestede reglene om bevisavskjæring

Viktige hensyn som gjør seg gjeldene ved vurderingen av om det burde gis klare regler for bevisavskjæring ved ulovlig ervervede bevis er: hensynet til klarhet, forutberegnelighet og ikke minst likhet for loven. En lovfestet regel vil bidra til en klarere rettsstilstand. En lovfestet bestemmelse vil gjøre det enklere for den som ønsker å føre et bevis, å se at bevis ervervet på ulovlig måte kan bli utelukket. Prevensjonshensynet vil også spille en sentral rolle i denne sammenheng. Dersom en part på forhånd vet at det ulovlig ervervede beviset vil bli avskåret i retten, vil denne parten reservere seg mot å føre et slikt bevis. Praktiske problemer tilsier også at bevisforbudsreglene burde lovfestes. Det kan ikke sees bort i fra at det vil være vanskelig for den dømmende rett å se bort ifra bevis som den allerede har blitt kjent med.

Hensyn som taler mot at det gis faste regler på dette området er at ulike tilfeller ikke burde behandles likt. En lovfestet bestemmelse kan medføre at ulike tilfeller får en lik behandling. Dersom alle forhold skal behandles på samme måte, vil vi i enkelte tilfeller få resultater som vil oppfattes å være svært uheldige. Dette kan medføre at vi får et rettssystem der det oftere og uriktig blir påstått at bevisene i en sak er oppnådd ved en ulovlig fremgangsmåte, slik at viktige bevis i saken blir avskåret.¹³⁶

Det er på det rene at det gjør seg vanskelig å gi detaljerte regler for bevis som er ervervet på ulovlig måte. Dersom dette problemkomplekset skulle vært gjenstand for lovregulering ville regelen blitt meget generelt formulert og neppe gitt noen spesiell veiledning for løsningen av spørsmålet i hver enkelt sak. En sammenfatning av alle rettskildene synes å peke i retning av at

¹³⁵ Rt.1999.1269 Fengselsbetjentdommen.

¹³⁶ Bratholm s.132

den ulovfestede læren om bevisavskjæring fungerer best ved at hver sak blir bedømt etter omstendighetene i saken og at ulovlig ervervede bevis kun representerer et unntak fra hovedregelen om fri bevisføring.

Litteraturliste

Bøker:

Andenæs, Johs: Norsk straffeprosess, samlet utgave ved Tor – Geir Myhrer, 4. utgave Universitetsforlaget 2009

Andenæs, Johs: Alminnelig strafferett, utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber – Mohn, 5. utgave Universitetsforlaget 2004

Andenæs, Mads Henry: Rettskildelære, Oslo 1997

Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther: Straffeprosessloven kommentarutgave, bind I og II, 4. utgave Universitetsforlaget 2011

Brøbech, Birgitte: Ulovlig tilveiebragte beviser i straffeprosessen, København 2003

Jebens, Sverre Erik: Menneskerettigheter i straffeprosessen

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

Torgersen, Runar: Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker, 2009

Aall Jørgen: Rettergang og menneskerettigheter, Bergen 1995

Artikler:

Bjørnvik, Arve Martin og Selfors, Rolf Fridtjof: "Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål". Jussens Venner nr. 1, 2000 side 19-40

Bratholm, Anders: "Den straffeprosessuelle betydningen av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte". Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1959 side 109-132

Bratholm Anders: "Mistenktes eller siktedes vern mot integritetskrenkelse". Jussens Venner nr. 6/7, 1979 side 232-249

Øyen, Ørnulf: "I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?" Lov og Rett 2010 nr. 7, Idunn.no, tidsskrifter på nett

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

Forarbeider:

Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker: 1969 side 197

Ot.Prop. nr. 35 (1978-1979) : Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven) side 139

Ot. Prop. Nr 66 (2001-2002)

NOU 2001:32B: side 961

NOU 2004:6 : Mellom effektivitet og personvern

NOU 2009:15: Skjult informasjon – åpen kontroll

Domsregister:

Høyesterettsavgjørelser

Rt.1948 side 46

Rt.1981 side 673

Rt.1984 side 1076 – “Politiheroin I”

Rt 1982 side 8

Rt.1990 side 1008

Rt.1991 side 616 – ”Gatekjøkkenkjennelsen”

Rt.1991 side 1096

Rt.1992 side 698 – ”Treholtkjennelsen”

Rt.1992 side 1088

Rt.1993 side 407

Rt.1994 side 1139 – ”Amnestisaken”

Rt.1997 side 795 – ”Samværssaken”

Rt.1997 side 1778 – ”Taushetspliktdommen”

Rt.1999 side 1269 – ”Fengselsbetjentdommen”

Rt.2000 side 1233

Rt.2000 side 1345

Rt.2003 side 54

Rt.2003 side 1126

Rt.2003 side 1814 – ”Promillekjennelsen”

Rt.2005 side 1353

Rt.2006 side 120

Rt.2006 side 582 – “Osterhausgaten Farvehandel”

Rt.2009 side 1526

Avgjørelser av Den europeiske menneskerettsdomstol:

Schenk mot Sveits sak nr.10862/84

Funke mot Frankrike sak nr. 10828/84

Saunders mot Storbritannia sak nr 19187/91

Allan mot Storbritannia sak nr.48539/99

Khan mot Storbritannia sak nr. 35394/97

Wood mot Storbritannia sak nr.23414/02

Jalloh mot Tyskland sak nr.54810/00

Andre hovedoppgaver/masteroppgaver:

Bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis i straffesaker av kandidat nr. 638, 26.11.2007

Bevisavskjæring i straffesaker på grunn av ulovlig ervervede bevis av Hanne Saur, Tromsø
høsten 2007